

Stellungnahme

zum Regierungsentwurf eines Verwertungsgesellschaften-gesetzes (VGG)

14. Januar 2016

Seite 1

Bitkom vertritt mehr als 2.300 Unternehmen der digitalen Wirtschaft, davon gut 1.500 Direktmitglieder. Sie erzielen mit 700.000 Beschäftigten jährlich Inlandsumsätze von 140 Milliarden Euro und stehen für Exporte von weiteren 50 Milliarden Euro. Zu den Mitgliedern zählen 1.000 Mittelständler, 300 Start-ups und nahezu alle Global Player. Sie bieten Software, IT-Services, Telekommunikations- oder Internetdienste an, stellen Hardware oder Consumer Electronics her, sind im Bereich der digitalen Medien oder der Netzwirtschaft tätig oder in anderer Weise Teil der digitalen Wirtschaft. 78 Prozent der Unternehmen haben ihren Hauptsitz in Deutschland, 9 Prozent kommen aus Europa, 9 Prozent aus den USA und 4 Prozent aus anderen Regionen.

Im Bitkom sind sowohl kleine, mittelständische und große Hersteller und Händler der IT- und Unterhaltungselektronik wie auch Diensteanbieter für audio- und audiovisuelle Inhalte und Medienunternehmen organisiert. Urheberrecht bildet daher eines unserer Schwerpunktthemen. Das Urheberrechtswahrnehmungsgesetz und die Umsetzung der Verwertungsgesellschaften-Richtlinie, aber auch das Thema der urheberrechtlichen Abgaben haben für unsere Mitglieder eine herausragende Bedeutung.

Zusammenfassung

Die Bunderegierung hat am 11. November 2015 den Gesetzentwurf für ein Verwertungsgesellschaftengesetz (im folgenden VGG-E) beschlossen. Aus Sicht des Bitkom sollten im nun folgenden parlamentarischen Verfahren insbesondere folgende Punkte Berücksichtigung finden:

- Mit dem VGG-E sollen neben der Umsetzung der EU-VG-Richtlinie Verhandlungen und Streitigkeiten zu urheberrechtlichen Abgaben schneller, effizienter und einfacher gestaltet werden. Dies gelingt nur zum Teil. Einen Nachbesserungsbedarf sieht Bitkom bei folgenden Punkten:
 - Die fehlende Klarheit bei der Berechnung der Tarife und das Aufstellen von Maximalforderungen der Verwertungsgesellschaften führen oft zum Scheitern der Verhandlungen und zu Verzögerungen der endgültigen Klärung. Hier bedarf es klarer Vorgaben durch den Gesetzgeber bzw. einer besseren Aufsicht.

Bundesverband
Informationswirtschaft,
Telekommunikation
und Neue Medien e.V.

Markus Scheufele

Bereichsleiter Urheberrecht
Tel.: +49.30.27576-154
m.scheufele@bitkom.org

Judith Steinbrecher, LL.M.

Bereichsleiterin Gewerblicher
Rechtsschutz & Urheberrecht
Tel.: +49.30.27576-155
j.steinbrecher@bitkom.org

Albrechtstraße 10
10117 Berlin

Präsident
Thorsten Dirks

Hauptgeschäftsführer
Dr. Bernhard Rohleder

- Die im Entwurf (§ 107 VGG-E) vorgesehene Möglichkeit der Anordnung einer Sicherheitsleistung entbehrt in Gänze einer faktischen und rechtlichen Notwendigkeit, mangelt es in seiner Ausgestaltung an der Ausrichtung an einem - verfassungsrechtlich erforderlichen - konkreten Sicherheitsbedürfnisses und verhindert im Ergebnis die schnellere und effizientere Gestaltung von Verhandlungen und Streitigkeiten zu urheberrechtlichen Abgaben.
- Der VGG-E sieht empirische Untersuchungen durch die Schiedsstelle als Voraussetzung für Tarifveröffentlichungen vor (§ 39 Abs. 1 Satz 2 VGG-E). Dies ist grundsätzlich der richtige Ansatz, greift aber noch zu kurz: Empirische Untersuchungen sollten auch für alle Verfahren vor der Schiedsstelle (Prozess-)Voraussetzung sein.
- Die Überlastung der Schiedsstelle und der Gerichte führt zu langen Verfahren – eine bessere Ausstattung ist dringend erforderlich.
- Gesamtvertragsverfahren sind ein geeignetes Mittel, um für die gesamte Branche eine (gerichtliche) Klärung herbeizuführen. Daher sollte ein Vorrang vor Einzelverfahren geregelt werden.
- Tarife wurden in der Vergangenheit zuweilen auch rückwirkend aufgestellt. Das Verbot der Rückwirkung muss klarstellend aufgenommen werden.
- Die aktuelle Gesetzeslage zeigt, dass die Möglichkeit der Hinterlegung basierend auf den Forderungen der Verwertungsgesellschaften genau zu dem führt, was der bisherige § 11 Abs. 2 UrhWahrnG vermeiden will: das Ausbremsen innovativer Dienste durch langwierige Lizenzverhandlungen. Hier muss der Gesetzgeber korrigierend gegensteuern und in § 37 VGG-E einen Rechtsschutz gegen so genannte „Mondtarife“ einrichten.
- Die Verwertungsgesellschaften müssen Transparenz darüber schaffen, wer seiner Abgabepflicht für Geräte und Speichermedien nachkommt und wer nicht. Darüber hinaus ist für angemessene Lizenzverhandlungen von essentieller Bedeutung, für welches Repertoire die einzelne Verwertungsgesellschaft welche Rechte wahrnimmt. §§ 55 und 56 VGG-E müssen entsprechend angepasst werden.
- Es ist falsch, die angemessenen Bedingungen, die einen Abschlusszwang nach § 34 VGG-E rechtfertigen, an eine angemessene *Vergütung* zu knüpfen.
- Der Abschlusszwang, wie er in §§ 34 und 35 VGG-E geregelt ist, muss auch für die gebietsübergreifende Lizenzierung von Online-Rechten an Musikwerken gelten. §§ 59 Abs. 1, 60 Abs. 2 VGG-E haben in der jetzigen Fassung nicht nur stark wettbewerbsverzerrende Wirkung, verursachen Rechtsschutzlücken und würden national begrenzte Dienste gegenüber großen, weltweit agierenden Services benachtei-

ligen; sie wären auch praktisch gar nicht umsetzbar. Zudem muss auch in grenzüberschreitenden Lizenzverhandlungen, z.B. mit dem Joint Venture aus GEMA, PRSfM und STIM, die Schiedsstelle zuständig sein (§ 94 VGG-E).

Inhalt

Seite

1 Gegenstand des Gesetzes; Begriffsbestimmungen (Teil 1)	5
1.1 Abhängige Verwertungseinrichtung (§ 3 VGG-E).....	5
2 Rechte und Pflichten der Verwertungsgesellschaften (Teil 2)	6
2.1 Abschlusszwang (§ 34 VGG-E).....	6
2.2 Gesamtverträge (§ 35 VGG-E).....	7
2.3 Hinterlegung; Zahlung unter Vorbehalt (§ 37 VGG-E).....	8
2.4 Tarifaufstellung (§ 38 VGG-E).....	10
2.5 Tarifgestaltung (§ 39 VGG-E).....	11
2.6 Gestaltung der Tarife für Geräte und Speichermedien (§ 40 VGG-E).....	12
2.7 Vermutung bei Auskunftsansprüchen (§ 48 VGG-E).....	15
2.8 Informationen zu Werken und sonstigen Schutzgegenständen (§ 55 VGG-E).....	15
2.9 Informationen für die Allgemeinheit (§ 56 VGG-E).....	16
2.10 Jährlicher Transparenzbericht (§ 58 VGG-E).....	17
3 Besondere Vorschriften für die gebietsübergreifende Vergabe von Online-Rechten an Musikwerken (Teil 3)	18
3.1 Nicht anwendbare Vorschriften (§ 60 VGG-E).....	18
3.2 Besondere Anforderungen an Verwertungsgesellschaften (§ 61 VGG-E).....	19
3.3 Informationen zu Musikwerken und Online-Rechten (§ 62 VGG-E).....	20
3.4 Überwachung von Nutzungen (§ 65 VGG-E).....	20
4 Aufsicht (Teil 4)	20
4.1 Aufsichtsbehörde (§ 75 VGG-E).....	20
4.2 Erlaubnis (§ 77 VGG-E).....	21
4.3 Unterrichtungspflicht der Verwertungsgesellschaft (§ 88 VGG-E).....	21
4.4 Aufsicht über abhängige Verwertungseinrichtungen (§ 90 VGG-E).....	22
4.5 Aufsicht über unabhängige Verwertungseinrichtungen (§ 91 VGG-E).....	22
5 Schiedsstelle und gerichtliche Geltendmachung (Teil 5)	22
5.1 Ausstattung von Schiedsstelle und ordentlichen Gerichten	22
5.2 Zuständigkeit für Streitfälle zu Informationspflichten von Verwertungsgesellschaften (§ 92 und 94 VGG-E).....	22
5.3 Allgemeine Verfahrensregeln (§ 95 Abs. 1 VGG-E).....	23
5.4 Verfahrenseinleitender Antrag (§ 97 VGG-E).....	24
5.5 Gesamtvertragsverfahren (§ 92 Abs. 1 Nr. 3 VGG-E).....	24

5.6 Selbständiges Verfahren zur Durchführung empirischer Untersuchungen (§§ 93, 112 ff. VGG-E)..... 26

5.7 Zuständigkeit für Streitfälle über die gebietsübergreifende Vergabe von Online-Rechten an Musikwerken (§ 94 VGG-E) 27

5.8 Sicherheitsleistung (§ 107 VGG-E)..... 27

5.8.1 Keine Notwendigkeit einer Sicherheitsleistung..... 28

5.8.2 Wirtschaftlich gravierende Folgen einer Bankbürgschaft 29

5.8.3 Verfassungsgemäße Ausgestaltung der Regelung 30

— Beschränkung bei der Anordnung dem Grunde nach 31

Beschränkung bei der Anordnung der Höhe nach..... 32

5.9 Kosten des Verfahrens (§ 117 Abs. 3 VGG-E)..... 34

6 Übergangs- und Schlussvorschriften (Teil 6) 34

1 Gegenstand des Gesetzes; Begriffsbestimmungen (Teil 1)

Wesentliche Regelungsprinzipien des Urheberrechtswahrnehmungsgesetzes (UrhWahrnG) müssen auch im VGG-E beibehalten werden (z.B. Erlaubnispflicht, Wahrnehmungs- und Abschlusspflichten). Dabei sollte das zentrale Regelungsthema des UrhWahrnG betont werden: die Begrenzung der Kartellmacht von Organisationen, die Rechte bündeln und sie kollektiv wahrnehmen. Die kollektive Rechtswahrnehmung führt dazu, dass Verwertungseinrichtungen jede für sich über Exklusivrechte für ein Repertoire verfügen und damit gegenüber den Lizenznehmern als Quasimonopolisten auftreten. Da die kartellrechtliche Aufsicht wegen der urheberrechtlichen Besonderheiten in diesem Bereich eingeschränkt ist, bedarf es weiterhin der spezialgesetzlichen Beschränkungen von Kartell- und Monopolmacht. Das hatte die Begründung zum UrhWahrnG klar beschrieben (vgl. BT-Drucks. IV/271, S. 9 u. 12). Daran sollte angeknüpft werden. Zudem muss klargestellt werden, dass kartellrechtliche Kontrollmaßnahmen nicht per se durch die Vorgaben des VGG verdrängt werden, sondern dass je nach Sachverhalt zusätzlich eine wettbewerbsrechtliche Kontrolle möglich bleibt.

Insbesondere sollten nur die Mindestanforderungen der Richtlinie 2014/26/EU (im folgenden „Richtlinie“) umgesetzt werden, da anderenfalls die Kartell- und Monopolregulierung geschwächt würde. Die nationale Regulierung der Rechtswahrnehmung sollte unverändert auch für „unabhängigen Verwertungseinrichtungen“ nach Art. 3 lit. c) der Richtlinie bzw. § 4 VGG-E gelten, soweit die Richtlinie nichts Anderes vorsieht.

1.1 Abhängige Verwertungseinrichtung (§ 3 VGG-E)

Bitkom begrüßt, dass sich im Sinne des § 3 VGG-E die so genannten Option-3-Gesellschaften wie ARESA und die in SOLAR aufgegangenen Gesellschaften CELAS und PEACOL nicht mehr der deutschen Regulierung der Verwertungsgesellschaften entziehen können, sondern als „abhängige Verwertungseinrichtungen“ ebenfalls den Regeln des VGG-E und auch der Aufsicht durch das DPMA unterliegen sollen. Dies muss zwingend auch für die Erlaubnispflicht gemäß §§ 77ff. VGG-E gelten. Es ist zwar richtig, dass laut Regierungsentwurf nun auch abhängige Verwertungseinrichtungen, die die in § 77 Abs. 2 genannten Rechte wahrnehmen, nun grundsätzlich ebenfalls einer Erlaubnis bedürfen. Dieser Grundsatz wird durch die Ausnahme in § 90 Abs. 1 Satz 2 VGG-E jedoch wieder vollständig ausgehöhlt. Selbst wenn die Verwertungsgesellschaften, die die abhängige Verwertungseinrichtung beherrschen selbst über eine Erlaubnis verfügen, bedarf es einer konstituierenden Erlaubnis der abhängigen Verwertungseinrichtung. Anderenfalls wären Aufsichtsmaßnahmen nur eingeschränkt möglich und der Status der abhängigen Verwertungseinrichtung unklar, sobald einer „Mutter“-Verwertungsgesellschaft die Erlaubnis entzogen wird. Auch

bleibt mit dem Wortlaut „Verwertungsgesellschaften, die Anteile an dieser Einrichtung halten“ völlig unklar, in welchem Umfang, diese Anteile vorliegen müssen. Derartig offene Formulierungen höhlen den Anwendungsbereich der neuen Regelung nahezu aus. Auch können wir die Ansicht, dass eine Erlaubnis, wie es in der Begründung zu § 90 VGG-E dargestellt ist, nur in den § 77 Abs. 2 genannten Fällen“ für eine effektive Rechtswahrnehmung besonders bedeutsam“ ist, nicht teilen. Denn gerade die (anfänglich) oftmals starke Durchdringung entsprechender Einrichtungen von allein gewinnorientierten privaten Gesellschaften, macht eine Erlaubnis erforderlich; nicht zuletzt, um eine Vorabprüfung sicherzustellen, inwieweit die Interessen einzelner, großer Marktteilnehmer oder bedeutender Rechteinhaber auf dem Rücken der Masse aller Berechtigten damit durchgesetzt werden sollen.

2 Rechte und Pflichten der Verwertungsgesellschaften (Teil 2)

2.1 Abschlusszwang (§ 34 VGG-E)

Die Konkretisierung des Abschlusszwangs insoweit, dass die Bedingungen objektiv und nicht diskriminierend sein müssen, wird begrüßt. Die Bedingung einer angemessenen Vergütung, wie sie in § 34 Abs. 1 S. 2 VGG-E verankert ist, sollte bei der Tariffindung nach § 38 VGG-E jedoch im Bereich der Lizenzierung von Diensteanbietern an das Kriterium des geldwerten Vorteils an dem durchschnittlich am Markt erzielbaren Einnahmen des Nutzers geknüpft werden. Nur so würde hier vollständig das in nationaler wie auch europäischer Rechtsprechung immer wieder bestätigte Angemessenheitsgebot richtig wiedergegeben.

§ 34 Abs. 1 S. 2 VGG-E geht jedoch nach seinem jetzigen Wortlaut davon aus, dass Nutzungsverträge *immer* eine angemessene *Vergütung* beinhalten. Das ist nämlich nicht zwingend der Fall. Die Formulierung muss an die Vorgaben des UrhG angepasst werden, die für die Nutzungseinräumung nur „angemessene *Bedingungen*“ vorsehen (etwa § 87 Abs. 5 UrhG; auch § 87h UrhG lässt offen, ob eine Vergütung zu zahlen ist). Die Gesetzesbegründung zum VGG-E verweist zwar zu Recht auf § 11 UrhWahrnG und stellt klar, dass eine Vergütung nur dann anfallen kann, wenn dies das materielle Recht auch vorsieht. Dies reicht aber als Klarstellung nicht aus. Der Gesetzeswortlaut ist an dieser Stelle falsch und muss korrigiert werden. Insbesondere bei zweiseitigen Märkten – wie z.B. beim Leistungsschutzrecht für Presseverleger – ist höchst umstritten, ob eine Vergütung geschuldet ist. Das VGG ist nicht der richtige Ort, um diese materiell-rechtliche Frage für alle Rechte zu entscheiden. Das gibt auch die Richtlinie nicht vor, denn sie trifft keine Bestimmungen über Rechte, die ihren Ursprung nicht in Richtlinien der EU haben – wie etwa das Recht nach § 87f UrhG. Für eine überschießende Umsetzung besteht kein Anlass. Deshalb muss § 34 Abs. 1 S. 2 VGG-E wie unten vorgeschlagen angepasst werden.

Formulierungsvorschlag für § 34 VGG-E:

<p>§ 34</p> <p>Abschlusszwang</p> <p>(1) Die Verwertungsgesellschaft räumt aufgrund der von ihr wahrgenommenen Rechte jedermann auf Verlangen zu angemessenen Bedingungen Nutzungsrechte ein. Die Bedingungen müssen insbesondere objektiv, und nichtdiskriminierend sein und eine angemessene seiner Vergütung vorsehen.</p>

2.2 Gesamtverträge (§ 35 VGG-E)

Bitkom begrüßt den Umstand, dass der Abschlusszwang für Verwertungsgesellschaften auch in Bezug auf die Verbände beibehalten werden soll. Dort, wo gesamtvertragliche Lösungen gefunden werden, können frühzeitig Brancheneinigungen und damit Planungssicherheit herbeigeführt werden.

Dies zeigte sich etwa bei der Einigung zwischen Bitkom und GEMA zu Musik-on-Demand Angeboten aus dem Jahr 2011. Auch beim Gesamtvertrag „Reprographie“ zwischen Bitkom und den Verwertungsgesellschaften WORT und Bild-Kunst aus 2008 einigte man sich in relativ kurzer Zeit und in pragmatischer Weise auf einen Bruchteil dessen, was zu Beginn gefordert wurde. Dieser Vertrag regelt beginnend mit dem 1. Januar 2008 die urheberrechtlichen Abgaben für Kopierer, Drucker, Scanner und Faxgeräte. Ein Sicherungsmittel wie es jetzt in § 107 VGG-E vorgesehen ist, hätte hierbei aus den unten aufgeführten Gründen (siehe 5.8 der Stellungnahme) eine Einigung vermutlich behindert.

Diese und andere Gesamtverträge mit zum Teil bereits beträchtlichen Laufzeiten zeigen, wo beide Parteien konstruktiv verhandeln und dauerhafte Lösungen gefunden werden konnten.

Auch begrüßen wir den Regelungsvorschlag in § 35 Abs. 2 S. 1 VGG-E, u.a. mit dem Ziel, dem bekannten Phänomen von „split copyrights“ (der Aufspaltung der nötigen Rechte trotz eines wirtschaftlich einheitlichen Nutzungsvorganges bzw. eines zeitlich und wirtschaftlich-funktional zusammenhängenden Dienstangebotes) entgegen zu wirken. Auch wenn hierfür Klarstellungen oder Änderungen im materiellen Recht erforderlich wären, führt dieser Regelungsvorschlag zumindest in der Praxis ein we-

nig mehr an den notwendigen „one-stop-shop“ heran. An dieser Stelle möchten wir hervorheben, dass § 35 auch für abhängige Verwertungseinrichtungen gilt, wie es der Regierungsentwurf in seiner neuen Begründung zu § 3 VGG-E nun auch klarstellt. Denn gerade diese spielen beim Auseinanderfallen der Rechte eine zentrale Rolle und sollen zur Verbesserung der Verkehrsfähigkeit im Interesse aller Marktteilnehmer, insbesondere auch der Rechteinhaber beitragen.

Nicht gerechtfertigt und schädlich sind die in der Begründung aufgenommene Rechtfertigungsanforderungen an einen vereinbarten Gesamtvertragsrabatt. Einigen sich die Parteien auf die Vergütungshöhe, die Vertragsbedingungen und dabei insbesondere den Gesamtvertragsrabatt, so entsprechen diese Bedingungen qua Vertragsschluss dem Gebot der Angemessenheit, da sich die Parteien anderenfalls nicht geeinigt hätten. Der Gesamtvertragsrabatt soll nicht nur „Vertragshilfen“ und andere Leistungen der Nutzervereinigung widerspiegeln, sondern führt v.a. zu einer konzentrierten Marktabdeckung der Verwertungsgesellschaften und damit zu einer Reduktion von Wettbewerbsverzerrungen. Mit derartigen Begründungsanforderungen wird Rechtsunsicherheit gesät, da damit ein Gesamtvertrag als solcher (der nach der gesetzlichen Konzeption gewollt ist) leichter angegriffen werden kann. Auch ermöglicht es den Verwertungsgesellschaften, die Nutzervereinigung untereinander auszuspielen. Dies widerspricht dem Grundsatz des Gesamtvertragsmodells. Durch die Voraussetzung der Gesamtvertragsfähigkeit wird bereits der Umfang der Leistung der Nutzervereinigung festgelegt. Daher müssen diese Rechtfertigungsanforderungen zwingend wieder aus der Gesetzesbegründung entfernt werden.

Bitkom begrüßt die Regelung in § 35 Abs. 2, dass auch Verwertungsgesellschaften sich zusammenschließen müssen, wenn die für die Nutzung relevanten Rechte von mehr als einer Verwertungsgesellschaft wahrgenommen werden. Eine Ausnahme hierzu kann es nur geben, wenn die Nutzervereinigung nicht gesamtvertragsfähig ist. Der im RegE neu eingefügte § 35 Abs. 2 Satz 2 VGG-E hingegen ist obsolet. Die Voraussetzung nach § 35 Abs. 1 VGG-E, dass die Nutzervereinigung gesamtvertragsfähig ist, kann nur für *alle* betroffenen Verwertungsgesellschaften oder aber für *keine* vorliegen; nicht aber wie hier angenommen nur für einen Teil.

2.3 Hinterlegung; Zahlung unter Vorbehalt (§ 37 VGG-E)

Das Instrument der Hinterlegung ist – wie auch in der Gesetzesbegründung zum VGG-E vermerkt – weiterhin wichtig, um die Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke nicht zu verhindern. Wie die Praxis jedoch zeigt, wird die Hinterlegung und die Höhe der geforderten Hinterlegungsbeträge von den Verwertungsgesellschaften auch dazu genutzt, Einzel- und Gesamtvertragsverhandlungen zu steuern und den Eingangsdruck bei Nutzern oder deren Vereinigungen zu erhöhen. So streiten Bitkom und GEMA z.B. seit weit über einem Jahr darüber, wieviel für die Nutzung von Musik in SVoD-Diensten (Abonnements für das Streamen von Filmen, Serien etc.) von den Nutzern zu hinterlegen ist. Die GEMA fordert eine Vergütung pro einzelner

Stream basierend auf dem GEMA-Tarif VR-OD 4, die zu einer Hinterlegungssumme von nahezu 25 % der Nettoeinnahmen der Nutzer führen und damit die Angebote in den Ruin treiben würde. Damit erreicht die Hinterlegungsregelung in der jetzigen Form genau das, was sie verhindern soll: die Behinderung von innovativen, legalen Geschäftsmodellen.

— Deshalb muss der Hinterlegungsmechanismus einer gerechten Interessenabwägung zwischen Nutzern und Verwertungsgesellschaften unterzogen werden. Aktuell – und so sieht es der Regierungsentwurf zu § 37 VGG-E fälschlicherweise weiterhin vor – sollen jedoch 100 % des von den Verwertungsgesellschaften veröffentlichten Tarifs hinterlegt werden. Ein Blick in die Tarifpraxis nicht nur der GEMA und der VG Media zeigt jedoch, dass die erstveröffentlichten Tarife oft ein Vielfaches von dem ausmachen, auf was man sich dann Jahre später auf gerichtlichem oder außergerichtlichem Wege einigt, d.h. hier wird Geld gebunden und damit unnötig Liquidität aus dem Markt genommen, weil oft erst nach Jahren ein Bruchteil der hinterlegten Summe an die Urheber ausgeschüttet werden kann, während diese den Nutzern für Investitionen in legale Angebote entzogen ist. Für jedes im Markt agierende Unternehmen und besonders jedes Start-up-Unternehmen, das auf Rechtssicherheit, verlässliche wirtschaftliche Eckpunkte und vor allem Liquidität angewiesen ist, ist eine solche Regelung eine unüberwindbare Hürde. Eine Hinterlegung sollte nicht nur deshalb ausschließlich in angemessener Höhe erfolgen, welche wiederum der Überprüfung durch die Schiedsstelle/Gerichte zugänglich sein muss – und zwar auch in Form einer einstweiligen Regelung (gem. § 106 VGG-E).

— Österreich hat dies bereits 2006 ausdrücklich gesetzlich geregelt. Die zwischenzeitlich erfolgte Aufhebung des § 17 Abs. 4 des österreichischen Verwertungsgesellschaftengesetzes hatte ausschließlich kompetenzrechtliche Gründe und sollte an der materiellen Rechtslage nichts ändern.

Die Forderung deckt sich auch mit den jüngsten Vorgaben des EuGH zum missbräuchlichen Verhalten von marktbeherrschenden Lizenzgebern, wenn der Lizenznehmer ein angemessenes (im Fall des EuGH „FRAND“-)Angebot gemacht hat (EuGH, 16. Juli 2015, C-170/13, Rn. 66 „Huawei/ZTE“; vgl. auch BGHZ 180, 312 „Orange-Book-Standard“ und BGH, GRUR 2013, 618 Rn. 49ff „Internet-Videorekorder II“). Auch in diesen Patentrechtsfällen sieht der EuGH keine Hinterlegung von 100 % der Forderung vor.

¹ Zu den Gründen der Aufhebung siehe BGBl. I Nr. 190/2013 sowie Nr. 2357 der Beilagen XXIV. GP – Regierungsvorlage – Erläuterungen, S. 17, abzurufen unter http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/II/II_02357/fname_304994.pdf.

Eine Erweiterung des § 37 VGG-E ist daher wie folgt erforderlich:

§ 37 VGG-E

Hinterlegung; Zahlung unter Vorbehalt

(1) Kommt eine Einigung über die Höhe der Vergütung für die Einräumung der Nutzungsrechte nicht zustande, so gelten die Nutzungsrechte als eingeräumt, wenn die Vergütung

1. in Höhe des vom Nutzer anerkannten Betrages an die Verwertungsgesellschaft gezahlt worden ist und
2. in Höhe der darüber hinaus geltenden Forderung der Verwertungsgesellschaft unter Vorbehalt an die Verwertungsgesellschaft gezahlt oder zu ihren Gunsten hinterlegt worden ist.

(2) Die Schiedsstelle (§§ 92 ff) kann die Höhe des zu hinterlegenden Betrags auf Antrag des Nutzers angemessen herabsetzen. Über einen solchen Antrag ist ohne förmliches Beweisverfahren unter sinngemäßer Anwendung von § 287 ZPO zeitnah zu entscheiden.

Daneben muss die Hinterlegungsmöglichkeit auch in Fällen bestehen, in denen der Nutzer oder die Vereinigung die Nutzereigenschaft oder Vergütungspflicht bestreitet (bisher anders BGH, GRUR 2012, 711 Rn. 11 „Barmen Live“). Auch dies hat der EuGH nunmehr vorgegeben (EuGH, 16. Juli 2015, C-170/13, Rn. 69 „Huawei/ZTE“).

2.4 Tarifaufstellung (§ 38 VGG-E)

In der Konsequenz zu § 35 Abs. 2 VGG-E, nach der Verwertungsgesellschaften zum Abschluss eines gemeinsamen Gesamtvertrages verpflichtet werden, wenn eine Nutzung die Rechte von mehr als einer Verwertungsgesellschaft erfordert, sollten Verwertungsgesellschaften unter den gleichen Voraussetzungen auch dazu verpflichtet werden, einen gemeinsamen Tarif aufzustellen. § 38VGG-E müsste zu diesem Zweck durch einen neuen Absatz 2 ergänzt werden.

Erforderlich ist aus Sicht des Bitkom des Weiteren eine Klarstellung, dass Tarife nicht mit Wirkung für die Vergangenheit aufgestellt werden dürfen. Nach der Intention des Gesetzgebers und entsprechend den Vorgaben des EuGH müssen Hersteller und Importeure die finanzielle Last der Abgaben dem Nutznießer der gesetzlichen Schranke des § 53 UrhG – also dem Verbraucher –übertragen können. Denn er ist der eigentliche Nutznießer der Schrankenregelung. Allerdings haben die Hersteller und

Importeure erst ab dem Zeitpunkt der Veröffentlichung Kenntnis von der Forderung einer Abgabe. Dementsprechend können sie auch erst dann das Risiko abwägen und entsprechend Preise kalkulieren und letztendlich die Abgabe bei der Preisgestaltung berücksichtigen.

Formulierungsvorschlag:

§ 38 VGG-E

Tarifaufstellung

(1) Die Verwertungsgesellschaft stellt Tarife auf über die Vergütung, die sie aufgrund der von ihr wahrgenommenen Rechte fordert. Soweit Gesamtverträge abgeschlossen sind, gelten die dort vereinbarten Vergütungssätze als Tarife.

(2) Erfordert eine Nutzung die Rechte von mehr als einer Verwertungsgesellschaft, so sind die beteiligten Verwertungsgesellschaften verpflichtet, gemeinsam einen Tarif aufzustellen.

(3) Tarife gelten frühestens zum Beginn des übernächsten Quartals nach ihrer Veröffentlichung.

2.5 Tarifgestaltung (§ 39 VGG-E)

Nicht zustimmen kann Bitkom der in § 39 Abs. 2, 2. HS VGG-E aufgenommenen Ergänzung und auch Neuerung im Vergleich zum bisherigen § 13 UrhWahrnG, wonach bei der Tarifaufstellung der wirtschaftliche Wert der von der Verwertungsgesellschaft erbrachten Leistungen Berücksichtigung finden soll. Dies ist für die Nutzer nicht überprüfbar und insbesondere sollten Transaktionskosten, die auf Seiten der Rechte-inhaber entstehen, nicht durch eine diesbezügliche Erhöhung der Tarife auf die Nutzer abgewälzt werden.

Die erweiterte Regelung zur Tarifaufstellung in § 39 Abs. 4 VGG-E hingegen unterstützt Bitkom. Nicht nur die Tarifpraxis der GEMA und der VG Media zeigen, dass eine Herleitung der Tarifhöhe in vielen Fällen schlicht unmöglich ist. Durch diese Bestimmung wird aber sichergestellt, dass die Verwertungsgesellschaften hinsichtlich der Tarifgestaltung transparent agieren müssen und die Tarifgestaltung nachvollziehbar wird. Dies muss hinsichtlich aller in Art. 16 Abs. 2 der Richtlinie genannten Kriterien gelten.

Die Praxis der Tarifaufstellung durch Verwertungsgesellschaften bestätigt immer wieder das alt bekannte Phänomen der Aufstellung von deutlich überhöhten Tarifen. Die wirtschaftlichen Folgen solcher „Mondtarife“ sind verheerend. Vor offensichtlich

unangemessenen Tarifen muss der Nutzer, muss die deutsche Wirtschaft, geschützt werden. Deshalb sollten sowohl die Schiedsstelle als auch Gerichte und die Aufsicht dazu ermächtigt werden, offensichtlich überhöhte Tarife hinsichtlich ihrer Unangemessenheit zu untersagen, auszusetzen oder aber ihre Nichtanwendbarkeit zu erklären – statt der geltungserhaltender Reduktion. Nur so können „Mondtarife“ für die Zukunft verhindert werden.

Mit dem gleichen Ziel sollten die Verwertungsgesellschaften dazu verpflichtet werden, vor Tarifaufstellung mit den Nutzervereinigungen zu verhandeln (vgl. dazu auch unsere Stellungnahme zu § 40 VGG-E). Denn nur so können „Mondtarife“ vermieden werden, die ohne jegliches ökonomische Hintergrundwissen aufgestellt werden. Allein der in § 34 VGG-E geregelte Abschlusszwang reicht nicht aus, um die Verwertungsgesellschaften zu Verhandlungen vor Tarifaufstellung zu verpflichten. Denn die Praxis zeigt, dass z.B. bei geplanten Tariferneuerungen oder -ergänzungen die Nutzervereinigungen allein aufgrund von Unkenntnis keine Chance haben, im Vorfeld von ihrem Recht zu Verhandeln Gebrauch machen können.

Auch ist bei der Tarifgestaltung darauf zu achten, dass dort, wo Mindestvergütungen vorgesehen sind, diese nicht zur Regelvergütung werden dürfen. Mindestvergütungen sind eine Ausnahme zu dem über alle Medien hinweg geltenden Grundsatz der mit dem Umsatz korrelierenden Vergütung. Die Verwertungsgesellschaften versuchen hingegen, durch hohe Mindestvergütungen umsatzunabhängige Berechnungsweisen als Regel zu etablieren, die mit den Geschäftsmodellen der Nutzer nicht kompatibel sind.

2.6 Gestaltung der Tarife für Geräte und Speichermedien (§ 40 VGG-E)

Bitkom begrüßt die systematische Trennung der Gestaltung von Tarifen für Geräte und Speichermedien in § 40 VGG-E- von sonstigen Tarifen in § 39 VGG-E. Dadurch wird klargestellt, dass die Berechnungsgrundlage der Tarife für Geräte und Speichermedien nicht die geldwerten Vorteile sein können, sondern ausschließlich die Vorgaben in § 54a UrhG.

Bevor Tarife der Verwertungsgesellschaften zu Geräten und Speichermedien jedoch aufgestellt werden, sollten die Verwertungsgesellschaften mit den Vereinigungen verhandeln. Bitkom spricht sich daher dafür aus, dass der Gesetzgeber an dem Modell des „partnerschaftliche Zusammenwirkens“ weiterhin festhält. Verhandlungen zwischen den Vereinigungen und Verwertungsgesellschaften sind eine wichtige Möglichkeit, um zu einer zügigen Lösung zu gelangen. Sind Verwertungsgesellschaften nicht mehr verpflichtet Verhandlungen zu führen, besteht die Gefahr, dass die Angemessenheit von Tarifen nur noch in gerichtlichen Verfahren geprüft wird. Wie

bereits oben ausgeführt, kann der Forderung nach einer ausdrücklichen Regelung zur Verhandlungspflicht auch nicht der Abschlusszwang der Verwertungsgesellschaften entgegengehalten werden, da dies die Kenntnis der Verbände von einer beabsichtigten Tarifaufstellung voraussetzt.

Bitkom begrüßt die im Gesetzesentwurf vorgesehene zwingende Voraussetzung, empirische Untersuchungen vor der Aufstellung von Tarifen durchzuführen. Dies sichert die nach materiellem Recht vorgegebene Abhängigkeit der Abgabenhöhe von der tatsächlichen urheberrechtlichen Nutzung von Geräten und Speichermedien. Richtig ist auch, dass empirische Untersuchungen allein in einem Verfahren vor der Schiedsstelle erhoben werden können und Parteistudien der Verwertungsgesellschaften für die Tarifaufstellung irrelevant sind. Allein entbehrlich erscheinen empirische Untersuchungen im Falle der Einigung der Parteien. Die Klarstellung in § 40 Abs. 1 letzter Satz findet insofern unsere Zustimmung.

Das Vorliegen von neutralen und objektiven empirischen Untersuchungen führt jedoch leider nicht dazu, dass zügiger Lösungen herbeigeführt werden. Denn auch wenn genaue Daten über die urheberrechtliche Nutzung der Geräte und Speichermedien vorliegen, ist unklar, ob dem Urheber durch die Nutzung der Geräte überhaupt ein „Schaden“ entsteht. Ein Schaden liegt nur dann vor, wenn der Verbraucher aufgrund der Möglichkeit der Privatkopie tatsächlich auf den Kauf eines urheberrechtlich geschützten Werkes verzichtet. Sofern ein Schaden durch Privatkopien festgestellt wird, ist weiterhin unklar, wie ein gerechter Ausgleich berechnet werden kann, ohne dass es zu einer Überkompensation zulasten der Verbraucher kommt. Da eine zeitnahe gerichtliche Klärung dieser Fragen nicht in Sicht ist, muss der Gesetzgeber hierzu eine eindeutige Regelung treffen.

Das bisherige System führte in der Vergangenheit zur Praxis der Verwertungsgesellschaften, Maximalforderungen aufzustellen, um sich gegenüber ihren Wahrnehmungsberechtigten nicht dem Vorwurf auszusetzen, zu wenig gefordert zu haben. Die Folge war das Veröffentlichen von sog. „Mondtarifen“ durch die Verwertungsgesellschaften. In der Rückschau lagen die gerichtlich ausgeurteilten oder verhandelten Sätze im Durchschnitt 50%-70% *unterhalb* der veröffentlichten Tarife. Der zuletzt abgeschlossene Gesamtvertrag zu Mobiltelefonen veranschaulicht dies eindrücklich: Für Mobiltelefone mit Touchscreen und einer Speicherkapazität von über 8 GB verlangten die Verwertungsgesellschaften entsprechend ihres Tarifs 36 Euro pro Gerät. Mit Bitkom einigte man sich dann im Dezember 2015 auf einen (Netto)-Abgabebetrag von 5 Euro. Der Tarif war im Zeitpunkt seiner Veröffentlichung im Jahr 2011 weder durch einen neutralen Dritten geprüft worden, noch basierte er auf den Ergebnissen einer neutralen Nutzungsstudie. Der aktuelle Abgabensatz passt weitgehend in das Tarifgefüge derzeit gezahlter Abgabensätze und ist auch mit Abgabensätzen im Ausland vergleichbar. Damit wird offensichtlich, wie willkürlich und vollkommen unverhältnismäßig die ursprüngliche Forderung der Verwertungsgesellschaften war.

Um den überzogenen Forderungen Einhalt zu gebieten – sie erschweren eine Einigung immens, wie die Vergangenheit zeigt –, sollten die Ergebnisse der empirischen Untersuchungen daher von einer neutralen Stelle – wie etwa der Bundesnetzagentur – geprüft und anschließend von dieser ein Tarif-Vorschlag unterbreitet werden, der bei der erst danach erfolgenden Tarifaufstellung durch die Verwertungsgesellschaften als Empfehlung zu berücksichtigen ist.

Formulierungsvorschlag:

§ 40 VGG-E

Tarife für Geräte und Speichermedien; Transparenz

(1) Die Höhe der Vergütung **als gerechter Ausgleich** für Geräte und Speichermedien bestimmt sich nach § 54a des Urheberrechtsgesetzes. ~~Die Verwertungsgesellschaften stellen hierfür Tarife auf Grundlage einer empirischen Untersuchung aus einem Verfahren gemäß § 93 auf.~~ § 38 Satz 2 bleibt unberührt. **Vor Aufstellung der Tarife für Geräte und Speichermedien hat die Verwertungsgesellschaft mit den Vereinigungen der betroffenen Hersteller über die angemessene Vergütungshöhe und den Abschluss eines Gesamtvertrages zu verhandeln. Geräte oder Speichermedien, die im gewerblichen Bereich genutzt werden, unterliegen keiner Vergütung.**

(2) **Scheitern die Gesamtvertragsverhandlungen, stellen die** ~~Die~~ Verwertungsgesellschaften ~~stellen~~ Tarife auf Grundlage einer empirischen Untersuchung **in einem** Verfahren gemäß § 93 auf. **Grundlage für die Tarifaufstellung ist die Empfehlung einer unabhängigen Kommission. Das Bundesministerium der Wirtschaft wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates nähere Vorschriften über die Kommission zu regeln.**

(3) Die Pflicht zur Tarifaufstellung entfällt, wenn zu erwarten ist, dass der dafür erforderliche wirtschaftliche Aufwand außer Verhältnis zu den zu erwartenden Einnahmen stehen würde.

(4) **Die Verwertungsgesellschaften unterrichten ihre Partner aus den Gesamtverträgen über ihre Einnahmen aus der Pauschalvergütung und deren Verwendung nach Empfängergruppen.**

2.7 Vermutung bei Auskunftsansprüchen (§ 48 VGG-E)

Wie bereits in der Anhörung im September 2014 dem BMJV ausführlich dargelegt, werden der GEMA als größter deutscher Verwertungsgesellschaft immer mehr Rechte zur Wahrnehmung entzogen. Dies ist in erster Linie in Bezug auf Online-Rechte der Fall. Ohne die einzelnen Wahrnehmungsverträge zu kennen, müssen wir davon ausgehen, dass im Bereich von MoD-Angeboten der GEMA nur noch bis zu 60 Prozent der relevanten Musikrechte zur Wahrnehmung bereitstehen, sofern die GEMA überhaupt zur Wahrnehmung ermächtigt ist. Vor diesem Hintergrund ist eine Vermutung zur Rechtswahrnehmung, wie sie in § 48 VGG-E eins zu eins aus § 13c UrhWahrnG übernommen wird, nicht mehr gerechtfertigt. Hinzu kommt, dass – sofern an der Vermutung festgehalten werden sollte – eine Freistellungsverpflichtung der Verwertungsgesellschaften, wie sie auch § 49 Abs. 3 VGG-E vorsieht, fehlt und – gerade vor dem Hintergrund der Entwicklungen in den letzten Jahren – zum Schutz der Nutzer ergänzt werden müsste.

2.8 Informationen zu Werken und sonstigen Schutzgegenständen (§ 55 VGG-E)

Es ist erforderlich, dass die Verwertungsgesellschaften transparent hinsichtlich der von ihr wahrgenommenen Rechte sind. Vertragsverhandlungen mit den Verwertungsgesellschaften werden aktuell nahezu *ad absurdum* geführt, wenn völlig unklar ist, zu welchen Werken die Verwertungsgesellschaften überhaupt welche Rechte vertreten. Wenigstens in bilateralen Verhandlungen zu Einzelnutzerverträgen sollte die Verwertungsgesellschaft verpflichtet werden, diese Transparenz zu gewährleisten.

Auch ist der Wortlaut von § 55 VGG-E zu eng, sofern sich die dortige Pflicht nur auf Nutzer beschränkt, die tatsächlich schon nutzen. Wichtig ist die Information über das wahrgenommene Repertoire vor allem für diejenigen die nicht nutzen/verletzen wollen und deswegen Kenntnis über das wahrgenommene Repertoire benötigen, oder für potentielle Nutzer die sich im Vorfeld einer Vereinbarung über das wahrgenommene Repertoire im Klaren sein wollen. In die Begründung zum VGG-E sollte daher eine Klarstellung aufgenommen werden, dass die in § 55 VGG-E geregelten Informationspflichten sich auch auf potentielle Nutzer bezieht und solche, die ein sonstiges Interesse an der Information haben (z.B. um einer Verletzung der von der jeweiligen Verwertungsgesellschaft wahrgenommenen Recht zu vermeiden). Es macht keinen Sinn, die Informationspflicht auf solche Personen zu beschränken, die bereits nutzen.

Zudem sollte in der Begründung klargestellt werden, was mit „elektronisch“ informieren gemeint ist. Es sollte aufgenommen werden, dass die Information in einem üblichen, maschinenlesbaren Format zu erfolgen hat.

Auch sollten die Verwertungsgesellschaften – sofern vorhanden – die Werkzuordnungsnummern übermitteln (z.B. im Bereich der Musikwerke den ISWC, dem International Standard Musical Work Code, der für Deutschland von der GEMA verwaltet wird).

2.9 Informationen für die Allgemeinheit (§ 56 VGG-E)

Des Weiteren sollten die Verwertungsgesellschaften bei bestehenden Gesamtverträgen zur Geräteabgabe mitteilen, zu welchem Prozentsatz der jeweils betroffene Gesamtmarkt erfasst wird und gegen wie viel Prozent des Marktes Gerichtsverfahren geführt bzw. mit wie viel Prozent des Marktes außergerichtliche Verhandlungen geführt werden. Ähnlich war es bisher auch in § 13a Abs. 2 UrhWahrnG geregelt. Für die mögliche Form eines solchen Registers wird beispielhaft auf das [Batteriegesetz-Melderegister](#) verwiesen.

Darüber hinaus sollten von den Verwertungsgesellschaften die Nutzer genannt werden, die Gesamtverträgen beigetreten sind oder die Einzelverträge auf Basis von Gesamtverträgen abgeschlossen haben, sofern keine gesondert vereinbarten Vertraulichkeitsvereinbarungen entgegenstehen.

Formulierungsvorschlag:

§ 56 VGG-E
Informationen für die Allgemeinheit
(1) Die Verwertungsgesellschaft veröffentlicht mindestens die folgenden Informationen auf ihrer Internetseite:
1. das Statut,
2. die Wahrnehmungsbedingungen, einschließlich der Bedingungen für die Beendigung des Wahrnehmungsverhältnisses und den Entzug von Rechten,
3. die Standardnutzungsverträge und die Tarife einschließlich Ermäßigungen,
4. die von ihr geschlossenen Gesamtverträge,
5. die Nutzer, die Gesamtverträgen beigetreten sind oder die Einzelverträge auf Basis von Gesamtverträgen abgeschlossen haben, sofern keine gesondert vereinbarten Vertraulichkeitsvereinbarungen entgegenstehen,
6. die Information, wie die Verwertungsgesellschaft die Gesamtverträge am Markt durchsetzt durch die Angabe, gegen wie viele Nutzer sie in welcher Form vorgeht,

7. die allgemeinen Grundsätze für die zur Deckung der Verwaltungskosten vorgenommenen Abzüge von den Einnahmen aus den Rechten **inklusive der Angaben dazu, für welche Verwertungseinrichtungen sie welche Dienstleistungen dadurch erbringt, dass sie Verwaltungs- und sonstige Aufgaben in deren Auftrag durchführt,**

[...]

10. eine Aufstellung der von ihr geschlossenen Repräsentationsvereinbarungen (**inklusive der darin geregelten Rechte und Werke**) und die Namen der Verwertungsgesellschaften, mit denen die Verträge geschlossen wurden,

[...]

2.10 Jährlicher Transparenzbericht (§ 58 VGG-E)

Bitkom begrüßt, die durch die Richtlinie vorgegebenen höheren Transparenzpflichten der Verwertungsgesellschaften. Diese gehen jedoch im VGG-E noch nicht weit genug.

Nicht nur für den Online-Vertrieb im Musikmarkt ist es von elementarer Bedeutung, dass die Verwertungsgesellschaften und ihre Tochtergesellschaften öffentlich zugängliche digitale Datenbanken führen, die mit aktuellem Stand und umfassend zum gesamten Katalog (also nicht nur pro einzelner Werk) darüber informieren, welche Rechte an Musikwerken mit welchen Urhebern und welchen Leistungsschutzberechtigten für welches Territorium wahrgenommen werden. Musikwerke können ansonsten mangels ausreichender Informationen und aufgrund der komplexen Urheberrechtssituation nicht vollständig geklärt werden. Die eigentlichen Musikdateien werden den Diensteanbietern von den Inhabern der Leistungsschutzrechte in der Musik (ausübende Künstler oder Labels) angeliefert, sehr häufig aber ohne die erforderlichen Informationen zu den Urheberrechten in den verwendeten Musikwerken. Die Tatsache, dass viele Lizenzgeber – vor allem die großen US-Verlage für ihr angloamerikanisches Repertoire (mechanische Rechte mit Konstruktionen für matching performance rights), aber auch größere europäische Verwertungsgesellschaften für das Repertoire ihrer Mitglieder – ihr Repertoire aus Vereinbarungen mit lokalen Verwertungsgesellschaften wie der GEMA herausziehen, erhöht die Intransparenz zu Lasten der Urheber um ein Vielfaches.

Auch für den VoD-Bereich sind solche für Online-Dienste zugänglichen Datenbanken ebenfalls erforderlich. Die Rechteinhaber an Filmwerken werden nahezu alle von den Studios vergütet. Die Vergütung der Musikautoren für §19a-Rechte erfolgt separat. Hierfür sind verlässliche Datenbanken erforderlich, um die Nutzungen entsprechend zuzuordnen, insbesondere wenn es auch hier in der Zukunft zur fragmentierten

Rechtswahrnehmung durch mehrere Lizenzgeber wie im Musikbereich kommen sollte.

3 Besondere Vorschriften für die gebietsübergreifende Vergabe von Online-Rechten an Musikwerken (Teil 3)

3.1 Nicht anwendbare Vorschriften (§ 60 VGG-E)

§ 60 Abs. 2 VGG-E sieht die Abschaffung des Abschlusszwangs bei der gebietsübergreifenden Online-Verwertung (d.h. für mehr Länder als nur Deutschland) von Musikrechten vor.

Auf den ersten Blick könnte man meinen, dass nationale Anbieter davon profitieren, wenn Verwertungsgesellschaften bei nationalen Lizenzen einem Abschlusszwang unterliegen, bei gebietsübergreifenden Lizenzen aber nicht. Das Gegenteil ist jedoch der Fall. Bitkom befürchtet, dass der Reformvorschlag dazu führt, dass es kleinen Anbietern und Start-ups in Deutschland, die ausschließlich eine nationale Lizenz benötigen, kaum möglich ist, zu angemessenen Bedingungen Lizenzen zu erwerben. Das betrifft sowohl Musik- als auch Video-Anbieter, die gleichsam Musikkonzernlizenzen mit der GEMA verhandeln müssen. Mit einer solch ungleichen Lizenzregelung wird die GEMA vollständig ihr Interesse an nationalen Lizenzen verlieren. Lizenzhöhen werden dann ausschließlich von großen europäischen Verwertungsgesellschaftsmonopolen (wie z.B. SOLAR oder dem Joint Venture von PRSfM, GEMA und STIM) bestimmt. Zwar haben dann wenigstens noch die nationalen Anbieter die Möglichkeit, über ein so genanntes Gesamtvertragsverfahren angemessene Lizenzen vor deutschen Gerichten zu erstreiten. Da aber die Spruchpraxis hinsichtlich Lizenzhöhen zeigt, dass sich Schiedsstelle und Gerichte an bestehenden Praktiken orientieren, werden solche Verfahren für nationale Anbieter sinnlos. Konsequenz der Abschaffung eines Abschlusszwangs auf gebietsübergreifende Lizenzen wäre damit die Abschaffung des Gesamtvertragsverfahrens vor der Schiedsstelle – egal ob auf gebietsübergreifender oder nationaler Ebene. Dies würde nicht nur zu einer extremen Schwächung nationaler Dienste, insbesondere von Start-ups, führen, sondern auch auf gebietsübergreifender Ebene die Anzahl der Einzelverfahren, die Prozesskosten und die Rechtsunsicherheit um ein Vielfaches erhöhen.

In der Gesetzesbegründung zu § 60 Abs. 2 VGG-E wird die Ausnahme des Abschlusszwangs zu Unrecht damit gerechtfertigt, dass Verwertungsgesellschaften mit anderen europäischen Verwertungsgesellschaften sowohl um Rechteinhaber als auch um die Nutzer konkurrieren. Dies ist falsch. Die Verwertungsgesellschaften konkurrieren nicht um die Nutzer, weil sie mit der Einräumung von Exklusivrechten für das Repertoire ihrer direkten Mitglieder aus Sicht der Nutzer immer Quasimonopolisten sind. Daran würde auch das neu vorgeschlagene Verbot von Exklusivrechten in § 69 Abs. 3 VGG-E nichts ändern, auch wenn das Verbot an sich sehr zu begrüßen ist. Trotzdem

wird es in der Praxis immer nur *eine* Verwertungsgesellschaft bzw. *einen* Zusammenschluss geben, der die Rechte wahrnimmt. Die Gründung des Joint Ventures von PRSfM/GEMA und STIM zeigt dies bereits.

Auch eine Differenzierung zwischen Online-Lizenzen und anderen Lizenzen, wie beispielsweise der Sendelizenzen, stellt eine Wettbewerbsverzerrung konkurrierender Märkte, möglicherweise sogar ein Verstoß gegen EU-Wettbewerbsrecht dar. In der Verhandlungspraxis wäre eine solch differenzierte Regelung ebenfalls nicht umsetzbar, da die Lizenzen häufig im Paket verhandelt werden.

Die Überlegung, nationale und gebietsübergreifende Lizenzen unterschiedlich zu behandeln, stellt damit eine weitere Verschlechterung dar. Der Abschlusszwang muss im Interesse eines fairen Wettbewerbes der Nutzer im Allgemeinen auch auf gebietsübergreifender Ebene beibehalten werden, d. h. § 60 Abs. 2 VGG-E muss ersatzlos gestrichen werden.

Zumindest aber muss das auch laut VGG-E-Gesetzesbegründung „bewährte“ Modell der Gesamtverträge auf gebietsübergreifender Ebene beibehalten werden. Nur so können Lizenzen effizient, angemessen und auf Augenhöhe verhandelt werden.

Die in § 94 VGG-E neu eingeführte Zuständigkeit der Schiedsstelle für Streitfälle über die gebietsübergreifende Vergabe von Online-Rechten an Musikwerken schafft hier ebenfalls keine Abhilfe. Denn diese gilt lediglich für Streitfälle mit einer „im Inland ansässigen Verwertungsgesellschaft, die gebietsübergreifend Online-Rechte vergibt“. Gebietsübergreifende Rechte werden aber in der Regel von Zusammenschlüssen von Verwertungsgesellschaften wahrgenommen (vgl. Joint Venture PRSfM/GEMA/STIM). Hier bedarf es einer Klarstellung, dass es für eine Zuständigkeit der Schiedsstelle auch ausreicht, dass eine im Inland ansässige Verwertungsgesellschaft an einer gebietsübergreifenden Lizenzierung beteiligt ist.

3.2 Besondere Anforderungen an Verwertungsgesellschaften (§ 61 VGG-E)

In § 61 VGG-E sollte ein dritter Absatz ergänzt werden, wonach die Verwertungsgesellschaften sich verpflichten, auf europäischer Ebene an der Entwicklung einer gemeinsamen Kennung und einer entsprechenden Datenbank zusammenzuarbeiten.

3.3 Informationen zu Musikwerken und Online-Rechten (§ 62 VGG-E)

Die in § 62 VGG-E eingeforderten Informationen sind aufgrund des Auseinanderfallens auch von Rechten an einem Musikwerk – insbesondere im Online-Bereich – von hoher Relevanz ist. Deshalb sollte § 62 Abs. 1 Nr. 1 VGG-E nicht nur die Informationspflicht in Bezug auf *ganze* Musikwerke vorsehen, sondern auch in Bezug *auf Teile* von Musikwerken (z. B. Text und/oder Komposition).

Unsere darüber hinausgehenden Forderungen können unserer Stellungnahme zu § 55 VGG-E entnommen werden.

3.4 Überwachung von Nutzungen (§ 65 VGG-E)

In § 65 VGG-E sollte in einem zweiten Satz klargestellt werden, dass die Verwertungsgesellschaften auch ausländische Schwestergesellschaften mit der Überwachung im Ausland beauftragen können. Denn oft ist der Zugriff auf ausländische Internetseiten und somit eine Überwachung schwierig, insbesondere wenn das Abrufen der Internetseite aufgrund von Geo-Blocking nicht möglich ist.

4 Aufsicht (Teil 4)

4.1 Aufsichtsbehörde (§ 75 VGG-E)

Die Aufsicht über die Verwertungsgesellschaften soll nach dem VGG-E weiterhin das DPMA ausüben. Die dem DPMA obliegende Aufsicht hat sich in der Vergangenheit jedoch als unzureichend und lückenhaft erwiesen. Auch in den Enquete-Berichten „Kultur in Deutschland“ und „Internet und digitale Gesellschaft“ des Deutschen Bundestages wurde mehr und bessere Aufsicht gefordert. Aber auch seitdem hat sich die Situation nicht signifikant verbessert.

Insbesondere sollte eine sorgfältigere Plausibilitätsprüfung der Tarife durch das DPMA erfolgen. Mit einer solchen Plausibilitätsprüfung kann und darf zwar die unabhängige Prüfung der Angemessenheit durch die Schiedsstelle nicht ersetzt werden. Die bekannten „Mondtarife“ als offensichtlich unangemessene Tarife, die vor allem kleineren Anbietern mit der Frage um Rechtssicherheit und Rückstellung schaden, könnten allerdings so verhindert werden. Allein die Teilnahme von DPMA-Mitarbeitern an Gremiensitzungen der Verwertungsgesellschaften reicht für eine verbesserte Aufsicht nicht aus.

4.2 Erlaubnis (§ 77 VGG-E)

Bitkom begrüßt die in § 77 Abs. 2 VGG-E vorgesehene Erlaubnispflicht für Verwertungsgesellschaften im europäischen Ausland in Bezug auf bestimmte Rechtswahrnehmungen. Gleichwohl geht die Anpassung in § 77 Abs. 2 VGG-E nicht weit genug. Denn nicht nur die herkömmliche Rechtswahrnehmung sollte weiter erlaubnispflichtig sein, sondern auch und erst recht die Vergabe von Mehrgebietslizenzen. Dies deshalb, weil die Richtlinie Verwertungsgesellschaften, die Mehrgebietslizenzen vergeben, eine herausgehobene Rolle zuweist und ihnen gesteigerte Pflichten auferlegt. Nur die mit der Erlaubnispflicht einhergehende präventive Kontrolle kann im Interesse von Rechteinhabern und Verwertern sicherstellen, dass eine Verwertungsgesellschaft über die zur Vergabe von Mehrgebietslizenzen erforderlichen Kompetenzen sowie wirtschaftlichen und technischen Mittel verfügt.

Gerade im geplanten Prozess der Schaffung und Harmonisierung eines multi-territorialen Lizenzsystems muss darüber hinaus sichergestellt werden, dass Rechtenutzer, die auf rein nationaler, regionaler und/oder lokaler Ebene operieren, die gleichen Wettbewerbsbedingungen haben wie internationale Anbieter. Es muss gewährleistet sein, dass Rechtenutzer, die von ihrem Wesen her kein Interesse an Mehrgebietslizenzen haben, keine Kostennachteile durch erhöhte Transaktionskosten (Übersetzungskosten, Reisekosten etc.) erleiden. Derartige Gleichbehandlung muss schon im Vorfeld durch das Erlaubnisverfahren geprüft werden.

Mit § 77 VGG-E kann jedoch genau diese Gleichbehandlung nicht erreicht werden. Denn die Erlaubnispflicht, wie sie in § 77 VGG-E vorgeschlagen wird, soll nicht für die Verwertungsgesellschaften gelten, die ihren Sitz im europäischen Ausland haben. Es zeigt aber bereits jetzt die Praxis, dass Verwertungsgesellschaften bzw. Kooperationen von Verwertungsgesellschaften zur gebietsübergreifenden Lizenzierung ihren Sitz nicht in Deutschland verorten, obwohl deutsche Verwertungsgesellschaften beteiligt sind.

§§ 77 Abs. 2 VGG-E muss deshalb insoweit angepasst werden, dass zumindest in den Fällen eine Erlaubnispflicht besteht, in denen eine deutsche Verwertungsgesellschaft eine Kooperation mit Sitz im europäischen Ausland eingeht (vgl. Joint Venture von PRSfM/GEMA und STIM).

4.3 Unterrichtungspflicht der Verwertungsgesellschaft (§ 88 VGG-E)

In § 88 Abs. 2 Nr. 2 VGG-E sollte ergänzt werden, dass nicht nur die Tarife an sich, sondern entsprechend § 39 Abs. 4 VGG-E auch die Kriterien, die der Tarifaufstellung zugrunde liegen, zu übermitteln sind.

4.4 Aufsicht über abhängige Verwertungseinrichtungen (§ 90 VGG-E)

Bitkom hat erhebliche Bedenken mit der Ausnahme, mit der abhängige Verwertungseinrichtungen von der Erlaubnispflicht gemäß §77 VGG-E ausgenommen werden sollen. Hier verweisen wir auf unsere Stellungnahme zu § 3 und § 77 VGG-E. Die entsprechende Ausnahme in § 90 Abs. 1 sollte daher ersatzlos gestrichen werden.

4.5 Aufsicht über unabhängige Verwertungseinrichtungen (§ 91 VGG-E)

Auf unabhängige Verwertungseinrichtungen sollten die §§ 88, 89 VGG-E ebenfalls Anwendung finden.

5 Schiedsstelle und gerichtliche Geltendmachung (Teil 5)

5.1 Ausstattung von Schiedsstelle und ordentlichen Gerichten

Bitkom führt seit dem Jahr 2012 drei Gesamtvertragsverfahren vor der Schiedsstelle, in denen bislang keine Entscheidung ergangen ist. Das OLG München hat im Oktober 2014 Urteile zu Mobiltelefonen für die Jahre 2004-2007 verkündet, andere wurden auf Ende 2015 vertagt. Diese beiden Beispiele sind symptomatisch für die Überlastung der beiden Spruchkörper (jeweils ist nur eine Kammer zuständig). Die lange Verfahrensdauer belastet die betroffenen Unternehmen und Verwertungsgesellschaften gleichermaßen. Daher sollten Schiedsstelle und das OLG München dringend personell aufgestockt werden.

5.2 Zuständigkeit für Streitfälle zu Informationspflichten von Verwertungsgesellschaften (§ 92 und 94 VGG-E)

Die bisher in §§ 92 und 94 VGG-E definierten Zuständigkeiten der Schiedsstelle reichen nicht aus. Nutzern oder Vereinigungen muss es darüber hinaus möglich sein, die Schiedsstelle anzurufen, wenn die Verwertungsgesellschaften ihre Pflichten aus dem VGG-E, z.B. Informationspflichten nach §§ 55 und 56 VGG-E, nicht erfüllen. Ausschließlich der Weg zur Aufsicht, wie ihn aktuell der VGG-E in solchen Fällen vorsieht, wäre nicht zielführend, vor allem dann nicht, wenn die Frage mit z.B. einem Gesamtvertragsverfahren verknüpft ist. Die Schiedsstelle sollte unabhängig von der Aufsicht während und im Vorfeld von Gesamtvertragsverfahren Anordnungen zur Durchsetzung der tarifbezogenen Informationspflichten treffen können.

Auch sollte die Schiedsstelle für die Fälle zuständig sein, bei denen es um die grenzüberschreitende Lizenzierung im Onlinebereich geht und eine im Inland ansässige Verwertungsgesellschaft an der Vergabe der Lizenzen beteiligt ist (Beispiel: Joint Venture von GEMA/PRSfM und STIM).

Formulierungsvorschlag:

§ 92

Zuständigkeit für Streitfälle nach dem Urheberrechtsgesetz und für Gesamtverträge

[...]

(3) Die Schiedsstelle kann zur Vorbereitung von Verhandlungen, die einen Vertrag im Zusammenhang mit den in Abs. 1 u. 2 genannten Fällen betreffen, angerufen werden, um die Erfüllung von Pflichten der Verwertungsgesellschaften und -Einrichtungen sicherzustellen.

§ 94

Zuständigkeit für Streitfälle über die gebietsübergreifende Vergabe von Online-Rechten an Musikwerken

Die Schiedsstelle kann von jedem Beteiligten angerufen werden in Streitfällen zwischen einer im Inland ansässigen Verwertungsgesellschaft, die **an der gebietsübergreifenden Vergabe von Online-Rechten an Musikwerken beteiligt ist**, und Anbietern von Online-Diensten, Rechtsinhabern oder anderen Verwertungsgesellschaften, soweit Rechte und Pflichten der Beteiligten nach Teil 3 oder **Pflichten der Verwertungsgesellschaften** nach ~~§ 34 Absatz 1 Satz 2 oder Absatz 2 oder den §§ 36, 38, 43~~ betroffen sind.

5.3 Allgemeine Verfahrensregeln (§ 95 Abs. 1 VGG-E)

Der VGG-E verzichtet im Vergleich zum geltenden Recht auf den Amtsermittlungsgrundsatz der Schiedsstelle und die grundsätzliche Verpflichtung der Schiedsstelle, sich nach den Regelungen der Zivilprozessordnung (ZPO) zu richten. Die Schiedsstelle soll nach dem VGG-E das Verfahren lediglich nach billigem Ermessen bestimmen. Es ist nicht nachvollziehbar, warum die bewährten Regelungen der ZPO durch eine derartige Ermessensvorschrift ersetzt werden sollen. Bitkom sieht die Vorschriften der ZPO nicht als verfahrenshemmend vielmehr als Garant für ein faires Verfahren an und fordert daher, die Soll-Vorschrift diesbezüglich beizubehalten. Das Schiedsstel-

lenverfahren hat erhebliche Bedeutung für die nachfolgenden Gerichtsentscheidungen (vgl. dazu BGH, GRUR 2011, 711 „Barmen Live“). Das setzt eine geordnete Prozessführung nach anerkannten Regelungen voraus.

Auch sei an dieser Stelle vermerkt, dass in den Verfahrensvorschriften der Schiedsstelle klargestellt werden sollte, dass Wahrnehmungsberechtigte in Schiedsstellenverfahren und Gerichtsverfahren nicht als Nebenintervenienten von Verwertungsgesellschaften auftreten können. Anderenfalls wird für den Nutzer ein einseitiges unübersehbares Kostenrisiko geschaffen, das die Rechtsschutzmöglichkeiten effektiv begrenzt.

5.4 Verfahrenseinleitender Antrag (§ 97 VGG-E)

Der VGG-E lässt die Regelung der Schiedsstellen-VO vermissen, dass ein Verband als Antragsgegner erklären kann, er sei zum Abschluss eines Gesamtvertrages nicht bereit. Dies ist in den § 97 VGG-E mit aufzunehmen.

Formulierungsvorschlag:

§ 97

Verfahrenseinleitender Antrag

- (1) Die Schiedsstelle wird durch schriftlichen Antrag angerufen. Er muss zumindest den Namen und die Anschrift des Antragsgegners sowie eine Darstellung des Sachverhalts enthalten. Er soll in zwei Exemplaren eingereicht werden.
- (2) Die Schiedsstelle stellt dem Antragsgegner den Antrag mit der Aufforderung zu, sich innerhalb eines Monats schriftlich zu äußern.
- (3) Ist der Antragsteller in einem Verfahren nach § 92 Absatz 1 Nummer 3 eine Verwertungsgesellschaft, so kann der Antragsgegner erklären, dass er zum Abschluss des Gesamtvertrages nicht bereit sei. Gibt er die Erklärung ab, so ist das Verfahren einzustellen; das Verfahren ist auch einzustellen, wenn er sich innerhalb eines Monats nicht erklärt. Der Antragsgegner ist hierüber zu belehren.**

5.5 Gesamtvertragsverfahren (§ 92 Abs. 1 Nr. 3 VGG-E)

Gesamtvertragsverfahren der Verbände werden im aktuellen Gesetzesentwurf in der Bedeutung herabgesetzt. Diese haben nun die Bedeutung wie Einzelverfahren und

könnten von der Schiedsstelle theoretisch auch gem. § 103 VGG-E ausgesetzt werden. Dies entspricht nicht der Wichtigkeit, die Gesamtvertragsverfahren für die Branche und die Klärung eines Sachverhalts insgesamt haben. Gesamtvertragsverfahren werden von den Mitgliedern einer Vereinigung geführt und finanziert. Damit ist regelmäßig ein großer Marktanteil abgedeckt, was im Interesse aller ist. Inhaltliche Entscheidungen werden von den finanzierenden Mitgliedern nach Mehrheitsverhältnissen getroffen. Der Fortgang des Verfahrens wird in der Vereinigung transparent kommuniziert. Einzelverfahren dagegen können außerhalb des Verbandes und damit unter Umständen unbemerkt ablaufen und nach den vorliegenden Regelungen dennoch vorgezogen werden. Es besteht damit eine große Gefahr, dass Entscheidungen in solchen Verfahren von der Industrie nicht akzeptiert werden.

Daher fordert Bitkom, dass sich Verwertungsgesellschaften Gesamtvertragsverfahren nicht entziehen können. Selbst wenn sich dies aus dem Abschlusszwang ergibt, sollte es klarstellend festgehalten werden. Des Weiteren muss ein Gesamtvertragsverfahren Vorrang vor Einzelverfahren haben und darf nicht etwa zugunsten eines Einzelverfahrens ausgesetzt werden.

Formulierungsvorschlag:

§ 103

Aussetzung des Verfahrens

(1) Die Schiedsstelle kann ein Verfahren aussetzen, wenn zu erwarten ist, dass ein anderes bei ihr anhängiges Verfahren von Bedeutung für den Ausgang des Verfahrens sein wird. **Dies gilt nicht für Verfahren nach § 92 Absatz 1 Nummer 3.**

(2) Während der Aussetzung ist die Frist zur Unterbreitung eines Einigungsvorschlages nach § 105 Absatz 1 gehemmt.

§ 99

Schriftliches Verfahren und mündliche Verhandlung

(1) Das Verfahren wird vorbehaltlich des Absatzes 2 schriftlich durchgeführt.

(2) Die Schiedsstelle beraumt eine mündliche Verhandlung an, wenn einer der Beteiligten dies beantragt und die anderen Beteiligten zustimmen, oder wenn sie dies zur Aufklärung des Sachverhalts oder zur gütlichen Beilegung des Streitfalls für zweckmäßig hält.

(3) Abweichend von Absatz 2 entscheidet die Schiedsstelle in Verfahren nach § 92 Absatz 1 Nummer 3 stets auf Grund mündlicher Verhandlung. Von der mündlichen Verhandlung kann mit Einverständnis der Beteiligten abgesehen werden.

5.6 Selbständiges Verfahren zur Durchführung empirischer Untersuchungen (§§ 93, 112 ff. VGG-E)

Das vorgesehene Verfahren zur Durchführung empirischer Untersuchungen hat den Zweck, neutrale Studienergebnisse zu erreichen. Um dies sicherzustellen, bedarf es der vollumfänglichen und gleichberechtigten Beteiligung der Verbände. Nur so kann gewährleistet werden, dass keine einseitige Erstellung der Studien erfolgt. Dies ist in § 112 VGG-E klarzustellen. Die Kostentragung zur Studiererstellung muss im Übrigen – unabhängig davon ob sich Verbände beteiligen oder nicht – bei den antragstellenden Verwertungsgesellschaften liegen, die die Verfahren für die Tarifaufstellung führen. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass kleine oder finanzschwache Verbände sich nicht beteiligen können.

§ 115 VGG-E sieht vor, dass die Untersuchungsergebnisse in anderen Verfahren verwendet werden können. Sofern die Produkte tatsächlich identisch sind und die Zeiträume nah beieinander liegen, erscheint dies zweckmäßig und sinnvoll. Für ein effizientes und zügiges Verfahren und insbesondere einer Vergleichbarkeit der Entscheidungen ist aber unbedingt erforderlich, dass das Verfahren nach § 93 VGG-E zentrale Voraussetzung nicht nur zur Tarifveröffentlichung sondern für alle Verfahren des § 92 Abs. 1 Nr. 2 und 3 wird. In zurückliegenden Verfahren vor der Schiedsstelle, in denen keine empirischen Untersuchungen durchgeführt wurden, musste die Schiedsstelle systemwidrig auf Studienergebnisse zu anderen Produkten zurückgreifen. Der § 93 VGG-E ist daher als zwingende Prozessvoraussetzung auszugestalten.

Formulierungsvorschlag:

§ 104 VGG-E

Aufklärung des Sachverhalts

- (1) Die Schiedsstelle kann erforderliche Beweise in geeigneter Form erheben. Sie ist an Beweisanträge nicht gebunden.
- (2) Sie kann die Ladung von Zeugen und den Beweis durch Sachverständige von der Zahlung eines hinreichenden Vorschusses zur Deckung der Auslagen abhängig machen.

(3) Den Beteiligten ist Gelegenheit zu geben, sich zu den Ermittlungs- und Beweisergebnissen zu äußern.

(4) Die §§ 1050 und 1062 Absatz 4 der Zivilprozessordnung sind entsprechend anzuwenden.

(5) In Verfahren nach § 92 Absatz 1 Nummer 2 und 3, die die Vergütungspflicht für Geräte und Speichermedien nach § 54 oder § 54c des Urheberrechtsgesetzes betreffen, kann die Schiedsstelle erst nach Durchführung des Verfahrens nach § 93 einen Einigungsvorschlag unterbreiten.

5.7 Zuständigkeit für Streitfälle über die gebietsübergreifende Vergabe von Online-Rechten an Musikwerken (§ 94 VGG-E)

In der jetzigen Form, mit der die Anwendbarkeit auf Streitigkeiten mit im Inland sitzenden Verwertungsgesellschaften beschränkt ist, wird die Regelung ins Leere laufen. Über die in § 94 VGG-E verankerte Bedingung, dass die Verwertungsgesellschaft im Inland sitzt, hat diese die Möglichkeit, der Anwendung des VGG und der Zuständigkeit der deutschen Schiedsstelle zu entfliehen. Dass sie dies auch tut, zeigt bereits die Praxis: Die GEMA wird in Zukunft gebietsübergreifende Lizenzen ausschließlich über das Joint Venture mit PRSfM und STIM vergeben können. Das Joint Venture hat aber bewusst seinen Sitz nicht in Deutschland, sondern in UK, weil dort Verwertungsgesellschaften weniger stark reguliert sind. Das VGG-E hat damit den Effekt, dass für nationale wie auch internationale Anbieter der deutsche Rechtsschutz für gebietsübergreifende Lizenzen vollständig wegfällt – und dies sogar auf beiden Ebenen: im Gesamtvertragsverfahren (siehe dazu unsere Kommentierung zu §§ 59, 60 VGG-E) und im Einzelverfahren. Deutschland büßt damit immens in der Attraktivität für neue Online-Dienste ein. Zu den weiteren Folgen dieser in § 94 wie auch § 60 Abs. 2 VGG-E geschaffenen Rechtsschutzlücke verweisen wir auf unsere Ausführungen zu § 60 Abs. 2 sowie § 94 VGG-E.

5.8 Sicherheitsleistung (§ 107 VGG-E)

Bitkom begrüßt zunächst, dass von der Einführung einer Hinterlegungspflicht aus verfassungsrechtlichen Erwägungen Abstand genommen wurde. Für die nun in § 107 VGG-E vorgesehene Regelung der Anordnung einer Sicherheitsleistung gelten aber grundsätzlich dieselben verfassungsrechtlichen und wirtschaftlichen Bedenken. Es besteht weiterhin keine Notwendigkeit, für die privatrechtlichen Forderungen der Verwertungsgesellschaften neben den bereits bestehenden zivilprozessualen Sicherungsmöglichkeiten Sonderregelungen zu schaffen. Selbst wenn man die Notwen-

digkeit einer Sicherung sähe, müsste die Regelung verfassungskonform ausgestaltet sein. Dies ist momentan nicht der Fall. Ein reiner Sicherungszweck kann allenfalls dann als legitimer gesetzgeberischer Zweck anerkannt werden, wenn er strikt auf die Fälle beschränkt wird, in denen überhaupt ein greifbares Sicherheitsbedürfnis besteht. Die vorliegende Fassung ist derart weit formuliert, dass sie zwangsläufig – aber wohl unbeabsichtigt – wirtschaftliche Kollateralschäden verursachen und zur Verfolgung sachfremder Motive missbraucht werden wird.

5.8.1 Keine Notwendigkeit einer Sicherheitsleistung

Für die geplante Regelung der Anordnung einer Sicherheitsleistung besteht aus Sicht des Bitkom keine Notwendigkeit. Der Regelung liegt dieselbe Fehlvorstellung zu Grunde wie bei den Überlegungen zur Einführung einer Hinterlegungspflicht. Es besteht nach heutigem Stand für Verwertungsgesellschaften objektiv kein erhöhtes Risiko, urheberrechtliche Abgaben wegen der Insolvenz von Herstellern oder Importeuren nicht durchsetzen zu können. In der Vergangenheit haben die Industrieverbände die Verwertungsgesellschaften mehrfach dazu aufgefordert, konkret nachzuweisen, dass diese – statistisch belegbar – einem signifikant höheren Insolvenzrisiko unterliegen. Ein Nachweis steht bis heute aus. Nach der Untersuchung der Creditreform Wirtschaftsforschung [„Insolvenzen in Deutschland im Jahr 2014“](#) lag die Quote im Jahr 2014 bei nur 7,9 Insolvenzen je 1.000 Unternehmen im Wirtschaftssektor Handel, wobei der Großteil (= 80 %) sogenannte Kleinstinsolvenzen darstellte, also Unternehmen, in denen höchstens fünf Mitarbeiter tätig waren. In Deutschland gibt es nach Schätzungen des Bitkom ca. 3000 Hersteller und Importeure von Geräten und Speichermedien. Die Verwertungsgesellschaften setzen ihre Ansprüche jedoch nur gegenüber einem Bruchteil der betroffenen Unternehmen durch. Damit tragen sie zum einen zur Bildung eines Graumarktes bei – mit negativen Auswirkungen für den Wirtschaftsstandort Deutschland – und verzichten zum anderen damit faktisch auf Einnahmen für die berechtigten Urheber. Hieraus müssten als Konsequenzen stärkere Transparenzpflichten in Bezug auf die Tätigkeiten der Verwertungsgesellschaften eingeführt werden (siehe unsere Änderungsvorschläge zu § 56 VGG-E), nicht aber eine Zwangsabsicherung der Unternehmen, die den Verwertungsgesellschaften bekannt sind.

Neben der geringen Wahrscheinlichkeit eines Ausfalls sieht § 54b UrhG eine gesamtschuldnerische Haftung vor, so dass sich die Verwertungsgesellschaften bei möglicherweise drohenden Ausfällen an weiteren Gesamtschuldnern schadlos halten können, wozu sie gem. § 54b UrhG auch berechtigt sind. Es existiert damit bereits ein Absicherungsmechanismus. Mangels wirtschaftlicher Erforderlichkeit ist es nicht notwendig, weitere Sicherungsmittel einzuführen, zumal dies massive wirtschaftliche Auswirkungen auf den Markt hätte (s.u.).

Das Instrument der Zwangsabsicherung steht im Widerspruch zum Vorhaben der Bundesregierung, die „Streitigkeiten zur Privatkopievergütung schneller, effizienter und einfacher zu gestalten“. Das Gegenteil wäre der Fall: Schiedsstelle und Gerichte müssten ihre begrenzten Ressourcen auf Nebenkriegsschauplätze ausweiten und würden dadurch davon abgehalten, in den Hauptsacheverfahren zügig zur rechtlichen Klärung beitragen zu können. Die Situation der Berechtigten wird durch die Regelung de facto auch nicht verbessert. Berechtigte erhalten keinerlei Ausschüttungen aufgrund der Sicherheitsleistung. Die Kosten, die aufgrund der Sicherheitsleistung entstehen wäre schlicht „verbranntes Geld“.

5.8.2 Wirtschaftlich gravierende Folgen einer Bankbürgschaft

Das Sicherungsmittel der Bankbürgschaft hätte gravierende wirtschaftliche Auswirkungen für die betroffenen Unternehmen. Eine Bankbürgschaft ist von der Wirkung wie ein Kredit. Das Geschäftsmodell nahezu aller auf dem Markt befindlichen Unternehmen ist auf Bankkredite und eine Kontokorrentlinie im hohen Maße angewiesen. Die Zahlungsziele der Abnehmer (z.B. große Handelsketten) sind teilweise extrem lang (bis zu 160 Tage). Die Eigenkapitalquote dürfte im Durchschnitt bei ca. 30 % liegen. Zur Finanzierung der Lagerbestände und großer Projektaufträge ist die Inanspruchnahme von Bankkrediten unumgänglich. Würde die Kreditlinie durch die Bankbürgschaft belastet oder gar ausgeschöpft, stünde keine Liquidität mehr für das operative Geschäft zur Verfügung, es könnten keine Investitionen mehr getätigt werden. Dies gilt unabhängig von den Rückstellungen, die für die Forderungen zu urheberrechtlichen Abgaben an sich schon gebildet werden und ggf. auch weiterhin gebildet werden müssten, da diese auf die Bürgschaftssumme nicht angerechnet werden. Die Bankbürgschaften müssten zudem mit jedem Jahr erhöht werden.

Zur Belastung der Kreditlinie kämen Kosten für die Bankbürgschaft hinzu. Neben einer Abschlussgebühr betragen die jährlichen Kosten einer Avalprovision ca. 1,3% (volle Barhinterlegung) bis 2,0 % (50% Blankoanteil) der Bürgschaftssumme. Diese Gebühren fließen nur den Banken und nicht den Urhebern zu.

Das Instrument der Sicherheitsleistung würde kleine, mittelständische und große Unternehmen gleichermaßen belasten. Das jetzige System ist bereits geprägt durch erhebliche Wettbewerbsverzerrungen auf dem Markt. Dies würde sich extrem verstärken, wenn die Verwertungsgesellschaften unabhängig von einer konkret drohenden wirtschaftlich schlechten Lage einige wenige Marktteilnehmer auf Stellung einer Bankbürgschaft in Anspruch nehmen würden, die neben den bereits zu bildenden Rückstellungen laufende Kosten durch Avalgebühren und die Kürzung der Kreditlinie zu erleiden hätten. Für die in Anspruch genommenen Unternehmen ergäben sich dadurch deutliche Wettbewerbsnachteile.

5.8.3 Verfassungsgemäße Ausgestaltung der Regelung

Bitkom erkennt aus oben genannten Gründen keine Notwendigkeit für die Einführung einer Sicherheitsleistung. Sofern jedoch ein Sicherheitsbedürfnis gesehen wird, muss die Regelung auf das verfassungsrechtlich zulässige Maß reduziert werden, um einen Kollateralschaden bei den Unternehmen sowie einen Missbrauch durch Verwertungsgesellschaften zu verhindern. Dies ist auch in der derzeitigen Fassung noch nicht der Fall.

Bitkom begrüßt die Änderungen, die sich im Regierungsentwurf wiederfinden: Im Gesetzestext ist die verpflichtende, anlasslose Anordnung einer Sicherheitsleistung im Falle einer Verfahrensaussetzung gestrichen worden. Nach der Gesetzesbegründung hat die Schiedsstelle eine verhältnismäßige Anordnung nach Berücksichtigung der jeweiligen Umstände des Einzelfalls zu treffen – etwa Umstände, die auf ein besonderes Risiko für die Durchsetzung des Zahlungsanspruchs hindeuten.

Dem Entwurf ist dementsprechend grundsätzlich die Aussage zu entnehmen, dass der gravierende Eingriff in die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Unternehmen nur gerechtfertigt ist, wenn die ernsthafte Gefährdung der potentiellen Ansprüche der Verwertungsgesellschaften zu besorgen ist. Die Regelungen weisen insofern eine gewisse Ähnlichkeit zu den Vorschriften des Arrests der Zivilprozessordnung auf, in denen das Gericht unter bestimmten Umständen ebenfalls Sicherungsmaßnahmen in Bezug auf vermeintliche Ansprüche des Gläubigers anordnen kann.

Dem VGG-E mangelt es jedoch an der verfassungsrechtlich erforderlichen Klarheit und Bestimmtheit, die es dem Rechtsanwender ermöglicht, den eindeutigen Willen des Gesetzgebers zu erkennen. Dieser Wille muss in erster Linie dem Wortlaut des Gesetzes zu entnehmen sein. Der Norm des § 107 VGG-E lässt sich in keiner Weise entnehmen, wann die Schiedsstelle eine derartige Sicherheitsleistung anordnen kann und wie diese zu treffen ist. Solche wesentlichen Entscheidungen, die die Grundrechte der betroffenen Unternehmen berühren, sind aber dem Parlament vorbehalten. Diese dürfen nicht auf Verwaltungsbehörden wie die Schiedsstelle delegiert werden.

Auch die Begründung des § 107 VGG-E ist diffus und ist insgesamt mehrdeutig. Es wird von einem „besonderen Schutzbedürfnis“ der Gläubiger und dem Zeitverlust gesprochen, der zu einer „erheblichen Gefährdung“ dieser Gläubiger führe. Unklar bleibt, was damit genau gemeint ist. Es könnte auf eine Gefährdung durch Insolvenz abzielen. Auf der anderen Seite gibt es Unternehmen, die so solide am Markt stehen, dass diese über die Zeit eine Wertsteigerung erfahren und die Aktien eher gekauft werden als Bundesanleihen. Hier mutete es seltsam geradezu irrational an, wenn die Schiedsstelle eine Sicherheitsleistung anordnet, weil bislang keine Interimsvereinba-

rungen getroffen wurden oder das Verfahren gegen das Unternehmen ausgesetzt wurde.

Die beiden letztgenannten Punkte müssen daher aus der Begründung gestrichen werden, da sie keinen Bezug haben zu einer Gefährdung der Zwangsvollstreckung aus einem zukünftigen Urteil. Insbesondere der Aspekt der Verfahrensaussetzung erscheint als Fremdkörper. Denn der Schuldner hat überhaupt keinen Einfluss darauf, ob ein Verfahren durch die Schiedsstelle ausgesetzt wird. Ein reiner Sicherungszweck kann allenfalls dann als legitimer gesetzgeberischer Zweck anerkannt werden, wenn er strikt auf die Fälle beschränkt wird, in denen es überhaupt ein greifbares Sicherungsbedürfnis gibt.

Beschränkung bei der Anordnung dem Grunde nach

Der Gesetzgeber muss in § 107 Abs. 1 VGG-E ausdrücklich klarstellen, dass Anordnungen nach Absatz 1 nur erfolgen dürfen, wenn im Verhältnis zu dem konkret betroffenen Hersteller, Importeur oder Händler ein Sicherungsbedürfnis tatsächlich besteht.

1. Dafür bedarf es konkreter, von der Verwertungsgesellschaft vorzutragender und von der Schiedsstelle festzustellender Anhaltspunkte und zwar entweder dahingehend, dass der beteiligte Hersteller, Importeur oder Händler nach Abschluss des Verfahrens nach § 92 Abs. 1 Nr. 2 VGG:
 - wirtschaftlich zur Erfüllung einer Abgabepflicht nicht mehr in der Lage sein wird (konkrete Insolvenzgefahr), oder
 - sich seiner Zahlungspflicht durch tatsächliches Verhalten entziehen wird (insbesondere bei Unternehmenssitz außerhalb Deutschlands und der EU).
2. Darüber hinaus bedarf die gesetzliche Regelung der Konkretisierung, in welchen Fällen ein Sicherungsbedürfnis von vornherein ausgeschlossen ist. Davon wird man zumindest dann ausgehen können, wenn der beteiligte Hersteller, Importeur oder Händler bislang mit den Verwertungsgesellschaften kooperiert, seinen Sitz innerhalb Europas hat und Jahresumsätze erzielt, welche die spätere Bezahlung ausgerichteter Abgabebeträge verlässlich erwarten lassen.

Die Schiedsstelle könnte zur Feststellung der konkreten Insolvenzgefahr einerseits auf die Regelungen des Arrests (§§ 916 ff. ZPO) zurückgreifen oder aber auch Informationen von Wirtschaftsauskunfteien heranziehen. Diese bewerten Unternehmen objektiv aufgrund zahlreicher Wirtschaftsinformationen und berechnen für die bewerteten Firmen eine Ausfallwahrscheinlichkeit (Beispiele für Wirtschaftsauskünfte: [Creditreform](#) oder [Bürgel Wirtschaftsinformationen](#)).

Beschränkung bei der Anordnung der Höhe nach

Über die Höhe der Sicherheitsleistung entscheidet die Schiedsstelle gem. § 107 Abs. 3 VGG-E nach billigem Ermessen. Der Gesetzgeber muss auch hier Vorgaben treffen, damit eine Übersicherung verhindert wird. Vorrangig müssen vertragliche Vereinbarungen einschlägig sein, nachrangig gerichtliche Entscheidungen: Die Höhe soll sich nach den Abgaben richten, die in Gesamtverträgen vereinbart oder festgelegt wurden, oder, falls diese Voraussetzungen nicht vorliegen, nach den Abgaben, die sich aus bestandskräftigen Einigungsvorschlägen oder rechtskräftigen Urteilen in Einzelverfahren ergeben, oder, falls diese Voraussetzungen nicht vorliegen, nach den Abgaben, die sich aus nicht bestandskräftigen Einigungsvorschlägen oder nicht rechtskräftigen Urteilen in Einzelverfahren oder Gesamtvertragsverfahren ergeben. Eine Sicherheitsleistung soll nur angeordnet werden können, wenn es vorgenannte Gesamtverträge oder Entscheidungen gibt.

Dementsprechend wird für den Fall, dass die Bundesregierung trotz der verfassungsrechtlichen und wirtschaftlichen Bedenken an der Einführung einer Sicherheitsleistung festhalten möchte, folgende Änderung der Regelung vorgeschlagen:

§ 107 VGG-E

Sicherheitsleistung bei konkretem Insolvenzrisiko

- (1)** In Verfahren nach § 92 Absatz 1 Nummer 2 über die Vergütungspflicht für Geräte- und Speichermedien kann die Schiedsstelle auf Antrag der Verwertungsgesellschaft anordnen, dass der beteiligte Hersteller, Importeur oder Händler für die Erfüllung des Anspruchs aus § 54 Absatz 1 des Urheberrechtsgesetzes Sicherheit zu leisten hat. **Die Anordnung nach Satz 1 darf nur in Fällen erfolgen, in denen die Vergütungspflicht in einem Gesamtvertrag vereinbart wurde oder in einer der in Absatz 3 genannten Entscheidungen dem Grunde nach festgestellt worden ist. Im Übrigen darf die Anordnung nur erfolgen, wenn die Umstände auf ein besonderes Risiko für die Durchsetzung des Zahlungsanspruchs hindeuten und damit ein Sicherungsbedürfnis besteht. Die Feststellung eines Sicherungsbedürfnisses nach Satz 3 ist ausgeschlossen, wenn der beteiligte Hersteller, Importeur oder Händler**
- 1. seinen Sitz innerhalb der Europäischen Union hat,**
 - 2. für andere Geräte- und Speichermedien Vergütungen nach § 54 Absatz 1 des Urheberrechtsgesetzes an eine Verwertungsgesellschaft bezahlt und**

- 3. Jahresumsätze von mindestens dem 30-Fachen der im anhängigen Verfahren für ein Jahr beanspruchten Vergütung erzielt.**
- (2)** Der Antrag muss die Höhe der begehrten Sicherheit enthalten. **Er kann nur für Geräte- und Speichermedien gestellt werden, für die das Verfahren nach § 93 durchgeführt worden ist.**
- (3)** Über Art und Höhe der Sicherheitsleistung entscheidet die Schiedsstelle nach billigem Ermessen. **Die Höhe der Sicherheitsleistung richtet sich nach Vergütungen,**
- 1. die sich aus einem vereinbarten Gesamtvertrag oder einem bestandskräftigen Einigungsvorschlag der Schiedsstelle oder einem rechtskräftigen Urteil des OLG München in einem Verfahren nach § 92 Abs. 1 Nr. 3 ergibt, oder, sofern diese Voraussetzungen nicht vorliegen,**
 - 2. die sich aus einem bestandskräftigen Einigungsvorschlag der Schiedsstelle oder einem rechtskräftigen Urteil des OLG München in einem Verfahren nach § 92 Abs. 1 Nr. 2 ergibt, oder, sofern diese Voraussetzungen nicht vorliegen,**
 - 3. die sich aus einem nicht bestandskräftigen Einigungsvorschlag der Schiedsstelle oder einem nicht rechtskräftigen Urteil des OLG München in einem Verfahren nach § 92 Abs. 1 Nr. 3 oder § 92 Abs. 1 Nr. 2 ergibt.**
- Bei der Höhe der Sicherheit kann die Schiedsstelle nicht über den Antrag hinausgehen.
- (4)** Das zuständige Oberlandesgericht (§ 129 Absatz 1) kann auf Antrag der Verwertungsgesellschaft durch Beschluss die Vollziehung einer Anordnung nach Absatz 1 zulassen, sofern nicht schon eine entsprechende Maßnahme des einstweiligen Rechtsschutzes bei einem Gericht beantragt worden ist. Das zuständige Oberlandesgericht prüft, ob für die Anordnung nach Absatz 1 die Voraussetzungen der Absätze 1 bis 3 vorliegen; es kann die Anordnung abweichend fassen, wenn dies zur Vollziehung notwendig ist.
- (5)** Auf Antrag kann das zuständige Oberlandesgericht den Beschluss nach Absatz 4 aufheben oder ändern.

5.9 Kosten des Verfahrens (§ 117 Abs. 3 VGG-E)

Die Kosten des Schiedsstellenverfahrens sollen sich gemäß § 117 Abs. 3 VGG-E verdreifachen. Dies ist nicht nachvollziehbar. Kosten können nur in dem Maße auferlegt werden, wie sie einer tatsächlichen Gegenleistung entsprechen. Eine Kostensteigerung ist nur dann gerechtfertigt, wenn die Schiedsstelle auch personell besser besetzt wird und damit effizienter arbeiten und schneller entscheiden kann.

6 Übergangs- und Schlussvorschriften (Teil 6)

Bitkom erachtet es vor dem Hintergrund der zu § 107 VGG-E geäußerten Kritik bedenklich, dass die Regelungen nur für solche Verfahren keine Anwendung finden, die am 10. April 2016 bei der Schiedsstelle anhängig sind (§ 139 Abs. 1 VGG-E). Es ist denkbar, dass Gesamtvertragsverfahren zu diesem Zeitpunkt vor der Schiedsstelle anhängig sind, aufgrund des derzeitigen faktischen Vorrangs von Gesamtvertragsverfahren aber keine Einzelverfahren. Um die oben geschilderte Gefahr des Missbrauchs (siehe 5.7.2.) auszuschließen, sollten die Übergangsvorschriften auch auf Verfahren nach § 92 Abs. 1 Ziff. 2 VGG-E ausgeweitet werden, die nach dem 10. April 2016 anhängig gemacht werden, wenn bereits ein Gesamtvertragsverfahren zum gleichen Streitgegenstand anhängig ist.