

## **Bundesverband Computerhersteller (BCH) e.V.**

*Der Bundesverband Computerhersteller (BCH) e.V. vertritt die Wahrnehmung und Förderung der gemeinsamen allgemeinen ideellen und wirtschaftlichen Interessen von Herstellern und Importeuren von Computern auf regionaler, nationaler und internationaler Ebene gegenüber Politik, Wirtschaft und Öffentlichkeit und die Festigung der Stellung dieser Unternehmen in der Urheberrechtsordnung. BCH hat schon Ende 2009 einen ersten Gesamtvertrag zur Regelung der urheberrechtlichen Vergütungspflicht gemäß §§ 54 ff UrhG für PCs sowie einen anschließenden PC-Gesamtvertrag mit der ZPÜ geschlossen. Die BCH-Mitglieder zahlen Abgaben auf PCs seit 01. Januar 2008.*

### **Stellungnahme zu den Verfahrensänderungen bei urheberrechtlichen Abgaben, Sicherheitsleistung**

#### Zusammenfassung

Nach Ansicht des BCH führen die im Referentenentwurf dargestellten Regelungen nicht zu einer Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens zur Erhebung von Urheberrechtsabgaben. Der Ansatz in § 39 RefE VGG vermag nicht, die grundlegende Problematik aufzulösen, dass es keine allgemein akzeptierte Herangehensweise an die Tarfbemessung gibt. Entsprechend wird § 39 RefE VGG in der derzeitigen Fassung nicht dazu beitragen, Streitigkeiten über die Tarfhöhe zu vermeiden, zu mindern oder auch nur zu verkürzen.

Der EUGH hat klargestellt, dass es die Mitgliedsstaaten freisteht ein System der Urheberrechtsabgaben einzuführen um sicherzustellen, dass die Rechtsinhaber den „gerechten Ausgleich“ erhält. Die ist aber nur erlaubt, wenn gewisse Voraussetzungen erfüllt sind, nämlich:

- Der private Nutzer, dem die Anlagen, Geräte und Medien zur Vervielfältigung zur Verfügung gestellt werden oder der von einer Vervielfältigungsdienstleistung profitiert, ist tatsächlich als der „indirekte Schuldner“ des gerechten Ausgleichs anzusehen.
- Der Verursacher ist verpflichtet, den mit dieser Vervielfältigung verbundenen Schaden wiedergutzumachen, indem sie den Ausgleich finanziert, der an den betroffenen Rechtsinhaber gezahlt wird.
- Die Hersteller und Importeure von Anlagen, Geräte und Medien, die zur erlaubten Vervielfältigung tatsächlich benutzt werden, können die Abgaben an den Personen, die den Schaden verursacht haben weiterreichen.
- Der gerechte Ausgleich notwendigerweise auf der Grundlage des Schadens zu berechnen ist, der den Urhebern geschützter Werke infolge der Einführung der Ausnahme für Privatkopien entstanden ist.
- Die unterschiedslose Anwendung der Abgabe für Privatkopien auf Anlagen, Geräte und Medien zur digitalen Vervielfältigung, die nicht privaten Nutzern überlassen werden und eindeutig anderen Verwendungen als der Anfertigung von Privatkopien vorbehalten sind, nicht mit der Richtlinie 2001/29 vereinbar.

Diese Voraussetzungen sind nach Ansicht des BCH nicht in dem Entwurf vorgesehene Regelungen zur Tarifbestimmungen ausreichend bzw. überhaupt umgesetzt.

Die nunmehr gefundene Regelung zur Sicherheitsleistung in § 107 RefE VGG ist in der aktuellen Fassung aus Sicht des BCH verfassungswidrig, erzeugt grundlos eine hohe finanzielle Belastung für die Unternehmen und wird in der Praxis den Konflikt zwischen den Beteiligten auf sehr breiter Ebene verschärfen und zusätzliche Rechtsstreitigkeiten provozieren - und dies ohne dass tatsächlich ein industrieweit signifikant erhöhtes Ausfallrisiko besteht.

Der BCH wird im Folgenden daher insbesondere Vorschläge machen, wie die Grundproblematik der Tarifbemessung und Tarifaufstellung gelöst werden könnte, um die Wahrscheinlichkeit für Akzeptanz und schnellere Bezahlung zu erhöhen. Des Weiteren wird BCH darlegen, warum die Regelung der Sicherheitsleistung in der aktuellen Form unnötig und rechtswidrig ist, und – sollte der Gesetzgeber an dem Bedürfnis einer Sicherheitsleistung festhalten – einen Vorschlag machen, wie diese verfassungskonform zu gestalten wäre.

## Im Einzelnen:

### 1. § 39 Tarife für Geräte und Speichermedien

BCH teilt die Einschätzung, dass das bisherige Verfahren bis zur endgültigen, „rechtskräftigen“ Tarifaufstellung viel Zeit in Anspruch nimmt und begrüßt grundsätzlich die gesetzgeberische Initiative, die Prozedere zu vereinfachen und zu beschleunigen. Der in § 39 RefE VVG vorgestellte Weg erscheint allerdings nur bedingt geeignet, dieses Ziel in Praxis zu erreichen.

#### a) Hauptproblem: Bemessung der Tarifhöhe

Zunächst ist zu begrüßen, dass die Durchführung einer empirischen Untersuchung zwingende Voraussetzung für eine Tarifaufstellung bleibt. Damit wird auch weiterhin sichergestellt, dass sich die Vergütungshöhe an der tatsächlichen urheberrechtlich relevanten Nutzung zu orientieren hat, wie es das Urheberrechtsgesetz vorschreibt.

Das Vorliegen der empirischen Untersuchung ist allerdings nur eine Komponente, die bei der Bemessung des Tarifs zu berücksichtigen ist. Als weitere Kriterien gibt §54a UrhG z.B. die Berücksichtigung technische Schutzmaßnahmen, des Zusammenwirkens mit anderen Geräte oder Speichermedien insgesamt, der Leistungsfähigkeit von Geräten sowie der Speicherkapazität, der Mehrfachbeschreibbarkeit von Speichermedien, sowie eines wirtschaftlich angemessenen Verhältnisses zum Preisniveau des Geräts oder des Speichermediums vor. Der EuGH verlangt zudem die Berücksichtigung der unterschiedlichen Nutzung durch private und gewerbliche Geräteinhaber („Padawan“).

Eine konkrete, allgemein anerkannte Berechnungsmethodik, mit Hilfe derer diese gesetzlichen Anforderungen in Zahlen umgesetzt werden können, gibt es allerdings nicht.

Die Herangehensweise von Verwertungsgesellschaften und Verbänden ist entsprechend höchst unterschiedlich.

Da die Verwertungsgesellschaften die Interessen ihrer Mitglieder bestmöglich vertreten müssen, führen ihre Berechnungen im ersten Schritt i.d.R. zu weit überzogenen Tarifforderungen (sog. „Mondtarife“), auf die die Verbände entsprechend mit Minimalangeboten reagieren. Erst nach langwierigen Verhandlungen oder Gerichtsverfahren gelangt man zu verbindlichen Tarifen. Diese liegen erfahrungsgemäß bei einem Bruchteil der ursprünglich geforderten „Mondtarife“.

Beispiele:

Gerät	Tarifforderung	Tarif (endgültig)	
PC	57,63€	2008: 15,1875€ (ohne Brenner) 17,0625€ (mit Brenner)	Gesamtvertrag
		2011: 13,19€ (privat genutzt) 4,00€ (gewerblich genutzt) 10,63€ (kleine Notebooks)	Gesamtvertrag
BlueRay Rohlinge	3,47€	0€	ZPÜ Mitteilung
Drucker IJ SFP	10-300€	5€	Gesamtvertrag
Drucker LJ SFP	10-300€	12,50€	Gesamtvertrag
Drucker IJ MFP	38.35€ - 613,56€	15€	Gesamtvertrag
Drucker LJ MFP	38.35€ - 613,56€	25 – 87,50€	Gesamtvertrag
Scanner	10,23 – 255,65€	12,50€	Gesamtvertrag

Das Fehlen einer anerkannten Methodik zur Ermittlung der angemessenen Vergütung, sowie das aus dieser Unwägbarkeit resultierende Verhalten der Parteien (insbes. anfängliche "Mondtarife") ist aus Sicht des BCH der Hauptgrund für das vom BMJ festgestellte langwierige Verfahren.

Eine Gesetzesänderung, die zum Ziel hat, das Verfahren zu beschleunigen, muss diese Problematik auflösen.

Der Lösungsansatz, der in §39 RefE VVG vorgestellt wird, ist dazu nicht geeignet und wird in der Praxis zu keiner merklichen Beschleunigung führen. Im Gegenteil, er wird die Situation sogar noch verschärfen:

Auch der Referentenentwurf gibt keine Berechnungsmethodik vor, d.h. es ist zu erwarten, dass die Verwertungsgesellschaften weiterhin auf Basis der empirischen Untersuchung um ein Vielfaches überhöhte Tarife veröffentlichen werden. Die Verbände werden diese weiterhin nicht akzeptieren und es werden nach wie vor langwierige Gerichtsverfahren folgen.

Da gemäß Referentenentwurf keine Pflicht der Verwertungsgesellschaften mehr bestehen soll, mit den Verbänden vor der Tarifveröffentlichung zu verhandeln, ist zudem nicht mehr gewährleistet, dass sich die Verwertungsgesellschaften im Vorfeld mit der Sichtweise der Verbände zur Berechnung der angemessenen Vergütung auseinandersetzen müssen, so dass mit noch überzogenen Beträgen zu rechnen ist.

Damit führt das Verfahren des §39 RefE VVG zwar zu einer schnelleren Veröffentlichung der Tarifforderung, jedoch weder zu einer besseren Tarifqualität (angemessene Höhe/Vermeidung von anfängl. „Mondtarifen“ seitens der Verwertungsgesellschaften und „Kellerangebote“ seitens der Industrie) noch zu schnellerer Rechtskraft, noch zu besserer Akzeptanz durch die Unternehmen, die die Vergütung an den Endverbraucher weiterreichen müssen.

Die Unternehmen erhalten keine schnellere Rechts- und Planungssicherheit und die Verwertungsgesellschaften erhalten keine schnellere Zahlung. Der Aufwand für Prozesskosten bleibt für alle Beteiligten gleich, wird aber nicht besser. Es ist auch im Sinne der Verbraucher, dass schnell Klarheit über die Höhe der Abgaben, die sie als Nutznießer der gesetzlichen Privatkopie tragen müssen erzielt wird.

Eine Lösung, die zur Beschleunigung beitragen möchte, muss den Problemen Rechnung tragen, die sich aus dem Fehlen einer allgemeingültigen Berechnungsmethode ergeben.

#### **Vorschlag:**

##### a) Verhandlungen vor Tarifveröffentlichung

Vor der Tarifveröffentlichung durch die Verwertungsgesellschaften sollten diese mit den Verbänden Verhandlungen führen.

Der Gesetzgeber hat sich mit dem sog. „2 Korb“ für eine Verhandlungslösung zwischen den Parteien entschieden und diese im Gesetz festgeschrieben; dem entsprechend sollten auch regelmäßig zuerst Verhandlungen zwischen den Parteien geführt werden und auch dies Eingang in das Gesetz finden. Wäre diese nicht der Fall, bestünde die Gefahr, dass sofort Gerichtsverfahren eingeleitet würden.

##### b) Tarifempfehlung eines neutralen Dritten

Sofern keine Einigung zustande kommt, schlägt der BCH vor, dass ein neutraler Dritter in die Tarifbestimmung miteinbezogen wird, dessen Empfehlung die Verwertungsgesellschaften bei der Tarifaufstellung beachten müssen. Zur zeitlichen Straffung des Verfahrens sollten konkrete Fristen eingeführt werden.

Zielführend erscheint eine verpflichtende Mediation statt die in §17a UrhWG vorgesehene freiwillige Schlichtung bzw. die Einsetzung einer unabhängigen Kommission, z.B. durch eine diesbezügliche Kompetenzerweiterung der Bundesnetzagentur.

Eine Verfahrensregelung könnte wie folgt aussehen:

- i) Verwertungsgesellschaften müssen mit Verbänden vor Tarifaufstellung Gesamtvertragsverhandlungen führen sowie (parallel dazu) im Verfahren nach §93 RefE VVG eine empirische Untersuchung einholen.
- ii) Kommt bis spätestens 3 Monate nach Vorliegen der empirischen Untersuchung keine inhaltliche Einigung zustande (weil die Verhandlungen nicht erfolgreich waren oder von einer Seite abgelehnt wurden), ist zwingend:
  - a. Eine verpflichtende Mediation analog den Vorgaben von §17a Abs. 1 – 2 UrhWG, wobei falls die Mediation im angemessenen Zeit erfolglos bleibt, soll der Mediator eine Tarifempfehlung auf der Grundlage der Mediationsverhandlung unterbreiten, oder
  - b. ein sachverständiger neutraler Dritter als Tarifkommission einzubeziehen, die nach Anhörung beider Parteien innerhalb von 3 Monaten eine Tarifempfehlung abgibt.
- iii) Die Tarifempfehlung darf von den Verwertungsgesellschaften als Tarifforderung veröffentlicht werden.
- iv) Die Tarifforderung ist gerichtlich überprüfbar wie Tarife, die bislang einseitig von den Verwertungsgesellschaften aufgestellt werden

b) „gerechter Ausgleich“ für den Urheber

Anders als bei der Tarifaufstellung im Lizenzbereich nach § 38, soll bei § 39 Berechnungsgrundlage NICHT der geldwerte Vorteil sein. Diese wurde uns seitens des Ministeriums für Justiz und Verbraucher auch bestätigt, ist aber dem Wortlaut des VGG-E nicht zu entnehmen. Daher sollte in § 39 klarstellend ergänzt werden, dass es hier um den „gerechten Ausgleich“ – entsprechend der InfoSoc-Richtlinie und der EUGH-Entscheidung zu Padawan – als Gegenleistung für den Schaden geht, der dem Urheber durch die Privatkopie entsteht. Maßgeblich ist damit, dass dem Urheber aufgrund der Privatkopie ein Verkaufserlös entgeht, den er bei einem bestehenden Verbot der Privatkopie erzielt hätte. Das Kriterium des Schadens sollte auch bei den empirischen Untersuchungen in der Ausgestaltung des Fragebogens berücksichtigt werden.

c) Keine rückwirkende Tarifaufstellung

Es sollte zwingend im Gesetz festgeschrieben werden, dass Tarife nicht rückwirkend veröffentlicht werden dürfen. Zum einen werden die Verwertungsgesellschaften damit angehalten, zeitnah Abgabeforderungen gegenüber der Industrie geltend zu machen, zum anderen ist es den betroffenen Unternehmen nur damit möglich, potentielle

Abgabeforderung bei der Bilanzierung und der Preiskalkulation zu berücksichtigen, wie es eigentlich der Intention des Gesetzgebers entspricht.

d) Transparenz

Die Verwertungsgesellschaften sollten verpflichtet werden, möglichst umfassend über die Einnahmen aus den Urheberrechtsabgaben zu informieren. Dazu sollten sie auf ihrer Website informieren, welche Unternehmen Urheberrechtsabgaben zahlen, sowie den Verbänden, mit denen ein Gesamtvertrag besteht, detaillierte Informationen zum Gesamtaufkommen der Pauschalabgaben sowie zur Marktabdeckung zu übermitteln.

Formulierungsvorschlag:

§ 39

Tarife für Geräte und Speichermedien; Transparenz

(1) Die Höhe der Vergütung als gerechten Ausgleich für Geräte und Speichermedien bestimmt sich nach § 54a des Urheberrechtsgesetzes. § 38 findet insoweit keine Anwendung. 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. ~~Die Verwertungsgesellschaften stellen hierfür Tarife auf Grundlage einer empirischen Untersuchung aus einem Verfahren gemäß § 93 auf.~~

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

(3) Die Verwertungsgesellschaften können eine empirische Untersuchung zur Ermittlung der nach § 54a Absatz 1 des Urheberrechtsgesetzes maßgebliche Nutzung gemäß § 93 durchführen lassen.

(4) Scheitern die Gesamtvertragsverhandlungen, sind die Verwertungsgesellschaften und Vereinigungen verpflichtet sich an eine Mediation gem. §40 zu beteiligen.

(5) Die Verwertungsgesellschaften sind berechtigt Tarife auf Grundlage einer empirischen Untersuchung aus einem Verfahren gemäß § 93 auf. Grundlage für die Tarifaufstellung ist die Empfehlung der Mediator gem. §40 Abs. 4.

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

## § 40

### (einstweilen frei) Mediation

(1) In Streitfällen über die Vergütungspflicht nach § 54 des Urheberrechtsgesetzes sind die Verwertungsgesellschaften und Vereinigungen verpflichtet sich an eine Mediation zu beteiligen.

(2) Der Mediator wird vom Bundesministerium der Justiz berufen, wenn die Beteiligten ihn einvernehmlich vorschlagen oder um die Benennung eines Mediators bitten. Er übt sein Amt unparteiisch und unabhängig aus. Seine Vergütung und Kosten tragen die Beteiligten zu gleichen Teilen. Ihre eigenen Kosten tragen die Beteiligten selbst, es sei denn, eine andere Regelung wird schriftlich getroffen.

(3) Der Mediator bestimmt das Verfahren in Abstimmung mit den Beteiligten nach pflichtgemäßem Ermessen. Er erörtert und klärt mit den Beteiligten den Sach- und Streitstand und wirkt auf eine einvernehmliche Lösung hin.

(4) Jeder Beteiligte kann die Mediation jederzeit für gescheitert erklären und die Schiedsstelle anrufen. In diesem Fall, wird der Mediator einen Tarifvorschlag den Beteiligten unterbreiten.

(5) Wird vor dem Mediator eine Vereinbarung zur Streitbeilegung geschlossen, so ist diese schriftlich niederzulegen und von den Parteien zu unterschreiben. Der Mediator bestätigt den Abschluss mit seiner Unterschrift. Die Beteiligten erhalten eine Abschrift der Vereinbarung. Aus der vor dem Mediator abgeschlossenen Vereinbarung findet die Zwangsvollstreckung statt; § 797a der Zivilprozessordnung gilt entsprechend.

## 2. Verfahrensvorschriften Schiedsstelle, §§ 92ff

### a) Anwendung der ZPO

Es gibt keinen nachvollziehbaren Grund, warum nach dem VGG-E teilweise die Regelungen der ZPO Anwendung finden sollen (siehe § 102 Abs. 2, § 105 Abs. 5 VGG-E), sondern stattdessen Ermessensvorschriften ohne konkrete Vorgaben eingeführt wurde (§ 107 ff. VGG-E). BCH setzt sich nachdrücklich für die Anwendung der Regelungen der ZPO ein. Es bedarf kein Grund nicht auf die bestehende Regelungen des ZPO zurückzugreifen.

### b) Bedeutung der Gesamtvertragsverfahren



In der Praxis haben sich die Gesamtvertragsverfahren als das entscheidende Element bei der Durchführung von Rechtsstreitigkeiten dargestellt. Es hat sich vollends bewährt, dass sich betroffene Unternehmen über den Verband koordinieren und gemeinsam ein Verfahren führen, anstatt zahlreiche Einzelverfahren einleiten zu müssen. Daher sollte festgeschrieben werden, dass sich die Verwertungsgesellschaften einem Gesamtvertragsverfahren nicht entziehen können. Das ergibt sich bisher nicht eindeutig aus dem Entwurf. Dabei sollte ergänzt werden, dass ein Gesamtvertragsverfahren Vorrang vor Einzelverfahren hat.

Allerdings sollte auch klargestellt werden, dass ein Verband nicht dazu gezwungen werden kann, ein Gesamtvertragsverfahren zu führen. Ohne die Unterstützung der Mitglieder kann ein Verband nicht als Verfahrenspartei auftreten.

c) Einbeziehung der Parteien bei der Durchführung empirischer Studien, § 112 RefE VVG

Die von einem Gesamtvertragsverfahren Betroffenen sollten zwingend Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden und mindestens einmal vor der Schiedsstelle gehört werden. Nur so kann sichergestellt werden, dass eine möglichst objektive Studie erstellt wird. Diese Beteiligung sollte für die Betroffenen kostenneutral sein, um finanzstarken- und finanzschwachen betroffenen Vereinigungen gleichermaßen die Möglichkeit zur Beteiligung zu geben.

d) Empirische Untersuchung Voraussetzung für Einigungsvorschlag

Den Ergebnissen der empirischen Untersuchung kommt nicht nur bei der Tarifaufstellung, sondern auch in Verfahren erhebliche Bedeutung zu. Daher sollte die Schiedsstelle erst nach Erstellung einer Studie gem. § 93 einen Einigungsvorschlag unterbreiten dürfen.

### 3. Sicherheitsleistung, § 107 RefE VVG

In der Begründung des Referentenentwurfs wird dargelegt, dass zwischen dem Inverkehrbringen der Geräte und der Aufstellung des entsprechenden Tarifs regelmäßig erheblich Zeit vergeht, da die Aufstellung des Tarifs zunächst eine empirische Untersuchung zur Ermittlung des für die Vergütungshöhe maßgeblichen Nutzerverhaltens verlangt. Hieraus wird in der Begründung des Referentenentwurfs ein besonderes Schutzbedürfnis der Verwertungsgesellschaften im Hinblick auf die Sicherung ihrer Zahlungsansprüche während dieses Zeitraums abgeleitet.

Erfreulicherweise findet in den vorliegenden Entwurf die Einführung einer Hinterlegungspflicht keinen Eingang. Diese wäre auch aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht haltbar. Die stattdessen vorgeschlagene Einführung einer Sicherheitsleistung begegnet allerdings denselben massiven Bedenken:

a) Sicherheitsleistung nicht erforderlich

Nach den Erfahrungen aus der Praxis sind die Verwertungsgesellschaften keinem erhöhten Insolvenzrisiko ausgesetzt als andere am Geschäftsverkehr Beteiligte. Trotz der anhaltenden Diskussionen seit fast einem Jahr zu diesem Punkt haben die Verwertungsgesellschaften bis heute keine nennenswerten Einnahmeausfälle aufgrund von Insolvenz dargelegt. Vielmehr entstehen die Ausfälle dadurch, dass der Markt nicht ausreichend abgedeckt wird. Das darf aber nicht zu Lasten der Zahlungspflichtigen gehen. Des Weiteren zeigt die Praxis wie oben bereits im Einzelnen dargestellt, dass die Tarifveröffentlichungen durchgängig deutlich höher sind als die am Ende zwischen den Parteien vereinbarten oder von einem Gericht ausgeurteilten Tarife. Dies zeigt auch der vor kurzem abgeschlossene Vergleich für Drucker für die Vergangenheit: die VG Wort hatte Tarife bis zu 300 Euro veröffentlicht - die Einigung wurde über Tarife zwischen 4 und 14 Euro gefunden. Auf Basis reiner Tarifforderungen ein pauschales Sicherungsbedürfnis anzunehmen, ist vollkommen verfehlt. Ebenso wenig ist die Tatsache, dass die Verfahren so lange dauern eine Rechtfertigung dafür, eine Sicherheitsleistung zu Lasten der Schuldner einzuführen. Die Verfahrensdauer ist hauptsächlich den oben unter 1 a) dargestellten Problemen der Tariffindung geschuldet, sowie auch der unzulänglichen Gesetzeslage und der massiven Unterbesetzung der Schiedsstelle und des OLG. Hinzu kommt, dass bereits durch die bestehende gesamtschuldnerische Haftung eine zusätzliche Absicherung besteht und die Verwertungsgesellschaften damit mehrere Schuldner in Anspruch nehmen können.

b) Sicherheitsleistung rechtlich nicht zulässig.

Die Anordnung einer Sicherheitsleistung, teilweise sogar in der Form einer Sollvorgabe (§ 107 Abs. 1 Satz 2 RefE VVG) ist genauso wie eine Hinterlegungspflicht ein Eingriff in die Berufsfreiheit der damit belasteten Unternehmen und muss deshalb vor Art. 12 Abs. 1 GG gerechtfertigt werden.

Dies setzt voraus, dass § 107 RefE VVG einen legitimen Zweck verfolgt sowie, dass der in der Sicherheitsleistungspflicht liegende Eingriff in Bezug auf den verfolgten Zweck verhältnismäßig ist, also geeignet, erforderlich und zumutbar.

Ein Sicherungszweck wie in der Begründung des RefE VVG dargestellt 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. Fehlt es daran, dann wäre die Anordnung einer Sicherheitsleistung auch unverhältnismäßig.

In § 107 Absatz 1 RefE VGG muss daher ausdrücklich klargestellt werden, dass Anordnungen nach den Sätzen 1 und 2 nur erfolgen dürfen, wenn im Verhältnis zu dem konkret betroffenen Unternehmen tatsächlich ein Sicherungsbedürfnis besteht. Dafür bedarf es konkreter, von der Verwertungsgesellschaft vorzutragender und von der Schiedsstelle festzustellender Anhaltspunkte und zwar entweder dahin, dass das betroffene Unternehmen nach Abschluss des Verfahrens nach § 92 Abs. 1 Nr. 2 VGG wirtschaftlich zur Erfüllung einer Vergütungspflicht 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). Darüber hinaus muss § 107 dahingehend konkretisiert werden, in welchen Fällen ein Sicherungsbedürfnis von vornherein ausgeschlossen ist. Dies wird regelmäßig der Fall sein, wenn das betroffene Unternehmen bislang seine Zahlungspflicht gegenüber den Verwertungsgesellschaften erfüllt hat, seinen Sitz innerhalb Europas hat und Jahresumsätze erzielt, welche die spätere Bezahlung ausgerichteter Vergütungsbeträge verlässlich erwarten lassen.

Zu einem unzumutbaren Eingriff in die Berufsfreiheit führt § 107 VGG, wenn er Anträge auf Anordnung einer Sicherheitsleistung schon zulässt, bevor das Verfahren der empirischen Untersuchung nach § 93 VGG durchgeführt worden ist, also zu einem Zeitraum, zu dem die Verwertungsgesellschaften kraft Gesetzes noch nicht einmal einen Tarif aufstellen dürfen (§ 39 VGG).

Der darin liegende Eingriff in die Berufsfreiheit wird noch dadurch verstärkt, dass mangels Durchführung einer empirischen Untersuchung und mangels Festlegung eines Tarifs sowohl der Schiedsstelle wie dem Oberlandesgericht jeglicher Anhaltspunkt dafür fehlt, ob die beantragte Höhe der Sicherheitsleistung sachgerecht ist. Deshalb muss klargestellt werden, dass die Verwertungsgesellschaften – wenn überhaupt - Anträge nur für Geräte- und Speichermedien stellen dürfen, für die das Verfahren nach § 93 VGG-Entwurf durchgeführt worden ist.

Im Übrigen sollte unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit (milderes Mittel) das beteiligte Unternehmen immer das Recht haben, die Sicherheitsleistung durch das im konkreten Fall mildeste Mittel bewirken zu können (Hinterlegung, Bankbürgschaft, Patronatserklärung). Dies hängt sehr von der individuellen Situation des einzelnen Unternehmens ab.

c) Regelung wirft erhebliche praktische Probleme bzw. Fragen auf

Des Weiteren birgt § 107 RefE VVG eine Reihe von praktischen Problemen bzw. wirft Fragen auf:

- Im Zeitraum zwischen erstem Inverkehrbringen eines Produkts und dem Ergebnis der empirischen Studie besteht kein erhöhtes Schutzbedürfnis der Verwertungsgesellschaften, da noch nicht einmal eine relevante urheberrechtliche Nutzung objektiv festgestellt ist
- Die Verwertungsgesellschaften müssen im Verfahren nach §92 Abs.1 Nr. 2 RefE VVG ihren Vergütungsanspruch und die geforderte Sicherheitsleistung beziffern und begründen – ohne dass die relevante Nutzung bislang festgestellt ist.
- Die Schiedsstelle muss bei der Entscheidung über die Sicherheitsleistung nach „billigem Ermessen“ den künftigen korrekten Vergütungssatz prognostizieren und daraus abgeleitet einen angemessenen Betrag für eine Sicherheitsleistung festlegen – ohne dass die relevante Nutzung bislang festgestellt ist und sonstige Parameter zur Ermittlung des Vergütungssatzes diskutiert wurden. Zudem ist für die Bemessung der Sicherungshöhe die Kenntnis der Stückzahlen notwendig. Werden die Unternehmen zur Auskunft darüber verpflichtet? Für welchen Zeitraum? Wird hier das Auskunftsverfahren im Schnelldurchlauf vorweggenommen?
- Es ist fraglich, ob die Parteien, insbes. die Unternehmen, die Entscheidung über die Anordnung der Sicherheitsleistung akzeptieren werden, d.h. es wird regelmäßig der Rechtsweg zur Überprüfung ausgeschöpft werden. Die neue Regelung wird also eine Vielzahl von Folgeverfahren neben dem eigentlichen Verfahren zur Tariffindung verursachen. Dies ist kaum geeignet, die Tariffindung in einem kooperativen Prozess zu fördern.
- Es ist zu erwarten, dass die Verwertungsgesellschaften von der Möglichkeit der Sicherheitsleistung aufgrund ihrer treuhänderischen Verantwortung sehr weitgehenden Gebrauch machen werden, um künftigen ungewissen Entwicklungen vorzubeugen. Sie werden also auch von Unternehmen Sicherheitsleistung verlangen, die finanziell solide ausgestattet sind und bei denen aktuell kein Zahlungsausfall zu erwarten ist, um jedwedes (theoretisches) Risiko zu minimieren. Zudem können die Verwertungsgesellschaften diesen Mechanismus beliebig einsetzen und die drohenden Sicherheitsleistungen als ein Druckmittel in den Verhandlungen nutzen; das im UrhG verankerte Verhandlungsprinzip wäre mangels gleicher Voraussetzungen konterkariert.
- Der Schiedsstelle soll es obliegen „nach billigem Ermessen“ zu beurteilen und zu prognostizieren, ob die Anordnung einer Sicherheitsleistung im jeweiligen Einzelfall verhältnismäßig und angezeigt ist. Kriterien für diese schwierige, in die Rechtsposition der Unternehmen erheblich eingreifende Entscheidung gibt § 107 RefE VVG nicht vor.

- Des Weiteren soll es der Schiedsstelle obliegen, „nach billigem Ermessen“ die Art der Sicherheitsleistung festzulegen. Dabei werden der Schiedsstelle keinerlei Kriterien an die Hand gegeben. Es ist nicht nachvollziehbar, warum hier von der anerkannten Praxis nach der ZPO abgewichen wird. Das Ermessen der Schiedsstelle wird allerdings insofern stark gebunden, als der Referentenentwurf eine Bankbürgschaft als regelmäßig geeignetes Sicherungsmittel vorgibt, und dabei außer Acht lässt, dass gerade die Frage der Verhältnismäßigkeit eines Sicherungsmittels sehr stark von der Situation des einzelnen Unternehmens abhängt (bei Tochterunternehmen innerhalb eines Konzerns ist z.B. regelmäßig die Patronatserklärung der Konzernmutter das mildeste Sicherungsmittel). Diese Festlegung ist nicht erforderlich.
- Unklar ist auch, wie lange die Anordnung der Sicherheitsleistung gilt. Erfolgt eine jährliche Überprüfung des Sicherungsbedarfs oder der Höhe? Wird eine Anpassung der Höhe des Sicherungsmittels nötig (mit dem damit verbundenen Zusatzkosten)? Kann das Unternehmen Aufhebung der Anordnung beantragen, wenn die Umstände sich ändern? Diese Fragen sind ungeklärt.

#### d) Sicherheitsleistung verursacht gravierende wirtschaftliche Belastungen

Die Sicherheitsleistung hat gravierende Folgen für die Wirtschaft. Faktisch wirkt sie wie ein Kredit, d.h. sie belastet das Kreditlimit und die Liquidität des Unternehmens.

Des Weiteren verursacht die nunmehr vorgegebene Bankbürgschaft erhebliche Kosten. Diese liegen, neben der Abschlussgebühr, bei jährlich ca. 1,3% - 2,0% der Sicherungssumme.

Diese Belastungen sind im Erfüllungsaufwand, der im Referentenentwurf eingangs auf Seite 2 und 3 dargestellt wird, nicht berücksichtigt, müssen jedoch bei der gesetzgeberischen Abwägung unbedingt mit in Betracht gezogen werden.

Zur Veranschaulichung der praktischen Auswirkungen der Regelung soll folgender Beispielsfall dienen, bei dem die Regelung des § 107 RefE VVG exemplarisch auf einen realen Fall aus der jüngsten Vergangenheit angewendet wird:

Die Verwertungsgesellschaften vermuten in Jahr 1, dass Blu-ray Rohlinge in erheblichem Maße urheberrechtlich relevant genutzt werden.

Zur Sicherung der Ansprüche leiten sie ein Verfahren nach §107 RefE VVG bei der Schiedsstelle gegen 10 mittelständische und kleine Importeure ein, beantragen Zahlung von 3,47 Euro pro Rohling sowie Sicherheitsleistung in gleicher Höhe.

Die betroffenen Unternehmen machen geltend, dass Blu-ray Rohlinge nicht in erheblichem Maße urheberrechtlich relevant genutzt werden, also kein Anspruch auf urheberrechtliche Vergütung besteht.

Die Schiedsstelle ordnet Sicherheitsleistung durch Bankbürgschaft an, da zwar keiner der Importeure ein konkretes Insolvenzrisiko aufweist, jedoch die ungewisse Marktentwicklung ein Insolvenzrisiko in den nächsten 3-5 Jahren nicht ganz ausschließen lässt. Als Höhe legt die Schiedsstelle nach billigem Ermessen 1.70 Euro pro Rohling fest und verpflichtet die Importeure zur Auskunft über die Stückzahlen der letzten 12 Monate. Die Höhe des durch die Bürgschaft zu sichernden Betrages ist jährlich anhand der Stückzahlen anzupassen.

Jeder Importeur verkaufte 100.000 Rohlinge. Die Sicherheitsleistung durch Bankbürgschaft beträgt daher 170.000 Euro. Die Kreditlinie jedes Importeurs wird entsprechend in dieser Höhe belastet, die Liquidität des Geschäfts entsprechend eingeschränkt, was sich unmittelbar auf die Geschäftstätigkeit auswirkt. Zusätzlich sind Rückstellungen für die Abgabeforderung in gleicher Höhe zu bilden. Die Kosten für die Bankbürgschaft belaufen sich für jeden Importeur im Durchschnitt auf 1,5% pro Jahr.

In Jahr 2 und 3 steigen die Verkaufszahlen merklich an (150.000 Stück je Importeur pro Jahr). Die Verwertungsgesellschaften leiten ein Verfahren zur Erstellung einer empirischen Untersuchung ein.

Das Studienergebnis liegt am Ende des Jahres 3 vor und zeigt keine erhebliche urheberrechtlich relevante Nutzung. Die Verwertungsgesellschaften verzichten auf Geltendmachung von Ansprüchen.

**Ergebnis:** Bis zu Jahr 3 sind dem jeweiligen einzelnen Importeuren also folgende Eingriffe in ihre Geschäftstätigkeit entstanden:

- 1,5% jährliche Avalprovision für die Bankbürgschaften (insgesamt Kosten 19.125€)
- Abschluss- und Änderungsgebühren für Bürgschaft,
- Belastung der Kreditlinie (680.000€ in Jahr 3),
- Zusätzlich Pflicht zur Bildung von Rückstellungen (680.000€),
- Damit Kapitalbindung i.H.v 1,36 Mio €,
- Rechtsverfolgungskosten und interner Bearbeitungsaufwand

Diese Nachteile entstanden den Importeuren obwohl:

1. Tatsächlich kein urheberrechtliches Vergütungsanspruch bestand und
2. Keiner der Importeure ein konkretes Insolvenzrisiko aufwies.

Im realen Fall hatten die Verwertungsgesellschaften 2009 einen Tarif für Blu-ray Rohlinge aufgestellt, 2015 jedoch die Geltendmachung von Zahlungsansprüchen bis 2017 mangels relevanter Nutzung ausgesetzt.

Fazit: Im Zeitraum zwischen erstem Inverkehrbringen und Ergebnis der empirischen Untersuchung/Tarifaufstellung besteht kein hinreichendes Sicherungsbedürfnis der Verwertungsgesellschaften, das einen derart schwerwiegenden Eingriff bzw. Belastung der Unternehmen rechtfertigen würde.

e) Kein Sicherungsbedürfnis nach Tarifaufstellung

Auch für einen späteren Zeitraum nach Tarifaufstellung besteht kein hinreichendes Sicherungsbedürfnis, das einen derart schwerwiegenden Eingriff in die Rechtsposition der Unternehmen rechtfertigen würde. Rein faktisch sind seitens BCH keine signifikanten Insolvenzfälle bekannt, die eine derart weite Regelung einer Sicherheitsleistung rechtfertigen würde.

f) Keine Heilung durch Schadenersatzregelung §108 RefE VVG

Die Regelung eines Schadenersatzanspruchs gem. § 108 RefE VVG heilt diesen Eingriff nicht. Die Belastung der Kreditlinie und die damit verbundene Behinderung/Einschränkung der Geschäftstätigkeit kann durch einen nachträglichen Schadenersatz nicht ausgeglichen werden. Zudem ist damit zu rechnen, dass diese Regelung weitere Gerichtsverfahren provozieren wird bzw. sogar die vertragliche Einigung behindern wird, da die Verwertungsgesellschaften nicht bereit sein werden, sich auf eine Abgabenhöhen unterhalb der gewährten Sicherheitsleistung zu einigen, um zu vermeiden, dass sie die Kosten für die Bankbürgschaft nach Abschluss eines Vertrages an die betroffenen Unternehmen zurückzahlen müssten. Der Regelungszweck, Verhandlungen und Streitigkeiten zur Privatkopievergütung schneller, effizienter und einfacher zu gestalten, würde hierdurch vollständig konterkariert werden.

g) Vorschlag:

BCH sieht aus oben dargestellten Gründen weder die Notwendigkeit für die Regelung einer Sicherheitsleistung, noch hält er es verfassungsrechtlich für haltbar.

Sofern jedoch ein Sicherungsbedürfnis gesehen wird, muss die Regelung auf ganz konkrete Fälle beschränkt werden, um verfassungsrechtlich gerechtfertigt zu sein. Die Beschränkung muss in zweierlei Hinsicht erfolgen:

- Beschränkung bei der Anordnung dem Grunde nach
- Beschränkung bei der Höhe der Sicherheitsleistung

Dementsprechend wird folgende Änderung der Regelung vorgeschlagen:

### **§ 107 Sicherheitsleistung**

- (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 soll erfolgen, wenn die Schiedsstelle das Verfahren gemäß § 103 Absatz 1 aussetzt.~~ 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 dafür ein aus den persönlichen, wirtschaftlichen oder sonstigen Umständen des beteiligten Herstellers, Importeurs oder Händlers folgendes Sicherungsbedürfnis besteht. Ein Sicherungsbedürfnis nach Satz 3 kann nur angenommen werden, wenn und soweit konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der beteiligte Hersteller, Importeur oder Händler bei Abschluss des Verfahrens nach § 92 Absatz 1 Nummer 2 zur Erfüllung einer Vergütungspflicht nicht in der Lage sein oder sich ihr entziehen wird. 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 Urhebergesetzes 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,
- a) 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,



b) 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,

c) 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.