

Stellungnahme

**Zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie
2014/26/EU über die kollektive Wahrnehmung von Urheber- und
verwandten Schutzrechten und die Vergabe von Mehrgebietslizenzen für
Rechte an Musikwerken für die Online-Nutzung im Binnenmarkt sowie zur
Änderung des Verfahrens betreffend die Geräte- und
Speichermedienvergütung
(VG-Richtlinie-Umsetzungsgesetz)**

(Stand 10.8.2015)

Einleitung

Die Bundesvereinigung der Musikveranstalter e.V. (BVMV) ist die älteste und größte Nutzervereinigung Deutschlands. Sie vertritt die Interessen von mehr als 200.000 musiknutzenden Betrieben und schließt für diese seit vielen Jahrzehnten Gesamtverträge mit Verwertungsgesellschaften ab.

Im April 2014 ist die EU-Richtlinie über die kollektive Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten in Kraft getreten. Sie muss von den Mitgliedsstaaten bis zum 16.4.2016 in nationales Recht umgesetzt werden. Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz hat mit Schreiben vom 17.6.2015 den Referentenentwurf eines VG-Richtlinie-Umsetzungsgesetzes vorgelegt und um Stellungnahme bis zum 14.8.2015 gebeten.

Die BVMV, zu deren Mitgliedsverbänden u.a. der Deutsche Hotel- und Gaststättenverband (DEHOGA), der Handelsverband Deutschland (HDE), die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände, der Europäische Verband der Veranstaltungszentren (EVVC) gehören, bedankt sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

1. Vorbemerkungen zum Entwurf

Zu Recht behält der Entwurf zum VGG die wesentlichen Regelungsprinzipien des Wahrnehmungsgesetzes (UrhWG) bei und schreibt sie konsequent fort. Dazu gehören etwa die Erlaubnispflicht für Verwertungsgesellschaften, die Wahrnehmungs- und Abschlusspflichten und die Aufgaben der Aufsicht und Schiedsstelle. Ein nach wie vor zentrales Regelungsanliegen des Wahrnehmungsrechts sollte dabei deutlicher zum Ausdruck kommen: **Das Ziel, die Kartell- und Monopolmacht bei der kollektiven Rechtswahrnehmung zu kontrollieren.**

Die Begründung zum UrhWG führte aus: *"Durch den Zusammenschluss der Urheber eines Landes zu einer Verwertungsgesellschaft und durch die Übertragung der Urheberrechte auf diese Gesellschaft erlangt diese das Monopol für eine Vielzahl gleicher Rechte und, wenn in einem Staate für eine oder mehrere Arten von Urheberrechten nur eine Verwertungsgesellschaft besteht, das Monopol für alle Rechte dieser Art überhaupt. Bestehen darüber hinaus Gegenseitigkeitsverträge mit ausländischen Verwertungsgesellschaften, so besitzt die Verwertungsgesellschaft auf ihrem Tätigkeitsgebiet für den nationalen Bereich praktisch das „Weltmonopol“ "* (Amtl. Begr. zum UrhWG, BT-Drucks. IV/271, S. 9).

Zumindest angesprochen war daneben die Frage, ob Verwertungsgesellschaften grundsätzlich als erlaubnispflichtige Kartelle anzusehen sind (ebendort, S. 12). Die Tarif- und Preissetzungsmacht der Wahrnehmungskartelle zu kontrollieren / zu beschränken ist nach wie vor eine der wesentlichen Aufgaben, die Aufsicht, Schiedsstelle und Gerichte wahrnehmen. **Die Begründung zum VGG sollte daher die zitierten Erwägungen aus der Begründung zum UrhWG übernehmen.**

Die kollektive Wahrnehmung von Rechten wirft nach wie vor erhebliche Probleme auf. Das zeigen aktuelle Auseinandersetzungen zwischen Verwertungsgesellschaften und Nutzervereinigungen:

- Vor 3 Jahren erhöhte die GEMA verschiedene im Markt durchgesetzte und akzeptierte Tarife (u.a. für Live- und Tonträgermusikveranstaltungen, Discotheken, Musikkneipen aber auch Varieté, Zirkus etc.), die Jahrzehnte Bestand hatten und drohte, diese in voller Höhe zu inkassieren. Aus den neuen Tarifen ergaben sich Vergütungssätze in Höhe von teilweise 30 bis 40% der Einnahmen der Nutzer. Die Steigerungen waren existenzbedrohend, z.B. betrugen sie bei den Discotheken durchschnittlich 400-500 %, bei den Musikkneipen sogar über 1.000 %. Größere Discotheken, die bereits Vergütungen von 20.000 Euro pro Jahr und mehr zahlten,

sahen sich nun mit Forderungen in Höhe von 100.000 Euro/Jahr konfrontiert. Die BVMV verteidigte die Interessen der Nutzer u.a. durch aufwändige Aufsichts- und Schiedsstellenverfahren und wendete Kosten von mehreren hunderttausend Euro auf. Die Schiedsstelle setzte die geforderten Sätze auf einen Bruchteil der ursprünglichen GEMA-Forderungen herab. Auf dieser Grundlage einigte sich die BVMV mit der GEMA über einen neuen Gesamtvertrag. Entsprechend der Schiedsstellenpraxis erhielt die BVMV keinen einzigen Euro ihrer Verfahrenskosten erstattet.

- Ein anderes, immer noch anhängiges Gerichtsverfahren betrifft eine Forderung der GVL (Verwertungsgesellschaft der Musiker, Interpreten und Tonträgerhersteller). Obwohl die GVL aufgrund eines seit mehr als 50 Jahren im Verkehr durchgesetzten und akzeptierten Tarifes von den Nutzern einen Zuschlag von 20 % auf die Gema-Tarife erhält, verlangt sie nun eine Erhöhung um 400 % ihrer bisherigen Vergütung (von 20 % auf 100 % Zuschlag zum GEMA-Tarif) für alle Tarife im Bereich der öffentlichen Wiedergabe. Im Streit stehen damit Mehrbelastungen für die Nutzer von insgesamt mindestens 120-140 Millionen Euro/Jahr!

Sowohl die Schiedsstelle als auch das OLG München hielten einen Zuschlag von 30% für angemessen; diese Entscheidung wurde aber mittlerweile vom BGH wieder aufgehoben und an das OLG München zurückverwiesen. Gegen die für Ende 2015 zu erwartende Entscheidung des OLG München könnte die GVL erneut Revision zum BGH einlegen. Allein dieses langwierige, mit hohem Streitwert versehene Verfahren verdeutlicht den zeitlichen und finanziellen Aufwand (eigene Anwaltskosten, Kostenrisiko im Unterliegensfall), der für eine Nutzervereinigung kaum zu finanzieren ist.

- Eine weitere aktuelle Forderung der GVL betrifft die sog. Vervielfältigungsrechte. Diese müssen erworben werden, wenn z.B. ein Gastronom oder Einzelhändler selbstgebrannte Musik-CDs oder kodierte Lieder mittels Laptop/PC abspielt. In Tarifverhandlungen in 2013 verlangte die GVL eine Erhöhung ihrer Vergütung um das Fünfeinfache (im Vergleich zur GEMA). Bisher erhielt die GVL 20 % vom GEMA-Vervielfältigungstarif, jetzt fordert sie 300%. Derzeit besteht zwischen der BVMV und der GVL übergangsweise eine Interimsvereinbarung. Aber auch hier droht ein langwieriges, kostenträchtiges Gerichtsverfahren.
- Im Jahr 2012 hat die VG Media (Verwertungsgesellschaft der privaten Sendeunternehmen) den Weitersendetarif für Hotels um 74 % (von 5,00 Euro auf

8,70 Euro pro Hotelzimmer/Jahr) erhöht. Hierzu leitete sie im Juli 2012 ein Schiedsstellenverfahren ein, obwohl der Gesamtvertrag mit der BVMV (der über 90 % aller Hotelzimmer abdeckt), noch bis zum Ende des Jahres 2013 lief. Die Schiedsstelle wies die Forderung für 2012 und 2013 wegen des bestehenden Gesamtvertrages zurück. Im darauf folgenden Verfahren für die Zukunft hielt sie eine Erhöhung von nur 18 % auf 5,90 Euro für angemessen, das heißt nur ein Viertel der von VG Media geforderten Erhöhung.

Auch hier zeigte sich, dass nicht einmal laufende Gesamtverträge die Verwertungsgesellschaften davon abhalten, ihre Tarife zu erhöhen und die Nutzer mit vollkommen überzogenen Forderungen zu überziehen. Obwohl die BVMV in einem Verfahren ganz und im anderen Verfahren ganz überwiegend erfolgreich war, wurden ihr ihre Verfahrenskosten (wie bei der Schiedsstelle üblich) nicht ersetzt.

Die Richtlinie 2014/26/EU sollte zudem nicht überschießend umgesetzt werden, soweit dadurch sachgerechte Bestimmungen des Wahrnehmungsgesetzes wirkungslos oder leicht umgehbar werden.

Die "unabhängigen Verwertungseinrichtungen" nach Artikel 3 lit. c) der RL bzw. § 4 VGG sollten daher nicht von den Anforderungen freigestellt werden, die für Verwertungsgesellschaften gelten. "Unabhängige Verwertungseinrichtungen" sind Rechteverwerter, die nicht von den Rechteinhabern kontrolliert werden und/oder die auf Gewinnerzielung ausgerichtet sind. Gerade für sie müssen mindestens die Anforderungen gelten, u.a. an Preisgestaltung und Transparenz, die für Verwertungsgesellschaften bestehen. Anderenfalls wäre zu befürchten, dass Rechteverwerter in Konkurrenz zu den Verwertungsgesellschaften treten, bei denen die Gefahr des Missbrauchs von Kartell- und Monopolmacht wesentlich größer ist. Eine versteckte Deregulierung der Rechtswahrnehmung ist aus Sicht der BVMV angesichts der fortbestehenden Gefährdungslage durch Monopolstellungen bei der kollektiven Rechtswahrnehmung nicht begründbar und von der Richtlinie auch nicht gefordert.

Mit Sorge sieht die BVMV, dass sowohl die aufsichtsrechtlichen als auch die materiellen Bestimmungen des VGG nur eingeschränkt auf „unabhängige Verwertungseinrichtungen“ anwendbar sein sollen. Bereits heute sind Einrichtungen dieser Art auf dem deutschen Markt tätig, z.B. die Motion Picture Licensing Company (MPLC Deutschland GmbH), eine Verwertungseinrichtung von amerikanischen Filmproduktionsgesellschaften, die auch selbst mit Gewinnerzielungsabsicht tätig ist.

Wenn derartige Unternehmen weder einer Aufsicht unterliegen noch an die materiellen Bestimmungen des VGG gebunden sind, steht zu befürchten, dass Rechte in Zukunft in größerem Umfang durch unabhängige, auf Gewinnerzielung ausgerichtete Unternehmen wahrgenommen werden. Damit stehen die Nutzer derartigen Rechteverwertern schutzlos gegenüber. Dies kann auch zu einer Erosion der Rechtswahrnehmung durch Verwertungsgesellschaften führen und damit die Rechteklärung insgesamt erheblich erschweren.

Die BVMV spricht sich daher dafür aus, dass die Vorschriften des VGG immer dann anwendbar sind, wenn Rechte wahrgenommen werden (so auch bisher § 1 UrhWG), unabhängig davon, ob die Rechteverwerter im eigenen oder fremden Interesse handeln, auf Gewinnerzielung ausgerichtet sind oder im Eigentum von Rechteinhabern stehen.

2. Zu § 35 Abs. 1 VGG (Gesamtvertrag zu angemessenen Bedingungen)

Die aus § 12 UrhWG übernommene Regelung, wonach die Verwertungsgesellschaft verpflichtet ist Gesamtverträge mit Nutzervereinigungen zu angemessenen Bedingungen abzuschließen, bedarf zwingend einer Klarstellung im Gesetzestext oder der amtlichen Begründung.

Insbesondere in den letzten Jahren ist die Zahl der GEMA-Gesamtvertragspartner von ca. 300 (2005) auf nunmehr 531 (Stand 3.7.2015, siehe www.gema.de/musiknutzer/musik-lizenzieren/gesamtvertragspartner/) angestiegen. Jede kleinere Organisation mit ca. 46 Mitgliedern (so die derzeitige Rechtsprechung, Urteil OLG München v. 21.12.1989, Seite 13ff) nutzt die bestehende Möglichkeit und verlangt von der GEMA den Abschluss eines Gesamtvertrages. Oftmals werden -als neue, wirtschaftlich lukrative Geschäftsidee- Vereine ausschließlich zu dem Zweck gegründet, mit Verwertungsgesellschaften Gesamtverträge abzuschließen.

Dieses führt zu einer extremen Zersplitterung der Nutzerorganisationen. Ungeachtet des hierdurch entstehenden, nicht unerheblichen Verwaltungsaufwandes bei den Verwertungsgesellschaften, werden die größeren Nutzerorganisationen mehr und mehr benachteiligt. Denn sie betreiben einen hohen zeitlichen, personellen und vor allem finanziellen Aufwand, um mit Verwertungsgesellschaften Tarife zu verhandeln, gegebenenfalls auch gerichtliche Klärung herbeizuführen und sorgen aufgrund ihrer großen Mitglieder-/Nutzerzahl für eine für die Verwertungsgesellschaften fundamental wichtige Marktdurchsetzung.

Vor diesem Hintergrund sollten klare Zumutbarkeitskriterien für den Abschluss eines Gesamtvertrages aufgestellt werden, zumindest sollten die Anzahl der Mitglieder/Nutzer eines Gesamtvertragspartners bzw. das aus dem Gesamtvertrag zu erwartende Vergütungsvolumen stärker Berücksichtigung finden.

3. Zu § 35 Abs. 2 VGG (gemeinsamer Gesamtvertrag)

Die BVMV begrüßt ausdrücklich, dass die Nutzerorganisationen das Recht auf einen, mit allen beteiligten Verwertungsgesellschaften abzuschließenden, gemeinsamen Gesamtvertrag haben. Sie müssen dann zukünftig nicht mehr eigenständige und i.d.R. nachgelagerte Verhandlungen hinsichtlich der gleichen Nutzungshandlung führen und jeweils separate Gesamtverträge abschließen. Beispiele für diese Situationen sind

- im Bereich der öffentlichen Wiedergabe von Tonträgern GEMA und GVL,
- im Bereich der Fernsehwiedergabe GEMA, GVL, VG Wort und VG Media,
- im Bereich der Kabelweitersendung in Hotels u.a. GEMA, GVL, VG Wort, ZWF/VG Bild-Kunst und VG Media.

In der Praxis weigerten sich die Verwertungsgesellschaften bislang, gemeinsame Gesamtverträge abzuschließen, selbst wenn die GEMA die Vergütung für alle Verwertungsgesellschaften inkassiert (vgl. dazu auch das Urteil des BGH, GRUR 2015, 61 – *Tanzschulkurse*). Dies hatte den Nachteil, dass Nutzer bzw. Nutzervereinigungen hohe Transaktionskosten hatten und nicht sicher kalkulieren konnten, wie viel insgesamt zu zahlen ist. Darüber hinaus konnten sich bei isolierter Betrachtung von Tarifierhöhungen einzelner Verwertungsgesellschaften Folgeeffekte für andere Tarife ergeben. Die Nutzer konnten daher ihre Gesamtbelastung nicht kalkulieren. Preiserhöhungen einer Verwertungsgesellschaft führten darüber hinaus oft zu Preiserhöhungsspiralen bei den Tarifen der anderen Verwertungsgesellschaften.

Diese Situation kann durch den nunmehr vorgesehenen Anspruch auf einheitlichen Gesamtvertragsschluss mit allen beteiligten Verwertungsgesellschaften verbessert werden. Die Neuregelung schließt daher eine spürbare Lücke, auf die zuletzt der BGH hingewiesen hatte (BGH, GRUR 2015, 61 Rn. 99 - *Tanzschulkurse*). Dabei findet auch die Vorgabe, dass auf Verlangen der Nutzervereinigung eine zentrale Stelle für den Abschluss von Nutzungsverträgen sowie deren Durchführung, Abrechnung und Einziehung einzurichten ist, die ausdrückliche Zustimmung der BVMV. Der Nutzer (z.B. Gastronom oder Einzelhändler) hat ein großes Interesse, alle Rechte einfach und möglichst unbürokratisch aus einer Hand zu erhalten (ein Ansprechpartner, eine Rechnung, eine Überweisung).

Die Regelung wäre jedoch durch eine Regelung in § 38 VGG zu ergänzen, nach der die Verwertungsgesellschaften in diesen Fällen auch zur Aufstellung eines gemeinsamen Tarifes verpflichtet sind. Materiell hat der BGH festgestellt, dass die Gesamtbelastung der Nutzer für eine bestimmte Nutzung nicht davon abhängen kann, wie sich die Verwertungsgesellschaften die Vergütung im Einzelnen aufteilen. Werden Rechte einer Verwertungsgesellschaft höher bewertet, führt dies zu einem Anspruch der Nutzervereinigung gegen die andere, an der Nutzung beteiligte Verwertungsgesellschaft, die Tarife zu reduzieren (BGH, GRUR 2015, 61 Rn. 41 – 43, 60 – 67 und 109 - *Tanzschulkurse*). Daher ist es angemessen, dass die Verwertungsgesellschaften auch gemeinsam die Vergütung im Außenverhältnis festlegen und den Erlös im Innenverhältnis verteilen. Das entspricht schon heute der Praxis in anderen Nutzungsbereichen, beispielsweise bei der Kopier- und Gerätevergütung oder dem gemeinsamen Tarif der Kabelweitersendung. Durch Aufstellung gemeinsamer Tarife kann verhindert werden, dass einzelne Verwertungsgesellschaften die Einigung mit den Nutzerverbänden de facto blockieren können.

Als Vorbild kann § 47 Abs. 1 des schweizerischen Urheberrechtsgesetzes dienen, der Folgendes vorsieht:

„Sind mehrere Verwertungsgesellschaften im gleichen Nutzungsbereich tätig, so stellen sie für die gleiche Verwendung von Werken oder Darbietungen einen gemeinsamen Tarif nach einheitlichen Grundätzen auf und bezeichnen einen unter ihnen als gemeinsame Zahlstelle.“

Allerdings sollte dann auch konsequenter Weise im VGG festgelegt werden, dass im Falle von Streitigkeiten, z.B. über die Höhe des gemeinsamen Tarifes, die Nutzervereinigung nur gegen eine Verwertungsgesellschaft (sinnvoller Weise gegen die „zentrale Stelle“, die für die Abwicklung, Durchführung und das Inkasso bestimmt wurde) das Verfahren führen müsste. Ansonsten würde der Effekt eines gemeinsamen Vertrages/gemeinsamen Tarifes ins Leere laufen, wenn gegen alle Verwertungsgesellschaften (z.B. beim Hotelweitersendetarif wären es derzeit 5 Verwertungsgesellschaften) ein Verfahren u.U. über mehrere Instanzen geführt werden müsste. Das dann von der Nutzervereinigung zu tragende Prozesskostenrisiko und die entsprechenden Verfahrenskosten würden in keinem Verhältnis mehr stehen zum Streitgegenstand und zu den Vorteilen eines gemeinsamen Vertrages/gemeinsamen Tarifes. Im Gegenteil, die Situation würde sich gegenüber dem status quo sogar noch verschlechtern (z.B. bzgl. des Hotelsendetarifes mussten bisher nur gegen die VG

Media streitige Verfahren geführt werden und nicht auch gegen GEMA, GVL, VG Wort, ZWF).

Die BVMV sieht hier Ergänzungen z.B. in § 35 (Gesamtverträge) oder § 110 (Streitfälle über Gesamtverträge) für zwingend notwendig.

4. Zu § 36 Abs. 1 VGG (Verhandlungen-Zurverfügungstellung von Informationen)

Hier wäre eine Klarstellung -zumindest in der amtlichen Begründung- wünschenswert, dass die Verwertungsgesellschaften im Zuge des Transparenzgebotes den Nutzervereinigungen, mit denen sie Tarife verhandeln, auf Verlangen Detailinformationen zum Nutzungsumfang und zur Anzahl der Nutzer insgesamt sowie in den entsprechenden Tarifestufen (Mengengerüste, z.B. bis 100qm, bis 200 qm etc, bis 2 Euro Eintritt, bis 4 Euro etc., Anzahl der Öffnungstage) vor Beginn der Tarifverhandlungen zur Verfügung stellen.

Bisher werden diese Informationen nicht oder nur verzögert und nach Belieben der Verwertungsgesellschaft zur Verfügung gestellt, sodass

- den Nutzervereinigungen wesentliche Informationen bei den Tarifverhandlungen fehlen,
- sie die Betroffenheit und tatsächlichen Auswirkungen bei den Nutzern nicht abschätzen können,
- sie die Angemessenheit der Tarifhöhe nicht bewerten können (z.B. sollte es bei der Tarifhöhe schon einen Unterschied machen, ob die Rechte nur an 2 Tagen oder an 7 Tagen pro Woche genutzt werden) und
- sie keine Verhandlungen auf Augenhöhe führen können.

5. Zu § 37 VGG (Hinterlegung), zu § 38 VGG (Tarifaufstellung), zu §§ 76, 85, 92 VGG (Inhalt/Befugnisse/Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde), §§ 92, 109, 110 VGG (Zuständigkeit der Schiedsstelle)

Dringender, gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht nach wie vor bei den Regelungen zur Tarifaufstellung und Durchsetzung. Verwertungsgesellschaften können risikolos und ohne jegliche Begrenzung der Tarifhöhe neue Tarife aufstellen oder bestehende Tarife ins Uferlose erhöhen. Nutzervereinigungen können die Angemessenheit von Tarifen zwar gerichtlich überprüfen, das Verfahren dauert jedoch mehrere Jahre, ist sehr teuer und entfaltet keine aufschiebende Wirkung für das Inkrafttreten der Tarife.

Regelungen, die die Nutzer vor derartigen Tarifierhöhungen schützen, gibt es nicht und die Aufsichtsbehörde schreitet nicht oder nur unzureichend ein. In der Praxis werden manchmal Interimsvereinbarungen zwischen der BVMV und den Verwertungsgesellschaften bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung abgeschlossen, die Verwertungsgesellschaften sind hierzu aber nicht verpflichtet und haben entsprechend große Verhandlungsmacht.

Nutzervereinigungen sind dadurch gezwungen, auf ihre Kosten und ihr Risiko die staatliche Aufgabe einer Monopolaufsicht zu übernehmen. Sie stoßen hierbei insbesondere auch an finanzielle Grenzen, da gerichtliche Gesamtvertragsstreitigkeiten regelmäßig sehr langwierig und mit extrem hohen Kosten verbunden sind. Insgesamt beeinträchtigen die exorbitanten Forderungen und ständigen Tarifierhöhungen die Akzeptanz des Urheberrechts und der Verwertungsgesellschaften in steigendem Maße und sorgen für große Verärgerung und Unverständnis bei den Nutzern.

Vor diesem Hintergrund unterbreitet die BVMV folgende Änderungsvorschläge:

a) Tarifaufstellung

(1) Tarife sind mit den maßgeblichen Nutzerverbänden bereits im Stadium der Tarifaufstellung zu verhandeln.

Tarife werden häufig einseitig und ohne Beteiligung der Nutzervereinigungen aufgestellt. In einer solchen Situation sehen sich die Verbände vor vollendete Tatsachen gestellt. Wenn Tarife während laufender Gesamtverträge erhöht werden, erfährt dies die Nutzervereinigung (deren Mitglieder ja noch den günstigen Tarif erhalten) nicht einmal. Sie wird von der Verwertungsgesellschaft vor vollendete Tatsachen gestellt.

Stattdessen sehen andere Rechtsordnungen, z.B. auch das Schweizer Urheberrechtsgesetz, eine entsprechende Pflicht der Verwertungsgesellschaften vor, mit den maßgeblichen Nutzervereinigungen vor der eigentlichen formellen Tarifaufstellung zu verhandeln (vgl. § 46 Abs. 2 URG). Maßgebliche Nutzervereinigungen in diesem Sinne sind solche, die mehr als 30% des relevanten Marktes (der organisierten Nutzer) vertreten. Eine entsprechende Regelung könnte in § 35 VGG aufgenommen werden.

- (2) Bestehen Zweifel an der Rechtmäßigkeit/Angemessenheit eines Tarifes, so sollte die Aufsichtsbehörde die Veröffentlichung und Anwendung des Tarifes untersagen oder zumindest solange aussetzen können, bis geklärt ist, ob der neu aufgestellte Tarif angemessen ist. Eine entsprechende Klarstellung kann in § 76 (Inhalt der Aufsicht) bzw. § 85 VGG (Befugnisse der Aufsichtsbehörde) aufgenommen werden.**

Die Monopolstellung der Verwertungsgesellschaften erfordert eine starke und effektive, staatliche Aufsicht. Diese wird bislang von DPMA und Bundeskartellamt nur in geringem Maße wahrgenommen (vgl. Schlussbericht der Enquete-Kommission "Kultur in Deutschland", BT-Drucks. 16/7000, S. 282 ff.). Nutzer sind daher zur Zeit gezwungen, auf ihre Kosten und ihr Risiko die Aufgaben der staatlichen Monopolaufsicht zu übernehmen.

Der o.g. Vorschlag enthält eine klarstellende Bekräftigung, dass die Aufsichtsbehörde die Möglichkeit hat, erforderlichenfalls die Veröffentlichung und/oder Anwendung des Tarifs zu untersagen. Da die Rechtmäßigkeit/Angemessenheit von Tarifänderungen oftmals umstritten ist, besteht die Gefahr, dass die Aufsichtsbehörde den Gerichten nicht vorgreifen will. Die vorgeschlagene Ergänzung stellt klar, dass die Aufsicht in Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch vorläufige Maßnahmen treffen kann.

Derartige Aufsichtsmaßnahmen sind insbesondere dann zu treffen, wenn eine deutliche Tarifierhöhung eines seit langem im Markt durchgesetzten und akzeptierten Tarifes in Rede steht.

- (3) Offensichtlich unangemessene Tarife sind rechtswidrig und nicht durch die Schiedsstelle bzw. die Gerichte auf das angemessene Maß herabzusetzen**

Die Aufstellung überhöhter Tarife ist für Verwertungsgesellschaften mit keinerlei Risiko verbunden. Dadurch wird ein Anreiz gesetzt, systematisch überhöhte Tarife aufzustellen, um zu schauen, was davon bei Gericht übrig bleibt. Verwertungsgesellschaften sind den Nutzervereinigungen nicht einmal zur Kostenerstattung verpflichtet, wenn sich der Tarif in einem Verfahren als drastisch überhöht erweist. Für die Nutzervereinigungen führen die überhöhten Tarife zu sehr langen und teuren Verfahren mit den schon beschriebenen Schwierigkeiten für Einzelnutzer, insbesondere der erheblichen finanziellen Belastung durch Streitverfahren, Hinterlegung oder Rückstellungen. Die bisher risikolose Prozessführung der Verwertungsgesellschaften mit überhöhten Tarifforderungen muss beendet werden.

Diese Praxis stützt sich u.a. auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, wonach Schiedsstelle und Gerichte bei der Tarifprüfung ein Ermessen haben, den Tarifsatz gegebenenfalls auf einen angemessenen Satz herabzusetzen. Eine solche Vorgehensweise habe, so der Bundesgerichtshof, den Vorteil, dass in Fällen, in denen der aufgestellte Tarif die angemessene Vergütung nur geringfügig übersteigt, der Tarif im Übrigen Anwendung finden könne (BGH, GRUR 2004, 669, 672 – Musikmehrkanaldienst).

Wenn der Tarif das Maß des Angemessenen mehr als geringfügig übersteigt, sollten Schiedsstelle und Gerichte den Tarif nicht auf das angemessene Maß herabsetzen dürfen, sondern diesen für rechtswidrig und unanwendbar erklären. Die Schwelle der Geringfügigkeit dürfte bei ca. 5 % liegen. Bei darüber hinausgehenden Abweichungen muss das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion greifen, wie es bei der Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen aus generalpräventiven Aspekten allgemein anerkannt ist.

Nur so lässt sich verhindern, dass Verwertungsgesellschaften „risikolos arbeiten“ können, indem sie immer einen zu hohen Tarif festsetzen und diesen dann von den Gerichten auf das angemessene Maß herabsetzen lassen (vgl. BGH, NJW 1983, 1420 (1423)). Im Falle von Gesamtvertragsverfahren wäre der Vertrag damit jedenfalls nicht zu einem höheren Satz festzusetzen, als ihn der vor Tarifierhöhung wirksame Tarif vorsieht.

Entsprechende Regelungen wären in §§ 109, 110 sowie §§ 128 und 130 VGG möglich.

b) Hinterlegung und einstweilige Regelungen

Verwertungsgesellschaften haben nicht nur einen Anreiz, risikolos überhöhte Tarife aufzustellen, sie setzen die Nutzer damit auch in unangemessener Weise unter Druck. Hauptproblem in diesem Sinne ist die Regelung zur Hinterlegung, die einseitig zugunsten der Verwertungsgesellschaft ausgestaltet ist (dazu 2), sowie der entgangene Gesamtvertragsrabatt, der die Nutzer zur Akzeptanz höherer Tarife zwingt (dazu 1). Diese Ausgangslage ist insbesondere dann unangemessen, wenn der streitige Tarif bislang Gegenstand eines Gesamtvertrages war, weil dann eine Vermutung dafür besteht, dass die bisherige Tarifhöhe angemessen ist (dazu 3.).

- (1) Sind Tarife bereits Gegenstand von Gesamtverträgen, so ist vorzusehen, dass die Verwertungsgesellschaft verpflichtet ist, den alten Gesamtvertrag fortzuführen, bis das Verfahren über die neuen Tarife abgeschlossen ist**

Nutzervereinigungen wirken durch Gesamtverträge entscheidend daran mit, dass die angemessene Vergütung auch tatsächlich an die Urheber gezahlt wird. Sie übermitteln Nutzeradressen und sorgen durch eine Vielzahl an Aufklärungs- und Überzeugungsmaßnahmen für die Verkehrsdurchsetzung der Tarife.

Soweit Tarife Gegenstand gesamtvertraglicher Regelungen sind und sich im Verkehr durchgesetzt haben, besteht eine Vermutung dafür, dass sie angemessen sind (BGH, GRUR 2015, 61 Rn. 34ff. – *Tanzschulkurse*; BGH, GRUR 2001, 1139 (1142) – *Gesamtvertrag privater Rundfunk*). Das gilt jedenfalls dann, wenn die Gesamtverträge mit den maßgeblichen Nutzervereinigungen abgeschlossen wurden, also solchen, die einen erheblichen Teil des relevanten Marktes abdecken.

Nutzervereinigungen haben jedoch weder Einfluss, noch Mitspracherechte bei der Aufstellung neuer Tarife und können nicht verhindern, dass Verwertungsgesellschaften die komfortable Situation bestehender Gesamtverträge dazu ausnutzen, ihre Tarife zu erhöhen. Daher ist es angemessen, dass die alte Regelung fort gilt, bis über die Angemessenheit des neuen Tarifes entschieden ist.

Nicht zuletzt wird der Verwertungsgesellschaft damit die Möglichkeit genommen, die Mitglieder der Nutzervereinigung dadurch „zu bestrafen“, dass ihnen der 20%ige Gesamtvertragsrabatt entzogen wird. Diese Praxis ist nicht angemessen, da Nutzervereinigungen, die die Angemessenheit einer Tarifierhöhung vor der Schiedsstelle oder den Gerichten überprüfen, legitime Rechte der Nutzer schützen und nicht durch Drohung mit Entzug des Gesamtvertragsrabattes in unangemessene Tarifierhöhungen gedrängt werden dürfen.

Durch eine solche Regelung, die in § 35 VGG aufgenommen werden könnte, würde das Problem der Hinterlegung gerade für die schwierigen Fälle der „Massenhinterlegung“ bei großen Nutzervereinigungen gelöst.

(2) In § 37 VGG (Hinterlegung), sollte geregelt sein, dass eine Vergütung nur in angemessener Höhe zu zahlen bzw. zu hinterlegen ist.

Entgegen der Begründung des Entwurfs zum VGG (S. 100) hat sich die Hinterlegung in der heutigen Form nicht bewährt. Nach dem Vorschlag, der § 11 Abs. 2 UrhWG entspricht, müssen die Verwerter die überhöhten Tarife zunächst verauslagen, auch wenn sie hinterlegt oder unter Vorbehalt gezahlt werden. Die Geldbeträge sind damit der Liquidität der Nutzer entzogen. Dies wäre vielen Nutzern, z.B. bei der GEMA-Tarifreform, schlicht nicht möglich gewesen. Sie müssten ihren Betrieb schließen oder Veranstaltungen absagen (Verlust kulturellen Lebens), auch wenn später festgestellt wird, dass der veröffentlichte Tarif weit überhöht ist. Angesichts einer möglichen mehrjährigen Verfahrensdauer kommt die Herabsetzung der geforderten Vergütung für die Verwertungsgesellschaften für die Nutzer zu spät. Die Verwertungsgesellschaften wissen um dieses Druckpotential und setzten es auch gezielt ein.

In diesem Zusammenhang sei auch auf die Rechtsprechung zum Zwangslizenz einwand hingewiesen, insbesondere die Grundsätze des Urteils des BGH im Fall *Orange Book* (BGHZ 180, 312), die auch im Urheberrecht Anwendung finden (BGH, GRUR 2013, 618 R. 49ff. –Internet-Videorekorder II)– sowie die jüngste Entscheidung des EuGH im Fall ZTE (Urteil v. 16. Juli 2015, Rs. C-170/13 – *Huawei/ZTE*). Die maßgeblichen europarechtlichen Grundsätze hätten Vorrang vor den Regelungen des § 37 VGG. Daher sollten die Prinzipien aufeinander abgestimmt sein.

Dies führt dazu, dass nicht der geforderte, sondern ein angemessener Betrag zu hinterlegen ist (EuGH, Urteil v. 16. Juli 2015, C-170/13, Rn. 66 – *Huawei/ZTE*). Bei Tarifen, die bereits Gegenstand von Gesamtverträgen sind, sollte die bislang gezahlte Vergütung als angemessen gelten, bis die neue Vergütung aufgrund eines Schiedsstellenvorschlags bindend geworden oder rechtskräftig festgestellt wurde (siehe oben). Auch ist denkbar, dass die Schiedsstelle eine angemessene Vergütung in einem verkürzten Verfahren für Zwecke der Hinterlegung festlegt.

(3) Die Möglichkeit zur Hinterlegung sollte auch bestehen, wenn der Nutzer die Zahlungspflicht dem Grunde nach bestreitet (§ 37 VGG)

Des Weiteren sollte die Hinterlegungsmöglichkeit auch dann bestehen, wenn der Nutzer oder die Nutzervereinigung bestreitet, dass bestimmte Handlungen vergütungspflichtig sind. Die Rechtsprechung hat dies bislang abgelehnt (BGH, GRUR 2012, 711 Rn. 11 – Barmen Live). Hierfür besteht indes kein Grund.

Auch in Fällen, in denen über die Vergütungspflicht dem Grunde nach gestritten wird, haben Nutzer ein legitimes Interesse, ihre Tätigkeit/Nutzung bis zu einer Klärung rechtssicher fortzuführen, ohne sich dem Risiko von Unterlassungsansprüchen, Schadenersatz oder gar der Strafbarkeit auszusetzen. Hierfür besteht ein großes Bedürfnis: Eine entsprechende Regelung wurde z.B. für die Klärung der Frage vereinbart, ob die Bereitstellung von DVB-T Empfangsgeräten in Hotels eine urheberrechtliche Nutzung des Hotels darstellt (derzeit beim BGH, AZ I ZR 24/14). Nimmt man den Nutzern in diesem Fall die Möglichkeit der Hinterlegung, werden sie dazu gedrängt, ihre Rechtsansicht ohne gerichtliche Klärung aufzugeben.

Dies entspricht auch der Rechtsprechung des EuGH im Fall ZTE:

„Schließlich kann dem angeblichen Verletzer [...] kein Vorwurf daraus gemacht werden, dass er neben den Verhandlungen über die Erteilung von Lizenzen die Rechtsbeständigkeit dieser Patente [...] und/oder ihre tatsächliche Benutzung anfiicht oder sich die Möglichkeit vorbehält, dies später zu tun.“ (EuGH, Urteil v. 16. Juli 2015, C-170/13, Rn. 69 – Huawei/ZTE).

6. Verfahrensrechtliche Vorschläge

(a) Die Anlehnung des Verfahrens an die ZPO sollte beibehalten werden (§ 95 VGG).

Das Verfahren bei der Schiedsstelle hat insbesondere durch die Rechtsprechung des BGH zur Bindungswirkung der Gerichte (vgl. BGH, GRUR 2011, 711 – Barmen Live) erhebliche Bedeutung für die nachfolgenden Gerichtsentscheidungen. Dies ist allenfalls dann gerechtfertigt, wenn die Vorschläge/Entscheidungen der Schiedsstelle in einem gerichtsförmigen Verfahren erarbeitet werden. Es ist auch nicht erkennbar, in wieweit die Vorgabe, sich an die Verfahrensvorschriften der ZPO anzulehnen, die Schiedsstelle bei ihrer

Arbeit bislang behindert hätte oder in welcher Hinsicht Änderungen erforderlich sind.

- (b) **Die verfahrensrechtlichen Regelungen sollten insgesamt symmetrisch ausgestaltet werden.**

Beispielsweise ist nicht ersichtlich, warum Regelungen zur **Wiedereinsetzung** in den vorigen Stand nur zu Gunsten des Antragstellers gelten soll, nicht zu Gunsten des Antraggegners (§ 101 Abs. 2 VGG).

- (c) **Die Kostenerstattung bei Schiedsstellenverfahren über Gesamtverträge sollte sich nach § 91 ZPO richten.**

Die als § 121 VGG (Entscheidung über die Kostenpflicht) übernommene Regelung des § 14 UrhSchV war einer der Gründe dafür, dass Verwertungsgesellschaften ohne nennenswertes Kostenrisiko mit Mondtarife in die Verfahren vor der Schiedsstelle gehen konnten. Stattdessen sollte sich die **Kostenerstattung** an der Regelung des § 91 ZPO orientieren und auch eine Erstattung der Kosten der unterlegenen Partei beinhalten.

- (d) **Daneben sollte klargestellt werden, dass Wahrnehmungsberechtigte nicht in Streitigkeiten zwischen Verwertungsgesellschaft und Nutzern als Nebenintervenienten auftreten können.**

Durch derartige Nebeninterventionen wird das Kostenrisiko für die Nutzer unübersehbar; dies hat in der Vergangenheit bereits dazu geführt, dass die Verfahrenskosten außer Verhältnis zum Streitgegenstand lagen. In der Folge hat das hohe Kostenrisiko Nutzer von Verfahren abgehalten. Das ist nicht sachgerecht: Wenn Wahrnehmungsberechtigte ihre Rechte in Verwertungsgesellschaften einbringen, haben sie kein legitimes Bedürfnis, sich an den Verfahren der Verwertungsgesellschaft als Nebenintervenient zu beteiligen.

Berlin, 10.8.2015/Bü

Über die Bundesvereinigung der Musikveranstalter (BVMV):

Die Bundesvereinigung der Musikveranstalter ist die älteste und größte Nutzervereinigung Deutschlands. Sie vertritt die Interessen von mehr als 200.000 musiknutzenden Betrieben und schließt für diese seit vielen Jahrzehnten Gesamtverträge mit Verwertungsgesellschaften ab. Zu den Mitgliedsverbänden der Bundesvereinigung der Musikveranstalter gehören u.a. der Deutsche Hotel- und Gaststättenverband (DEHOGA), der Handelsverband Deutschland (HDE), die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände, der Europäische Verband der Veranstaltungszentren (EVVC).
www.veranstalterverband.de