

Stellungnahme

zum Referentenentwurf eines Verwertungsgesellschaften-gesetzes (VGG)

14. August 2015

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

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) hat Bitkom die Gelegenheit gegeben, zum Referentenentwurf des neuen Verwertungsgesellschaftengesetzes (im folgenden VGG-E) Stellung zu nehmen. Bevor wir dies im Einzelnen tun, möchten wir einige Aspekte hervorheben, die für die Branche von großer Wichtigkeit und teils (verfassungs-)rechtlich höchst problematisch sind:

- Grund für die Anpassungen zum Verfahren bei urheberrechtlichen Abgaben ist der Vorwurf der Verwertungsgesellschaften, es gebe Verzögerungen in der Tarifaufstellung und -durchsetzung. Als Konsequenz wird die Stellung einer Sicherheit für Verwertungsgesellschaften gefordert. Verwertungsgesellschaften selbst verhindern aber die zügige Durchsetzung ihrer Forderungen, indem sie überhöhte Tarife aufstellen, die eine Einigung erschweren bzw. langwierige Gerichtsverfahren für die Industrie notwendig machen. Aus Sicht des Bitkom begünstigen die bisherigen Regelungen Verzögerungen und sind daher überarbeitungsbedürftig. Leider werden die Ursachen der bestehenden Probleme im VGG-E aber nur teilweise ange-

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

gangen. Insbesondere hinsichtlich folgender Punkte sieht Bitkom erheblichen Nachbesserungsbedarf:

- 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.
- Die im Entwurf (§ 107 VGG-E) vorgesehene Möglichkeit der Anordnung einer Sicherheitsleistung entbehrt in Gänze einer faktischen und rechtlichen Notwendigkeit und in ihrer konkreten Ausgestaltung der (verfassungs-)rechtlichen Zulässigkeit.
- 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 zuweilen auch mit Wirkung für die Vergangenheit 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 bisherig § 11 Abs. 2 UrhWG 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.
- Aktuell knüpft die Nutzerdefinition in § 8 VGG-E an die Bedingung der eigenen Nutzung und die Vergütungs- bzw. Erlaubnisverpflichtung an. Viele Regelungen im VGG-E stellen aber gerade nicht auf diese Bedingungen ab, sondern versuchen einen darüber hinaus gehenden Sachverhalt zu regeln. Trotzdem wird dort zu Unrecht der Terminus des „Nutzers“ verwandt. Deshalb ist es zwingend erforderlich, die Definition in § 8 VGG-E auch auf die auszuweiten, die potentielle Nutzer, ver-

meintliche Verletzer oder vielleicht auch nur Dritte sind, die für Nutzer die Vergütungspflicht übernehmen. So entspräche die Definition auch der gängigen Reg-
lungspraxis in Gesamtverträgen.

- 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. Auch ist in § 34 Abs. 2 VGG-E klarzustellen, dass diese Regelung lediglich eine Ausnahme des Gleichbehandlungsgebots, nicht aber des Abschlusszwangs, bedeutet.
- 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 benachteiligen; sie wären auch praktisch gar nicht umsetzbar.

Inhalt

Seite

1 Gegenstand des Gesetzes; Begriffsbestimmungen (Teil 1)	5
1.1 Abhängige Verwertungseinrichtung (§ 3 VGG-E)	5
1.2 Nutzer (§ 8 VGG-E)	6
2 Rechte und Pflichten der Verwertungsgesellschaften (Teil 2)	7
2.1 Abschlusszwang (§ 34 VGG-E)	7
2.2 Gesamtverträge (§ 35 VGG-E)	9
2.3 Verhandlungen (§ 36 VGG-E)	11
2.4 Hinterlegung; Zahlung unter Vorbehalt (§ 37 VGG-E)	13
2.5 Tarife (§ 38 VGG-E)	14
2.6 Tarife für Geräte und Speichermedien (§ 39 VGG-E)	16
2.7 Auskunftspflicht der Nutzer (§ 41 VGG-E)	19
2.8 Meldepflicht der Nutzer (§ 42 VGG-E)	20
2.9 Vermutung bei Auskunftsansprüchen (§ 48 VGG-E)	20
2.10 Informationen zu Werken und sonstigen Schutzgegenständen (§ 55 VGG-E)	20
2.11 Informationen für die Allgemeinheit (§ 56 VGG-E)	21
2.12 Jährlicher Transparenzbericht (§ 58 VGG-E)	23

3 Besondere Vorschriften für die gebietsübergreifende Vergabe von Online-Rechten an Musikwerken (Teil 3)	23
3.1 Nicht anwendbare Vorschriften (§ 60 VGG-E)	23
3.2 Besondere Anforderungen an Verwertungsgesellschaften (§ 61 VGG-E)	25
3.3 Informationen zu Musikwerken und Online-Rechten (§ 62 VGG-E)	25
3.4 Überwachung von Nutzungen (§ 65 VGG-E)	25
4 Aufsicht (Teil 4)	25
4.1 Aufsichtsbehörde (§ 75 VGG-E)	25
4.2 Erlaubnis (§ 77 VGG-E)	26
4.3 Unterrichtungspflicht der Verwertungsgesellschaft (§ 88 VGG-E)	27
4.4 Aufsicht über abhängige Verwertungseinrichtungen (§ 90 VGG-E)	27
4.5 Aufsicht über unabhängige Verwertungseinrichtungen (§ 91 VGG-E)	27
5 Schiedsstelle und gerichtliche Geltendmachung (Teil 5)	27
5.1 Ausstattung von Schiedsstelle und ordentlichen Gerichten	27
5.2 Zuständigkeit für Streitfälle zu Informationspflichten von Verwertungsgesellschaften (§ 92 und 94 VGG-E)	27
5.3 Allgemeine Verfahrensregeln (§ 95 Abs. 1 VGG-E)	28
5.4 Verfahrenseinleitender Antrag (§ 97 VGG-E)	29
5.5 Gesamtvertragsverfahren (§ 92 Abs. 1 Nr. 3 VGG-E)	29
5.6 Selbständiges Verfahren zur Durchführung empirischer Untersuchungen (§§ 93, 112 ff. VGG-E)	31
5.7 Zuständigkeit für Streitfälle über die gebietsübergreifende Vergabe von Online-Rechten an Musikwerken (§ 94 VGG-E)	32
5.8 Sicherheitsleistung (§ 107 VGG-E)	32
5.8.1 Keine Notwendigkeit einer Sicherheitsleistung	33
5.8.2 Unzulässigkeit des § 107 VGG-E (Sicherheitsleistung)	34
5.8.3 Wirtschaftlich gravierende Folgen einer Bankbürgschaft	35
5.8.4 Konsequenzen für die Ausgestaltung der Regelung	37
5.9 Kosten des Verfahrens (§ 117 Abs. 3 VGG-E)	40
6 Übergangs- und Schlussvorschriften (Teil 6)	40
6.1 Übergangsvorschriften für die Verfahren vor der Schiedsstelle (§ 139 Abs. 1 VGG-E)	40
7 Sonstiges	41

1 Gegenstand des Gesetzes; Begriffsbestimmungen (Teil 1)

Wesentliche Regelungsprinzipien des Urheberrechtswahrnehmungsgesetzes (UrhWG) müssen auch im VGG-E beibehalten werden (z.B. Erlaubnispflicht, Wahrnehmungs- und Abschlusspflichten). Dabei sollte das zentrale Regelungsthema des UrhWG 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 UrhWG 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 zwingend vorschreibt.

1.1 Abhängige Verwertungseinrichtung (§ 3 VGG-E)

Bitkom begrüßt, dass sich im Sinne des 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 auch für die Erlaubnispflicht gemäß §§ 77ff. VGG-E gelten. Für die Ausnahme in § 90 Abs. 1 VGG-E besteht keinerlei Rechtfertigung. Die Ansicht, dass eine Erlaubnis, wie es in der Begründung zu § 90 VGG-E dargestellt ist, nicht erforderlich ist, teilen wir nicht. Denn gerade die (anfänglich) oftmals starke Durchdringung entsprechender Einrichtungen von allein gewinnorientierten privaten Gesellschaften, macht eine Erlaubnis erforderlich; nicht zuletzt, um eine Vorab-Prüfung sicherzustellen, inwieweit die Interessen einzelner, großer Marktteilnehmer oder bedeutender Rechteinhaber auf dem Rücken der Masse aller Berechtigten damit durchgesetzt werden sollen.

Der Wortlaut des § 3 VGG-E weicht jedoch an entscheidender Stelle von dem Wortlaut der Richtlinie ab. Wo Art. 2 (3) der Richtlinie von „direkt oder indirekt, vollständig oder teilweise“ spricht, ist in § 4 VGG-E von „zumindest indirekt oder teilweise“ die

Rede. Hier sollte wenigstens in der Gesetzesbegründung klargestellt werden, dass eine „teilweise“ Beteiligung oder Beherrschung *jede auch noch so geringe* Beteiligung oder Beherrschung sein kann.

Kritisch sieht Bitkom auch den Wortlaut von § 3 Abs. 2 S.1 VGG-E, da hieraus – auch in Zusammenschau mit der Begründung zum VGG-E – nicht eindeutig klar wird, dass auch die Regelungen in §§ 9ff. VGG-E und §§ 34ff. VGG-E unmittelbar auf entsprechende abhängige Verwertungseinrichtung Anwendung finden. Eine entsprechende Klarstellung sollte in die Gesetzesbegründung aufgenommen werden.

1.2 Nutzer (§ 8 VGG-E)

§ 8 VGG-E definiert den Nutzer als die Person, die die tatbestandlichen urheberrechtlichen Handlungen vornimmt oder die Handlungen, die eine Vergütungspflicht auslösen. Es sollte klargestellt werden, dass auch Personen als „Nutzer“ im Sinne des Gesetzes zu behandeln sind, die eine Nutzungshandlung nur beabsichtigen. Gleiches gilt für diejenigen, die Nutzungshandlungen nicht selbst im Sinne der urheberrechtlichen Nutzungstatbestände vornehmen oder deren Nutzereigenschaft ungeklärt ist, die aber Vergütungspflichten erfüllen wollen. Aktuell werden im VGG-E unterschiedliche Termini verwendet. So bezieht sich § 34 VGG-E auf „jedermann“. Die für die Repertoireklärung und den Lizenzwerb essentiellen Informationsrechte nach §§ 36 und 55 VGG-E sind hingegen nur auf den „Nutzer“ beschränkt. Die Nutzerdefinition in § 8 VGG-E sollte deshalb auch diejenigen einschließen, die Rechte vorsorglich oder zu Gunsten Dritter erwerben oder Vergütungspflichten erfüllen wollen. Dies sollte auch im Interesse der Verwertungsgesellschaften liegen, da es die Rechtswahrnehmung auch für die Verwertungsgesellschaften erheblich erleichtert. So bestätigt es auch die jahrelange Gesamtvertragspraxis zwischen den Verwertungsgesellschaften und Bitkom: In diesen sind nicht nur „Nutzer“ i.S.d. § 8 VGG-E als Lizenznehmer oder Vergütungsschuldner definiert, sondern auch Dritte, die vorsorglich oder zu Gunsten Dritter Rechte erwerben oder Vergütungspflichten erfüllen.

Bezogen auf Hersteller und Importeure von Geräten und Speichermedien ist der Begriff des Nutzers und der Nutzervereinigungen, wie er neu im VGG-E eingeführt wurde, missverständlich und falsch: Hersteller nutzen selbst keine Leistungen nach dem Urheberrechtsgesetz. Vielmehr verhält es sich genau anders herum: Nach der gesetzlichen Konzeption und der Rechtsprechung des EuGH (vgl. EuGH „Opus“¹) greifen Verwertungsgesellschaften auf Hersteller und Importeure als Dritte und

¹ EuGH „Opus“, GRUR 2011, 909: „Die Richtlinie 2001/29/EG ist dahin auszulegen, dass der Endnutzer, der für seinen privaten Gebrauch die Vervielfältigung eines geschützten Werks vornimmt, grundsätzlich als Schuldner des in Abs. 2 Buchst. b vorgesehenen angemessenen Ausgleichs zu betrachten ist. Den Mitgliedstaaten steht es jedoch frei, eine Vergütung für Privatkopien zulasten der Personen einzuführen, die dem Endnutzer Anlagen, Geräte und Medien zur Vervielfältigung zur Verfügung stellen, da diese Personen die Möglichkeit haben, den Betrag der Vergütung in den vom Endnutzer entrichteten Preis für diese Zurverfügungstellung einfließen zu lassen.“

damit quasi als Inkasso-Unternehmen zu, damit diese von Verbrauchern Abgaben erheben, die den Schaden ausgleichen sollen, der Urhebern durch die Privatkopierschranke entsteht.

Deshalb sollte im VGG-E der Terminus „Vereinigungen“ und nicht „Nutzervereinigungen“ verwandt werden. Darüber hinaus ist eine klare Definition von „Vereinigungen“ erforderlich, die zwischen Nutzungsrechten und Abgabenverpflichtungen differenziert.

Wir schlagen folgende Formulierung vor:

§8 VGG-E

Nutzer; Vereinigungen

(1) Nutzer im Sinne dieses Gesetzes ist jede natürliche oder juristische Person, die Handlungen vornimmt, die der Erlaubnis des Rechtsinhabers bedürfen oder die die Zahlung einer Vergütung an den Rechtsinhaber bedingen. **Nutzer ist auch, wer vorsorglich und zu Gunsten Dritter Nutzungsrechte erwirbt oder Vergütungsansprüche erfüllt.**

(2) **Vereinigungen sind Zusammenschlüsse, deren Mitglieder nach dem Urheberrechtsgesetz geschützte Werke oder Leistungen nutzen oder zur Zahlung von Vergütungen nach dem Urheberrechtsgesetz verpflichtet sind.**

Die Terminologie „Vereinigungen“ müsste darüber hinaus im gesamten Gesetzesentwurf angepasst werden.

2 Rechte und Pflichten der Verwertungsgesellschaften (Teil 2)

Im gesamten Unterabschnitt 1 zu Verträgen und Tarifen ist entscheidend, im Gesetzeswortlaut nicht nur „Verwertungsgesellschaften“ sondern auch „Verwertungseinrichtungen“ zu nennen. Beim aktuellen Wortlaut besteht die Gefahr, dass sich die Verwertungseinrichtungen des Abschlusszwangs und einer Beteiligung am Gesamtvertrag verweigern.

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 nati-

onaler 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 aber 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 insoweit zu Recht auf §§ 11,12 UrhWG (jetzt § 35 VGG-E). 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. Auch sollte klargestellt werden, dass der Wert der beiderseits erbrachten Leistungen für die Frage zu berücksichtigen ist, ob überhaupt eine Vergütung zu zahlen ist und wenn ja, in welcher Höhe.

Hingegen unterstützt Bitkom den Versuch, durch den Regelungsvorschlag in § 34 Abs. 2 VGG-E die Verwertungsgesellschaften hinsichtlich „neuer Dienste“ von dem Gleichbehandlungsgebot zu befreien. Eine gänzliche Befreiung vom Abschlusszwang, wie § 34 Abs. 2 VGG-E aktuell interpretiert werden könnte, sehen wir jedoch als widersprüchlich zu einem der Hauptzwecke des Abschlusszwanges an. Denn mit dem Abschlusszwang soll nicht nur die Gleichbehandlung unter etablierten, vergleichbaren Diensten erreicht werden, sondern auch neue Dienste an ihrer Entwicklung nicht gehindert werden. Hier bedarf es einer Klarstellung des Wortlauts, dass sich § 34 Abs. 2 VGG-E tatsächlich nur auf das Gleichbehandlungsgebot bezieht.

Darüber hinaus sollte in § 34 Abs. 2 VGG-E entsprechend Art. 16 (2) der Richtlinie eine Formulierung im Plural gewählt werden („Anbieter von neuartigen Online-Diensten“), da dadurch klarer zum Ausdruck kommt, dass es nicht darauf ankommt, ob der konkrete Diensteanbieter seit weniger als drei Jahren tätig ist, sondern ob die *Art* des Dienstes in der EU seit weniger als drei Jahren angeboten wird.

Im Rahmen des § 34 VGG-E ist auch zu prüfen, ob die Regelung aus § 35 Abs. 2 S. 1 VGG-E (siehe dazu mehr unten) nicht auch für das in § 34 VGG-E geregelte bilaterale Vertragsverhältnis zwischen Verwertungsgesellschaft/-einrichtung und Nutzer gelten sollte. Denn das Problem der „split copyrights“ existiert auf beiden Ebenen – im Bereich der Gesamt- wie auch der Einzelverträge.

Formulierungsvorschlag für § 34 VGG-E:

§ 34

Abschlusszwang

(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~~.

(2) Die Verwertungsgesellschaft verstößt nicht bereits deshalb gegen ihre Verpflichtung ~~nach Absatz 1~~ **zur Gleichbehandlung**, weil sie die zwischen ihr und dem Anbieter eines neuartigen Online-Dienstes vereinbarten Bedingungen nicht auch einem anderen Anbieter eines Online-Dienstes gewährt. Neuartig ~~sind~~ **sind** Online-Dienste, die ~~der~~ seit weniger als drei Jahren der Öffentlichkeit in der Europäischen Union oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum zur Verfügung ~~stehen~~.

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 vom 10. Dezember 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 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 für einen wirtschaftlich einheitlichen Nutzungsvorgang bzw. ein zeitlich und wirtschaftlich-funktional zusammenhängendes Dienstangebot (z.B. so genannte

„Instant Restart“-Angebote etc.)) entgegen zu wirken. Auch wenn hierfür eigentlich eine Gesetzesänderung im materiellen Recht erforderlich wäre, führt dieser Regelungsvorschlag zumindest in der Praxis ein wenig mehr an den notwendigen „One-stop-Shop“ heran. Erforderlich ist allerdings eine Erstreckung des Regelungswortlauts auch auf *Verwertungseinrichtungen* (siehe dazu auch oben). Denn gerade diese spielen beim Auseinanderfallen der Rechte eine zentrale Rolle und sollen somit auch zur Verbesserung der Verkehrsfähigkeit im Interesse aller Marktteilnehmer, insbesondere auch der Rechteinhaber beitragen.

Nicht gerechtfertigt ist der Halbsatz in § 35 Abs. 2 S. 1 VGG-E („..., es sei denn....“), denn es ist nicht ersichtlich, welcher sachlich gerechtfertigte Grund dagegen sprechen sollte, einen Gesamtvertrag und Vergütungssatz für eine Nutzung anzuwenden, die mehrere Rechte erfordert. Selbst das LG München I und das OLG München (OLG München, 29. April 2010, 29 U 3698/09) bestätigen diese Auffassung. Die Einschränkung birgt die Gefahr, die gesamte Vorschrift praktisch ins Leere laufen zu lassen. Auch ist es nicht korrekt, in § 35 Abs. 2 S. 2 VGG-E von einer „zentralen Stelle“ zu sprechen. Hier sollte man der Terminologie des VGG-E folgen, um zu vermeiden, dass sich diese „zentralen Stellen“ dem Anwendungsbereich des VGG entziehen. Darüber hinaus muss in § 35 Abs. 2 VGG-E eine Klarstellung erfolgen, wonach vermutet wird, dass die Verwertungsgesellschaft oder die Verwertungseinrichtung, welche mit den Nutzern über entsprechende Rechte kontrahiert, alle betroffenen Rechteinhaber vertritt. Sofern einzelne Verwertungsgesellschaften/-einrichtungen ausscheren, muss eine Freistellung der Nutzer seitens der vertragsschließenden Stelle erfolgen.

Nach all dem schlägt Bitkom folgende Anpassungen des §35 VGG-E vor:

§ 35

Gesamtverträge

(1) Die Verwertungsgesellschaft/**-Einrichtung** ist verpflichtet, über die von ihr wahrgenommenen Rechte mit ~~Nutzervereinigungen~~ **Vereinigungen** einen Gesamtvertrag zu angemessenen Bedingungen abzuschließen, es sei denn, der Verwertungsgesellschaft/**-Einrichtung** ist der Abschluss des Gesamtvertrags nicht zuzumuten, insbesondere weil ~~die Nutzervereinigung~~ **die Vereinigung** eine zu geringe Mitgliederzahl hat.

(2) Erfordert eine Nutzung **oder mehrere Nutzungen von unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang in einem funktional-wirtschaftlich einheitlichen Dienstangebot** die Rechte von mehr als einer Verwertungsgesellschaft/**-Einrichtung**, so sind die beteiligten Verwertungsgesellschaften/**-Einrichtungen** auf Verlangen ~~einer Nutzervereinigung~~ **einer Vereinigung** verpflichtet, gemeinsam einen Gesamtvertrag mit ihr abzuschließen, ~~es sei denn, es besteht ein Grund, der die Ablehnung eines gemeinsamen Vertragsschlusses sachlich rechtfertigt.~~ **und sie hinsichtlich Ansprüche Dritter freizu-**

stellen. Auf Verlangen der Nutzervereinigung der Vereinigung ist in dem Gesamtvertrag eine zentrale Stelle **Verwertungseinrichtung** zu benennen. Die zentrale Stelle **Verwertungseinrichtung** ist zuständig für die Durchführung des Gesamtvertrags und sämtlicher Verträge über die Nutzung, die Gegenstand des Gesamtvertrags ist, einschließlich der Abrechnung und der Einziehung der Vergütung.

An dieser Stelle sei noch ein weiteres, im Kontext zu Gesamtverträgen stehendes Problem angesprochen:

Sorgen Verwertungsgesellschaften bei Gesamtverträgen zu urheberrechtlichen Abgaben für Geräte und Speichermedien nicht für eine effektive Marktdurchsetzung, kommt es zwangsläufig zu Wettbewerbsverzerrungen. Bitkom fordert daher, bei bestehenden Gesamtverträgen zu urheberrechtlichen Abgaben für Geräte und Speichermedien die Verpflichtung der Verwertungsgesellschaften zur Markterfassung zu erhöhen. Dies ließe sich z.B. realisieren durch eine Verpflichtung, eine „Whitelist“ der zahlenden Unternehmen zu veröffentlichen (vorausgesetzt hiergegen sprechen keine mit den Unternehmen vereinbarte Vertraulichkeitsvereinbarungen) und zugleich Auskunft zu geben, welche Maßnahmen gegen nichtzahlende Marktteilnehmer ergriffen werden. Ein konkreter Formulierungsvorschlag wird bei § 56 VGG-E unterbreitet (s.u.).

2.3 Verhandlungen (§ 36 VGG-E)

Für eine angemessene Tarifaufstellung ist es essentiell, dass nach Treu und Glauben mit allen für die Verhandlungen notwendigen Informationen verhandelt wird. Hierfür sorgt § 36 VGG-E. Allerdings halten wir es darüber hinaus für angebracht, eine Tarifaufstellung unter die Bedingung von Verhandlungen zu stellen (siehe unsere Stellungnahme zu § 38 VGG-E). Nur so lässt sich das Problem der „Mondtarife“ verhindern.

Es ist auch richtig, in § 36 Abs. 1 VGG-E die Informationspflichten im Rahmen von Verhandlungen nicht näher zu konkretisieren. Eine nähere Bestimmung wäre unseres Erachtens nicht nur falsch, sondern auch nicht möglich. Offensichtlich wird dies allein schon mit Blick auf den zeitlichen Ablauf zur Tarifaufstellung und Verhandlung – zumindest im Bereich der Online-Nutzung, in der immer wieder neue Geschäftsmodelle auf den Markt kommen und damit auch neue Vergütungsmodelle entwickelt werden müssen:

Bestenfalls treten die Verwertungsgesellschaften vor Tarifaufstellung in Verhandlungen mit den Vereinigungen. Zu diesem Zeitpunkt ist häufig noch unklar, wie eine bestimmte neue Nutzung gegenüber den Verwertungsgesellschaften vergütet werden soll und welche Informationen die Verwertungsgesellschaften zur Berechnung ihres (oft noch gar nicht veröffentlichten) Tarifs und/oder zur Verteilung der Einnahmen an die Mitglieder tatsächlich benötigen.

Als anschauliches Beispiel sind die Musikrechte für Video-on-Demand-Angebote (VoD) zu nennen, die in den letzten Jahren zwischen der GEMA und Bitkom verhandelt wurden. Hier war und ist weiterhin die Meldeproblematik sehr komplex. Über viele der von der GEMA ursprünglich geforderten Informationen zur Nutzung der im Rahmen von VoD enthaltenen Musik (z.B. detaillierte Informationen zu den berechtigten Urhebern, Bearbeitern und Verlagen) verfügen die Anbieter überhaupt nicht, weil sie weder öffentlich zugänglich sind, noch von ihren Lizenzgebern (z.B. den Studios) bereitgestellt werden. Und wenn der tatsächlich seltene Fall eintritt, dass von den Studios Daten geliefert werden (so genannte „cue sheets“), dann liegen sie nicht in einem standardisierten und maschinenverarbeitbaren Format vor. Wenn die Nutzer versuchen, die Studios im Lizenzvertrag zur Lieferung der Daten zu verpflichten, scheitern die Vertragsverhandlungen regelmäßig daran, dass die Studios entsprechende Meldungen nicht übernehmen wollen oder können. Hinzu kommen in diesem Bereich rechtliche Besonderheiten u.a. aus dem angloamerikanischen Rechtsraum (z.B. bei so genannter „work made for hire“ und „buy out“), die komplexe rechtliche Fragen zum Wahrnehmungsumfang der GEMA und ihren daraus resultierenden Informationsansprüchen aufwerfen. Lösungen in Bezug auf konkrete Informations- und Meldepflichten lassen sich in solchen komplexen Fällen nicht abstrakt, sondern nur individuell im jeweils einschlägigen Werk- und Nutzungsbereich in intensiver Zusammenarbeit der betroffenen Parteien entwickeln.

Ein weiteres Problem, das sich in diesem Zusammenhang stellt, ist, dass die nötigen musikalischen Urheberrechte für Musikdienste nicht mehr alle von der GEMA für die Nutzung in Deutschland lizenziert werden (keine Weltrepertoirelizenz mehr), sondern von verschiedenen Gesellschaften und Firmen (SOLAR, PEDL, SACEM etc.). Daraus resultiert, dass es für die Nutzer extrem schwierig ist, herauszufinden, welche Gesellschaft welche Urheberrechte wahrnimmt (welche Urheber, Werke, Werkanteile bei „split copyrights“, welche Rechte eigentlich (Vervielfältigung und/oder öffentliche Zugänglichmachung) und an wen, welche Daten zu übermitteln sind. Für VoD-Dienste wäre eine solche Fragmentierung ohne entsprechende Repertoiredaten noch schwieriger administrierbar.

Viele der von den Organisationen zur kollektiven Rechtswahrnehmung gewünschten Informationen zur Nutzung sind wie oben dargestellt für die Rechtenutzer nicht zugänglich. Lösungen lassen sich deshalb nur durch intensive Zusammenarbeit aller beteiligten Parteien entwickeln.

Unabhängig davon halten wir eine konkretere nationale Regelung auch deshalb für verfehlt, weil es hierzu keine EU-weite einheitliche Regelung gibt (und aus den vorgenannten Gründen auch nicht geben kann). Gerade bei gebietsübergreifenden Angeboten können nationale und damit individuelle Anforderungen an Information und Datenanalyse in der Regel nicht, oder wenn, mit nicht vertretbarem Aufwand in die Datensysteme eingepflegt werden.

Was jedoch immer Richtwert und damit wichtige Information für die Verhandlungen sein dürfte, sind vergleichbare Tarife in anderen europäischen Ländern oder aber nationale Tarife für vergleichbare Nutzungen. Diese sollten von Seiten der Verwertungsgesellschaften grundsätzlich offengelegt werden.

2.4 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 Einigungsdruck 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 individuellem 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 § 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 Verwertungsgesellschaft-

tengesetzes 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“). 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“).

2.5 Tarife (§ 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 ver-

² 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/I/I_02357/fname_304994.pdf.

pflichtet werden, einen gemeinsamen Tarif aufzustellen. § 38 Abs. 2 VGG-E müsste zu diesem Zweck durch einen neuen Satz 2 wie folgt ergänzt werden:

Erfordert eine Nutzung die Rechte von mehr als einer Verwertungsgesellschaft, so sind die beteiligten Verwertungsgesellschaften/-Einrichtungen verpflichtet, gemeinsam einen Tarif aufzustellen.

Nicht zustimmen kann Bitkom der in § 38 Abs. 3, 2. HS VGG-E aufgenommenen Ergänzung und auch Neuerung im Vergleich zum bisherigen § 13 UrhWG, 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 Rechteinhaber entstehen, nicht durch eine diesbezügliche Erhöhung der Tarife auf die Nutzer abgewälzt werden.

Die erweiterte Regelung zur Tarifaufstellung in § 38 Abs. 5 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 § 39 VGG-E). Denn nur so können „Mondtarif“ 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 Tariferneuerung oder -Ergänzung 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 Tarife für Geräte und Speichermedien (§ 39 VGG-E)

Bevor Tarife der Verwertungsgesellschaften zu Geräten und Speichermedien 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 Referentenentwurf 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.

Das Vorliegen von neutralen und objektiven empirischen Untersuchungen führt jedoch leider nicht dazu, dass zügiger Lösungen herbeigeführt werden. Der Hauptgrund für das häufige Scheitern der Verhandlungen und die jahrelangen (Gerichts-)Verfahren sind die beiden noch ungeklärten Fragen:

- 1) Entsteht dem Urheber durch die private Vervielfältigung überhaupt ein Schaden und wenn ja in welcher Höhe?
- 2) Nach welcher Berechnungsmethodik ist ein entstehender Schaden auszugleichen? (Näheres hierzu weiter unten)

Das bisherige System führte in der Vergangenheit zur Praxis der Verwertungsgesellschaften, Maximalforderungen aufzustellen, um sich gegenüber ihren Wahrneh-

mungsberechtigten 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 ausgeteilten oder verhandelten Sätze im Durchschnitt 50%-70% **unterhalb** der veröffentlichten Tarife.

Daher sollten die Ergebnisse der empirischen Untersuchungen von einer neutralen Stelle – wie etwa der Bundesnetzagentur – geprüft und anschließend von dieser ein Tarif-Vorschlag unterbreitet werden, der bei der Tarifaufstellung durch die Verwertungsgesellschaften als Empfehlung zu berücksichtigen ist.

Es bedarf schließlich der Klarstellung, dass die Regelung des § 39 Abs. 1 S. 1 VGG-E (Verweis auf § 54a UrhG) abschließend ist und kein Rückgriff auf § 38 Abs. 2 S. 1 VGG-E (Berechnungsgrundlage geldwerte Vorteile) möglich ist.

Formulierungsvorschlag:

§ 39 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 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. 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.**

Regelungen bei einseitiger Tarifaufstellung

Sollte man sich gegen die Bildung einer unabhängigen Kommission entscheiden, müsste der Gesetzgeber selbst Antworten auf die beiden oben gestellten Fragen geben:

1) zum Schaden des Urhebers: Der EuGH hat in seinem „Padawan“-Urteil (Urteil vom 21.10.2010, Rs C-468/08, abgedruckt in: GRUR 2011, 50) ausgeführt, dass der „gerechte Ausgleich“ die Gegenleistung für den Schaden darstellt, der dem Urheber durch die nicht genehmigte Vervielfältigung seines geschützten Werkes entsteht. Ein Schaden entsteht dem Urheber jedoch nur, wenn ihm durch die erlaubte Privatkopie Erlöse aus dem Verkauf entgehen, die bei einem entsprechenden Verbot der Privatkopie erzielt werden könnten. Es wird selbst bei empirischer Betrachtung der Nutzung in keiner Weise der potenzielle Schaden des Urhebers ermittelt. Dementsprechend müsste konkret untersucht werden, ob durch die Anfertigung von einer, fünf oder zehn Kopien (etwa über verschiedene Speichermedien und Geräte hinweg) die Gefahr der Substitution für den Urheber besteht. Erst wenn der Verbraucher aufgrund der Möglichkeit der Privatkopie tatsächlich auf den Kauf eines urheberrechtlich geschützten Werkes verzichtet, entsteht für den Urheber ein konkreter Schaden, der zu kompensieren wäre.

2) zur Berechnungsmethodik: Wurde festgestellt, dass dem Urheber ein konkreter Schaden durch die erlaubte Privatkopie entsteht, ist in einem zweiten Schritt der Frage nachzugehen, wie der Schaden auszugleichen ist. Insofern muss festgestellt werden, wie hoch die urheberrechtlich relevante Nutzung bei Geräten und Speichermedien tatsächlich ist und welche konkrete Abgabe daraus jeweils abgeleitet werden kann. Zu berücksichtigen ist hierbei die verstärkte Nutzung von Streaming-Diensten, die eine Reduzierung von Privatkopien herbeiführt. Zudem bedarf bei multifunktionalen Geräten (z.B. PC, Smartphone, Fernseher etc.) einer konkreten Bewertung der Kopierfunktion im Vergleich zu den weiteren Funktionen. Insofern kann z.B. bei einem Fernseher mit integrierter Festplatte, der 5.000 € kostet, die Abgabe nicht einfach ein bestimmter Prozentsatz vom Gesamtpreis sein. Vielmehr kommt es auf die konkrete Nutzung der Kopierfunktion im Verhältnis zu den weiteren Funktionen des Geräts an.

Erforderlich ist aus Sicht des Bitkom des Weiteren eine Klarstellung, dass Tarife nicht mit Wirkung für die Vergangenheit aufgestellt werden dürfen. Es wird auf die Ausführungen zu § 107 VGG-E verwiesen. Ein solches Verbot entspräche sogar dem Grundanliegen der hiesigen Gesetzgebung, die Verfahren und Streitigkeiten schneller und effizienter zu gestalten. Denn eine derartige Regelung würde die Verwertungsgesellschaften in dem erforderlichen Maße motivieren und anhalten, zügig Tarife aufzustellen.

Formulierungsvorschlag:

§ 40 VGG-E

Zeitlicher Anwendungsbereich von Tarifen

Tarife nach § 38 und § 39 gelten frühestens zum Beginn des übernächsten Quartals nach ihrer Veröffentlichung.

2.7 Auskunftspflicht der Nutzer (§ 41 VGG-E)

Mit § 41 VGG-E soll eine Auskunftspflicht der Nutzer eingeführt werden. In der Gesetzesbegründung hierzu wird die Änderung damit gerechtfertigt, dass auch jetzt schon alle Nutzer eine vertragliche Auskunftspflicht haben. Deshalb bedarf es im Wortlaut des § 41 VGG-E auch einer Klarstellung, dass sich die Auskunftspflicht nur auf Vertragsverhältnisse und auch nur auf die vertraglich erlaubten Nutzungen bzw. das umfasste Repertoire bezieht. Auskünfte über die Nutzungen, die der Einziehung, Verteilung und Ausschüttung von Lizenzeinnahmen (vgl. Art. 17 der Richtlinie) dienen, werden regelmäßig in Gesamtverträgen in einer für beide Gesamtvertragspartner akzeptablen und sinnvollen Form vereinbart. Sie sind typischer Teil der Leistungen der Vereinigungen zur Verwaltungs- und Vertragsvereinfachung. Ihr Inhalt muss zwischen den Parteien ausgehandelt und näher bestimmt werden. Diese Verpflichtungen eignen sich daher nicht zur einseitigen Festsetzung. Das fordert auch Art. 17 der Richtlinie nicht, der mit § 41 VGG-E umgesetzt werden soll. Nach der Richtlinie ist eine Ausgestaltung der Auskunftspflichten im Verhandlungswege ausdrücklich zulässig („[...] innerhalb von vereinbarten [...] Fristen und [...] Formaten“).

Außerhalb von Vertragsverhältnissen kann es nur bei dem allgemeinen, auf § 242 BGB beruhenden Auskunftsanspruch bleiben. Denn gerade bei neuen Diensten, für die noch kein Nutzungsvertrag geschlossen werden konnte, ist der Umfang der Auskunft meist streitig.

Formulierungsvorschlag:

§ 41

Auskunftspflicht der Nutzer

(1) Die Verwertungsgesellschaft kann von einem Nutzer, **dem sie Nutzungsrechte einräumt**, Auskunft über die Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke und sonstiger Schutzgegenstände verlangen, an denen sie die Rechte wahrnimmt, soweit die Auskunft für die Einziehung der Einnahmen aus den Rechten und deren Verteilung erforderlich ist. Dies gilt nicht, soweit dem Nutzer die Erteilung der Auskunft nur mit

unangemessen hohem Aufwand möglich ist. Nutzer, die als Verbraucher handeln, sind nicht zur Auskunft verpflichtet.

2.8 Meldepflicht der Nutzer (§ 42 VGG-E)

Streitigkeiten zur Auslegung von § 42 VGG-E würden vermieden, wenn man, entgegen der bisherigen Regelung im UrhWG, die Meldepflicht positiv formuliert und auf die Fälle des § 19 UrhG beschränkt. In der jetzigen Form ist die Negativliste in § 42 Abs. 1 S. 2 VGG-E nicht vollständig, sondern müsste durch die Wiedergabe durch öffentliche Zugänglichmachung im Sinne von § 19a UrhG ergänzt werden.

2.9 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 Rechtewahrnehmung, wie sie in § 48 VGG-E eins zu eins aus § 13c UrhWG 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.

2.10 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. Bei Änderungen des Repertoires sollte es ebenfalls eine entsprechende Informationspflicht der Verwertungsgesellschaft gegenüber dem Einzelvertragspartner/Nutzer geben. So sollten Verwertungsgesellschaften verpflichtet sein, den Einzelvertragspartnern konkret anzuzeigen, welches Repertoire wann von der Rechtewahrnehmung durch die Verwertungsgesellschaft entzogen wird. Hier bedarf es einer entsprechenden Ergänzung in § 55 Abs. 1 Nr. 1 VGG-E:

§ 55

Informationen zu Werken und sonstigen Schutzgegenständen

(1) Die Verwertungsgesellschaft informiert die Verwertungsgesellschaften, für die sie auf der Grundlage einer Repräsentationsvereinbarung Rechte wahrnimmt, die Rechtsinhaber und die Nutzer jeweils auf begründete Anfrage unverzüglich, kostenlos und elektronisch mindestens über:

1. die Werke oder sonstigen Schutzgegenstände sowie die Rechte, die sie unmittelbar oder auf Grundlage von Repräsentationsvereinbarungen wahrnimmt, und die jeweils umfassten Gebiete **und über die Werke, die während der Vertragslaufzeit der kollektiven Rechtewahrnehmung entzogen werden** oder

[...]

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).

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

Der bisherige § 13a Abs. 2 UrhWG ist in das VGG aufzunehmen. Des Weiteren sollten die Verwertungsgesellschaften bei bestehenden Gesamtverträgen 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.

Für die mögliche Form eines solchen Registers wird beispielhaft auf das [Batteriegesetz-Melderegister](#) verwiesen.

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 zur Vergütungspflicht für Geräte und Speichermedien beigetreten sind, 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,

[...]

2.12 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 einzelнем 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 Musikkonzessen 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 zur begrüßen ist. Trotzdem wird es in der Praxis immer nur eine Verwertungsgesellschaft bzw. einen Zusammenschluss geben, der die Rechte wahrnimmt. Die Gründung des Joint Venture 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 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).

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.

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 seit dem 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)

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, das der Richtlinienvorschlag vorsieht, 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. Neben der paneuropäischen Lizenzmöglichkeit sollte daher rein national operierenden Rechtenutzern auch die Möglichkeit eingeräumt werden, eine rein nationale Lizenz zu erwerben (sog. nationale blanket license), wie es bislang üblich war und im VoD-Bereich noch üblich ist. 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 § 38 Abs. 5 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 der abhängigen Verwertungseinrichtungen von der Erlaubnispflicht gemäß § 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.

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 gebietsübergreifend Online-Rechte an Musikwerken vergibt, und Anbietern von Online-Diensten, Rechteinhabern 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 Schiedsstellenverfahren hat erhebliche Bedeutung für die nachfolgenden Gerichtsentscheidun-

gen (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, dass 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 wurden im aktuellen Referentenentwurf 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. Inhaltli-

che 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 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 vorgesehenen 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 Notwendigkeit 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

Keine faktische Notwendigkeit

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.

Im Juli 2015 haben sich Industrie und die Verwertungsgesellschaften auf einen Vergleich für Drucker für den Zeitraum 2001 bis 2007 geeinigt. Nach Kenntnis von Bitkom gibt es hier keine drohenden Ausfälle aufgrund von Insolvenzen.

Allerdings ist durchaus denkbar, dass Verwertungsgesellschaften mögliche Ansprüche verloren gehen. Dies beruht aber auf der Tatsache, dass Verwertungsgesellschaften oft nur einen Teil des Marktes erfassen, was v.a. Wettbewerbsverzerrungen verursacht. Die mangelnde Markterfassung kann aber nicht durch Sicherungsmittel abgefangen bzw. als Rechtfertigung für solche angeführt werden. Des Weiteren 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. § 54 b 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.).

Eine Sicherheitsleistung würde den Prozess auch nicht beschleunigen, sondern aufgrund der dadurch zwangsläufig stattfindenden zusätzlichen Verfahren vor der Schiedsstelle und den Gerichten zu einer weiteren Lähmung führen. 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“.

Keine rechtliche Notwendigkeit

Es besteht auch aus rechtlicher Sicht keine Notwendigkeit zur Einführung eines derartigen Konstrukts. Der Referentenentwurf begründet die Notwendigkeit einer Sicherheitsleistung mit dem „besonderen Schutzbedürfnis der Gläubiger des Vergütungsanspruchs“ der dadurch entstehe, dass „zwischen dem Inverkehrbringen der jeweiligen Geräte und Speichermedien und der Aufstellung des entsprechenden Tarifs regelmäßig erhebliche Zeit“ vergehe. Diese Annahme ist aus mehreren Gründen verfehlt:

1. Ein Schutzbedürfnis kann erst bestehen, wenn der Anspruch beziffert ist. Erst mit Durchführung der erforderlichen empirischen Untersuchungen besteht die Möglichkeit zu sagen, ob überhaupt und wenn ja in welcher Höhe ein Anspruch besteht.
2. Zudem besteht mit Inverkehrbringen nicht etwa ein „Rechtstitel“ der Verwertungsgesellschaften. Dieser besteht erst mit Abschluss des gerichtlichen Verfahrens. Bis zu diesem Zeitpunkt greifen die üblichen Vorschriften (z.B. der Sicherung von Ansprüchen) der Zivilprozessordnung.
3. Ein Schutzbedürfnis scheidet bereits dadurch aus, da es unzulässig ist, wenn Verwertungsgesellschaften zeitlich vor Aufstellung des Tarifs Vergütungen fordern könnten. Die Regelungen des Referentenentwurfs legen die Frage der Vergütung vollständig in die Hände der Verwertungsgesellschaften. Es besteht keine Pflicht mehr mit Verbänden zu verhandeln, Verwertungsgesellschaften sind ausschließlich antragsberechtigt, um ein Verfahren nach § 93 VGG-E (empirische Untersuchungen) zu veranlassen. Nach den Vorgaben des EuGH müssen Hersteller und Importeure die finanzielle Last der Abgaben dem Nutznießer der gesetzlichen Schranke des § 53 UrhG – also dem Verbraucher – aufbürden. Erst ab dem Zeitpunkt der Veröffentlichung können die Hersteller und Importeure das Risiko abwägen und entsprechend Preise kalkulieren und letztendlich die Abgabe bei der Preisgestaltung berücksichtigen.

5.8.2 Unzulässigkeit des § 107 VGG-E (Sicherheitsleistung)

Selbst wenn man die Notwendigkeit einer Sicherheitsleistung annehmen würde, müsste diese verfassungskonform ausgestaltet sein. Dies ist in der derzeitigen Fassung aus verschiedenen Gründen nicht der Fall.

Der Entwurf sieht momentan die Möglichkeit vor, dass die Schiedsstelle Verfahren gem. § 103 VGG-E aussetzt, „wenn zu erwarten ist, dass ein anderes bei ihr anhängiges Verfahren von Bedeutung für den Ausgang des Verfahrens sein wird.“ Diese Regelung erscheint sachgerecht, um ein zügiges Vorankommen zu gewährleisten, welches auch im Sinne der betroffenen Hersteller und Importeure ist. Höchst problematisch dagegen erscheint die Regelung des § 107 Abs. 1 S. 2 VGG-E. Nach dieser Vorschrift „soll“ die Anordnung einer Sicherheitsleistung durch die Schiedsstelle erfolgen, wenn das Verfahren nach § 103 VGG-E ausgesetzt wurde. Nur in Ausnahmefällen kann die Schiedsstelle dementsprechend von einer Anordnung absehen. Zur Begründung wird im Referentenentwurf ausgeführt, dass „die Anordnung der Sicherheitsleistung wegen der durch die Aussetzung bedingten zusätzlichen Verzögerung regelmäßig veranlasst sein“ wird. Allein die Dauer des Verfahrens wird folglich zur Rechtfertigung einer Sicherheitsleistung genommen. Der Schuldner hat aber überhaupt keinen Einfluss darauf, ob ein Verfahren durch die Schiedsstelle ausgesetzt wird. Dies wäre ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Berufsfreiheit der betroffenen Unternehmen. Ein reiner Sicherungszweck kann nämlich allenfalls dann als legitimer gesetzgeberischer Zweck anerkannt werden, wenn er strikt auf die Fälle

beschränkt wird, in denen es überhaupt ein greifbares Sicherungsbedürfnis gibt. Hieran fehlt es offensichtlich.

Diese Regelung eröffnet den Verwertungsgesellschaften zudem Tür und Tor, um das Instrument für sachfremde Zwecke einzusetzen. Verwertungsgesellschaften haben hierdurch die Möglichkeit gegen hunderte von Importeuren und Herstellern Verfahren nach § 92 Abs. 1 Ziff. 2 VGG-E einzuleiten und dort einen Antrag auf Anordnung einer Sicherheitsleistung nach § 107 VGG-E zu stellen. Die Schiedsstelle müsste alle Verfahren wegen Vorgeiflichkeit gem. § 103 VGG-E aussetzen und wäre sodann gezwungen, die beantragte Sicherheit (z.B. Hinterlegung des veröffentlichten Tarifs) anzuordnen. Im Ergebnis würde damit aber keine Absicherung gegen einen Forderungsausfall stattfinden, vielmehr würden Verwertungsgesellschaften die Anordnung einer Sicherheitsleistung in Verhandlungen in unzulässiger Weise als Druckmittel einsetzen. Dieses stünde im massiven Widerspruch zum gesetzlich vorgesehenen Modell der Selbstregulierung.

Auch bei Verfahren, die nicht die Aussetzung betreffen, kann die Schiedsstelle auf Antrag der Verwertungsgesellschaften eine Sicherheitsleistung anordnen. Über Art und Höhe der Sicherheitsleistung entscheidet sie gem. § 107 Abs. 3 VGG-E zudem nach billigem Ermessen. Diese Regelung, die gravierende wirtschaftliche Folgen nach sich zieht, ist in der vorliegenden Form ebenfalls unzulässig. Denn sie erfüllt in dieser Ausgestaltung nicht die Anforderungen an die Bestimmtheit einer Norm. Auch mangelt es bei dieser Regelung an der Beschränkung auf die Fälle, in denen es ein greifbares Sicherungsbedürfnis gibt und damit an einer verfassungskonformen Ausgestaltung.

5.8.3 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 wie zuvor beschrieben 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, 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. Bei derzeit bestehenden Forderungen der Verwertungsgesellschaften von ca. einer Milliarde Euro pro Jahr für urheberrechtliche Abgaben (überwiegend einseitig veröffentlichte Tarife) würde dies jährliche Bürgschaftskosten von ca. 20 Millionen Euro jährlich bedeuten, was schlicht „verbranntes Geld“ wäre. Diese jährlichen Gebühren fließen nur den Banken und nicht den Urheber zu.

Soweit sich die Anordnung der Sicherheitsleistung als von Anfang an ungerechtfertigt erweist, zum Beispiel weil der zu sichernde Anspruch nicht oder nicht in der geltend gemachten Höhe bestand, steht dem Antragsgegner nach dem Entwurf gem. § 108 VGG-E ein Anspruch auf Schadensersatz zu. Dies ist zunächst als sachgerecht zu bewerten. Allerdings dürfte es hierzu weitere Verfahren geben bzw. sogar die vertragliche Einigung behindern, da Verwertungsgesellschaften nicht bereit sein werden, unter die von Ihnen beantragten Abgabenhöhen zu gehen um zu vermeiden, dass sie die Kosten für die Sicherheitsleistung als Schadensersatzzahlung nach Abschluss eines Vertrages an die Marktteilnehmer ganz oder anteilig zurückzahlen müssten. Der Plan des Gesetzgebers, Verhandlungen und Streitigkeiten zur Privatkopievergütung schneller, effizienter und einfacher zu gestalten wäre hierdurch vollständig konterkariert.

Das Instrument der Sicherheitsleistung würde kleine, mittelständische und große Unternehmen gleichermaßen belasten. Nachgelagerte Schadensersatzansprüche helfen nicht mehr, wenn die aufzubringenden Sicherheitsleistungen zuvor die Geschäftstätigkeit des Unternehmens ruiniert haben. In vielen Fällen dürfte es zu einem Marktaustritt und einem entsprechenden Abbau an Arbeitsplätzen kommen.

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.

Um eine Wettbewerbsgleichheit herzustellen müssten die Verwertungsgesellschaften grundsätzlich gegen alle auf dem Markt befindlichen Hersteller und Importeure (deren Anzahl schätzungsweise im fünfstelligen Bereich liegt) ein Verfahren vor der Schiedsstelle einleiten und eine Sicherheitsleistung anordnen lassen. Die Schiedsstelle wäre in einem solchen Fall sicher hoffnungslos überlastet – die Kapazitäten müssten um das 20-30fache erhöht werden (ca. 30 Kammern bilden, bei derzeit einer bestehenden Kammer).

5.8.4 Konsequenzen für die Ausgestaltung der Regelung

Bitkom sieht aus oben genannten Gründen weder die Notwendigkeit für eine Regelung einer Sicherheitsleistung, noch hält er es verfassungsrechtlich für haltbar. Sofern jedoch ein Sicherungsbedürfnis gesehen wird, muss die Regelung auf konkrete Fälle beschränkt werden, um den geschilderten Kollateralschaden zu verhindern. Die Beschränkung muss in zweierlei Hinsicht erfolgen:

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

Hieraus folgt bereits, dass die Soll-Regelung in § 107 Absatz 1 Satz 2 VGG-E ersatzlos gestrichen werden muss.

Beschränkung bei der Anordnung dem Grunde nach

Ein reiner Sicherungszweck kann allenfalls dann als legitimer gesetzgeberischer Zweck zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Eingriffs in die Berufsfreiheit 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.

Der Gesetzgeber muss deshalb in § 107 Absatz 1 VGG-E ausdrücklich klarstellen, dass Anordnungen nach Satz 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.

Für die von der Schiedsstelle festzustellenden Anhaltspunkte der konkreten Insolvenzgefahr könnten die Regelungen zum Arrest herangezogen werden. Das Zivilprozessrecht sieht die Möglichkeit vor, zugunsten des titellosen Gläubigers (vergleichbar der hiesigen Situation) den dinglichen Arrest über das Vermögen des Schuldners anzuordnen. Das anordnende Gericht prüft, ob die Voraussetzungen eines Anordnungsgrundes gem. § 917 ZPO vorliegen. Der dingliche Arrest findet demgemäß statt, wenn zu besorgen ist, dass ohne dessen Verhängung die Vollstreckung des Urteils vereitelt oder wesentlich erschwert werden. Ein solcher Zugriff kommt aber nur in Betracht, wenn das der Gesamtheit der Gläubiger zur Verfügung stehende Schuldnervermögen durch Abflüsse – und nicht nur durch Umschichtungen, etwa zur Tilgung von Verbindlichkeiten des Schuldners – verringert zu werden droht; dass solche Veränderungen unmittelbar bevorstehen oder jedenfalls noch nicht abgeschlossen sind, muss durch konkrete Tatsachen vorgetragen werden. In den Anwendungsbe- reich des dinglichen Arrestes gehören z.B. Vereitelungshandlungen des Schuldners wie etwa Verschleuderung oder Beiseiteschaffen von Vermögen; Verschleierung der Vermögenslage, z.B. durch Falschauskunft.

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

- (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 Urheber-

rechtsgesetzes 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 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)

6.1 Übergangsvorschriften für die Verfahren vor der Schiedsstelle (§ 139 Abs. 1 VGG-E)

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. 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.

7 Sonstiges

- Mit dem aktuell in § 12 Abs. 1 VGG-E vorgeschlagenen Wortlaut bleibt unklar, ob der Berechtigte auch Rechte für einzelne Nutzungsarten der Verwertungsgesellschaft entziehen kann oder aber für ein Recht (z.B. § 19a)-Rechte) einheitlich entscheiden muss. Dieses daraus resultierende Diskussionspotential sollte im Vorfeld durch Klarstellung im Gesetz vermieden werden.
- Der Verteilungsplan, den die Verwertungsgesellschaften nach § 56 Abs. 1 Nr. 6 VGG-E veröffentlichen müssen, sollte gemäß den Vorgaben aus § 68 VGG-E hinsichtlich der Online-Rechte für Musikwerke so transparent sein, dass ersichtlich ist, für welche Nutzung welche Berechtigten welche Erlöse erhalten haben.
- Gemäß § 67 VGG-E sollen die Verwertungsgesellschaften geeignete Regelungen vorsehen, nach denen der Anbieter eines Online-Dienstes die Abrechnung beanstanden kann. Sehr häufig muss z.B. von Seiten der Anbieter beanstandet werden, dass für ein Musikwerk von der Summe aller Lizenzgeber mehr als 100 % beansprucht wird (so genannte „claim disputes“). Auch für die Klärung derartiger „claim disputes“ sollten die Verwertungsgesellschaften geeignete Regelungen vorsehen.
- In § 86 Abs. 1 VGG-E sollte auch der Sachverhalt geregelt werden, dass die Verwertungsgesellschaft keine Aufsichtsbehörde hat.