

OPPENLÄNDER

RECHTSANWÄLTE



Prof. Dr. Lenz

Börsenplatz 1
70174 Stuttgart
T 0711/60187-270
lenz@oppenlaender.de

01295-14 Le/gs
777643_1.docx

19.11.2014

GUTACHTEN

**Wäre die gesetzliche Einführung einer tarifbezogenen Hinterlegungspflicht
für Vergütungsansprüche nach § 54 UrhG verfassungsrechtlich zulässig?**

im Auftrag der
Bitkom Servicegesellschaft mbH, Berlin

erstellt von

Rechtsanwalt Prof. Dr. Christofer Lenz
OPPENLÄNDER Rechtsanwälte Partnerschaft, Stuttgart

Stuttgart

Prof. Dr. Albrecht Bach
Dr. Heinz-Uwe Dettling
Dr. Thomas Baumann
Dr. Thomas Trölitersch
Prof. Dr. Markus Köhler
Dr. Jens Kaltenborn
Prof. Dr. Christofer Lenz
Dr. Timo Kieser
Dr. Rolf Leinekugel

Dr. Matthias Ulshöfer
Dr. Andreas Hahn
Dr. Donata Beck
Dr. Christina Koppe-Zagouras
Dr. Ulrich Klumpp
Dr. Christian Gunßer
Dr. Matthias Lorenz
Dr. Felix Born
Dr. Torsten Gerhard

Dr. Christoph Wolf
Dr. Ocka Anna Böhnke
Dr. Florian Schmidt-Volkmar
Dr. Katharina Niedziolka
Dr. Manuel Kleinemenke
Dr. Benedict Frhr.
von Süßkind-Schwendi
Johanna Apeltauer
Dr. Anja Palatzke

Dr. Malte Weitner
Dr. Corina Jürschik
Fanny Arnold
Dr. Daniel Schillerwein
Hannes Dreher

München

Dr. Christoph Frhr. von Hutten
Dr. Thomas Baumann
Dr. Jens Kaltenborn
Raymund Brehmenkamp
Dr. Armin Maslo
Dr. Stephan Degmair



GLIEDERUNG

A.	Auftrag und Fragestellung	5
B.	Sachverhalt	6
I.	Koalitionsvertrag	6
II.	Frage 16 des BMJV vom 09.07.2014	6
1.	Fragenkatalog.....	6
2.	BITKOM-Stellungnahme.....	7
3.	Verbraucherzentrale Bundesverband lehnt im Interesse der Kunden Hinterlegungspflicht ab	7
4.	Verwertungsgesellschaften wollen Hinterlegungshöhe bestimmen.....	7
III.	Status quo	8
1.	Überblick	8
2.	Regelungen im Urhebergesetz und im Urheberrechtswahrnehmungsgesetz	12
3.	Bislang gefundene Ergebnisse zur angemessenen Vergütungshöhe	14
4.	Reaktion der Hersteller	17
5.	Praktisch keine Insolvenzfälle auf Herstellerseite bekannt geworden	17
6.	Unzureichende Markterfassung durch die Verwertungsgesellschaften	18
7.	Niedrigere Vergütungssätze in anderen europäischen Ländern ..	18



C.	Gegenstand, Struktur und Maßstäbe der verfassungsrechtlichen Würdigung	19
I.	Konturen einer Hinterlegungspflicht	20
1.	Referenzregelung in § 11 Abs. 2 UrhWG	20
2.	Konsequenzen einer Übertragung dieses Hinterlegungsmodells auf Ansprüche nach §§ 54, 54b UrhG....	23
II.	Zentrale Wirkungen einer Hinterlegungspflicht	26
1.	Zeitliche Vorverlagerung von Zahlungspflichten	26
2.	Reduktion und zeitliche Verschiebung der gerichtlichen Kontrollmöglichkeiten	28
3.	Mittelabfluss in mit Sicherheit übersetztem Umfang	28
III.	Relevante verfassungsrechtliche Maßstäbe	30
1.	Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)	30
2.	Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG)	32
3.	Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)	35
D.	Berufsfreiheit	36
I.	Berufsfreiheit der Hersteller und gewerblichen Importeure	36
1.	Art. 19 Abs. 3 GG	36
2.	Art. 12 Abs. 1 GG auch bei Tochtergesellschaften ausländischer Konzerne	37
II.	Eingriff in die Berufsfreiheit	40
1.	Keine Klarheit bei den Vergütungspflichten nach §§ 54, 54b UrhG	40
2.	Maßstäbe in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	42



3.	Anwendung auf eine Hinterlegungspflicht	44
4.	Irrelevanz der Einordnung der Vergütungspflicht nach §§ 54, 54b UrhG	48
III.	Keine legitimen Zwecke für den Eingriff in die Berufsfreiheit	49
1.	Prüfung durch das Bundesverfassungsgericht	49
2.	Denkbare legitime Zwecke für eine tarifbezogene Hinterlegungspflicht	50
3.	Keine Legitimität des Zwecks eines zusätzlichen Insolvenzschutzes	51
4.	Keine Legitimität des Zwecks eines „Druckmittels“	53
IV.	Hilfsweise: Hinterlegungspflicht wäre nicht verhältnismäßig	58
1.	Eignung	58
2.	Erforderlichkeit nur für Zweck „Druckmittel“	60
3.	Keine Zumutbarkeit	63
V.	Hilfshilfsweise: Selbst eine beschränkte Hinterlegungspflicht wäre nicht zu rechtfertigen	72
1.	Hinterlegungspflicht erst nach Entscheidung des Oberlandesgerichts München	73
2.	Hinterlegungspflicht von Anfang an, aber nur mit einem Bruchteil des aufgestellten Vergütungstarifs	74
E.	Zusammenfassung	76



A.

Auftrag und Fragestellung

Bitkom Servicegesellschaft mbH, Berlin, hat mich beauftragt, gutachterlich zu prüfen, ob die gesetzliche Einführung einer tarifbezogenen Hinterlegungspflicht für Vergütungsansprüche nach §§ 54 ff. Urhebergesetz (UrhG) verfassungsmäßig wäre.

Anlass sind die vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) im Juli 2014 gestellten Fragen,

- wie im Hinblick auf den Koalitionsvertrag eine Hinterlegungspflicht für gesetzliche Vergütungsansprüche ausgestaltet sein sollte,
- wie der zu hinterlegende Beitrag bemessen werden sollte
- und ob die Möglichkeit einer Überprüfung der Höhe der Sicherheitsleistung eröffnet werden sollte.

Diese Fragen sind in der Vergangenheit immer mit Blick auf die Regelung in § 11 Abs. 2 Urheberrechtswahrnehmungsgesetz (UrhWG) diskutiert worden, obwohl die dort enthaltene Hinterlegungsmöglichkeit im Interesse des Hinterlegers eingeräumt wird, während die in Bezug auf gesetzliche Vergütungsansprüche diskutierte Hinterlegungspflicht allein im Interesse der Verwertungsgesellschaften eingeführt werden soll.

Entsprechend dem bisherigen Diskussionsverlauf mache ich zum Gegenstand der gutachtlichen Untersuchung eine mögliche gesetzliche Neuregelung, die jedenfalls im Grundsatz mit § 11 Abs. 2 UrhWG vergleichbar ist, also den Hinterlegungsbetrag auf die volle Tarifforderung der Verwertungsgesellschaften bezieht.

Das entspricht den Forderungen der Verwertungsgesellschaften insbesondere bei neuen Geräten und Speichermedien sowie bei solchen, bei denen die Tarife auf Gesamtverträgen aufsetzen.



B.

Sachverhalt

I.

Koalitionsvertrag

Im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD heißt es auf S. 133 unter der Überschrift „Reform des Urheberrechts“ unter anderem

„Wir wollen Verhandlungen und Streitigkeiten über die Höhe der Privatkopievergütung schneller, effizienter und einfacher gestalten und werden eine Hinterlegungspflicht für gesetzliche Vergütungsansprüche einführen.“

II.

Frage 16 des BMJV vom 09.07.2014

1. Fragenkatalog

Aus Anlass der Umsetzung der Richtlinie 2014/26/EU des Europäischen Parlaments und des Rats 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 hat das BMJV den beteiligten Kreisen einen Fragenkatalog übermittelt. Er datiert vom 09. Juli 2014.

Unter Bezugnahme auf den schon zitierten Koalitionsvertrag wurden dabei unter Ziffer 16 folgende Fragen gestellt:

„Wie sollte aus Ihrer Sicht eine Hinterlegungspflicht für gesetzliche Vergütungsansprüche ausgestaltet sein (vgl. Koalitionsvertrag Seite 133)? Insbesondere: Wie sollte der zu hinterlegende Betrag bemessen werden; sollte die Möglichkeit



einer Überprüfung der Höhe der Sicherheitsleistung eröffnet werden?“

2. BITKOM-Stellungnahme

Der BITKOM hat am 15. September 2014 eine Stellungnahme abgegeben. Darin wurde die Einführung einer Regelung entsprechend § 11 Abs. 2 UrhWG für die pauschalen Abgabenansprüche der Verwertungsgesellschaften abgelehnt. Begründet wurde das mit der System- und Verfassungswidrigkeit einer Hinterlegungspflicht, mit der fehlenden Erforderlichkeit eines gesonderten Insolvenzschutzes sowie mit dem Argument, dass sich unbefriedigende Verfahrensdauern nicht durch ein unzulässiges und willkürliches Druckmittel in der Hand der Verwertungsgesellschaften lösen lassen, sondern nur durch klare gesetzliche Spielregeln für die Tarifgestaltung, -veröffentlichung und -verhandlung.

3. Verbraucherzentrale Bundesverband lehnt im Interesse der Kunden Hinterlegungspflicht ab

Die Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv) sieht die Einführung einer Hinterlegungspflicht vor dem Hintergrund der Monopolstellung der Verwertungsgesellschaften skeptisch. Als akzeptable Alternative wird angeführt, wenn ab dem Einigungsvorschlag der Schiedsstelle automatisch eine Hemmung der Verjährung eintreten würde. Der vzbv setzt auf eine Stärkung der Aufsicht über die Verwertungsgesellschaften. Die Hinterlegungspflicht hält er demgegenüber nicht für zielführend bei der Konfliktlösung.

4. Verwertungsgesellschaften wollen Hinterlegungshöhe bestimmen

Soweit auf die Fragen unter Ziffer 16 des BMJV-Katalogs Antworten bekannt geworden sind, die eine Hinterlegungspflicht nicht von



vornherein ablehnen, bestehen erhebliche Unschärfen sowohl bei der Definition der Voraussetzungen einer Hinterlegungspflicht dem Grunde nach wie bei der Bestimmung der Höhe des Hinterlegungsbetrages.

Insbesondere die Antworten der Zentralstelle für private Überspielungsrechte (ZPÜ) laufen aber darauf hinaus, dass es letztlich die Verwertungsgesellschaften sind, welche die Höhe der Hinterlegungsbeträge bestimmen und veröffentlichen sollen. Das gilt uneingeschränkt für technologisch neue Geräte und Speichermedien. Das gilt auch für solche Geräte und Speichermedien, bei denen der Tarif der Verwertungsgesellschaften auf einem Gesamtvertrag aufsetzt, mit der Folge, dass er im Regelfall 25 % über dem nach dem Gesamtvertrag vereinbarten Vergütungssatz liegt.

Sonderlich überraschend ist das nicht, weil auch die als Referenz benannte Vorschrift des § 11 Abs. 2 UrhWG auf die von den Verwertungsgesellschaften erhobenen Forderungen abstellt.

III.

Status quo

1. Überblick

a) Privatkopieschranke

In Deutschland hat der Gesetzgeber unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt, unabhängig von einer Zustimmung der Urheber deren Werke zu vervielfältigen (vgl. insbesondere § 53 UrhG).



- b) Ausgleich durch Dritte, nicht durch den Staat oder durch die Vervielfältiger

Den Urhebern wird dieser Nachteil nicht durch den Staat als Erlaubnisgeber oder durch diejenigen ausgeglichen, die diese Vervielfältigungen im eigenen Interesse anfertigen. Deutschland legt aus Gründen der Praktikabilität denjenigen Zahlungspflichten auf, welche die Vervielfältigungsgeräte oder Speichermedien herstellen, gewerblich importieren oder mit ihnen handeln.

- c) Vollständige Überwälzung auf Kunden vorausgesetzt

Hinter diesem gesetzgeberischen Zugriff auf einen Dritten steckt die Vorstellung, dieser könne seine Zahlungspflicht auf seine Kunden abwälzen und würde deshalb im Kern nur dadurch belastet, dass er die Urhebervergütung einzuziehen und abzuführen habe (so ursprünglich BVerfGE 31, 255 [267] – Tonbandgerätehersteller).

- d) Tatsächlich keine vollständige Überwälzbarkeit gegeben

Dieser letztlich auf die 1960er Jahre zurückgehenden gesetzgeberischen Einschätzung einer vollständigen Überwälzbarkeit steht die Erfahrung der Gerätehersteller und Importeure gegenüber, wonach eine solche vollständige Überwälzung nicht möglich ist und zwar wegen der Härte des Preiswettbewerbs in den relevanten Märkten, des Online-Handels und des grenzen- und kontrolllosen Handels innerhalb der Europäischen Union (vgl. schon BT-Drs. 16/1828, 30). Dafür wird nachvollziehbar angeführt, dass andere Mitgliedstaaten solche an Geräte und Speichermedien anknüpfenden Vergütungspflichten entweder gar nicht kennen oder dort die je Geräte- oder Spei-



chermedium geschuldete Vergütung regelmäßig niedriger ist als in Deutschland (vgl. schon BT-Drs. 16/1828, 30).

- e) Keinerlei gesetzliche Sicherungen für Überwälzbarkeit und gegen unangemessen hohe Tarife

Deutschland ist aber nicht nur ein Hochvergütungsland. Auch die konkrete gesetzliche Ausgestaltung im UrhG und UrhWG enthält keine Sicherung dafür, dass die Hersteller und Importeure die ihnen auferlegte finanzielle Belastung auch tatsächlich an die Endkunden weitergeben können.

Der Gesetzgeber hat zwar abstrakt Vergütungspflichten der Hersteller und Importeure zugunsten der durch ihre Verwertungsgesellschaften vertretenen Urheber geschaffen. Das Gesetz legt aber weder fest, welche Geräte und Speichermedien hiervon konkret erfasst sind noch wie hoch der Vergütungssatz für das jeweilige Gerät ist. Durchsetzbare Ansprüche müssen sich die Verwertungsgesellschaften erst durch empirische Erhebungen, Verhandlungen und Verfahren vor Schiedsstelle und Gerichten erarbeiten (vgl. OLG München, Urteil vom 29.04.2010 – 6 WG 6/10, Rdnr. 77 f. bei Juris).

Der Gesetzgeber hat auch darauf verzichtet, die Festsetzung solcher Vergütungssätze durch eine staatliche Behörde vorzusehen oder durch eine staatliche Genehmigungspflicht für von den Verwertungsgesellschaften veröffentlichte Tarife eine eigene Verantwortung dafür zu übernehmen, dass keine überetzten Vergütungen verlangt werden.

Und schließlich hat der Gesetzgeber auch keine Sicherung dagegen getroffen, dass kleinere und schwieriger zu fassende Akteure Geräte und Speichermedien unter völliger Missachtung der gesetzlichen Vergütungspflichten vermarkten.



- f) Partnerschaftsmodell führt zu überzogenen Forderungen der Verwertungsgesellschaften und zu zeitintensiven Streitverfahren

Das gesetzgeberische Konzept besteht vielmehr seit 2008 darin, all dies den Herstellern und Importeuren sowie den Verwertungsgesellschaften zu überlassen. Dieses in der Begründung zum seinerzeitigen Gesetzentwurf als „partnerschaftliches Zusammenwirken“ bezeichnete Modell (BT-Drs. 16/1828, 34) erwartet, dass die Beteiligten trotz ihrer gegenläufigen Interessen für jeden einzelnen Gerätetyp und jeden einzelnen Speichermedientyp Verständigungen über Ob und Höhe einer Vergütungspflicht finden (Gesamt- oder Einzelverträge) oder dass solche Klärungen durch Anrufung einer Schiedsstelle oder der Zivilgerichte herbeigeführt werden. Dieses System kalkuliert ganz bewusst ein, dass es für jeden Gerätetyp und für jeden Speichermedientyp eine gewisse und keineswegs kurze Zeit dauern kann, bis im Wege des Konsenses oder der streitigen gerichtlichen Entscheidung Vergütungspflicht und Vergütungshöhe geklärt sind.

Der Gesetzgeber dürfte 2007 zu Recht davon ausgegangen sein, dass auch bei einer hoheitlichen Festlegung oder Genehmigung von Vergütungssätzen ein solcher Prozess Zeit in Anspruch nimmt, weil die empirischen Grundlagen sachverständig erhoben und die Sichtweisen der Urheber und der Industrie berücksichtigt werden müssen.



2. Regelungen im Urhebergesetz und im Urheberrechtswahrnehmungsgesetz

a) § 54 UrhG

Gesetzliche Vergütungsansprüche sind im Urheberrecht, soweit hier von Interesse, in §§ 54 ff. UrhG geregelt. Nach § 54 UrhG hat der Urheber des Werkes gegen die Hersteller und nach § 54b UrhG gegen Importeure und Händler von bestimmten Geräten und Speichermedien einen abstrakten Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Vergütung.

b) § 54a UrhG

Anders als früher ist die Vergütungshöhe seit 2008 nicht mehr vom Gesetzgeber in einer Anlage zum Urhebergesetz hoheitlich festgelegt. § 54a UrhG macht lediglich generelle Vorgaben für die Vergütungshöhe, wobei es im Kern darauf ankommt, in welchem Maß die Geräte und Speichermedien als Typen tatsächlich für nach der Vorschrift relevante Vielfältigungen genutzt werden.

c) § 13a UrhWG

Das Verfahren zur Anwendung dieser Grundsätze auf den jeweiligen Geräte- oder Speichermedientyp hat der Gesetzgeber im Urheberrechtswahrnehmungsgesetz ausgestaltet. Nach § 13a Abs. 1 S. 2 und 3 UrhWG dürfen die Verwertungsgesellschaften der Urheber Tarife für Geräte und Speichermedien erst aufstellen, nachdem sie mit den Verbänden der betroffenen Hersteller über eine angemessene Vergütung und den Abschluss eines Gesamtvertrags verhandelt haben und, falls diese Verhandlungen scheitern, nachdem empirische Untersuchungen gemäß § 14 Abs. 5a UrhWG vorliegen. Diese empiri-



schen Untersuchungen haben die Funktion, die nach § 54a Abs. 1 UrhG maßgebliche Nutzung zu ermitteln. Die Verwertungsgesellschaften dürfen die empirischen Untersuchungen nicht selbst in Auftrag geben, sondern müssen dazu die beim Patentamt angesiedelte Schiedsstelle anrufen (§ 14 Abs. 1 Nr. 1c UrhWG), welche dann die empirische Untersuchung in Auftrag gibt. Davon verspricht sich der Gesetzgeber eine höhere Akzeptanz dieser Untersuchungsergebnisse.

d) §§ 14a, c UrhWG

Zur Beschleunigung ist in § 14 a Abs. 2 S. 1 UrhWG vorgesehen, dass die Schiedsstelle den Beteiligten innerhalb eines Jahres nach Anrufung einen Einigungsvorschlag zu machen hat, wobei diese Frist mit Zustimmung aller Beteiligter für jeweils ein halbes Jahr verlängert werden kann.

In den hier relevanten Konstellationen enthält nach § 14c Abs. 1 UrhWG der Einigungsvorschlag der Schiedsstelle den Inhalt des Gesamtvertrags. Eine zeitliche Rückwirkung darf ein solcher Vorschlag nach § 14 c Abs. 1 S. 2 UrhWG nur auf den 1. Januar des Jahres haben, in dem der Antrag gestellt worden ist.

Das Gesetz sieht weiter die Möglichkeit vor, dass die Schiedsstelle auf Antrag eines Beteiligten auch einen Vorschlag für eine einstweilige Regelung macht, welche grundsätzlich bis zum Abschluss des Verfahrens vor der Schiedsstelle gilt (§ 14 c Abs. 2 S. 1 und 3 UrhWG).

e) § 16 UrhWG

Die Pflicht zur Durchführung eines Verfahrens vor der Schiedsstelle hindert die gerichtliche Geltendmachung aber



nicht unbegrenzt. § 16 Abs. 1 Variante 2 UrhWG bestimmt, dass die Ansprüche nach § 14 Abs. 1 UrhWG im Wege der Klage gerichtlich geltend gemacht werden können, wenn das Verfahren vor der Schiedsstelle innerhalb der Fristen nach § 14 Abs. 1 S. 1 und 2 UrhWG nicht abgeschlossen wurde. Das gibt den Verwertungsgesellschaften die Möglichkeit, schon nach einer Verfahrensdauer bei der Schiedsstelle von einem Jahr das für Ansprüche auf Abschluss oder Änderung eines Gesamtvertrages zuständige Oberlandesgericht München (§ 16 Abs. 4 S. 1 UrhWG) anzurufen. Dieses setzt dann den Inhalt der Gesamtverträge, insbesondere Art und Höhe der Vergütung, nach billigem Ermessen fest (§ 16 Abs. 4 S. 3 UrhWG).

3. Bislang gefundene Ergebnisse zur angemessenen Vergütungshöhe

a) „Mondforderungen“ der Verwertungsgesellschaften

Betrachtet man die Geräte- und Speichermedientypen, für welche die Verwertungsgesellschaften eine Vergütungspflicht nach § 54 UrhG annehmen, ergibt sich bei der Ermittlung einer angemessenen Vergütungshöhe zwar ein differenziertes Bild, aber ein Element ist konstant:

Die Verwertungsgesellschaften konnten sich mit ihren ursprünglichen Forderungen und Tarifen nicht durchsetzen, weil ihre Forderungen bei allen Geräte- und Speichermedientypen massiv übersetzt waren.

b) Massive Abschlüsse bei Gesamtverträgen

Soweit es zum Abschluss von Gesamtverträgen gekommen ist, liegen die darin vereinbarten Tarife massiv unter dem ursprünglichen Forderungs- und Tarifniveau der Verwertungsge-



sellschaften, und zwar regelmäßig deutlich unterhalb von 50%.

- aa) So waren etwa für Multifunktionsgeräte (MFG) Forderungen in einer Spanne von 25,56 EUR bis 613,56 EUR erhoben worden. Nach dem Abschluss des Gesamtvertrages liegen die Tarife zwischen 15 EUR und 87,50 EUR.
- bb) Bei einfachen Druckern haben die Verwertungsgesellschaften Forderungen in einer Spannweite von 10 EUR bis 450 EUR erhoben. Nach Abschluss des Gesamtvertrags reichen die Tarife von 5 EUR bis 12,50 EUR.
- cc) Bei den Scannern hatten die Verwertungsgesellschaften je nach Gerätetyp 16,36 EUR bis 409,04 EUR gefordert. Nach dem Gesamtvertrag beträgt der Tarif 12,50 EUR.
- dd) Bei PCs hatten die Verwertungsgesellschaften 43,06 EUR aufgerufen, wozu für eingebaute DVD-Brenner und Festplatten noch einmal ca. 15 EUR hinzu gekommen wären. Nach Abschluss des Gesamtvertrags 2011 reichen die veröffentlichten Tarife von 4 EUR (bei Business-PC) bis zu 13,1875 EUR (bei Verbraucher-PCs).

Den Verwertungsgesellschaften ist es nicht gelungen, von sich aus gesetzeskonforme Tarife aufzustellen.

- c) Massive Abschlüsse durch die Schiedsstelle

Das zeigt sich auch dort, wo auf der Grundlage der Forderungen und Tarife der Verwertungsgesellschaften eine Einigung mit der Industrie nicht erreicht werden konnte und deshalb



bislang ein Gesamtvertrag nicht zustande gekommen ist. Die in diesen Fällen vor der Schiedsstelle und teilweise auch vor den Gerichten geführten Verfahren haben bei sehr vielen Gerätetypen und Speichermedientypen dasselbe Ergebnis gebracht:

Die Schiedsstelle hat die Forderungen und Tarife der Verwertungsgesellschaften als gesetzwidrig und klar übersetzt angesehen. Sie hat Einigungsvorschläge unterbreitet, die weit unter den Forderungen der Verwertungsgesellschaften lagen, im Durchschnitt bei etwa einem Drittel.

Wenn die Schiedsstelle in Einzelfällen einmal weniger als zwei Drittel der Tarifhöhe wegstreicht, dann korrigiert das Oberlandesgericht München diese Werte noch weiter nach unten. Typisch dafür ist etwa die Entwicklung bei den Rohlingen, also bei CD und DVD. Hier lagen die Einigungsvorschläge der Schiedsstelle im Durchschnitt bei etwa 50% der aufgestellten Tarife. Die anschließend vom Oberlandesgericht München mit nicht rechtskräftigem Urteil vom 28.08.2014 – 6 Sch 11/10 WG ermittelten angemessenen Vergütungshöhen lagen nochmals niedriger als im Einigungsvorschlag der Schiedsstelle.

- d) Teilweise Kündigung von Gesamtverträgen zur Durchsetzung massiv übersetzter Forderungen

Schließlich gibt es noch die Konstellation der abgeschlossenen, dann aber von den Verwertungsgesellschaften gekündigten Gesamtverträge. Das betrifft den Bereich der USB-Sticks und der Speicherkarten. Hier hat die ZPÜ nach der Kündigung des Gesamtvertrages Tarife festgelegt, die neun- bis zwanzigmal so hoch sind wie die ursprünglich vertraglich vereinbar-



ten Vergütungshöhen, alles ohne nachvollziehbare Begründung.

4. Reaktion der Hersteller

Wo die Vergütungsfragen dem Grunde oder der Höhe nach strittig sind, treffen die potentiell vergütungspflichtigen Hersteller autonome Risikoeinschätzungen und unternehmerische Entscheidungen.

Die Risikoeinschätzung findet ihren Ausdruck in den gebildeten Rückstellungen.

Diese gerätebezogenen Rückstellungen können wegen der bestehenden Unsicherheiten und der Bedingungen des Marktes (vgl. schon BT-Drs. 16/1828, 30) nicht vollständig in die Gerätepreise einkalkuliert werden. Die Rückstellungen belasten deshalb das Ergebnis.

5. Praktisch keine Insolvenzfälle auf Herstellerseite bekannt geworden

Seit der Umstellung des Urheberrechts auf das „Partnerschaftsmodell“ im Jahr 2008 sind praktisch keine Fälle mehr bekannt geworden, in denen Hersteller von einer gewissen Größe insolvent wurden und deshalb Ansprüche der Urheber von den Verwertungsgesellschaften nicht mehr durchgesetzt werden konnten.

Selbst Insolvenzen von Herstellern führen keineswegs zwangsläufig dazu, dass den Urhebern ein Schaden entsteht. Beispielhaft dafür steht die Insolvenz von Chips&More.

Dieses Unternehmen hatte jahrelang große Marktanteile, wurde aber von den Verwertungsgesellschaften übersehen und nie auf urheberrechtliche Abgaben (§§ 54 ff. UrhG) in Anspruch genommen. Insoweit betraf die Insolvenz ohnehin Ansprüche, welche die Verwer-



tungsgesellschaften nie geltend gemacht hatten. Diese Passivität der Verwertungsgesellschaften ist unerklärlich.

Sie kann aber immer noch aufgefangen werden. Denn die Verwertungsgesellschaften können sich mit ihren Ansprüchen statt an einen insolventen Hersteller immer noch an die als Gesamtschuldner haftenden Händler (§ 54b UrhG) halten. Das tun die Verwertungsgesellschaften zwischenzeitlich auch und zwar unter Verweis darauf, dass bei den in Anspruch genommenen Händlern die Vergütungspflicht nicht nach § 54b Abs. 3 UrhG entfallen ist.

6. Unzureichende Markterfassung durch die Verwertungsgesellschaften

An diesem Beispiel ist schon deutlich geworden: Die Verwertungsgesellschaften waren bislang selbst dort, wo Gesamtverträge abgeschlossen wurden oder die Vergütungshöhen auch ohne Gesamtvertrag von vielen Herstellern und gewerblichen Importeuren akzeptiert worden sind, nicht in der Lage, den Markt auch nur ansatzweise vollständig zu erfassen. Die Verwertungsgesellschaften konzentrieren sich im Wesentlichen auf die greifbaren größeren Marktteilnehmer auf Hersteller- und Importeurseite, scheuen aber den Aufwand, die Vergütungsansprüche der Urheber gegenüber kleineren und wegen eines Sitzes im Ausland schwieriger greifbaren Marktteilnehmern durchzusetzen. Dadurch entstehen den Urhebern jährlich Verluste, die um ein Vielfaches größer sind als mögliche Verluste durch Insolvenzfälle. Von Seiten der Verwertungsgesellschaften wird dieses Problem zwar relativiert, im Kern aber eingestanden (vgl. Müller, ZUM 2008, 377 [379 ff.]).

7. Niedrigere Vergütungssätze in anderen europäischen Ländern

Soweit andere europäischen Länder mit §§ 54, 54b UrhG vergleichbare gerätebezogene Vergütungspflichten kennen, liegen die dort



maßgeblichen Sätze im Regelfall unter den Vergütungssätzen, welche die Verwertungsgesellschaften in Deutschland in Verhandlungen gegen die vermeintlich übermächtigen Verbände der Hersteller und gewerblichen Importeure oder vor den Schiedsstellen und Zivilgerichten durchsetzen konnten.

Das lässt sich beispielhaft aufzeigen an den Abgaben auf PCs.

Nach dem Abschluss eines Gesamtvertrags mit dem Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. (BITKOM) haben die Verwertungsgesellschaften in Deutschland für PCs grundsätzlich einen Tarif von etwas über 13 EUR festgelegt, bei nachweislich an gewerbliche Endabnehmer verkauften PCs einen Tarif von 4 EUR. Demgegenüber erhält die Verwertungsgesellschaft in den Niederlanden für jeden dort verkauften PC nur 5 EUR, also lediglich ca. 38 % des in Deutschland maßgeblichen Vergütungssatzes; der Wert wird noch geringer werden, da in den Niederlanden im nächsten Jahr der Satz auf 3,50 EUR abgesenkt wird. Bei nachweislich an gewerbliche Kunden abgegebenen PCs ist in den Niederlanden überhaupt keine Vergütung an die Verwertungsgesellschaft zu bezahlen.

C.

Gegenstand, Struktur und Maßstäbe der verfassungsrechtlichen Würdigung

Die verfassungsrechtliche Würdigung einer auf die Vergütungsansprüche nach §§ 54, 54b UrhG bezogenen Hinterlegungspflicht steht vor der Herausforderung, noch nicht auf einen Gesetzesentwurf Bezug nehmen zu können. Deshalb muss in einem ersten Schritt der verfassungsrechtlichen Würdigung herausgearbeitet werden, welche rechtlichen Konturen eine solche Hinterlegungspflicht hätte (dazu unter I.).



Die Einführung einer Hinterlegungspflicht für Vergütungsansprüche nach §§ 54, 54b UrhG durch den Gesetzgeber wäre nur dann verfassungsrechtlich zulässig, wenn solche Normen und die von ihnen ausgehenden Wirkungen mit den Grundrechten der betroffenen Unternehmen und dem Rechtsstaatsprinzip vereinbar wären.

Deshalb sind in einem zweiten Schritt unter Bezugnahme auf die zuvor ermittelten rechtlichen Konturen einer Hinterlegungspflicht deren zentrale Wirkungen festzustellen (dazu unter II.).

In einem dritten Schritt sind dann die relevanten verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstäbe zu ermitteln (dazu unter III.).

I.

Konturen einer Hinterlegungspflicht

1. Referenzregelung in § 11 Abs. 2 UrhWG

a) Text und Normzweck

Die rechtspolitische Diskussion um die Einführung einer „Hinterlegungspflicht“ für gesetzliche Vergütungsansprüche (§ 54 UrhG) ist immer unter Verweis auf die in § 11 UrhWG schon bestehende Regelung geführt worden. Die Vorschrift lautet (Hervorhebungen von mir):

„§ 11 Abschlusszwang

- (1) Die Verwertungsgesellschaft ist verpflichtet, aufgrund der von ihr wahrgenommenen Rechte jedermann auf Verlangen zu angemessenen Bedingungen Nutzungsrechte einzuräumen.
- (2) Kommt eine Einigung über die Höhe der Vergütung für die Einräumung der Nutzungsrechte nicht zustande, so gelten die Nutzungsrechte als



eingräumt, wenn die Vergütung in Höhe des vom Nutzer anerkannten Betrages an die Verwertungsgesellschaft gezahlt und **in Höhe der darüber hinausgehenden Forderung der Verwertungsgesellschaft** unter Vorbehalt an die Verwertungsgesellschaft gezahlt oder **zu ihren Gunsten hinterlegt worden ist.**“

Während die diskutierte Hinterlegungspflicht bei gesetzlichen Vergütungsansprüchen nach §§ 54 ff. UrhG eine Regelung zugunsten der Verwertungsgesellschaften wäre, ist die in § 11 Abs. 2 UrhWG geregelte Hinterlegungsmöglichkeit als Handlungsoption des Verwerter aus gestaltet und begründet deshalb ein Recht zugunsten der Verwerter.

Denn erklärter gesetzgeberischer Zweck der Regelung in Abs. 2 ist zugunsten der Verwerter die Durchsetzung des in Abs. 1 verankerten Abschlusszwangs gegen die Verwertungsgesellschaft. Die Rechteeinräumung soll nicht daran scheitern, dass sich die Beteiligten nicht sofort über die Höhe der Vergütung einigen können, sondern darüber später Gerichte entscheiden müssen. Die Hinterlegung erfolgt bis zum rechtskräftigen Abschluss oder der sonstigen Beilegung eines solchen Streits über die Höhe der Vergütung.

- b) Forderung der Verwertungsgesellschaft als Bezugspunkt der Hinterlegung (tarifbezogene Hinterlegung)

Bezugspunkt der Hinterlegung oder der Zahlung unter Vorbehalt ist bei § 11 Abs. 2 UrhWG immer die Forderung der Verwertungsgesellschaft und zwar gerade eben in dem Umfang, den der Nutzer als nicht angemessen im Sinne von § 11 Abs. 1 UrhWG ansieht und deshalb als überhöht ablehnt. Die Hinterlegung nach § 11 Abs. 2 UrhWG ist tarifbezogen.



- c) Hinterlegung dauert unverändert bis zum Abschluss des Streits über die Vergütungshöhe

Im Fall des § 11 Abs. 2 UrhWG bleibt es bei dem durch die Hinterlegung geschaffenen Schwebezustand bis der Streit über die Vergütungshöhe im Konsens oder durch streitige gerichtliche Entscheidung abschließend beigelegt ist. Zwischenergebnisse in diesem Streit, etwa nicht rechtskräftig werdende Entscheidungen von Instanzgerichten, wirken sich weder auf den Fortbestand noch auf die Höhe der Hinterlegung aus.

- d) Rechtsschutz gegen die Höhe des Hinterlegungsbetrages während der Dauer der Hinterlegung ausgeschlossen

Im System des § 11 Abs. 2 UrhWG gibt es für den Hinterleger keinen gerichtlichen Rechtsschutz gegen die Höhe des Hinterlegungsbetrages. Der Hinterleger ist bei § 11 Abs. 2 UrhWG darauf beschränkt, in einem Verfahren gegen die Verwertungsgesellschaften gerichtlich klären zu lassen, in welcher Höhe er materiell-rechtlich eine Vergütung schuldet. Gelingt ihm das nach Durchlaufen des Rechtswegs, dann beendet das die Hinterlegung. Es bleibt aber dabei, dass während des gesamten Hinterlegungszeitraums eine effektive gerichtliche Kontrolle der Höhe des erforderlichen Hinterlegungsbetrags ausgeschlossen ist.

- e) Keine Hinterlegung bei Erfüllung der Vergütungsforderung der Verwertungsgesellschaften

Die Hinterlegungspflicht des § 11 Abs. 2 UrhWG erfasst nur Konstellationen, in denen die von der Verwertungsgesellschaft erhobene Vergütungsforderung nicht vollständig erfüllt wird.



2. **Konsequenzen einer Übertragung dieses Hinterlegungsmodells auf Ansprüche nach §§ 54, 54b UrhG**

Übertrüge man das Referenzmodell des § 11 Abs. 2 UrhWG auf die gesetzlichen Vergütungsansprüche der §§ 54, 54b UrhG, dann wären vier Konturen einer solchen Hinterlegungspflicht vorgegeben:

a) **Tarifbezogenheit des Hinterlegungsbetrags**

Zum einen wird die Höhe des Hinterlegungsbetrags durch die Forderung der Verwertungsgesellschaft bestimmt, soweit diese nicht schon anderweitig (durch Teilzahlung) befriedigt ist. Die Hinterlegungssumme je Gerät entspräche deshalb abzüglich schon geleisteter Zahlungen immer der Höhe des Tarifs, den die Verwertungsgesellschaften für den jeweiligen Gerätetyp oder für das jeweilige Speichermedium festgelegt haben. Wenn die Hinterlegungspflicht zeitlich auch schon vor Aufstellung eines Tarifs greifen soll, dann käme es insoweit auf die im Vorfeld erhobenen und bekannt gemachten Forderungen der Verwertungsgesellschaften an.

b) **Keine Veränderungen während des Vergütungsstreits**

Die zweite Kontur einer an § 11 Abs. 2 UrhWG angelehnten Hinterlegungspflicht bestünde darin, dass es bis zum Abschluss des Streits über die Höhe der Vergütungspflicht bei der Hinterlegung bliebe. Zwischenzeitlich im Vergütungsstreit ergehende Vorschläge der Schiedsstelle oder instanzgerichtliche Entscheidungen führen nicht zu einer Teilrückzahlung des Hinterlegungsbetrages an den Hersteller.

Wenn bis zum Abschluss des Streits über die Vergütungshöhe die Hinterlegung in vollem Umfang und ohne Rücksicht auf das Verfahren noch nicht abschließende Entscheidungen be-



stehen bleibt, dann korrespondiert dies auch mit dem von den Verwertungsgesellschaften angeführten Aspekt der Abdeckung eines Insolvenzrisikos. Der Bundesgerichtshof hat zu § 11 Abs. 2 UrhWG entschieden, dass der Gesetzgeber mit der Regelung des § 11 Abs. 2 UrhWG gar nicht den Zweck verfolgte, ein Insolvenzrisiko der Verwertungsgesellschaften auszuräumen (BGH, Urteil vom 15.06.2000 – I ZR 231/97, Rdnr. 36 bei Juris); von der Vorschrift geht deshalb allenfalls ein insolvenzschützender Reflex aus. Da die Verwertungsgesellschaften und Teile der urheberrechtlichen Literatur aber dennoch eine Hinterlegungspflicht bei gesetzlichen Vergütungsansprüchen (§§ 54, 54b UrhG) ebenfalls mit Hinweis auf vermeintliche Insolvenzrisiken fordern (Müller, ZUM 2008, 377 [378 f.]; siehe auch Schulze, in: Dreier/Schulze, Urhebergesetz, 4. Aufl. 2013, § 11 UrhWG, Rdnr. 16), ist es dementsprechend nachvollziehbar, den Vorschlag einer Hinterlegungspflicht im Sinne einer tarifbezogenen Hinterlegungspflicht zu verstehen.

- c) Kein effektiver Rechtsschutz gegen die Höhe des zu hinterlegenden Betrages

Das dritte charakteristische Merkmal einer an § 11 Abs. 2 UrhWG angelehnten tarifbezogenen Hinterlegungspflicht läge darin, dass es gegen die Höhe des Hinterlegungsbetrags keinen effektiven, insbesondere keinen zeitnahen Rechtsschutz gibt und geben kann. Der Hinterlegungsbetrag soll sich nach den Vorstellungen der Verwertungsgesellschaften vielmehr aus der Multiplikation der Gerätezahl, die Hersteller und gewerbliche Importeure mitteilen müssen (§§ 54e, 54f UrhG), mit dem für den Gerätetyp von den Verwertungsgesellschaften festgelegten Vergütungssatz ergeben. Dieser Anspruch soll vor dem Landgericht München I im Verfügungsverfahren

durchsetzbar sein. Dazu soll der Gesetzgeber den für den Erlass einer einstweiligen Verfügung erforderlichen Verfügungsgrund durch eine unwiderlegliche gesetzliche Vermutung fingieren und auch insoweit eine gerichtliche Kontrolle vermeiden. Die Hersteller und gewerblichen Importeure sollen weder theoretisch noch praktisch die Möglichkeit haben, den Hinterlegungssatz gerichtlich auf eine im Sinne von § 54a UrhG angemessene Höhe überprüfen und herabzusetzen zu lassen. Sie sollen vielmehr auf die Möglichkeit verwiesen und beschränkt werden, in den durch das UrhWG ausgestalteten, kosten- und zeitintensiven Verfahren vor Schiedsstelle und Oberlandesgericht München/Bundesgerichtshof die nach § 54a UrhG angemessene Vergütungspflicht im Nachhinein ermitteln zu lassen. Ist dort eine Klärung erreicht, endet aber wie im Referenzmodell des § 11 Abs. 2 UrhWG die Hinterlegung wegen Wegfalls des Hinterlegungsanlasses ohnehin.

d) Erfüllung schließt Hinterlegungspflicht aus

Bezahlt ein Hersteller oder gewerblicher Importeur den von der Verwertungsgesellschaft festgesetzten Tarif oder den in einem Gesamtvertrag, dem er beigetreten ist, vorgesehenen rabattierten Vergütungssatz, sind die gesetzlichen Vergütungspflichten nach den §§ 54, 54b UrhG erfüllt. Davon gehen auch die Verwertungsgesellschaften aus. In diesen Erfüllungsfällen durch Zahlung der Vergütung nach dem Tarif oder nach dem Gesamtvertrag kann es nach dem Referenzmodell des § 11 Abs. 2 UrhWG keine Hinterlegungspflicht mehr geben.



II.

Zentrale Wirkungen einer Hinterlegungspflicht

Eine tarifbezogene Hinterlegungspflicht für Vergütungsansprüche nach den §§ 54, 54b UrhG wirkt sich dreifach auf die betroffenen Hersteller und gewerblichen Importeure aus.

- Ihre Zahlungspflichten werden zeitlich vorverlagert.
- Die gerichtlichen Kontrollmöglichkeiten werden reduziert und auf die Zeit nach der Zahlung verschoben.
- Der vorzeitige und kontrolllose Mittelabfluss bei den Unternehmen erreicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ein Volumen, das oberhalb von dem liegt, was nach den gesetzlichen Regelungen der §§ 54, 54a UrhG in Verbindung mit dem UrhWG materiell-rechtlich vorgegeben ist.

Im Einzelnen gilt:

1. Zeitliche Vorverlagerung von Zahlungspflichten

Eine tarifbezogene Hinterlegungspflicht verlagert Zahlungspflichten der Hersteller und gewerblichen Importeure zeitlich vor, wie ein Vergleich mit dem Status quo zeigt:

Zu den wesentlichen Elementen des vom Gesetzgeber für den Zeitraum seit 2008 geschaffenen partnerschaftlichen Systems gehört, dass die Verwertungsgesellschaften gehalten sind, zunächst eine Grundlage für Ansprüche gegen die Hersteller und gewerblichen Importeure zu begründen. Das ist in der Rechtsprechung zum geltenden Recht geklärt.

Der zuständige Senat des Oberlandesgerichts München hat schon 2010 klargestellt, dass die Aufstellung eines Tarifs für Geräte und



Speichermedien (§ 13a UrhWG) keine Anspruchsgrundlage gegen Hersteller und gewerbliche Importeure darstellt (OLG München, Urteil vom 29.04.2010 – 6 WG 6/10, Rdnr. 77 bei Juris).

Nach geltendem Recht gibt es nur vier Möglichkeiten, den Verwertungsgesellschaften einen betragsmäßig durchsetzbaren Anspruch auf Urheberrechtsabgaben gegen Hersteller und gewerbliche Importeure zu vermitteln (OLG München, Urteil vom 29.04.2010 – 6 WG 6/10, Rdnr. 78 ff. bei Juris):

- Durch einen abgeschlossenen Gesamtvertrag,
- durch einen angenommenen Einigungsvorschlag der Schiedsstelle,
- durch einen in Anwendbarkeit und Angemessenheit nicht bestrittenen Tarif oder
- durch einen gerichtlich festgesetzten Gesamtvertrag.

Dieser vom Gesetzgeber geschaffenen Rechtslage ist es immanent, dass Zahlungen erst gefordert werden können, wenn zum jeweiligen Geräte- oder Speichermedientyp eine Einigung gefunden oder eine gerichtliche Entscheidung getroffen wurde.

Die zentrale Wirkung einer tarifbezogenen Hinterlegungspflicht bestünde darin, Zahlungspflichten der Hersteller und gewerblichen Importeure zeitlich vorzuverlagern. Es käme schon zu einem Mittelabfluss aus den Unternehmen, bevor die vom Gesetzgeber gewollte Selbstregulierung durch partnerschaftliches Zusammenwirken der Beteiligten stattgefunden hat.



2. Reduktion und zeitliche Verschiebung der gerichtlichen Kontrollmöglichkeiten

Die zweite Wirkung einer tarifbezogenen Hinterlegungspflicht betrifft die gerichtlichen Kontrollmöglichkeiten zum Ob und zur Höhe der von den Herstellern und gewerblichen Importeuren zu leistenden Zahlungen. Sie wird einschneidend reduziert und findet im Wesentlichen erst deutlich nach dem Zahlungsabfluss aus den Unternehmen statt. Die Vorschläge der ZPÜ zur gerichtlichen Durchsetzung der Hinterlegungsforderung (Erlass einstweiliger Verfügungen durch das Landgericht München I) zielen darauf ab, jede Kontrolle der Hinterlegungsforderungen am Maßstab des § 54a UrhG zu verhindern.

3. Mittelabfluss in mit Sicherheit übersetztem Umfang

Eine tarifbezogene Hinterlegungspflicht führt aber nicht nur zu einem vorzeitigen und kontrolllosen Mittelabfluss. Der von den Tarifen und Forderungen der Verwertungsgesellschaft ausgehende Mittelabfluss hätte auch ein Volumen, das deutlich über dem nach § 54a UrhG Angemessenen liegt.

Davon kann mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgegangen werden, weil bislang alle Forderungen und Tarife der Verwertungsgesellschaften als nicht mit § 54a UrhG vereinbar beurteilt worden sind. Die Anwendungspraxis seit 2008 hat gezeigt, dass die Verwertungsgesellschaften „Mondforderungen“ aufstellen. Diese werden sowohl bei streitiger Durchführung in Verfahren vor der Schiedsstelle und dem Oberlandesgericht München wie beim Abschluss von Gesamtverträgen massiv gekürzt.

Wo die Schiedsstelle streitig über Tarife der Verwertungsgesellschaften entschieden hat, sind diese der Höhe nach durchschnittlich



um zwei Drittel gekürzt worden, aber immer um mindestens die Hälfte. Das kann an einigen Beispielen illustriert werden:

- So hatten die Verwertungsgesellschaften für Brenner einen Tarif von 7 EUR veröffentlicht. Die Schiedsstelle hat dagegen einen Einigungsvorschlag mit Werten von lediglich 1,74 EUR bis 2,16 EUR gemacht. Das entspricht 25 % bis 31 % des Tarifs.
- Bei den Consumer Electronics-Produkten (z.B. MP3-Player, Video- und DVD-Rekorder, TV-Geräte mit HDD, CD-Rekorder) liegen die Werte der Einigungsvorschläge der Schiedsstelle und des nicht rechtskräftigen Urteils des Oberlandesgerichts München vom 11.07.2013 für die meisten Geräte lediglich bei ca. einem Drittel der von der ZPÜ aufgestellten Tarife (Bsp.: Videorekorder: 5,17 EUR statt 15,00 EUR; Festplattenrekorder: 12,73 EUR statt 34,00 EUR; CD-Rekorder: 4,62 EUR statt 13 EUR; MP3-Player: 1,63 EUR statt 5 EUR).
- Für Mobiltelefone haben die Verwertungsgesellschaften Tarife zwischen 4 EUR bis 36 EUR veröffentlicht. Die Schiedsstelle hat bei ihren Einigungsvorschlägen bezüglich der geltend gemachten Tarife 4 und 11 EUR Werte von 1,63 EUR bis 5,51 EUR als gesetzeskonform angesehen. Das sind 40 % bis 50 % des Tarifs.
- Bei den Rohlingen (CD und DVD) lagen die Einigungsvorschläge der Schiedsstelle im Durchschnitt bei etwa 50% der aufgestellten Tarife. Die vom Oberlandesgericht München mit nicht rechtskräftigem Urteil vom 28.08.2014 ermittelten angemessenen Vergütungshöhen lagen nochmals niedriger als im Einigungsvorschlag der Schiedsstelle.



- Bei Multi-Media-Festplatten haben die Verwertungsgesellschaften Tarife von 19 EUR bis 34 EUR veröffentlicht, der Einigungsvorschlag der Schiedsstelle akzeptiert aber nur Werte von 3,83 EUR bis 7,21 EUR als gesetzeskonform. Das sind etwa 20 % des Tarifs.

Der Mittelabfluss infolge einer tarifbezogenen Hinterlegungspflicht hätte ausgehend von den Tarifen und Forderungen der Verwertungsgesellschaften ein Volumen, welches deutlich über dem liegt, womit die Hersteller nach den bisherigen Verläufen von Verhandlungen über Gesamtverträge oder von streitigen Verfahren vor der Schiedsstelle und dem Oberlandesgericht München sowie dem Bundesgerichtshof rechnen müssen.

III.

Relevante verfassungsrechtliche Maßstäbe

Eine Hinterlegungspflicht mit den unter I. beschriebenen Konturen und den unter II. herausgearbeiteten Wirkungen könnte verfassungsrechtlich an der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG, an der allgemeinen, auch wirtschaftlichen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG und am Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG zu messen sein.

Die nachfolgenden Überlegungen zeigen, dass es im Kern auf die Berufsfreiheit ankommt.

1. Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)

Art. 2 Abs. 1 GG würde durch eine tarifbezogene Hinterlegungsfreiheit auf jeden Fall tangiert; die Frage ist lediglich, ob die allgemeine Handlungsfreiheit durch das vorrangige Grundrecht der Berufsfreiheit insoweit verdrängt wird.

Art. 2 Abs. 1 GG garantiert die allgemeine Handlungsfreiheit, ohne das thematisch näher einzugrenzen. Deshalb gehört zu Art. 2 Abs. 1 GG auch ganz allgemein die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit (BVerfGE 95, 267 [303]). Das meint der Sache nach eine Handlungsfreiheit auf wirtschaftlichem Gebiet (Dreier, in: derselbe, Grundgesetz, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2, Rdnr. 35; Murswiek, in: Sachs, Grundgesetz, 6. Aufl. 2011, Art. 2, Rdnr. 54). Deshalb unterfällt der allgemeinen wirtschaftlichen Handlungsfreiheit jedes Verhalten, welches maßgeblich von Erwerbsmotiven geprägt ist (Di Fabio, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 2, Rdnr. 81 [Stand Juli 2001]). Dazu gehört das Herstellen und Importieren der in den §§ 54, 54b UrhG beschriebenen Geräte und Speichermedien für den Geltungsbereich des Urhebergesetzes.

Deshalb sind schon die bestehenden Vergütungspflichten nach den §§ 54, 54b UrhG ein Eingriff (zumindest) in die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG (allgemeine Meinung; vgl. etwa Mann, in: Sachs, Grundgesetz, 6. Aufl. 2011, Art. 12, Rdnr. 96; Degenhart, K&R 2006, 388 [389]).

Für eine tarifbezogene Hinterlegungspflicht gilt das erst recht, weil sie gegenüber der Vergütungspflicht zeitlich vorverlagert ist, weil die gerichtlichen Kontrollmöglichkeiten reduziert sind und weil sie betragsmäßig mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit deutlich höher ist als die Vergütungspflicht.

Art. 2 Abs. 1 GG ist aber gegenüber späteren Freiheitsrechten wie der Berufsfreiheit subsidiär (vgl. BVerfGE 126, 286 [300]; 116, 202 [221]). Auf Art. 2 Abs. 1 GG käme es deshalb vor allen Dingen dann an, wenn die Berufsfreiheit nicht einschlägig wäre (vgl. zu diesen Aspekten näher unter D.).



Nicht verlässlich geklärt ist, ob in auf die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit von Unternehmen bezogenen Fällen ein nur von Art. 2 Abs. 1 GG vermittelter Schutz im Ergebnis „schwächer“ ist als derjenige durch die speziellere Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG, jedenfalls soweit es um Berufsausübungsbeschränkungen geht. Die Spruchpraxis des Bundesverfassungsgerichts ist nicht eindeutig. Sie weist aber durchaus Fälle auf, in denen das Ergebnis unterschiedlich ausfiel, je nach dem, ob die Betroffenen sich auf die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 berufen konnten oder lediglich auf Art. 2 Abs. 1 GG (vgl. BVerfGE 97, 228 [261 f. einerseits und 263 f. andererseits]; vgl. dazu schon Lenz, NJW 1999, 757 [759]). Zu den Vergütungsansprüchen nach §§ 54, 54b UrhG wird allerdings die Auffassung vertreten, die Schranken für den Gesetzgeber unterschieden sich nicht nennenswert danach, ob Art. 12 Abs. 1 GG oder Art. 2 Abs. 1 GG eingreift (so jedenfalls Degenhart, K&R 2006, 388 [389]).

Auf diese Fragen käme es aber nur an, wenn ein Gesetz, das eine tarifbezogene Hinterlegungspflicht einführt, gar nicht an der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG zu messen wäre.

2. Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG)

Das Rechtsstaatsprinzip könnte betroffen sein, weil von einer tarifbezogenen Hinterlegungspflicht eine Reduktion der gerichtlichen Kontrollmöglichkeiten ausgeht.

a) Allgemeiner Justizgewährleistungsanspruch

Das betrifft auch unter dem Aspekt des effektiven Rechtsschutzes nicht Art. 19 Abs. 4 GG, weil dessen Gewährleistungen sich nur auf die öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeiten bezieht. Den effektiven Rechtsschutz in zivilrechtlichen



Streitigkeiten gebietet das Grundgesetz nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aber durch das Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit den Grundrechten und zwar in der Gestalt des sogenannten allgemeinen Justizgewährungsanspruchs (BVerfGE 107, 395 [406 f.]). Die Verbindung mit den Grundrechten dient dabei vor allen Dingen der Subjektivierung der aus Art. 20 Abs. 3 GG folgenden rechtsstaatlichen Gewährleistungen beim Grundrechtsträger. Mit der Formulierung „in Verbindung mit den Grundrechten“ stellt das Bundesverfassungsgericht klar, dass diese Subjektivierung durch das jeweils einschlägige Freiheitsgrundrecht erfolgt, im Zweifel über das Auffanggrundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG (vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 12. Aufl. 2012, Art. 20, Rdnr. 91; vgl. auch Huster/Rux, in: Epping/Hillgruber, Grundgesetz, 2009, Art. 20, Rdnr. 186).

b) Materielle Vorgaben

Der allgemeine Justizgewährungsanspruch aus Art. 20 Abs. 3 GG i.V. mit Art. 2 Abs. 1 GG oder einem anderen sachlich einschlägigen Freiheitsgrundrecht verlangt auch, dass effektiver Rechtsschutz für den einzelnen Rechtsschutzsuchenden besteht (BVerfGE 116, 135 [154]; 107, 395 [408]). Dem entspricht die Aufgabe des Gesetzgebers, das Rechtsschutzsystem entsprechend auszuformen. Dabei hat es der Gesetzgeber aber regelmäßig mit unterschiedlichen Interessen Mehrerer zu tun, weshalb der allgemeine Justizgewährungsanspruch nicht auf eine schlichte Maximierung der Rechtsschutzmöglichkeiten einzelner Rechtssuchender bezogen ist, sondern auf eine sachgerechte Gewichtung und Zuordnung der betroffenen rechtlich geschützten Belange zielt (BVerfGE 116, 135 [154]). Dabei muss der Gesetzgeber eine Lösung

finden, die dem Grundsatz der Herstellung praktischer Konkordanz gerecht wird (BVerfGE 116, 1 [21]).

Nach diesen Maßstäben muss der Gesetzgeber entscheiden, ob die allgemeinen in der Rechtsordnung vorgesehenen Schutzmöglichkeiten ausreichen oder aber ob Sonderregelungen geschaffen werden sollen.

c) Konsequenzen

Eine solche Sonderregelung wäre es etwa, wenn der Gesetzgeber entsprechend dem Vorschlag der ZPÜ bezogen auf von ihm geschaffene Hinterlegungsansprüche die Bedingungen für den Erlass einstweiliger Verfügungen so ausgestaltet, dass die Gerichte auch den Verfügungsgrund nicht mehr überprüfen können, etwa weil dieser unwiderleglich gesetzlich vermutet wird.

Durch eine solche prozessuale Sonderregelung würde den Antragsgegnern in solchen Verfügungsverfahren die Möglichkeit genommen, die Dringlichkeit mit dem Argument zu bestreiten, mangels empirischer Feststellungen im Sinne von §§ 14 Abs. 5a, 13a UrhWG i.V. mit § 54a UrhG und wegen der bisherigen übermäßigen Tariffestlegungspolitik der Verwertungsgesellschaften bestehe kein Bedürfnis für einstweiligen Rechtsschutz zugunsten der Verwertungsgesellschaften.

Dagegen ist nicht unmittelbar der allgemeine Justizgewährleistungsanspruch, sondern das jeweils einschlägige materielle Freiheitsgrundrecht selbst betroffen, soweit es in diesem Zusammenhang um die Schaffung eines Anspruchs auf Hinterlegung und damit bezogen auf das Verfügungsverfahren um den Verfügungsanspruch geht.



Nach derzeitiger Rechtslage haben die Hersteller und gewerblichen Importeure zwar das subjektive Recht, von Vergütungsansprüchen verschont zu bleiben, die formell und materiell nicht den Vorgaben der §§ 13a, 14 Abs. 5a UrhWG i.V. mit § 54a UrhG entsprechen. Das würde aber überlagert, wenn der Gesetzgeber den Verwertungsgesellschaft quasi im Vorgriff auf den eigentlichen Vergütungsanspruch einen von dessen Voraussetzungen abgekoppelten, lediglich tarifbezogenen Hinterlegungsanspruch gewähren würde. Wäre das mit Freiheitsgrundrechten vereinbar, dann ändert sich die Lage bei den subjektiven Rechten, auf die sich der allgemeine Justizgewährleistungsanspruch aber gerade bezieht (BVerfGE 116, 135 [154 f.]). Deshalb betrifft ein solcher Eingriff das Freiheitsgrundrecht, nicht den rechtsstaatlichen allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch.

Aus diesen Zusammenhängen folgt, dass eine solche Verpflichtung zu voraussetzungslosen Vorausleistungen gerade wegen ihrer rechtsschutzverkürzenden Wirkungen auf Vereinbarkeit mit dem einschlägigen Freiheitsgrundrecht geprüft werden muss.

3. Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

Die zur allgemeinen Handlungsfreiheit und zum allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch angestellten Überlegungen haben gezeigt, dass das verfassungsrechtliche Schicksal einer tarifbezogenen Hinterlegungspflicht davon abhängt, ob sie vor der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG gerechtfertigt werden kann. Deshalb konzentriert sich die weitere Prüfung auf diesen Aspekt und behandelt ihn in dem selbständigen Abschnitt D.



D.

Berufsfreiheit

Eine tarifbezogene Hinterlegungspflicht müsste mit der Berufsfreiheit der Hersteller vereinbar sein. Das setzt voraus, dass sie in die Berufsausübungsfreiheit entweder gar nicht eingreift (dazu unter II.) oder dieser Eingriff gerechtfertigt werden kann (dazu unter III. und IV.), weil er einen vernünftigen Grund des Allgemeinwohls verfolgt und zur Erreichung dieses Ziels geeignet, erforderlich und verhältnismäßig ist (vgl. BVerfGE 125, 260 [360]). Auf die Berufsfreiheit kommt es aber nur an, wenn die betroffenen Hersteller und gewerblichen Importeure Träger des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG sind (dazu unter I.).

I.

Berufsfreiheit der Hersteller und gewerblichen Importeure

Die Hersteller und gewerblichen Importeure müssen sich auf die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG berufen können. Das wirft keine allzu großen Probleme auf.

1. Art. 19 Abs. 3 GG

Nach Art. 19 Abs. 3 GG gelten die Grundrechte (jedenfalls) auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind.

- a) Für die Berufsfreiheit ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht anerkannt, dass sie ihrem Wesen nach auf juristische Personen anwendbar ist (vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 14.01.2014 – 1 BvR 2998/11 u.a., Rdnr. 50 und 59 bei Juris; BVerfGE 126, 112 [136]; 115, 205 [229]; 95, 173 [181]).



- b) Die Hersteller und Importeure sind zum ganz überwiegenden Teil auch inländische juristische Personen, weil es dafür auf den Sitz des Unternehmens ankommt. Dieser ist bei den für Produktion und Vertrieb im Inland gegründeten Gesellschaften in Deutschland. Das gilt auch für deutsche Tochtergesellschaften internationaler Konzerne. Der Umstand, dass diese Deutschland-Gesellschaften in einen internationalen Konzern eingegliedert sind, dessen Muttergesellschaft ihren Sitz außerhalb Deutschlands hat, wirkt sich nicht aus. Denn für die Eigenschaft einer juristischen Person als inländisch im Sinne von Art. 19 Abs. 3 GG kommt es auf Staatsangehörigkeit oder Sitz ihrer Gesellschafter und Aktionäre nicht an (Sachs, in: derselbe, Grundgesetz, 6. Aufl. 2011, Art. 19, Rdnr. 56; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 18.01.2002 – 1 BvR 2284/95, Rdnr. 14 bei Juris).

2. Art. 12 Abs. 1 GG auch bei Tochtergesellschaften ausländischer Konzerne

Offen gelassen hat das Bundesverfassungsgericht allerdings, ob die Grundrechtsfähigkeit von Töchtern ausländischer Konzerne mit Sitz im Inland nur für als Jedermannrechte ausgestaltete Grundrechte des Grundgesetzes gilt oder auch für sogenannte Deutschengrundrechte (BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 18.01.2002 – 1 BvR 2284/95, Rdnr. 15 bei Juris). Die Berufsfreiheit ist ein Deutschengrundrecht.

Die Ansicht, die Grundrechtsfähigkeit sei hier wegen des ausländischen Einflusses zu verneinen (so insbesondere Huber, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Band 1, 6. Aufl. 2010, Art. 19, Rdnr. 301), überzeugt bezogen auf Art. 12 Abs. 1 GG weder in praktischer noch in dogmatischer Hinsicht.



- a) Praktische Konsequenz wäre, dass die allermeisten als klar „deutsch“ wahrgenommenen Großkonzerne, etwa die den DAX bildenden Aktiengesellschaften, wegen ihrer nicht-deutschen Aktionärsmehrheiten nicht den Schutz der Berufsfreiheit genießen würden. Davon geht das Bundesverfassungsgericht aber selbst nicht aus, wenn es etwa bei der Deutschen Telekom die Grundrechtsfähigkeit trotz eines erheblichen Staatsanteils bejaht (vgl. BVerfGE 115, 205 [227]), obwohl jeder auf der Homepage des Unternehmens nachlesen kann, dass jenseits des Staatsbesitzes nur 33 % der Aktionäre aus Deutschland sind (vgl. www.telekom.com/aktionaersstruktur). Nach einer Erhebung von Ernst & Young halten Aktionäre aus Deutschland durchschnittlich nur 37 % der Aktien der DAX-Konzerne.
- b) Dogmatisch nicht haltbar ist die Verweigerung des Grundrechtsschutz durch die Berufsfreiheit aus drei Gründen.

Erstens stellt Art. 19 Abs. 3 GG mit dem Merkmal „inländisch“ auf den Sitz ab und nicht auf die Gesellschafterstruktur. Würde man das anders sehen, müssten auch im Ausland ansässige juristische Personen grundrechtsfähig sein, sofern ihre Gesellschafter und Aktionäre deutsche Staatsangehörige oder in Deutschland ansässige Unternehmen sind. Da das Bundesverfassungsgericht aber den von Deutschen beherrschten juristischen Personen mit Sitz im Ausland die Grundrechtsfähigkeit abspricht (BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 27.12.2007 – 1 BvR 873/06, Rdnr. 9 bei Juris; ebenso Huber, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz 6. Aufl. 2010, Band 1, Art. 19, Rdnr. 302), muss es die Aktionärsstruktur dann auch bei juristischen Personen mit Sitz im Inland unberücksichtigt lassen.



Zweitens hat das Bundesverfassungsgericht es für im Sinne der acte clair-Rechtsprechung offenkundig gehalten, dass die unionsrechtlichen Diskriminierungsverbote dazu zwingen, Art. 19 Abs. 3 GG so zu verstehen, dass auch Unternehmen mit Sitz außerhalb Deutschlands, aber in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union als „inländisch“ anzusehen sind (BVerfGE 129, 78 [99]). Die europarechtlichen Diskriminierungsgründe greifen aber mindestens genauso, wenn man für das Merkmal „inländisch“ auf den Gesellschafter- und Aktionärskreis abstellt. Eine in Frankreich, den Niederlanden, dem Vereinigten Königreich oder in Irland ansässige Obergesellschaft müsste danach ebenfalls als „inländische“ Gesellschafterin angesehen werden. Deshalb kann der Umstand, dass die alleinige Gesellschafterin einer Deutschland-Gesellschaft ihren Sitz im EU-Ausland hat, selbst bei der von Huber vertretenen Abgrenzung nach Gesellschafter- und Aktionärskreisen der Deutschland-Gesellschaft den Schutz der Berufsfreiheit nicht entziehen.

Drittens setzt die Verfassung in Art. 19 Abs. 3 GG an die Stelle der Unterscheidungen nach Jedermann- und Deutschengrundrechten allein das Kriterium des Sitzes (zutreffend Enders, in: Epping/Hillgruber, Grundgesetz, 2009, Art. 19, Rdnr. 38; Dreier, in: derselbe, Grundgesetz, Band I, 3. Aufl. 2013, Art. 19, Rdnr. 80).

- c) Letztlich kommt es auf diese Frage nicht entscheidend an. Art. 12 Abs. 1 GG ist schon deshalb der relevante Maßstab, weil der große Kreis der von §§ 54, 54b UrhG erfassten Hersteller und gewerblichen Importeure jedenfalls auch Unternehmen umfasst, die nicht nur ihren Sitz in Deutschland haben, sondern ganz oder überwiegend im Eigentum deutscher Staatsangehöriger oder inländischer Unternehmen stehen.



II.

Eingriff in die Berufsfreiheit

Die gesetzliche Einführung einer tarifbezogenen Hinterlegungspflicht kann nur dann eine Verletzung der Berufsfreiheit der Hersteller und gewerblichen Importeure sein, wenn darin überhaupt ein Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit liegt.

Dieser Aspekt bedarf der Vertiefung, da diese Frage schon für die zugrundeliegende Vergütungspflicht nach §§ 54, 54b UrhG unterschiedlich beurteilt und nicht durch neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entschieden ist (dazu unter 1.).

Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht in vielen neueren Fällen Maßstäbe dafür entwickelt, wann Berufsausübungsregelungen den Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG betreffen und wann nur die allgemeine Handlungsfreiheit (dazu unter 2.). Wendet man diese Maßstäbe auf eine tarifbezogene Hinterlegungspflicht an, dann ist diese als Eingriff in die Berufsfreiheit einzuordnen (dazu unter 3.). Das gilt auch dann, wenn die zugrundeliegenden Vergütungspflichten in §§ 54, 54b UrhG nicht als Eingriff zu verstehen wären (dazu unter 4.).

1. Keine Klarheit bei den Vergütungspflichten nach §§ 54, 54b UrhG

Teile der Literatur verstehen die derzeit in den §§ 54, 54b UrhG geregelten Vergütungspflichten der Hersteller und gewerblichen Importeure nicht als Eingriff in deren Berufsfreiheit, sondern lediglich als Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG in wirtschaftlicher Hinsicht (so wegen vermeintlich berufsneutraler Zwecksetzung Mann, in: Sachs, Grundgesetz, 6. Aufl. 2011, Art. 12, Rdnr. 96). Zur Begründung wird im Wesentlichen auf die vor über vierzig Jahren ergangene Entscheidung zu Tonbandgeräteherstellern verwiesen (BVerfGE 31, 255).



Diese Entscheidung liest sich heute schon deshalb befremdlich, weil sie die urheberrechtlichen Normen auf Vereinbarkeit mit der von der Beschwerdeführerin ebenfalls als verletzt gerügten wirtschaftlichen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG (vgl. BVerfGE 31, 255 [261]) überhaupt nicht geprüft hat, auch nicht nachdem in der Entscheidung eine Prüfung am Maßstab von Art. 12 Abs. 1 GG abgelehnt worden ist. BVerfGE 31, 255 (265) hatte sich auf den Standpunkt gestellt, die Vergütungspflicht des Tonbandgeräteherstellers sei keine Berufsausübungsregelung. Sie beziehe sich nicht auf die berufliche Tätigkeit als Hersteller von Wiedergabegeräten und habe diese Tätigkeit nicht unmittelbar zum Regelungsgegenstand; sie sei vielmehr eine interessenausgleichende Norm des Privatrechts. Den Geräteherstellern werde die Vergütungspflicht nur übergebürdet, weil sie an dem in der Privatrechtsebene sich abspielenden Interessenkonflikt zwischen Urhebern und vervielfältigenden Bürgern beteiligt sind. Es gehe nicht darum, den Herstellern bei der Ausübung ihres Berufs im öffentlichen Interesse Schranken zu ziehen oder Gemeinwohlbelange durchzusetzen (BVerfGE 31, 255 [265 f.]).

Dem wird allerdings heute entgegengehalten, dass privatrechtliche Vorschriften an Art. 12 Abs. 1 GG zu messen sind, wenn sie die berufliche Tätigkeit betreffen, weshalb die Vergütungsansprüche nach § 54 UrhG als Eingriff in die Berufsfreiheit der Gerätehersteller angesehen werden (vgl. etwa Manssen, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Band 1, 6. Aufl. 2010, Art. 12, Rdnr. 78; Degenhart, K&R 2006, 388 [389]).

Neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu dieser Frage gibt es nicht. 2009 hat die 3. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts eine von HP Deutschland erhobene und unter anderem auf eine Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG gestützte Verfassungsbeschwerde gegen die Vergütungspflicht für Multifunktionsgeräte nicht zur Entscheidung angenommen, ohne zu der Rüge



einer Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG festzustellen, dass insoweit gar kein Eingriff vorliege (Beschluss vom 04.06.2009 – 1 BvR 2163/08, Rdnr. 3 ff. bei Juris).

2. Maßstäbe in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Grenzziehung zwischen Berufsausübungsregelungen, welche den Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG betreffen, und bloßen Eingriffen in die von der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Freiheit wirtschaftlicher Betätigung hat sich seit BVerfGE 31, 255 weiterentwickelt. Grundsätzlich gilt heute ein Vorrang von Art. 12 Abs. 1 GG, wenn es um die Handlungsfreiheit gerade bei der beruflichen Betätigung geht (BVerfGE 126, 286 [300]; siehe auch BVerfGE 117, 162 [181]).

Einen wesentlichen Markstein hat die zum sogenannten Kurzberichterstattungsrecht ergangene Entscheidung BVerfGE 97, 228 (252 ff.) gesetzt. Danach entfaltet Art. 12 Abs. 1 GG einen Schutz gegenüber solchen Normen, die sich entweder unmittelbar auf die Berufstätigkeit beziehen oder die zumindest eine objektiv berufsregelnde Tendenz haben (BVerfGE 97, 228 [254]).

Unmittelbaren Berufsbezug haben gesetzliche Vorschriften, wenn sie Handlungen und Maßnahmen gerade deshalb erfassen, weil sie berufsmäßig durchgeführt werden. Berufsregelnde Tendenz hat eine Norm, wenn sie nach Entstehungsgeschichte und Inhalt im Schwerpunkt Tätigkeiten betrifft, die typischerweise beruflich ausgeübt werden (vgl. jeweils BVerfGE 97, 228 [254]).

Deshalb war beim Recht auf Kurzberichterstattung die berufsregelnde Tendenz schon deshalb gegeben, weil die damit belasteten Veranstaltungen, insbesondere im Sportbereich, regelmäßig berufsmä-

ßig organisiert und verwertet werden (BVerfGE 97, 228 [254 f.]; zustimmend Lenz, NJW 1999, 757 [758 f.]).

Auf dieser Linie hat das Bundesverfassungsgericht bei der Vorratsdatenspeicherung die Speicherungspflicht als Eingriff in die Berufsfreiheit verstanden und die objektiv berufsregelnde Tendenz damit begründet, dass die Adressaten der Speicherpflicht ihre Tätigkeit in der Regel gegen Entgelt für Kunden und damit beruflich erbringen (BVerfGE 125, 260 [358 f.]).

In vergleichbarer Weise hat BVerfGE 128, 1 (82 f.) in Ergänzungen und Konkretisierungen des privaten Nachbarschaftsrechts durch Regelungen zur Gentechnik eine eigenständige und nicht nur reflexartige berufsregelnde Wirkung für die erwerbswirtschaftliche Nutzung von Grundstücken gesehen.

Die Einbindung eines Dritten in ein System, in dem zwischen zwei anderen ein Ausgleich erfolgt, ist ebenfalls als ein Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit des Dritten verstanden worden (BVerfGE 114, 196 [244] – Einschaltung von Apothekern in die Abwicklung des Herstellerrabatts zugunsten der Krankenkassen).

Auch in anderem Zusammenhang hat das Bundesverfassungsgericht einen Eingriff in die Berufsfreiheit bei Maßnahmen bejaht, die sich nicht einmal auf die Berufstätigkeit selbst beziehen, aber die Rahmenbedingungen der Berufsausübung verändern und infolge ihrer Gestaltung in so engem Zusammenhang mit der Ausübung des Berufs stehen, dass sie objektiv berufsregelnde Tendenz haben (BVerfGE 111, 191 [213] – zur Notarabgabe).

In weiteren Entscheidungen wurde klar ausgesprochen, dass Art. 12 Abs. 1 GG auf eine möglichst unreglementierte berufliche Betätigung abzielt, und daraus die Eingriffsqualität jeder Regelung abgeleitet, welche bewirkt, dass eine berufliche Tätigkeit nicht in der ge-



wünschten Weise ausgeübt werden kann. Im konkreten Fall wurde die Aufbürdung von Belastungen mit dem Ziel, die Normadressaten zum Abschluss oder zur Aufrechterhaltung bestimmter Verträge zu bewegen, als Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG verstanden (BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 17.10.2007 - 2 BvR 1095/05, Rdnr. 80 bei Juris).

Darüber hinaus sieht das Bundesverfassungsgericht Eingriffe in Art. 12 Abs. 1 GG auch bei faktischen und mittelbaren Beeinträchtigungen, wenn diese in ihren Zielsetzungen und Wirkungen Eingriffen gleichkommen (BVerfGE 116, 202 [222]; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 31.08.2009 – 1 BvR 3275/07, Rdnr. 11 bei Juris).

3. Anwendung auf eine Hinterlegungspflicht

Nach diesen Maßstäben wäre eine tarifbezogene Hinterlegungspflicht ein Eingriff in die Berufsfreiheit der betroffenen Hersteller und gewerblichen Importeure von Vervielfältigungsgeräten und Speichermedien.

a) Unmittelbar auf Berufstätigkeit bezogene Regelung

Es liegt nahe, in einem solchen Gesetz schon eine unmittelbar auf die Berufstätigkeit der betroffenen Hersteller und gewerblichen Importeure bezogene Regelung zu sehen.

aa) Dafür spricht der für eine solche Regelung angeführte Zweck, die Urheber davor zu schützen, ihre Ansprüche gegen Hersteller und gewerbliche Importeure nicht mehr realisieren zu können, wenn diese insolvent werden. Durch eine so motivierte Hinterlegungspflicht wird der Sache nach ein spezifisch für diese Berufsgruppe maßgebliches Sonderinsolvenzrecht geschaffen, gegen-



ständig beschränkt auf die Ansprüche der Urheber nach den §§ 54, 54b UrhG.

Das Sonderinsolvenzrecht entzieht den betroffenen Unternehmen zum Schutz bestimmter Gläubiger finanzielle Mittel und schwächt damit Finanzkraft und Finanzierungsmöglichkeiten.

Durch die Regelungen werden den betroffenen Herstellern und gewerblichen Importeuren finanzielle Mittel vorzeitig, ohne gerichtliche Kontrolle und mit hoher Wahrscheinlichkeit in einem materiell übersetzten Umfang entzogen, ohne dass sichergestellt oder auch nur zu erwarten wäre, dass sie diese Belastung an die Endkunden durchreichen könnten. Eine Durchreichung der Belastung an die Händler ist schon deshalb ausgeschlossen, weil diese sich nach § 54b Abs. 3 Nr. 2 UrhG durch Meldung von der Vergütungspflicht und deshalb auch von einer darauf bezogenen Hinterlegungspflicht befreien können.

- bb) Für einen unmittelbaren Regelungsbezug auf die Berufstätigkeit der erfassten Hersteller und gewerblichen Importeure spricht weiter, dass jedenfalls nach den von den Verwertungsgesellschaften verlautbarten Vorstellungen eine Hinterlegungspflicht auch dem Zweck dienen soll, die damit belasteten Hersteller und gewerblichen Importeure schneller und mit höheren Vergütungssätzen zum Abschluss von Gesamt- oder Einzelverträgen anzuhalten, um damit von der Pflicht zur Hinterlegung überhöhter Beträge frei zu werden.



cc) Der unmittelbare Bezug auf die Berufstätigkeit der Hersteller und gewerblichen Importeure von Vervielfältigungsgeräten und Speichermedien zeigt sich auch darin, dass eine tarifbezogene Hinterlegungspflicht ausschließlich beruflich tätige Adressaten hat. Das kommt heute schon in der Abgrenzung der von den §§ 54, 54b UrhG erfassten Kreise zum Ausdruck. Importeure sind nach § 54b Abs. 1 UrhG nur dann vergütungspflichtig, wenn sie gewerblich handeln. Mit dieser Einschränkung wollte der Gesetzgeber private Einfuhren ausnehmen (vgl. BT-Drs. 10/837, 18), so dass umgekehrt deshalb nur ein berufliches Handeln erfasst ist. Auch die von § 54 UrhG mit der Vergütungspflicht belegten Hersteller sind schon angesichts der Komplexität der betroffenen Geräte und Speichermedien ausnahmslos beruflich tätig.

b) Jedenfalls berufsregelnde Tendenz

Selbst wenn man nicht von einem unmittelbaren Berufsbezug ausgeht, hätte ein Gesetz über die Einführung einer tarifbezogenen Hinterlegungspflicht jedenfalls berufsregelnde Tendenz.

Dafür genügt es nach der seit der Kurzberichterstattungsentscheidung maßgeblichen Sichtweise, wenn die von einer Regelung Betroffenen jedenfalls im Regelfall berufsmäßig tätig sind (vgl. BVerfGE 97, 228 [254 f.]; siehe auch BVerfGE 125, 260 [358 f.]). Die Hersteller und Importeure der in § 54 UrhG umschriebenen Geräte und Speichermedien, auf die sich eine Hinterlegungspflicht bezöge, sind nicht nur im Regelfall, sondern sogar ausschließlich berufsmäßig tätig.



Besonders handgreiflich wird die berufsregelnde Tendenz im Hinblick auf den Zweck, den jedenfalls die Verwertungsgesellschaften mit der Hinterlegungspflicht verfolgt sehen wollen: Die Ausübung eines Drucks auf die Hersteller und Importeure, sich schneller und zu für die Verwertungsgesellschaften besseren Bedingungen auf den Abschluss von Gesamt- oder Einzelverträgen mit ihnen zu einigen. Auch der für eine Hinterlegungspflicht angeführte Zweck der Beseitigung des Insolvenzrisikos hat objektiv berufsregelnde Tendenz für die Unternehmen, für die insoweit ein partielles Sonderinsolvenzrecht geschaffen und dadurch aus Sicht ihrer allgemeinen Gläubiger eine Schwächung der Finanzkraft, der Finanzierungsmöglichkeiten und der Haftungsmasse erfolgt.

Selbst wenn man die Hinterlegungspflicht nur als eine besonders intensive Einbindung Dritter (Hersteller und gewerbliche Importeure) in ein System verstünde, in dem der Sache nach zwischen zwei anderen Gruppen (Urhebern; Vervielfältigern) ein Ausgleich erfolgen soll, liegt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts schon deshalb ein Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit des Dritten vor (vgl. BVerfGE 114, 196 [244]).

Eine tarifbezogene Hinterlegungspflicht stünde auch in einem äußerst engen Zusammenhang mit der Ausübung des Berufs des Herstellers oder Importeurs von Vervielfältigungsgeräten und Speichermedien. Erstens, weil sie dem Grunde und der Höhe nach an den Umfang der Berufstätigkeit anknüpft. Und zweitens, weil sie von der Vorstellung lebt, gerade die berufliche Tätigkeit des Herstellers oder Importeurs trage dazu bei, dass die Endkunden urheberrechtlich geschützte Werke im Rahmen der Privatkopieschranke (§ 53 Abs. 1 UrhG) vervielfältigen können.



Außerdem soll, jedenfalls aus der Sicht der eine Hinterlegungspflicht fordernden Verwertungsgesellschaften, diese den Herstellern und Importeuren mit dem Ziel aufgebürdet werden, sie zum schnelleren Abschluss und zur Aufrechterhaltung hochpreisiger Gesamt- und Einzelverträge zu bewegen. Das stellt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts schon aus diesem Grunde einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG dar (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 17.10.2007 – 2 BvR 1095/05, Rdnr. 80 bei Juris).

4. Irrelevanz der Einordnung der Vergütungspflicht nach §§ 54, 54b UrhG

Die unter 3. vorgenommene Anwendung der in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts etablierten Beurteilungsmaßstäbe auf die tarifbezogene Hinterlegungspflicht zeigt, dass sie einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit ganz unabhängig davon darstellt, ob die bisherigen gesetzlichen Vergütungspflichten nach den §§ 54, 54b UrhG ihrerseits solche Eingriffe sind (so etwa Manssen, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Band 1, 6. Aufl. 2010, Art. 12, Rdnr. 78; Degenhart, K&R 2006, 388 [389]) oder nicht (so etwa Mann, in: Sachs, Grundgesetz, 6. Aufl. 2011, Art. 12, Rdnr. 96).

Das liegt an den erheblichen und gegenüber der Vergütungspflicht selbständigen Belastungswirkungen einer tarifbezogenen Hinterlegungspflicht in der Gestalt der zeitlichen Vorverlagerung der Zahlungspflicht, der Beseitigung gerichtlicher Kontrollmöglichkeiten und der mit hoher Wahrscheinlichkeit eintretenden Überzahlung.

Ist nach alledem eine tarifbezogene Hinterlegungspflicht ohnehin an Art. 12 Abs. 1 GG zu messen, dann kommt es gar nicht mehr da-



rauf an, ob die in BVerfGE 31, 255 für die urheberrechtliche Vergütungspflicht gemachten Aussagen zur Nichteinschlägigkeit von Art. 12 Abs. 1 GG noch dem heutigen Stand der Verfassungsinterpretation entsprechen.

III.

Keine legitimen Zwecke für den Eingriff in die Berufsfreiheit

1. Prüfung durch das Bundesverfassungsgericht

Bei der Berufsfreiheit können Eingriffe, die nicht die Berufswahl, sondern die Berufsausübung betreffen, durch ausreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt sein, wobei grundsätzlich vernünftige Gründe des Allgemeinwohls ausreichen (BVerfGE 125, 260 [360]). Allerdings müssen auch bei Berufsausübungsregelungen Eingriffszweck und Eingriffsintensität in einem angemessenen Verhältnis stehen (BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 30.11.2010 – 1 BvL 3/07, Rdnr. 44 bei Juris; BVerfGE 108, 150 [160]).

Entgegen einer verbreiteten Vorstellung ist es dabei keineswegs so, dass das Bundesverfassungsgericht jeden vom Gesetzgeber angeführten Grund als hinreichend legitimierend ansieht. Das verdeutlicht etwa aus neuerer Zeit eine Entscheidung des Ersten Senats, mit der Regelungen über den Ausschluss von Rechtsanwalts- und Patentanwalts-GmbHs mit Doppelzulassung für teilweise nichtig erklärt worden sind. Hier hat das Bundesverfassungsgericht die zur Legitimation angeführten Gründe des Gesetzgebers sehr detailliert geprüft. Es hat vier Gründe ausgemacht, einen für nicht legitim gehalten und die anderen so aufgefasst und konkretisiert, dass die getroffenen Regelungen sich dann nicht mehr als zur Zweckerreichung erforderlich erwiesen haben (BVerfG, Beschluss des Ersten Senats



vom 14.01.2014 – 1 BvR 2998/11 u.a., Rdnr. 63 ff., 77 f. und 79 ff.).

2. Denkbare legitime Zwecke für eine tarifbezogene Hinterlegungspflicht

Bei möglichen legitimen Zwecken einer tarifbezogenen Hinterlegungspflicht der von den §§ 54, 54b UrhG erfassten Hersteller und gewerblichen Importeure ist wie folgt zu differenzieren:

a) Auszahlung an Urheber wird nicht beschleunigt

Die Forderung nach Einführung einer Hinterlegungspflicht für die Vergütungen nach §§ 54, 54b UrhG wird mit zwei Zwecken begründet. Nicht angegeben wird der Zweck, den Urhebern schneller Vergütungen auszuzahlen. Dazu trägt eine Hinterlegungspflicht schon deshalb nichts bei, weil sie ein reines Sicherungsmittel ist und die Hinterlegungsstelle den Hinterlegungsbetrag ganz oder wenigstens teilweise erst dann an die Verwertungsgesellschaften auszahlt, wenn der Streit über die Vergütungspflicht dem Grunde und der Höhe nach endgültig entschieden oder vergleichsweise gelöst ist. Die Hinterlegungspflicht führt deshalb zwar zu einem zeitlich vorverlegten Abfluss von Mitteln aus den betroffenen Unternehmen, nicht aber zu einem zeitlich vorverlegten Zufluss bei den Urhebern. Es ist deshalb nur konsequent, wenn diejenigen, welche die Einführung einer Hinterlegungspflicht fordern, dies gerade nicht mit dem Ziel zeitlich vorgezogener Zahlungen an die Urheber begründen.

b) Zweck Insolvenzschutz

Ein Zweck wird darin gesehen, für die Urheber Risiken einer Insolvenz eines Herstellers oder Importeurs auszuschließen



(vgl. Stellungnahme der GRUR, GRUR 2009, 1035 [1035]; Müller, ZUM 2008, 377 [378]). Durch die Hinterlegung soll eine vom Vermögen des Herstellers oder des Importeurs getrennte Finanzmasse gebildet werden, aus der auch im Insolvenzfall die Zahlungen geleistet werden können, welche der insolvent gewordene Hersteller oder Importeur den durch die Verwertungsgesellschaft vertretenen Urhebern schuldet.

c) Zweck Druckmittel

Der zweite Zweck soll darin liegen, durch die Hinterlegungspflicht ein „Druckmittel“ zu schaffen (vgl. Stellungnahme der GRUR, GRUR 2009, 1035 [1035]), mit dessen Hilfe die Verwertungsgesellschaften dann die Verhandlungen über Gesamt- und Einzelverträge mit der Hersteller- und Importeurseite leichter abschließen können, sowohl unter Gesichtspunkten der Geschwindigkeit wie im Hinblick auf den in Verhandlungen erreichbaren Konsens über Vergütungssätze. Dem liegt ersichtlich die Vorstellung zugrunde, Hersteller und Importeure seien gegenüber den Verwertungsgesellschaften in einer strukturell überlegenen Verhandlungsposition (vgl. Müller, ZUM 2008, 377 [378]: „Störung des Verhandlungsgleichgewichts“).

3. Keine Legitimität des Zwecks eines zusätzlichen Insolvenzschutzes

Beim Zweck eines zusätzlichen Insolvenzschutzes sprechen zwei Argumente dagegen, dass es sich überhaupt um einen vernünftigen Grund des Allgemeinwohls handelt.

a) InsO und Gesamtschuldnerhaftung

Erstens gibt es mit der Insolvenzordnung einen allgemeinen rechtlichen Rahmen, mit dem durchaus differenziert nach der



Art des jeweiligen Anspruchs die Risiken der Insolvenz eines Schuldners für alle Gläubiger bewältigt werden. Davon abzuweichen bedeutet, die Verwertungsgesellschaften als Gläubiger zu privilegieren und damit zugleich alle anderen Gläubiger schlechter zu behandeln. Die Insolvenzordnung als ausgewogener Rechtsrahmen kommt auch dann zur Anwendung, wenn Urheber außerhalb der Privatkopieschranke vertraglich Vervielfältigungsrechte einräumen. Deshalb ist nicht plausibel, warum zum Wohl der Allgemeinheit gerade dann darüber hinausgegangen und ein Sonderinsolvenzrecht geschaffen werden soll, wenn der Staat den Urhebern schon das Risiko der Verwertung ihres Werks in Bereichen abgenommen hat, in denen bei realistischer Betrachtung der einzelne Nutzer kaum zum Abschluss entgeltlicher Nutzungsverträge bereit und diese für den Urheber jedenfalls mit enormem Aufwand verbunden wären. Eine zusätzliche Absicherung von Insolvenzrisiken ist hier auch deshalb unplausibel, weil die Verlagerung der Ausgleichspflicht von den vielen Millionen einzelner Nutzer auf wenige größere Unternehmen an sich schon das Insolvenzrisiko der Urheber verkleinert. Außerdem haften jedenfalls Hersteller und gewerbliche Importeure auch noch als Gesamtschuldner (vgl. § 54b Abs. 1 UrhG).

b) Keine insolvenzbedingten Ausfälle

Das zweite Argument liegt eher auf tatsächlicher Ebene: Die Verwertungsgesellschaften haben für den Zeitraum ab 2008 praktisch keine Insolvenzfälle angeführt, in deren Folge die von ihnen vertretenen Urheber in nennenswertem Umfang Vergütungspflichten nach den §§ 54, 54b UrhG insolvenzbedingt nicht mehr realisieren konnten. Ein spürbares Ausfallrisiko der Urheber ist weder ersichtlich noch dargetan. Das Volumen eines solchen Risikos liegt jedenfalls deutlich niedriger

als die Beträge, auf deren Realisierung die Verwertungsgesellschaften zu Lasten der Urheber deshalb laufend verzichten, weil sie den damit verbundenen administrativen Aufwand scheuen, etwa bei Außenseitern von Gesamtverträgen, bei im Ausland ansässigen sowie bei kleineren vergütungspflichtigen Unternehmen. Das ist deshalb relevant, weil gerade bei den kleineren Akteuren das Insolvenzrisiko noch vergleichsweise am größten sein dürfte. Aber selbst bei marktbedeutsameren Unternehmen wie etwa Chips&More haben die Verwertungsgesellschaften über viele Jahre hinweg nicht einmal den Versuch unternommen, Vergütungsansprüche durchzusetzen; sie scheinen erst durch die Insolvenz überhaupt auf das Unternehmen aufmerksam geworden zu sein. Ein Schaden muss dadurch nicht entstanden sein, weil die Händler, die nicht gemeldet haben, als Gesamtschuldner weiter haften (§ 54b Abs. 1 und 3 UrhG). Genau diese Händler nehmen die Verwertungsgesellschaften jetzt auch in Anspruch.

c) Zwischenergebnis

Die Frage, ob der Gesetzgeber vor diesem Hintergrund berechtigterweise zum Zweck eines zusätzlichen Insolvenzschatzes ein Regelungsbedürfnis annehmen darf (vgl. dazu die zu § 32 UrhG vorgenommene Prüfung in BVerfGE 134, 204 [225, Rn. 74]), beantwortet sich eindeutig. Dafür fehlt es an der Feststellung oder Feststellbarkeit einer relevanten Problemlage.

4. Keine Legitimität des Zwecks eines „Druckmittels“

Die Verwertungsgesellschaften haben zuletzt den Zweck in den Vordergrund geschoben, ein Druckmittel gegen die Verbände der Hersteller und gewerblichen Importeure zu bekommen, weil diese



Verbände konsensuale Lösungen angeblich verweigerten oder verzögerten.

Hier ist gleich aus mehreren Gründen ausgeschlossen, dass es sich dabei noch um einen vernünftigen Grund des Allgemeinwohls handeln kann.

- a) Kein strukturelles Ungleichgewicht zu Lasten der Verwertungsgesellschaften

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts fordert der grundrechtliche Schutz der Privatautonomie, dass sich die in einem Vertragsschluss liegende Selbstbestimmung nicht aufgrund des starken Übergewichts einer Partei in eine Fremdbestimmung der anderen Partei verkehrt (BVerfGE 134, 204 [225, Rn. 75] – zu § 32 UrhG). Deshalb kann es unter keinem denkbaren Gesichtspunkt mit dem Allgemeinwohl begründet werden, die Hersteller und gewerblichen Importeure sowie ihre im UrhWG angesprochenen Verbände dadurch zum Abschluss fremdbestimmter Verträge zu zwingen, indem der Gesetzgeber ein solches Übergewicht der Verwertungsgesellschaften erst herbeiführt.

Eine tarifbezogene Hinterlegungspflicht könnte deshalb unter dem Gesichtspunkt des Druckmittels gegen Hersteller und gewerbliche Importeure allenfalls dann als gemeinwohlbegründet verstanden werden, wenn ein strukturelles Ungleichgewicht zu Lasten der Verwertungsgesellschaften und zugunsten der Hersteller und gewerblichen Importeure festgestellt wäre.

Eine solche Feststellung gibt es aber nicht und sie ist aus leicht erkennbaren Gründen auch nicht möglich.

Ein strukturelles Ungleichgewicht zu Lasten der Verwertungsgesellschaften könnte dann festgestellt werden, wenn die vertraglich in Gesamtverträgen vereinbarten Vergütungssätze unangemessen niedrig wären. Davon kann aber schon deshalb keine Rede sein, weil sie regelmäßig über den Sätzen liegen, welche die Verwertungsgesellschaften in anderen Ländern durchgesetzt haben, etwa in den Niederlanden. So beträgt etwa bei PCs der nach dem Gesamtvertrag geschuldete Vergütungssatz grundsätzlich gut 13 EUR und bei nachgewiesenen gewerblichen Abnehmern 4 EUR je Gerät, in den Niederlanden dagegen nur 5 EUR und bei nachgewiesenen gewerblichen Abnehmern 0 EUR. Wenn sich hier Ungleichgewichte im Verhältnis zwischen Verwertungsgesellschaften einerseits und Herstellern und gewerblichen Importeuren andererseits zeigen, dann zu Lasten der Hersteller und gewerblichen Importeure. Denn ihnen ist es in Deutschland nicht gelungen, die vom EuGH in der Padawan-Rechtsprechung (Urteil vom 21.10.2010, Rs. C-467/08, Slg. 2010, I-10055) vorgezeichnete Freistellung von an gewerbliche Kunden abgegebenen Geräten gegenüber den Verwertungsgesellschaften durchzusetzen.

In dieses Bild passt, dass der zwischen ZPÜ und dem Bundesverband Computerhersteller e.V. (BCH) geschlossene Gesamtvertrag zu den PCs von einer Reihe namhafter Hersteller nicht akzeptiert wird, weil sie die ausgehandelten Sätze für überhöht halten. In den dazu anhängigen Verfahren hat die Schiedsstelle Vergütungssätze vorgeschlagen, die um ca. 25 % unter dem Niveau des von den Verwertungsgesellschaften mit dem BCH abgeschlossenen Gesamtvertrags liegen. Wenn die Schiedsstelle aber Werte vorschlägt, die unter dem auf Gesamtverträge zurückgehenden Vergütungsniveau lie-

gen, dann kann es beim Abschluss dieser Gesamtverträge kein strukturelles Ungleichgewicht zu Lasten der Verwertungsgesellschaften gegeben haben.

- b) Möglichkeit der gerichtlichen Angemessenheitskontrolle als Abhilfe gegen strukturelle Ungleichgewichte schon heute gewährleistet

Erhellend ist insoweit auch der Vergleich mit der Situation zwischen Urhebern und Verwertern, zu deren gesetzlicher Bewältigung in § 32 UrhG sich BVerfGE 134, 204 (225, Rn. 75) verhält. Das Bundesverfassungsgericht hat hier die Lösung des Gesetzgebers gebilligt, den strukturell unterlegenen freiberuflich tätigen Urhebern zum Ausgleich eine nachlaufende gerichtliche Kontrolle am Maßstab einer angemessenen Vergütung zu ermöglichen. Das ist aber etwas, was den Urhebern und ihren Verwertungsgesellschaften im Bereich der §§ 54, 54b UrhG schon längst zusteht (vgl. UrhWG). Von diesen Möglichkeiten haben die Verwertungsgesellschaften auch intensiv Gebrauch gemacht. Dabei hat sich gezeigt, dass sowohl die Schiedsstelle wie das Oberlandesgericht München nahezu ausnahmslos die von den Verwertungsgesellschaften erhobenen Forderungen und aufgestellten Tarife als gesetzwidrig und weit überhöht angesehen haben. Deshalb würde eine tarifbezogene Hinterlegungspflicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit dazu führen, dass Hersteller und gewerbliche Importeure über längere Zeiträume massiv übersetzte Beträge hinterlegen müssten.

- c) Widerspruch zum gesetzlichen Modell einer partnerschaftlichen Selbstregulierung

Das Bild wird abgerundet durch die vom Gesetzgeber schon getroffene Systementscheidung für ein Modell partnerschaftlichen Zusammenwirkens (vgl. BT-Drs. 16/1828, 34), in dem die Beteiligten nach der Vorstellung des Gesetzgebers die Vergütung „in weitgehender Selbstregulierung“ selbst bestimmen (BT-Drs. 16/1828, 1). Der Gesetzgeber hat sich im Gegensatz zu der bis zum 31.12.2007 geltenden Rechtslage aus der Verantwortung für Ermittlung und Festlegung angemessener Vergütungssätze zugunsten einer privatautonomen Lösung zurückgezogen. Er setzt auf unabhängige sachverständige Ermittlung (vgl. BT-Drs. 16/1828, 34), auf Verhandlungen und Konsens und schließlich auf die streitige Entscheidung durch unabhängige Gerichte (vgl. BT-Drs. 16/1828, 35). Dass dieses Modell jedenfalls in der Anlaufphase Streit- und zeitintensiv ist, begründet aber keine strukturelle Überlegenheit der Hersteller und gewerblichen Importeure. Deshalb gerät eine Auffassung, die in einem Druckmittel gegen Hersteller und gewerbliche Importeure einen Gemeinwohlgrund sehen will, in Widerspruch zu der vom Gesetzgeber getroffenen Systementscheidung für eine Bestimmung der Vergütung in weitgehender Selbstregulierung durch die Beteiligten. Es dient nicht dem Allgemeinwohl, wenn durch ein vom Gesetzgeber bereitgestelltes Druckmittel bewirkt wird, dass Hersteller und gewerbliche Importeure mit Mittelabflüssen belastet werden, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nach den materiellen Regelungen des Urhebergesetzes nicht gerechtfertigt sind.

IV.

Hilfsweise: Hinterlegungspflicht wäre nicht verhältnismäßig

Würde man hilfsweise unterstellen, „Insolvenzschutz“ und „Druckmittel“ seien vernünftige Gründe des Gemeinwohls und könnten grundsätzlich eine tarifbezogene Hinterlegungspflicht rechtfertigen, stellt sich die Frage nach der Verhältnismäßigkeit. Dafür müsste die Hinterlegungspflicht in Bezug auf die verfolgten Zwecke geeignet, erforderlich und zumutbar sein.

1. Eignung

Geeignet ist ein Mittel im verfassungsrechtlichen Sinne dann, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann; die Möglichkeit der Zweckerreichung genügt dabei (BVerfGE 134, 204 [227, Rdnr. 79]). Der Gesetzgeber kann hier jedenfalls bei der Ausgestaltung der Wirtschaftsordnung von einem besonders weitgehenden Einschätzungs- und Prognosenspielraum Gebrauch machen, den das Bundesverfassungsgericht akzeptiert (BVerfGE 134, 204 [227, Rdnr. 79]; 103, 293 [307]).

a) Zweck „Insolvenzschutz“

Bezogen auf den Zweck Insolvenzschutz würde es einer Hinterlegungspflicht dann an der Eignung fehlen, wenn im Insolvenzfall insolvente Hinterleger bzw. deren Insolvenzverwalter trotzdem auf die Hinterlegungsbeträge zugreifen könnten.

Das dürfte weitgehend ausgeschlossen sein. Richtigerweise ist davon auszugehen, dass bei mit § 11 Abs. 2 UrhWG vergleichbaren Hinterlegungspflichten kein Rücknahmerecht nach § 376 BGB besteht (vgl. BGH, Urteil vom 11.04.2013 – I ZR 152/11, Rdnr. 54 bei Juris; a.A. wohl Gerlach, in: Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Aufl. 2014, § 11 UrhWG, Rdnr. 6; Nordemann, in:



Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 10. Aufl. 2008, § 11 UrhWG, Rdnr. 5).

Ohnehin fällt der hinterlegte Betrag nicht mehr in die Insolvenzmasse des Hinterlegers (§ 35 InsO). Vielmehr geht mit der Hinterlegung das Geld nach den Hinterlegungsgesetzen der Länder in das Eigentum des Landes über (z.B. § 11 Abs. 1 HintG Baden-Württemberg). Ein etwaiges Rücknahmerecht wäre unpfändbar und könnte deshalb vom Insolvenzverwalter nicht mehr ausgeübt werden (§ 377 BGB i.V. mit §§ 36 Abs. 1 Satz 1, 80 InsO), auch nicht vom Schuldner (§ 377 Abs. 2 BGB).

Aus diesen Gründen schlosse eine Hinterlegung nach dem Vorbild des § 11 Abs. 2 UrhWG Insolvenzrisiken im Wesentlichen aus, sieht man einmal von der auf vergleichsweise kurze Zeiträume begrenzten Möglichkeit der Anfechtung des Insolvenzverwalters (§§ 129 ff. InsO) und der Gläubiger (§ 2 AnfG) ab.

Deshalb kann einer Hinterlegungspflicht nach dem Vorbild des § 11 Abs. 2 UrhWG eine Eignung nicht völlig abgesprochen werden, weil jedenfalls ein wichtiger Beitrag zur Zweckerreichung möglich erscheint. Das genügt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

b) Zweck „Druckmittel“

Hier ist die Eignung klar zu bejahen. Eine tarifbezogene Hinterlegungspflicht würde auf die damit belegten Hersteller und gewerblichen Importeure massiven Druck ausüben, sich mit den Verwertungsgesellschaften auf Gesamt- oder Einzelverträge zu den Vergütungsansprüchen zu einigen, auch wenn



dabei überhöhte und über den Maßstab des § 54a UrhG hinausgehende Vergütungssätze akzeptiert werden müssten.

Das hängt mit der Massivität und Unabwendbarkeit der von einer tarifbezogenen Hinterlegungspflicht ausgehenden Belastung zusammen. Bei den mit der Hinterlegungspflicht belegten Unternehmen fließen durch die Hinterlegung zeitlich vorgelagert erhebliche Mittel ab. Ihr Volumen liegt mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit deutlich über dem materiell geschuldeten Niveau der angemessenen Vergütung im Sinne von §§ 54, 54a UrhG. Es liegt auch weit über dem, was sich unter den geltenden Marktbedingungen auf die Endabnehmer abwälzen lässt und geht deshalb noch stärker als die bisherigen Vergütungssätze unmittelbar auf das wirtschaftliche Ergebnis der Unternehmen.

Deshalb ist über jeden Zweifel erhaben, dass das Instrument einer tarifbezogenen Hinterlegungspflicht möglicherweise den Zweck eines Druckmittels der Verwertungsgesellschaften gegen die Verbände der Hersteller und gewerblichen Importeure erfüllen kann.

- c) Zwischenergebnis: Eignung der beiden Zwecke gegeben

Aus diesen Gründen gilt für beide Zwecke: Das Mittel einer tarifbezogenen Hinterlegungspflicht wäre jeweils im verfassungsrechtlichen Sinne zur Zweckerreichung geeignet.

2. Erforderlichkeit nur für Zweck „Druckmittel“

Erforderlich sind Mittel dann, wenn es keine zur Erreichung des angestrebten Zwecks gleich wirksamen Mittel gibt, die den Grundrechtsträger weniger belasten (vgl. BVerfGE 134, 204 [227, Rdnr. 80 f.]).



Auch hier ist der Beurteilungs- und Prognosespielraum des Gesetzgebers zu beachten. Deshalb können Maßnahmen, die der Gesetzgeber für erforderlich hält, verfassungsrechtlich nur beanstandet werden, wenn nach den dem Gesetzgeber bekannten Tatsachen und im Hinblick auf die bisher gemachten Erfahrungen feststellbar ist, dass Beschränkungen, die als Alternativen in Betracht kommen, zwar die gleiche Wirksamkeit versprechen, indes die Betroffenen aber weniger belasten (BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 29.09.2010 – 1 BvR 1789/10, Rdnr. 21 bei Juris; siehe auch BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 14.01.2014 – 1 BvR 2998/11, Rdnr. 8 f. bei Juris; BVerfGE 126, 112 [144 f.]).

Die Erforderlichkeit ist getrennt nach dem angabegemäß verfolgten Zweck zu prüfen.

- a) Zweck „Insolvenzschutz“: „Insolvenzrisikozuschlag“ wäre milderer Mittel

Bezogen auf den Insolvenzschutz kommt als alternatives Mittel in Betracht, den Verwertungsgesellschaften die Umlegung eines Schadens auf die anderen Hersteller und gewerblichen Importeure zu ermöglichen, wenn dieser Schaden insolvenzbedingt ist und auch durch die gesamtschuldnerische Haftung (§ 54b Abs. 1 UrhG) nicht aufgefangen wird.

Dazu könnte den Verwertungsgesellschaften das Recht eingeräumt werden, einen generellen, in Intervallen an die Schadensentwicklung anzupassenden „Insolvenzrisikozuschlag“ auf ihre Tarife zu verlangen, unabhängig davon, ob diese auf vertraglichen oder abschließenden gerichtlichen Entscheidungen oder auf der einseitigen Veröffentlichung durch die Verwertungsgesellschaften beruhen. Alternativ wäre auch eine

behördliche Feststellung des Insolvenzrisikozuschlags denkbar, etwa durch das Deutsche Patentamt.

Ein solcher Insolvenzrisikozuschlag ist zur Zweckerreichung ein gleich wirksames Mittel, weil er entsprechend hoch angesetzt werden kann, weil er prophylaktisch und nicht erst nach eingetretenen Insolvenzschiiden erhoben werden kann und weil er von den Herstellern und gewerblichen Importeure wirtschaftlich aufgebracht werden kann.

Ein solcher Insolvenzrisikozuschlag ist für die mit ihm belasteten Hersteller und gewerblichen Importeure gegenüber einer tarifbezogenen Hinterlegungspflicht auch ein deutlich milderes Mittel. Denn er wäre in seinem Volumen an den realen Insolvenzschiiden der Urheber orientiert, die gering sind, nicht an der vollen Tarifforderung der Verwertungsgesellschaften. Die insolvenzbedingten Schiiden der Verwertungsgesellschaften liegen bei einem kleinen Bruchteil derjenigen Vergütungssätze, welche die Verwertungsgesellschaften, gegebenenfalls nach streitiger gerichtlicher Entscheidung, nach dem Maßstab des § 54a UrhG beanspruchen können. Eine tarifbezogene Hinterlegungspflicht betrifft dagegen nach den bisherigen Erfahrungen mindestens das Doppelte des Betrages, den die Verwertungsgesellschaften nach § 54a UrhG materiell-rechtlich beanspruchen können.

b) Zweck „Druckmittel“

Bezogen auf einen Zweck, den Verwertungsgesellschaften ein Druckmittel gegen die Hersteller und gewerblichen Importeure sowie ihre Verbände in die Hand zu geben, sind mildere Mittel jedoch nicht ersichtlich. Gleich effektiv wäre allenfalls das Mittel, die von den Verwertungsgesellschaften veröffentlicht-



ten Tarife kraft Gesetzes zu einer vollziehbaren Anspruchsgrundlage zu erklären, also für verbindlich. Das führt für die betroffenen Urheber und gewerblichen Importeure aber nicht zu einer geringeren Belastung.

- c) Zwischenergebnis: Erforderlichkeit nur für den Zweck „Druckmittel“

Bezogen auf den Zweck „Insolvenzschutz“ ist eine tarifbezogene Hinterlegungspflicht nicht erforderlich. Ein milderer Mittel läge darin, den Verwertungsgesellschaften das Recht zur Erhebung eines „Insolvenzzuschlages“ auf die Vergütungsansprüche nach den §§ 54, 54b UrhG zu gewähren. Das ist bei entsprechender Ausgestaltung gleich effektiv, für die Hersteller und gewerblichen Importeure wegen des geringen Volumens der insolvenzbedingten Schäden der Verwertungsgesellschaften aber mit geringeren Belastungen verbunden.

Bezogen auf den Zweck „Druckmittel“, mit dem die Verwertungsgesellschaften besser ihre Forderung gegenüber den Herstellern und gewerblichen Importeuren durchsetzen können, gibt es aber keine gleich wirksamen und zugleich weniger belastenden Regelungsalternativen. Da es an milderer Mitteln fehlt, ist bezogen auf den Zweck „Druckmittel“ in einem verfassungsrechtlichen Sinne die Erforderlichkeit der tarifbezogenen Hinterlegungspflicht nicht zu bestreiten.

3. Keine Zumutbarkeit

Eingriffe in die Berufsfreiheit dürfen für die Betroffenen nicht unzumutbar sein. Ob die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt ist, hängt von dem Ergebnis einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht und der Dringlichkeit der rechtfertigen-



den Gründe ab (BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 29.09.2010 – 1 BvR 1789/10, Rdnr. 23; BVerfGE 113, 167 [260]).

Auch für diese Gesamtabwägung trenne ich zwischen den Zwecken „Insolvenzschutz“ und Druckmittel“.

a) Zweck „Insolvenzschutz“

Beim Insolvenzrisiko ist das Ergebnis einer solchen Abwägung eindeutig.

aa) Der Zweck Insolvenzschutz hat kein erhebliches Gewicht.

Das insolvenzbedingte Ausfallrisiko war und ist unter der Geltung des 2008 eingeführten Systems für die Verwertungsgesellschaften und die von ihnen vertretenen Urheber ausgesprochen gering. Ein insolvenzbedingter Ausfallschaden ist weder belegt noch volumenmäßig konkretisiert worden.

Insolvenzen größerer Hersteller und größerer gewerblicher Importeure hat es nicht gegeben. Sofern es sie bei kleineren Marktteilnehmern gegeben haben mag, fehlt jeder Nachweis dafür, dass die Verwertungsgesellschaften sich nicht bei den als Gesamtschuldner Mithaftenden (vgl. § 54b Abs. 1 UrhG) befriedigen konnten.

Insolvenzbedingt wären solche Ausfallschäden ohnehin nur dann, wenn die Verwertungsgesellschaften bei solchen kleineren Marktteilnehmern ohne die Insolvenz ihre Vergütungsansprüche überhaupt durchgesetzt hätten.



Auch die Verwertungsgesellschaften räumen aber ein, dass sie mit der vollständigen Abdeckung des Marktes erhebliche Schwierigkeiten haben (vgl. Müller, ZUM 2008, 377 [379 ff.]). Es ist wenig wahrscheinlich, dass die Verwertungsgesellschaften gerade bei solchen kleineren und finanziell unsoliden Marktteilnehmern überhaupt ernsthaft eine Durchsetzung der Vergütungspflicht versucht hätten. Immerhin hat der Justitiar der GEMA noch im Jahr 2008 ausdrücklich festgestellt, im Ergebnis sei „das gesetzliche Instrumentarium somit nicht ausreichend, um eine lückenlose Durchsetzung der Vergütungsansprüche zu gewährleisten“ (vgl. Müller, ZUM 2008, 377 [381 f.]). Aus diesen Gründen dürften die von den Verwertungsgesellschaften ohnehin nicht durchgesetzten Vergütungsbeträge viel höher sein als der Betrag der rein insolvenzbedingt nicht durchsetzbaren Vergütungsansprüche.

Wenn die Verwertungsgesellschaften aber in erheblichem Umfang Vergütungsansprüche aus Effizienz- und Kostengründen gegenüber bestimmten Unternehmen nicht durchsetzen, etwa weil deren Stückzahlen gering sind oder weil das Unternehmen im Ausland ansässig ist, so bringt das zum Ausdruck, dass das Insolvenzrisiko für die Verwertungsgesellschaften keine spürbaren Auswirkungen hat und Maßnahmen zu seiner Verringerung geringes Gewicht haben.

- bb) Dem steht gegenüber, dass eine tarifbezogene Hinterlegungspflicht die Berufsausübungsfreiheit aller Hersteller und gewerblichen Importeure im Sinne von §§ 54, 54b UrhG erheblich beeinträchtigt. Eine tarifbezogene Hinterlegungspflicht verschafft den Verwertungsgesell-



schaften durchsetzbare Zahlungsansprüche, und zwar unter Befreiung von sämtlichen auf Konsens und Akzeptanz angelegten Elementen des 2008 vom Gesetzgeber geschaffenen partnerschaftlichen Selbstregulierungssystems. Diese Zahlungspflichten sind sofort fällig, ohne dass es empirische Ermittlungen durch unabhängige Gutachter, Verhandlungen, Schiedsstellenverfahren und im Streitfall Festlegung durch unabhängige Gerichte zu Grund und Umfang der Vergütungspflicht gegeben hat. Der Mittelabfluss aus den Unternehmen würde zeitlich erheblich vorverlagert. Die Hinterlegungspflicht hebt die gerichtlich begleitete Ermittlung und Kontrolle der Anspruchshöhe aus. Das hat besonderes Gewicht, weil der Gesetzgeber sich 2008 aus seiner früheren Rolle als normativer Festleger von gerätebezogenen Vergütungssätzen bewusst zugunsten eines partnerschaftlichen Selbstregulierungsmodells verabschiedet hat (vgl. BT-Drs. 16/1828, 1, 16, 30, 34).

Diese nachteiligen Wirkungen werden noch durch einen anderen Aspekt verstärkt. Nach der bisherigen Tarifpraxis der Verwertungsgesellschaften muss der Gesetzgeber mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon ausgehen, dass durch eine tarifbezogene Hinterlegungspflicht die Hersteller und gewerblichen Importeure zu Zahlungen in einer Höhe verpflichtet werden, die weit über das nach § 54a UrhG Angemessene hinausgehen.

Diese sichere und massive Überzahlung lässt sich später nicht mehr wirklich korrigieren. Nach dem Willen des Gesetzgebers ist das System der §§ 54, 54a UrhG

auf Überwälzung an die Endkunden angelehnt. Auch wenn sich das nach den bisherigen Erfahrungen nicht vollständig umsetzen lässt, ist doch in einem solchen System ein Zusammenhang normativ klar vorgegeben: Die Unternehmen müssten schon während der Phase zwischen der Hinterlegung und der Klärung des materiell geschuldeten Vergütungsbetrages unternehmerische Entscheidungen zum Umfang der marktkompatiblen Einpreisung des übersetzten Hinterlegungsbetrages treffen. Ebenso müssten Entscheidungen darüber getroffen werden, ob und in welchem Umfang sie sich aus bestimmten Marktsegmenten wegen der Hinterlegungspflicht und ihrer Höhe zurückziehen.

- cc) Bei einer Gesamtbetrachtung der Vor- und Nachteile steht die Beeinträchtigung der Berufsfreiheit der Hersteller und gewerblichen Importeure krass außer Verhältnis zu einem möglichen, auf Insolvenzrisiken bezogenen Nutzen der Verwertungsgesellschaften und der von ihnen vertretenen Urheber. Diese Lücke lässt sich auch nicht durch die Berufung auf einen gesetzgeberischen Einschätzungsspielraum überbrücken. Vielmehr ist mit Händen zu greifen, dass das Argument „Insolvenzschutz“ hier dazu missbraucht wird, einen Eingriff zu rechtfertigen, dessen Belastungswirkung die Grenze des Zumutbaren klar überschreitet.
- b) Zweck „Druckmittel“
 - aa) Der Zweck, den Verwertungsgesellschaften ein „Druckmittel“ in die Hand zu geben, hat ebenfalls nur ein ganz geringes Gewicht, sofern man diesen Zweck überhaupt



als legitim ansieht (zu den Argumenten dagegen vgl. oben unter D. III. 4.).

Der Gesetzgeber würde mit einem solchen Druckmittel kein strukturelles Ungleichgewicht zwischen Verhandlungs- und potentiellen Vertragsparteien ausgleichen. Denn ein solches Ungleichgewicht zu Lasten der Verwertungsgesellschaften lässt sich nicht ernsthaft feststellen. Das zeigen die von den Verwertungsgesellschaften erzielten Ergebnisse in den Verhandlungen mit den Verbänden der Hersteller und gewerblichen Importeure. Diese Ergebnisse liegen regelmäßig deutlich über den Werten, welche die Verwertungsgesellschaften in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union für dieselben Geräte und Speichermedien durchgesetzt haben. Wo es parallel zu Gesamtverträgen auch Ermittlungen der Schiedsstelle gibt, gelangen diese zu Werten, die noch 25 % unter denen liegen, welche die Verwertungsgesellschaften in Verhandlungen mit Herstellerverbänden durchgesetzt haben. Auch das schließt die Annahme aus, dass es ein strukturelles Ungleichgewicht zu Lasten der Verwertungsgesellschaften in den Verhandlungen mit den Verbänden der Hersteller und gewerblichen Importeure gibt.

Außerdem steht den Verwertungsgesellschaften mit den durch das UrhWG eröffneten Verfahren vor der Schiedsstelle und den Zivilgerichten (Oberlandesgericht München, Bundesgerichtshof) schon heute genau das Instrument zur Verfügung, welches der Gesetzgeber für Fälle tatsächlicher struktureller Ungleichgewichte bei urheberrechtlichen Vergütungsfragen bereitgestellt hat: Die Möglichkeit einer nachlaufenden gerichtlichen An-

gemessenheitskontrolle (vgl. § 32 UrhG und dazu BVerfGE 134, 204 [225]).

Von diesem Mittel haben die Verwertungsgesellschaften in Bezug auf §§ 54, 54b UrhG rege Gebrauch gemacht. Dass sie mit den dabei erzielten Ergebnissen nicht zufrieden sind, zeigt keinen Handlungsbedarf im Sinne eines „Druckmittels“ gegen die Hersteller und gewerblichen Importeure auf. Im Gegenteil illustriert das nur die erheblichen Schwierigkeiten der Verwertungsgesellschaften, ihre Forderungen auf den gesetzlich durch § 54a UrhG vorgegebenen Maßstab einer angemessenen Höhe zu beschränken.

Wer sich jahrelang und flächendeckend als unfähig erwiesen hat, gesetzeskonforme Forderungen und Tarife aufzustellen, hat keinen gewichtigen Grund dafür geliefert, ihm ein außerordentliches Druckmittel zur Durchsetzung dieser übermäßigen und gesetzeswidrigen Forderung in die Hand zu geben.

- bb) Umgekehrt wiegt der Eingriff, der mit einer tarifbezogenen Hinterlegungspflicht verbunden wäre, für die Betroffenen schwer. Das ist bei der Gesamtabwägung zum Zweck Insolvenzschutz (unter D. IV. 3.) schon behandelt worden.

Unter dem Aspekt des Druckmittels kommt noch eine besonders subtile Wirkung hinzu. Eine tarifbezogene Hinterlegungspflicht ist als Druckmittel in der Hand der Verwertungsgesellschaften deshalb so geeignet und zugleich gefährlich, weil der Vollzug der Hinterlegung mit hoher Wahrscheinlichkeit auf das Ergebnis der spä-



teren gerichtlichen Bestimmung der Angemessenheitsschwelle bei § 54a UrhG durchschlägt. Das liegt eigentlich auf der Hand:

Eine gesetzlich angeordnete und vollzogene Hinterlegung führt dazu, dass sich bei den Hinterlegungsstellen erhebliche Geldbeträge ansammeln, auch weil die für die Hinterlegung relevanten Vergütungsforderungen der Verwertungsgesellschaften grundsätzlich weit übersetzt sind. Diese „Honigtöpfe“ werden auf das Ergebnis in den späteren Verfahren über die Bestimmung der Sätze, die für das jeweilige Geräte gemäß § 54a UrhG angemessen sind, durchschlagen. Die Verwertungsgesellschaften werden vor der Schiedsstelle, aber auch vor dem Oberlandesgericht München und dem Bundesgerichtshof ihre Vergütungsforderungen damit stützen, in diesem Umfang sei ja schon hinterlegt worden. Entweder offen oder jedenfalls unterbewusst würde das Argument verfangen, diese Beträge seien ja schon von den Kunden aufgebracht worden und stünden deshalb nicht und auch nicht teilweise den Herstellern zu, sondern in vollem Umfang den Urhebern.

Die tarifbezogene Hinterlegungspflicht macht deshalb tendenziell aus der Vergütungsforderung der Verwertungsgesellschaften eine sich selbst erfüllende Prophezeiung. Sie bewirkt, dass nicht nur zu früh zu viel bezahlt werden muss, sondern dass überhöhte Vergütungssätze auch dauerhaft als angemessen deklariert werden.

- cc) Auch bezogen auf den Zweck „Druckmittel“ fällt die Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs

und dem Gewicht und der Dringlichkeit des zu ihrer Rechtfertigung angeführten Grundes deshalb eindeutig negativ aus. Die tarifliche Hinterlegungspflicht greift tief in die Berufsausübungsfreiheit der Hersteller und gewerblichen Importeure ein, weil sie auf ungeklärter empirischer Grundlage Zahlungspflichten begründet, diese zeitlich vorverlagert, von einer effektiven gerichtlichen Kontrolle freistellt und sie ein übermäßiges Volumen annehmen lässt. Dazu tritt die gravierende Gefahr, dass die Höhe der einmal festgelegten und durchgesetzten Hinterlegungsbeträge sich auch bei der gerichtlichen Kontrolle und Ermittlung der Vergütungssätze dahin auswirkt, dass das schon Hinterlegte als das nach § 54a UrhG Angemessene ausgegeben wird.

Diese schweren Eingriffswirkungen werden nicht ansatzweise durch das Gewicht des zu ihrer Rechtfertigung angeführten Grundes „Druckmittel“ aufgewogen. Weder gibt es eine strukturelle Unterlegenheit der Verwertungsgesellschaften noch sind die vertraglich erzielten Ergebnisse ein Ausdruck einer solchen Unterlegenheit. Den Verwertungsgesellschaften ein solches Druckmittel in die Hand zu geben, verbietet sich schon deshalb, weil die Verwertungsgesellschaften bislang durchgehend nicht in der Lage waren, ihre Vergütungsforderungen auf das gesetzlich Zulässige zu beschränken.

Jedenfalls scheitert in der Gesamtabwägung die Zumutbarkeit daran, dass die gesetzliche Systemscheidung für eine partnerschaftliche Selbstregulierung auf empirischer Basis und mit schieds- und zivilgerichtlicher Flankierung unterlaufen würde. Anstelle durch unab-



hängige empirische Ermittlungen der Vervielfältigungsrelevanz (§ 54a Abs. 1 UrhG, §§ 13a, 14 Abs. 5a UrhWG), durch Verhandlungen und durch gerichtliche Entscheidungen Akzeptanz zu schaffen, würde eine Seite in die Lage versetzt werden, sich infolge eines staatlichen Druckmittels gegen die andere durchzusetzen.

- c) Gesamtbetrachtung der Zwecke „Insolvenzschutz“ und „Druckmittel“

An den Ergebnissen ändert sich nichts, wenn beide Zwecke zusammengefasst werden. Erstens ist das jeweilige Gewicht so gering, dass auch beide Zwecke zusammen genommen kein nennenswertes Gewicht auf die Waagschale bringen. Zum Zweiten wird gerade bei einer Zusammennahme deutlich, dass der Zweck „Insolvenzrisiko“ nur zur Bemäntelung des eigentlichen Zwecks dient, ein unsachgerechtes „Druckmittel“ in der Hand der Verwertungsgesellschaften zu schaffen. Und drittens ist der mit einer tarifbezogenen Hinterlegungspflicht verbundene Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit von einer solchen Schwere, dass er auch durch beide Zwecke zusammen genommen nicht aufgewogen werden kann.

V.

Hilfshilfsweise: Selbst eine beschränkte Hinterlegungspflicht wäre nicht zu rechtfertigen

Am Befund fehlender Verhältnismäßigkeit ändert sich nichts, wenn die Hinterlegungspflicht beschränkt wird. Das verringert zwar den Eingriff, aber ebenso Gewicht und Dringlichkeit der zur Rechtfertigung angeführten Gründe.

1. Hinterlegungspflicht erst nach Entscheidung des Oberlandesgerichts München

Eine Hinterlegungspflicht, die auf das seit 2008 maßgebliche gesetzgeberische Konzept der partnerschaftlichen Selbstregulierung Rücksicht nimmt, kann erst einsetzen, wenn mit dem Oberlandesgericht München ein Zivilgericht Aussagen zur Vergütungspflicht dem Grunde und der Höhe nach getroffen hat. Denn erst dann haben unabhängige Richter entschieden, sind von unabhängigen Gutachtern die empirischen Grundlagen im Sinne von § 54a Abs. 1 UrhG, §§ 13a, 14 Abs. 5a UrhWG ermittelt und sind Verhandlungen zwischen den Verwertungsgesellschaften und den Herstellerverbänden geführt worden. Vor einer Entscheidung unabhängiger Richter kann es keine Hinterlegungspflicht geben, weil die Vorschläge der Schiedsstelle bislang regelmäßig von beiden Seiten abgelehnt worden sind.

Liegt ein Urteil des Oberlandesgerichts München vor, dann verbleibt zwischen dem Tag seiner Verkündung und dem rechtskräftigen Abschluss eines solchen Verfahrens im Regelfall nur noch ein ganz überschaubarer Zeitraum, weil die Beteiligten noch den Bundesgerichtshof anrufen können. Während dieser für das Revisionsverfahren erforderlichen, überschaubaren Zeitphase besteht aber offensichtlich kein relevantes Bedürfnis, ein Insolvenzrisiko abzusichern. Außerdem bestünde für weite Teile der Dauer des Revisionsverfahrens gar kein echter Insolvenzschutz, weil in erheblichem Umfang noch die Anfechtung des Insolvenzverwalters (§§ 129 ff. InsO) und der Gläubiger (§ 2 AnfG) möglich wäre.

In dieser Phase gibt es auch keinen plausiblen Anlass mehr, den Verwertungsgesellschaften noch ein „Druckmittel“ gegen die Hersteller- und Importeurseite in die Hand zu geben und so aus einem partnerschaftlichen Modell eine Fremdbestimmung durch die Ver-



wertungsgesellschaften zu machen. Gerade der „Druckmittel“-Zweck hat vor allen Dingen die Anfangsphase im Blick, in der weder unabhängige empirische Ergebnisse zur Nutzungsintensität im Sinne von § 54a UrhG, §§ 13a, 14 Abs. 5a UrhWG vorliegen, noch inhaltliche Aussagen von Schiedsstellen oder Zivilgerichten zu der aus den empirischen Untersuchungen ableitbaren Vergütungshöhe.

Diese Zusammenhänge zeigen: Entfallen könnte eine tarifbezogene Hinterlegungspflicht ihre Wirkungen nur, wenn sie frühzeitig und ohne Rücksicht auf empirische Untersuchungen und schieds- und zivilgerichtliche Entscheidungen greift. Dann sind ihre Wirkungen aber nicht zu verantworten und am deutlichsten unzumutbar. Je später die tarifliche Hinterlegungspflicht einsetzt, desto geringer werden zwar die Brüche zum gesetzlichen System partnerschaftlicher Selbstregulierung, aber desto geringer wird auch der Beitrag, den das Instrument der Hinterlegungspflicht für die vorgeblich verfolgten Zwecke „Insolvenzschutz“ und „Druckmittel“ noch zu leisten vermag.

2. Hinterlegungspflicht von Anfang an, aber nur mit einem Bruchteil des aufgestellten Vergütungstarifs

Dasselbe gilt, wenn die Hinterlegungspflicht dadurch beschränkt wird, dass sie zwar zeitlich schon mit Veröffentlichung eines Vergütungstarifs einsetzt, aber nur in Höhe eines Bruchteils der von der Verwertungsgesellschaft nach §§ 54, 54b UrhG geforderten Vergütung. Abgesehen davon, dass die Verwertungsgesellschaften damit eingestehen und durch den Bruchteilsatz offenlegen müssten, in welchem Umfang sie ihre Tarifforderung als nicht von § 54a UrhG gedeckt ansehen, fehlt es einer solchen Teilhinterlegungspflicht ebenfalls an der Verhältnismäßigkeit.



Bezogen auf die angabegemäß verfolgten Zwecke des Insolvenzschutzes und des „Druckmittels“ kann eine solche Teilhinterlegungspflicht nur noch einen deutlich schwächeren Beitrag leisten. Das nimmt aber den zur Rechtfertigung angeführten Gründen des Insolvenzschutzes und des „Druckmittels“ Gewicht und Dringlichkeit. Für den Teil des Vergütungstarifs, der nicht hinterlegungspflichtig gemacht wird, fehlt es in Bezug auf den Zweck des Insolvenzschutzes schon an der Eignung. Auch in Bezug auf die Funktion als „Druckmittel“ zur Durchsetzung der Vergütungsforderung der Verwertungsgesellschaften dürfte eine nur auf einen Bruchteil der Forderung bezogene Hinterlegungspflicht entweder gar nicht oder nur noch abgeschwächt geeignet sein. Diese Verluste an Eignung sowie an Gewicht und Dringlichkeit der zur Rechtfertigung angeführten Gründe sind stärker, mindestens aber so stark wie die Abschwächung des Eingriffs in die Berufsfreiheit der Hersteller und gewerblichen Importeure. Deshalb ändert sich am Ergebnis der fehlenden Verhältnismäßigkeit nichts.

Das gilt auch dann, wenn die auf einen Bruchteil beschränkte Teilhinterlegungspflicht so ausgestaltet würde, dass immer die Vergütungssätze aus ausgelaufenen oder gekündigten Gesamtverträgen hinterlegt werden müssen. Eine solche Situation besteht derzeit bekanntlich im Bereich von USB-Sticks und Speicherkarten, nachdem die Verwertungsgesellschaften diesen Vertrag gekündigt haben. Hier betrugen die vereinbarten Vergütungssätze 0,10 EUR, rabattiert 0,08 EUR. Die nach Kündigung des Vertrages aufgestellte Tarifforderung der Verwertungsgesellschaften beträgt dagegen 1,95 EUR. Eine auf den alten Gesamtvertrag bezugnehmende Teilhinterlegungspflicht in einem Volumen von 0,10 EUR oder 0,08 EUR ist offensichtlich ungeeignet und unverhältnismäßig, um bezogen auf den geforderten Betrag von 1,95 EUR ein behauptetes Insolvenzrisiko aufzufangen oder die Hersteller und gewerblichen Importeure un-



ter Druck zu setzen, auf der Grundlage der neuen Forderung der Verwertungsgesellschaften (1,95 EUR) schnell einen Gesamtvertrag abzuschließen.

Weil das Ergebnis der Verhältnismäßigkeitsprüfung hier so offensichtlich ist, kommt es auch gar nicht mehr darauf an, ob die Verwertungsgesellschaften überhaupt in der Lage wären, solche auf Teilbeträge beschränkte Hinterlegungsansprüche durchzusetzen. Bislang waren sie nicht in der Lage, die Vergütungspflicht gegenüber allen Marktteilnehmern durchzusetzen.

E.

Zusammenfassung

1. Die gesetzliche Einführung einer tarifbezogenen Hinterlegungspflicht für Vergütungsansprüche nach den §§ 54, 54b UrhG wäre verfassungswidrig. Sie greift in die von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit der Hersteller und gewerblichen Importeure von Vervielfältigungsgeräten und Speichermedien ein. Dieser Eingriff kann verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden. Es gibt keinen legitimen Zweck. Die Hinterlegungspflicht wäre auch nicht verhältnismäßig.
2. Begutachtet wurde eine tarifbezogene Hinterlegungspflicht. Das entspricht der als Vorbild angeführten Regelung des § 11 Abs. 2 UrhWG und den angabegemäß verfolgten Zwecken der Insolvenzsicherung und der Schaffung eines Druckmittels in der Hand der Verwertungsgesellschaften. Die Höhe des Hinterlegungsbetrags ergibt sich aus der Höhe der Vergütungsforderung der Verwertungsgesellschaften. Diese waren bislang immer gesetzwidrig hoch und wurden von der Schiedsstelle und vom Oberlandesgericht München zusammengestrichen. Eine tarifbezogene Hinterlegungspflicht bedeutet deshalb, dass die Hersteller und gewerblichen Importeure



früher, unkontrolliert und in überhöhtem Umfang Zahlungen leisten müssten.

3. Einschlägiger verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab ist die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG. Die Hersteller und gewerblichen Importeure von Vervielfältigungsgeräten und Speichermedien sind Träger dieses Grundrechts, auch wenn es sich dabei um deutsche Tochtergesellschaften ausländischer Konzerne oder um Gesellschaften mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union handelt. Das ergibt sich aus Art. 19 Abs. 3 GG und der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Eine tarifbezogene Hinterlegungspflicht griffe nach den Maßstäben der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch in die Berufsausübungsfreiheit ein. Eine tarifbezogene Hinterlegungspflicht wäre eine unmittelbar auf die Berufstätigkeit bezogene Regelung, hätte jedenfalls aber berufsregelnde Tendenz. Denn die Betroffenen sind ausschließlich berufsmäßig tätig und die Hinterlegungspflicht soll sie veranlassen, sich schneller und zu für die Verwertungsgesellschaften besseren Bedingungen auf den Abschluss von Gesamt- oder Einzelverträgen einzulassen („Druckmittel“). Die Berufsfreiheit verdrängt hier das Auffanggrundrecht der allgemeinen, auch wirtschaftlichen, Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG. Auch die mit einer tarifbezogenen Hinterlegungspflicht verbundene Reduktion gerichtlicher Kontrollmöglichkeiten betrifft nicht den von Art. 20 Abs. 3 GG i.V. mit dem einschlägigen Freiheitsgrundrecht garantierten allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch, sondern greift mit der Schaffung neuer subjektiver Rechte der Verwertungsgesellschaften gegen die Hersteller und gewerblichen Importeure direkt in deren Berufsfreiheit ein.
4. Der Eingriff in die Berufsfreiheit kann schon deshalb nicht gerechtfertigt werden, weil das Bundesverfassungsgericht keinen der beiden angeführten Zwecke als einen den Eingriff legitimierenden



Grund des Allgemeinwohls ansehen würde. Den Zweck eines zusätzlichen Insolvenzschutzes nicht, weil ein solches Sonderinsolvenzrecht andere Gläubiger benachteiligt, weil es kein spürbares Ausfallrisiko der Urheber gibt und weil die Verwertungsgesellschaften schon heute Ansprüche von viel größerem Umfang nicht realisieren, nur weil sie den damit verbundenen Aufwand gegenüber kleineren und ausländischen Unternehmen scheuen.

5. Der Zweck, den Verwertungsgesellschaften mit der tarifbezogenen Hinterlegungspflicht ein Druckmittel gegen die Verbände der Hersteller und gewerblichen Importeure zu geben, kann erst recht kein vernünftiger Grund des Allgemeinwohls sein. Erstens besteht kein strukturelles Ungleichgewicht zu Lasten der Verwertungsgesellschaften. Sie haben Gesamtverträge mit Vergütungssätzen erreicht, die sowohl über dem Niveau anderer europäischer Länder liegen, als auch über dem, was Schiedsstellen an Vergütungssätzen vorgeschlagen haben. Zweitens verfügen die Verwertungsgesellschaften schon heute genau über das Mittel, mit dem der Gesetzgeber sonst auf strukturelle Ungleichgewichte zwischen Verhandlungspartnern reagiert, gerade auch im Urheberrecht: Die Möglichkeit einer gerichtlichen Angemessenheitskontrolle. Dazu können die Schiedsstelle und das Oberlandesgericht München angerufen werden. Ergebnis war hier bislang aber stets, dass die von den Verwertungsgesellschaften aufgestellten Tarife als weit überhöht und gesetzwidrig beurteilt wurden. Drittens gerät der Zweck „Druckmittel“ in einen massiven Widerspruch zum gesetzlichen Modell einer partnerschaftlichen Selbstregulierung der Vergütungsansprüche nach §§ 54, 54b UrhG. Und viertens dient es nicht dem Allgemeinwohl, wenn ein vom Gesetzgeber geschaffenes Druckmittel bewirkt, dass Hersteller und gewerbliche Importeure mit Mittelabflüssen belastet werden, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nach den materiellen Regelungen des Urhebergesetzes gar nicht gerechtfertigt sind.



6. Selbst wenn die Zwecke „Insolvenzschutz“ und „Druckmittel“ vernünftige Gründe des Gemeinwohls wären, wäre die tarifbezogene Hinterlegungspflicht nicht verhältnismäßig. Sie mag zwar geeignet sein, aber beim Zweck „Insolvenzschutz“ fehlt es schon an der Erforderlichkeit. Denn die Ermächtigung zur Erhebung eines „Insolvenzrisikozuschlags“ wäre ein milderer Mittel, weil es bezogen auf den Zweck gleich effektiv, für die betroffenen Unternehmen aber mit einer geringeren Belastung verbunden wäre.
7. Entscheidend ist aber, dass die Grenze der Zumutbarkeit nicht gewahrt wäre. Das gilt bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht und der Dringlichkeit der rechtfertigenden Gründe sowohl für den Zweck „Insolvenzschutz“ wie für den Zweck „Druckmittel“.
8. Beide Zwecke haben schon kein erhebliches Gewicht. Das insolvenzbedingte Ausfallrisiko ist gering, sowohl absolut wie in Relation zu den von den Verwertungsgesellschaften aus Effektivitätsgründen schon heute nicht durchgesetzten Vergütungsansprüchen. Der Zweck „Druckmittel“ hat ein besonders geringes Gewicht, weil es weder eine strukturelle Unterlegenheit der Verwertungsgesellschaften gibt, noch diese sich in den vertraglich erzielten Ergebnissen spiegelt, erst recht nicht im Vergleich zu den Vergütungssätzen im europäischen Ausland. Dem steht gegenüber, dass eine tarifbezogene Hinterlegungspflicht tief in die Berufsausübungsfreiheit eingreifen würde. Denn entgegen dem auf partnerschaftliche Selbstregulierung angelegten System des UrhG und des UrhWG würden Zahlungspflichten begründet, und zwar auf ungeklärter empirischer Grundlage, zeitlich vorverlagert, von einer effektiven gerichtlichen Kontrolle freigestellt und mit einem Volumen, welches mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit den Maßstab des § 54a UrhG klar überschreiten würde. Dazu tritt die gravierende Gefahr, dass sich die Höhe der einmal festgelegten und durchgesetzten Hinterlegungsbe-



träge auch bei der gerichtlichen Kontrolle und Ermittlung der Vergütungssätze dahingehend auswirkt, dass das schon Hinterlegte als das nach § 54a UrhG Angemessene ausgegeben wird.

9. Die Hinterlegungspflicht bliebe auch dann ein unverhältnismäßiger Eingriff in die von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit der Hersteller und gewerblichen Importeure, wenn sie beschränkt würde, etwa in zeitlicher Hinsicht oder bei der Höhe des Hinterlegungsbetrags. Dann würde sich zwar die Eingriffstiefe verringern, aber auch der Beitrag, den eine solche beschränkte Hinterlegungspflicht für die angabegemäß verfolgten Zwecke des Insolvenzschutzes und des Druckmittels dann noch leisten könnte. Deshalb wäre auch eine auf einen Bruchteil des aufgestellten Vergütungstarifs beschränkte oder zeitlich erst nach einer Entscheidung des Oberlandesgerichts München einsetzende Hinterlegungspflicht jedenfalls nicht zumutbar (unverhältnismäßig i.e.S.).
10. Den Verwertungsgesellschaften ein so einschneidendes Druckmittel trotzdem in die Hand zu geben verbietet sich verfassungsrechtlich schon deshalb, weil die Verwertungsgesellschaften bislang durchgehend nicht in der Lage waren, ihre Vergütungsforderungen auf das gesetzlich Zulässige zu beschränken.