

OPPENLÄNDER

RECHTSANWÄLTE



Prof. Dr. Lenz

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

00767-15 Le/gs
996753_1.docx

08.01.2016

GUTACHTEN

Warum ein Verwertungsgesellschaftengesetz mit dem Inhalt von § 107 des Gesetzentwurfs der Bundesregierung verfassungswidrig wäre

im Auftrag der
Bitkom Servicegesellschaft mbH, Berlin

erstellt von

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

Prof. Dr. Albrecht Bach
Dr. Heinz-Uwe Dettling
Dr. Thomas Baumann
Dr. Thomas Trörlitzsch
Prof. Dr. Markus Köhler
Dr. Jens Kaltenborn
Prof. Dr. Christofer Lenz

Dr. Timo Kieser
Dr. Rolf Leinekugel
Dr. Matthias Ulshöfer
Dr. Andreas Hahn
Dr. Donata Beck
Dr. Christina Koppe-Zagouras
Dr. Ulrich Klumpp

Dr. Christian Gunßer
Dr. Matthias Lorenz
Dr. Felix Born
Dr. Torsten Gerhard
Dr. Christoph Wolf
Dr. Oeka Anna Böhnke
Dr. Florian Schmidt-Volkmar

Dr. Katharina Köbler
Dr. Manuel Kleinemenke
Dr. Benedict Frhr.
von Stüßkind-Schwendi
Johanna Apeltauer
Dr. Malte Weitner
Dr. Corina Jürschik

Dr. Daniel Schillerwein
Hannes Dreher
Martin Fink
Sebastian Binder
Teresa Trutnau
Anne-Kathrin Bettecken

Börsenplatz 1 70174 Stuttgart T 0711/60187-0 F 0711/60187-222
Partnerschaft von Rechtsanwälten mit beschränkter Berufshaftung AG Stuttgart PR 720025

www.oppenlaender.de

A.

Auftrag und Fragestellung

Die Bundesregierung hat einen Gesetzentwurf für ein VG-Richtlinien-Umsetzungsgesetz beschlossen und dem Bundesrat zugeleitet (BR-Drs. 634/15).

Kern des Entwurfs ist ein neues Verwertungsgesellschaftengesetz (i.F.: „VGG-Entwurf“), welches unter anderem das bestehende Urheberrechtswahrnehmungsgesetz („UrhWahrnG“) ablösen soll.

Es enthält in seinem § 107 VGG-Entwurf eine Regelung über Sicherheitsleistungen, die gegenüber dem vorangegangenen Referentenentwurf des Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz („BMJV“) im Gesetzestext und in der Begründung gewisse Veränderungen aufweist.

In meinen Gutachten vom 19.11.2014 (noch zu allgemeinen Überlegungen im Vorfeld des Gesetzgebungsverfahrens) und vom 28.07.2015 (zum BMJV-Referentenentwurf) habe ich dargelegt, dass und warum die bis dahin geplanten Regelungen einen Eingriff in die Berufsfreiheit der betroffenen Hersteller, gewerblichen Importeure und Händler darstellen und verfassungsrechtlich unzulässig sind.

Die Bitkom Servicegesellschaft mbH, Berlin hat mich mit der ergänzenden gutachterlichen Prüfung beauftragt, ob die von der Bundesregierung gegenüber dem Referentenentwurf vorgenommenen Korrekturen ausreichend sind, um die Grenzen der Verfassung zu wahren, oder ob und aus welchen Gründen auch der von der Bundesregierung vorgelegte Entwurf verfassungswidrig geblieben ist.

B.

Ausgangspunkt der Untersuchung

I.

Bisherige Ergebnisse

Die Untersuchung kann auf den Teilergebnissen der bisherigen Gutachten vom 19.11.2014 (Erstgutachten) und vom 28.07.2015 (Zweitgutachten zum Referentenentwurf) aufbauen. Diese Ergebnisse lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Eingriff in die Berufsfreiheit

Eine Pflicht, Sicherheit zu leisten für eine noch nicht gerichtlich bestätigte Vergütungsforderung von Verwertungsgesellschaften nach § 54 UrhG oder für Teilbeträge hiervon, stellt einen Eingriff in die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) der Adressaten dieser Vergütungsforderung dar, also von Herstellern, gewerblichen Importeuren und Händlern (S. 36 bis 48 des Erstgutachtens).

2. Verfassungswidrigkeit mangels hinreichend bestimmter gesetzlicher Grundlage im Referentenentwurf

Dieser Eingriff in die Berufsfreiheit kann verfassungsrechtlich schon deshalb nicht gerechtfertigt werden, weil es ausgehend vom Referentenentwurf an der dafür erforderlichen hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage fehlt. In der Fassung des Referentenentwurfs gab § 107 VGG entgegen der Wesentlichkeitstheorie weder für das „Ob“ der Anordnung einer Sicherheitsleistung noch für deren Höhe inhaltliche Kriterien vor.



3. Keine legitimen Gemeinwohlgründe im Referentenentwurf

Unabhängig von der Bestimmtheitsthematik war der Eingriff in die Berufsfreiheit zweitens auch deshalb nicht gerechtfertigt, weil er in der Ausgestaltung des Referentenentwurfs nicht von hinreichend legitimen Gründen des Gemeinwohls getragen war. Für den allenfalls denkbaren Zweck eines „Insolvenzschutzes“ galt das deshalb, weil es erstens hierfür mit der Insolvenzordnung schon einen allgemeinen rechtlichen Rahmen gibt, weil es zweitens kein besonderes insolvenzbedingtes Ausfallrisiko der Verwertungsgesellschaften gibt und weil drittens das Instrument der Sicherheitsleistung nicht ausdrücklich auf solche Antragsgegner beschränkt wurde, für die ein konkretes und überdurchschnittliches Insolvenzrisiko positiv festgestellt werden kann (Erstgutachten, S. 52 f.; Zweitgutachten S. 31 ff.).

4. Fehlende Verhältnismäßigkeit

Und schließlich war der Eingriff in die Berufsfreiheit auch deshalb nicht zu rechtfertigen, weil es in der Ausgestaltung durch den Referentenentwurf an der Verhältnismäßigkeit fehlte. Der Anwendungsbereich des § 107 VGG-Referentenentwurf war nicht auf Unternehmen mit erheblichem Insolvenzrisiko beschränkt. Außerdem ging von der Regelung eine subtile Belastungswirkung aus, weil das Instrument der Sicherheitsleistung von den Verwertungsgesellschaften als Instrument eingesetzt werden kann, um über die Höhe des in einem Fall festgesetzten Sicherheitsleistungssatzes das Verhalten der gesamten Branche zu steuern (Zweitgutachten, S. 40 ff.).

II.

Veränderter Text des Gesetzentwurfs

1. Gesetzestext

Im Gesetzentwurf der Bundesregierung lautet § 107 VGG-Entwurf:

„Sicherheitsleistung

(1) In Verfahren nach § 92 Absatz 1 Nummer 2 über die Vergütungspflicht für Geräte und Speichermedien kann die Schiedsstelle auf Antrag der Verwertungsgesellschaft anordnen, dass der beteiligte Hersteller, Importeur oder Händler für die Erfüllung des Anspruchs aus § 54 Absatz 1 des Urheberrechtsgesetzes Sicherheit zu leisten hat.

(2) Der Antrag muss die Höhe der begehrten Sicherheit enthalten.

(3) Über Art und Höhe der Sicherheitsleistung entscheidet die Schiedsstelle nach billigem Ermessen. Bei der Höhe der Sicherheitsleistung kann sie 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 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.“

Der von der Bundesregierung vorgeschlagene Gesetzestext entspricht nahezu vollständig dem Text des Referentenentwurfes vom 09.06.2015. Darin gibt es nur eine Ausnahme. Die Bundesregierung

hat den im Referentenentwurf noch vorgesehenen zweiten Satz in Abs. 1 gestrichen, der wie folgt lautete:

„Die Anordnung soll erfolgen, wenn die Schiedsstelle das Verfahren gemäß § 103 Absatz 1 aussetzt.“

Damit ist die bislang vorgesehene „Aussetzungs-Soll-Vorgabe“ gestrichen.

2. Begründung im Entwurf

Die Bundesregierung hat in ihrem Gesetzentwurf die Begründung zu § 107 VGG-Entwurf in Reaktion auf die bislang erhobene Kritik und wegen der Streichung des zweiten Satzes in Satz 1 angepasst. Die beiden ersten Absätze der Begründung – der Rest ist nicht geändert worden – lauten jetzt wie folgt:

„§ 107 enthält eine Sonderregelung für Verfahren nach § 92 Absatz 1 Nummer 2 über die Geräte- und Speichermedienvergütung. Er trägt der Tatsache Rechnung, dass zwischen dem Inverkehrbringen von Geräten und Speichermedien und der Zahlung der Vergütung regelmäßig erhebliche Zeit vergeht. Hieraus ergibt sich ein besonderes Schutzbedürfnis der Gläubiger des Vergütungsanspruchs. Der erhebliche Zeitverlust, der regelmäßig bis zum Vorliegen eines akzeptierten und gegebenenfalls von der Schiedsstelle und den Gerichten überprüften Tarifs entsteht, bedeutet für sie eine erhebliche Gefährdung. Dieser Nachteil soll dadurch ausgeglichen werden, dass die Schiedsstelle auf Antrag eine Sicherheitsleistung anordnen kann. Damit ist in Verfahren gegen Vergütungsschuldner eine Sicherung des Zahlungsanspruchs möglich.“

Die Anordnung einer Sicherheitsleistung nach § 107 Absatz 1 steht im Ermessen der Schiedsstelle. Die Anordnung muss verhältnismäßig sein. Die Schiedsstelle hat die jeweiligen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, insbesondere, ob

- *die Beteiligten Interimsvereinbarungen abgeschlossen haben, die bereits regeln, was für die Zeit bis zu einer Einigung oder gerichtlichen Entscheidung gelten soll;*
- *ein Angebot des Vergütungsschuldners auf Abschluss einer Interimsvereinbarung vorliegt;*
- *die Umstände auf ein besonderes Risiko für die Durchsetzung des Zahlungsanspruchs hindeuten;*
- *das Verfahren nach § 103 ausgesetzt wird und daraus zusätzliche Verzögerungen entstehen.“*

„Neu“ ist dabei vor allem die Bildung der vier Spiegelstriche (Abschluss einer Interimsvereinbarung; Angebot des Vergütungsschuldners auf Abschluss einer Interimsvereinbarung; besonderes Risiko für die Durchsetzung des Zahlungsanspruchs; zusätzliche Verzögerung wegen der Aussetzung des Verfahrens nach § 103).

C.

Rechtliche Würdigung

I.

Bestimmtheitsdefizite sind nicht ausgeräumt

Der Regierungsentwurf hat die im Zweitgutachten im Detail aufgezeigten Bestimmtheitsdefizite (Zweitgutachten, S. 8 bis 27) nicht ausgeräumt. Das gilt sowohl für die Frage, ob eine Sicherheitsleistung angeordnet wird wie für die Frage ihrer Höhe.

1. Streichung der Anordnungsvorgabe bei Verfahrensaussetzung genügt nicht

Die Streichung des ursprünglich vorgesehenen Satz 2 in § 107 Abs. 1 VGG-Referentenentwurf beseitigt die Bestimmtheitsdefizite

nicht. Satz 2 enthielt für den Regelfall („Soll“) die Vorgabe an die Schiedsstelle, die Sicherheitsleistung anzuordnen, wenn es zuvor zu einer Aussetzung des Verfahrens gemäß § 103 Abs. 1 VGG-Entwurf gekommen war.

Mit dieser Regelung hatte der Referentenentwurf deutlich gemacht, dass nach seinem System die Sicherheitsleistung keineswegs auf Fälle eines einzelfallbezogenen besonderen Rechts für die Durchsetzung des Zahlungsanspruchs (konkrete Insolvenzgefahr) ausgerichtet war. Die Streichung dieses Satz 2 ist deshalb zwar inhaltlich ein Fortschritt, genügt aber unter Bestimmtheitsgesichtspunkten noch nicht. Denn allein mit der Streichung dieser Regelung bringt der Gesetzgeber noch nicht zum Ausdruck, dass die Regelung des § 107 VGG-Regierungsentwurf auf den Zweck ausgerichtet und beschränkt ist, die Abwehr real bestehender besonderer Risiken für die Durchsetzung des Zahlungsanspruchs im konkreten Einzelfall abzusichern, also auf die Abwehr einer konkreten Insolvenzgefahr beim potentiellen Schuldner.

Denn für eine solche Klarstellung und damit Bestimmtheit hätte der Entwurf der Bundesregierung noch mehr tun müssen. Er hätte den Aspekt der Verfahrensaussetzung nach § 103 VGG-Entwurf gänzlich für irrelevant erklären müssen. Statt dessen hat die Bundesregierung die Aussage aus § 107 Abs. 1 Satz 2 VGG-Referentenentwurf im Kern lediglich in die Begründung verlagert und zu einem der vier Umstände erklärt, welche die Schiedsstelle bei ihrer Ermessensausübung zu berücksichtigen habe. Damit kann aber das Bestimmtheitsdefizit nicht ausgeräumt werden. Denn die Aussetzung eines Verfahrens nach § 103 VGG-Entwurf ist für die Durchsetzung des Zahlungsanspruchs als solche irrelevant. Sie führt weder automatisch noch im Regelfall zu einem größeren Insolvenzrisiko. Führt sie ausnahmsweise – infolge weiterer Entwicklungen im Zeitverlauf – zu einem gesteigerten Insolvenzrisiko, dann ist das im

Laufe der Aussetzung gestiegene Insolvenzrisiko der Aspekt, auf den dann mit der Anordnung einer Sicherheitsleistung reagiert werden kann, nicht die Aussetzung als solche.

Führt die Aussetzung eines Verfahrens nach § 103 VGG-Entwurf im Regelfall aber gar nicht zu einem durch die Dauer des Verfahrens ausgelösten konkreten Insolvenzrisiko, dann ist der schlichte Umstand der Verfahrensaussetzung für einen Zweck „besonderer Insolvenzschutz“ irrelevant. Das gilt für alle Hersteller, gewerblichen Importeure und Händler, natürlich aber am stärksten für die großen Akteure wie Apple, Dell und Fujitsu, mit deren Insolvenz auch bei einem sich länger hinziehenden Hauptsacheverfahren niemand rechnet.

2. Keine ausdrückliche Beschränkung auf Fälle konkreter Insolvenzrisiken

Entscheidend ist unter Bestimmtheitsgesichtspunkten aber ein zweiter Aspekt. Auch die ersatzlose Streichung des zweiten Spiegelstrichs aus dem zweiten Absatz der Begründung zu § 107 VGG-Regierungsentwurf ist zwar erforderlich, aber noch nicht hinreichend. Denn allein damit hätte der Gesetzgeber noch nicht die zentrale Aufgabe erfüllt, die nach der Wesentlichkeitstheorie und dem Bestimmtheitsgebot gestellt ist: Selbst zu entscheiden und zu sagen, was für die Schiedsstelle und das Oberlandesgericht die zentrale Voraussetzung für die Anordnung und Bestätigung einer Sicherheitsleistung sein soll.

Möglicherweise verteidigt die Bundesregierung ihren Entwurf im weiteren Gesetzgebungsverfahren mit dem Argument, sie habe doch zum Ausdruck bringen wollen, dass der Gesetzeszweck in der Abwehr besonderer und konkreter Insolvenzrisiken einzelner Vergütungsschuldner liege. Dazu könnte sie zwar nicht auf den Gesetzes-



text, aber auf den dritten Spiegelstrich von Abs. 2 der Begründung zu § 107 VGG-Regierungsentwurf verweisen, wonach die Schiedsstelle unter anderem berücksichtigt, ob die Umstände auf ein besonderes Risiko für die Durchsetzung des Zahlungsanspruchs hindeuten.

Wenn das aber im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsvorgaben das Argument der Bundesregierung wäre, dann ist schlicht unverständlich, warum das trotz der Kritik am Referentenentwurf weder im Gesetzestext noch in der Begründung des Regierungsentwurfs klipp und klar gesagt wird. Das bisherige Verhalten der Bundesregierung erweckt den Eindruck, dass man sich ein Hintertürchen offen halten will, um später eben doch Sicherheitsleistungen auch gegenüber Herstellern, gewerblichen Importeuren und Händlern zu verlangen, bei denen gar keine konkrete Insolvenzgefahr besteht.

Dieses Bestimmtheitsdefizit ließe sich leicht ausräumen.

So könnte etwa die Formulierung aus dem dritten Spiegelstrich der Begründung ohne weiteres in den Gesetzestext eingesetzt werden. Beispielsweise könnte § 107 Abs. 1 VGG wie folgt gefasst werden (Einfügung unter Verwendung des Textes aus der Begründung zu § 107 durch Fettdruck hervorgehoben):

*„In Verfahren nach § 92 Absatz 1 Nummer 2 über die Vergütungspflicht für Geräte und Speichermedien kann die Schiedsstelle, **wenn die Umstände auf ein besonderes Risiko für die Durchsetzung des Zahlungsanspruchs hindeuten**, auf Antrag der Verwertungsgesellschaft anordnen, dass der beteiligte Hersteller, Importeur oder Händler für die Erfüllung des Anspruchs aus § 54 Absatz 1 des Urheberrechtsgesetzes Sicherheit zu leisten hat.“*

Alternativ könnte das auch in der Überschrift zu § 107 zum Ausdruck gebracht werden. Dann sollte aber die etwas sperrige Variante

„Sicherheitsleistung bei besonderem Risiko für die Durchsetzung des Zahlungsanspruchs“

verkürzt werden in

„Sicherheitsleistung bei konkretem Insolvenzrisiko.“

Damit wäre den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsvorgaben im Bezug auf das Ob der Anordnung einer Sicherheitsleistung – fast – Rechnung getragen.

3. Auch Verhältnis zwischen Interimsvereinbarungen und Insolvenzrisiko klären

Was noch fehlt, ist eine Klärung in Bezug auf das Thema Interimsvereinbarung. Für eine im verfassungsrechtlichen Sinne hinreichend bestimmte gesetzliche Regelung, bei der der Gesetzgeber die wesentlichen Entscheidungen über den Eingriff in die Berufsfreiheit trifft und diese nicht auf die Schiedsstelle und die Gerichte abwälzt, müssen Gesetz oder Gesetzgeber auch dazu Auskunft geben, in welchem Verhältnis der Umstand abgeschlossener Interimsvereinbarungen zwischen den Beteiligten oder entsprechender Angebote des Vergütungsschuldners auf Abschluss einer Interimsvereinbarung (Spiegelstriche 1 und 2 von Abs. 2 der Begründung zu § 107 VGG-Regierungsentwurf) zum Aspekt des besonderen Risikos für die Durchsetzung des Zahlungsanspruchs stehen soll:

Sollen abgeschlossene oder angebotene Interimsvereinbarungen die Anordnung einer Sicherheitsleistung auch dann hindern, wenn die Verwertungsgesellschaften Umstände präsentieren, die auf eine konkrete Insolvenzgefahr eines potentiellen Vergütungsschuldners hindeuten und damit auf ein besonderes Risiko für die Durchsetzung des Zahlungsanspruchs?

Oder sind die Hinweise in der Entwurfsbegründung auf abgeschlossene oder angebotene Interimsvereinbarungen so zu verstehen, dass das Fehlen einer Interimsvereinbarung oder eines entsprechenden Angebots dazu führen kann, dass auch in Fällen, in denen kein konkretes Insolvenzrisiko des potentiellen Vergütungsschuldners besteht, eine Sicherheitsleistung angeordnet werden darf?

Im letzteren Fall wäre die Regelung dann zwar insoweit hinreichend bestimmt, allerdings wäre sie dann nicht mehr am Zweck der Ausräumung eines Durchsetzungsrisikos orientiert. Sie wäre dann wieder auf das ursprünglich von den Verwertungsgesellschaften verfolgte Anliegen ausgerichtet, die Sicherheitsleistung als wirtschaftliches Druckmittel gegen die Industrie einzusetzen, um die eigenen Tarifforderungen unabhängig von ihrer Angemessenheit mit Hilfe staatlicher Druckmittel durchsetzen zu können. Bei einer solchen „Lösung“ im Gesetzgebungsverfahren wäre zwar der Einwand fehlender Bestimmtheit ausgeräumt, die Verfassungswidrigkeit auf der zweiten Stufe (Fehlen eines legitimen Zwecks) aber mit Händen zu greifen.

II.

Keine Ausrichtung auf einen legitimen Zweck

Der Regierungsentwurf kann aber auch deshalb nicht vor der Verfassung bestehen, weil er keinen legitimen Zweck verfolgt. Die Bundesregierung hat auf die insoweit detailliert geäußerte Kritik am Referentenentwurf nicht durch eine ausreichende Änderung des Gesetzestextes oder wenigstens der Gesetzesbegründung reagiert.

Nach wie vor kann für die Frage, ob grundsätzlich vernünftige Gründe des Allgemeinwohls für die Regelung streiten, auf drei denkbare Zwecke Bezug genommen werden.

1. Der von den Verwertungsgesellschaften ursprünglich verfolgte Zweck eines „Druckmittels“ für die Durchsetzung ihrer Vergütungsforderungen in den Verhandlungen mit der Hersteller- und Importeurseite war nie legitim (Erstgutachten, S. 53 ff.), wird von der Bundesregierung ersichtlich nicht als Gesetzeszweck verfolgt und kann schon deshalb zur Rechtfertigung nichts beitragen (vgl. BVerfGE 122, 210 [238]).
2. Den noch im Referentenentwurf herausgestellten Zweck einer Art „Wartezeitausgleich“, der nicht legitim war (Zweitgutachten, S. 29 f.), verfolgt der Regierungsentwurf so nicht weiter. Er lässt aber auch im Unklaren, ob er sich von diesen Vorstellungen völlig gelöst hat. In der Begründung (BR-Drs. 634/15, S. 123) stellt die Bundesregierung weiter darauf ab, dass der „erhebliche Zeitverlust“, der regelmäßig bis zum Vorliegen eines akzeptierten und gegebenenfalls von der Schiedsstelle und den Gerichten überprüften Tarifs entsteht, eine „erhebliche Gefährdung“ für die Gläubiger des Vergütungsanspruchs bedeute. Dieser „Nachteil“ solle dadurch ausgeglichen werden, dass die Schiedsstelle auf Antrag eine Sicherheitsleistung anordnen kann.

Ein solcher Ausgleich für zeitverlustbezogene Nachteile ist im Hinblick auf das gesetzliche Mittel der Ermöglichung einer Sicherheitsleistung „schräg“. Denn die Sicherheitsleistung bewirkt weder, dass die Urheber etwas früher erhalten noch, dass sie mehr erhalten (vgl. Zweitgutachten, S. 29 f.).

Mit der „erheblichen Gefährdung“, von der die Begründung des Regierungsentwurfs jetzt spricht, kann deshalb nur eine Gefahr für die

Durchsetzbarkeit des Anspruchs gemeint sein, die daraus resultiert, dass Geräte und Speichermedien zwar zu einem bestimmten Datum verkauft werden, dann aber erst zu einem spürbar in der Zukunft liegenden Datum feststeht, ob und in welcher Höhe dafür Vergütungen nach § 54 UrhG an die Verwertungsgesellschaften und die durch sie repräsentierten Urheber zu zahlen sind. Dieses Phänomen, das nur bei neuen Geräten und Speichermedien und in Fällen des Auflaufens und der Kündigung von Gesamtverträgen über „alte“ Geräte- und Speicherarten auftreten kann, ist allerdings dem vom Gesetzgeber gewählten Modell einer nicht normativ vorgegebenen, sondern partnerschaftlich zwischen Verwertungsgesellschaften und Industrie zu findenden Vergütung immanent. Deshalb könnte ein Nachteilsausgleichsgedanke, wie er jetzt in der Begründung des Regierungsentwurfs formuliert ist, anders als im Referentenentwurf ausschließlich darauf bezogen sein, eine Absicherung gegen den Eintritt der Insolvenz oder eines sonstigen Zahlungshindernisses in der Zeit vorzunehmen, die auch nach den im Gesetzentwurf vorgesehenen Beschleunigungsmaßnahmen für die Erarbeitung und Überprüfung von Vergütungstarifen verbraucht wird.

So verstanden, unterscheidet sich aber ein Zweck des „Ausgleichs für zeitverlustbezogene Nachteile“ nicht von einem Zweck eines konkreten und besonderen Insolvenzschutzes.

Sollte mit dem Ausgleich für zeitverlustbezogene Nachteile doch etwas gemeint sein, was über einen konkreten und besonderen Insolvenzschutz hinausgeht, so ist das aus den schon zum Referentenentwurf festgehaltenen Gründen kein legitimer Zweck und scheidet deshalb eine darauf aufbauende verfassungsrechtliche Rechtfertigung von vornherein aus (Zweitgutachten, S. 18 ff.).

3. Ein der Sache nach, wenn auch unter der Chiffre eines Ausgleichs für zeitverlustbezogene Nachteile oder – richtigerweise – ausdrück-



lich verfolgter Zweck eines besonderen Insolvenzschutz im konkreten Fall könnte sich unter bestimmten Voraussetzungen als legitimer Zweck darstellen.

- a) Dafür müsste der Gesetzgeber in nachvollziehbarer Weise (vgl. BVerfGE 134, 204 [225, Rdnr. 76]) davon ausgehen dürfen, dass der allgemeine rechtliche Rahmen der Insolvenzordnung, mit dem die Risiken der Insolvenz eines Schuldners für alle Gläubiger gleichmäßig bewältigt werden können, in Fällen von behaupteten, aber noch nicht feststehenden und der Höhe nach nicht festgelegten Vergütungsansprüchen nach § 54 UrhG unzureichend ist.

Was die Bundesregierung dazu in der Begründung ihres Entwurfs ausführt, ist überschaubar. Weder beim Überblick über das Reformvorhaben (BR-Drs. 634/15, S. 62) noch bei den grundlegenden Aussagen zum Institut einer Sicherheitsleistung (BR-Drs. 634/15, S. 64), bei den Ausführungen zum Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft (BR-Drs. 634/15, S. 81) oder bei der Einzelbegründung zu § 107 (BR-Drs. 634/15, S. 123) wird behauptet, dass das Insolvenzrisiko bei den Herstellern, gewerblichen Importeuren und Händlern überdurchschnittlich hoch ist oder während der Dauer der Auseinandersetzung um Bestehen und Höhe einer Vergütungspflicht in einem gegenüber der normalen Wirtschaft überdurchschnittlichen Umfang greift. Lediglich ganz beiläufig, und zwar im Zusammenhang mit der Darstellung der Defizite des bestehenden Systems (BR-Drs. 634/15, S. 75) findet sich eine gewisse Andeutung. Danach sollen auf den relevanten Märkten für Geräte- und Speichertechnik kurze Innovationszyklen herrschen, „so dass kurzfristige Marktaustritte von Unternehmen keine Besonderheit darstellen“. Dies führe zu besonderen Gefahren für die Durchsetzbarkeit des Vergütungsanspruchs.

Wäre dem wirklich so, dann hätte die Bundesregierung doch sicher ohne Schwierigkeit und durch entsprechende Zulieferung der mit ihren Ansprüchen deshalb ausgefallenen Verwertungsgesellschaften eine ganze Reihe von größeren oder bedeutsamen „Marktaustrittsfällen“ benannt, in denen deshalb Zahlungsansprüche nicht realisiert werden konnten. Die Mitglieder des Bundesrats und des Bundestags wissen aber aus ihrer eigenen Erfahrung als Nutzer von Geräten und Speichermedien, die aktuell einer Vergütungspflicht nach § 54 UrhG unterliegen oder potentiell unterliegen können, dass diese ganz überwiegend von sehr großen und finanzstarken Anbietern hergestellt und gewerblich importiert werden (insbesondere durch deutsche und europäische Tochtergesellschaften). Bei ihnen besteht die Insolvenzgefahr entweder überhaupt nicht oder ist dramatisch niedriger als in weiten Teilen der sonstigen Wirtschaft. Das gilt nicht nur für Unternehmen der Kategorie Apple, Samsung, Dell, HP oder Fujitsu.

Bei diesen und bei vielen anderen Unternehmen kommt hinzu, dass die Unternehmen keinesfalls nur ein einzelnes Produkt anbieten, sondern eine gesamte Palette. Deshalb wirken sich die betonten „kurzen Innovationszyklen“ nicht in der Weise aus, dass mit dem Verschwinden eines technologischen Produkts ein entsprechendes Unternehmen ohne Befriedigung seiner Verbindlichkeiten aus dem Markt ausscheidet, sondern dass lediglich die Produktpalette anders zusammengesetzt wird.

Den Mitgliedern der gesetzgebenden Organe ist aus eigener Erfahrung auch bekannt, dass die verbleibenden Anbieter schon aus Gründen des Erwerbs des entsprechenden geistigen Eigentums (Patente, Marken, etc.) regelmäßig solche Un-

ternehmen übernehmen, die wegen des technologischen Wandels eigene Angebote einstellen.

In meinen den Verwertungsgesellschaften und dem BMJV bekannten Gutachten vom 19.11.2014 und vom 28.07.2015 ist unwidersprochen dargelegt worden, dass die Verwertungsgesellschaften bis heute keine nennenswerten Fällen eines insolvenzbedingten Ausfalls mit Vergütungsanspruch nach § 54 UrhG benannt haben. Solche Fälle gibt es auch nicht.

Deshalb geht der Gesetzgeber ein großes verfassungsrechtliches Risiko ein, wenn er gleichwohl auf dieser dünnen Faktenlage behauptet, er könne in nachvollziehbarer Weise davon ausgehen, dass es für eine insolvenzrechtliche Privilegierung der Vergütungsansprüche nach § 54 UrhG ein tatsächliches Bedürfnis gibt.

- b) Völlig unkalkulierbar ist dieses Risiko für den Gesetzgeber, wenn er sein gesetzgeberisches Instrument nicht von vornherein klar und eindeutig auf die – dann aber sehr wenigen – Fälle einzelner Unternehmen beschränkt, in denen in vertretbarer Weise angenommen werden kann, dass für den relevanten Zeitraum ein konkretes und überdurchschnittliches Insolvenzrisiko besteht. Dann müsste der Gesetzgeber aber klar sagen, dass davon Unternehmen der Kategorie Apple, Samsung, Dell, HP und Fujitsu sowohl als Hersteller wie auch (über ihre Deutschland- und Europa-Gesellschaften) als gewerbliche Importeure von vornherein ausgenommen sein sollen. Gleiches müsste auch für solche gewerblichen Importeure gelten, die in der Vergangenheit ihren Zahlungspflichten immer nachgekommen sind und hinsichtlich derer keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass sie ihren Zahlungs-

pflichten künftig nicht mehr nachkommen werden. Ohne eine solche, bislang im Gesetzestext fehlende und auch in der Gesetzesbegründung nicht klar ausgedrückte Beschränkung, ist der Zweck eines besonderen Insolvenzschutzes kein legitimer Zweck.

Diese Beschränkung kann der Gesetzgeber in einfacher Weise vornehmen, indem er, wie schon unter I. dargestellt, entweder im Text von § 107 Abs. 1 VGG-Entwurf und/oder der Überschrift zu dieser Vorschrift die Begrenzung auf Fälle mit konkreten besonderen Insolvenzrisiken normativ verankert.

III.

Ungelöste Risiken bei der Verhältnismäßigkeit

Den im Erstgutachten (S. 58 ff.) und vor allen Dingen im Zweitgutachten aufgezeigten Defiziten bei der Verhältnismäßigkeit zwischen den zur Rechtfertigung angeführten Gemeinwohlgründen und der Tiefe des Eingriffs in die Berufsfreiheit der betroffenen Hersteller, gewerblichen Importeure und Händler, scheint der Regierungsentwurf mit zwei Schritten entgegenkommen zu wollen.

Ein wenig, indem er, was sich als eine Verbesserung darstellt, die Soll-Vorgabe des § 107 Abs. 1 Satz 2 VGG-Referentenentwurf aufgegeben hat.

Im Kern scheint die Bundesregierung aber auf das Argument zu vertrauen, es genüge, wenn zwar nicht das Gesetz, wohl aber die zu seiner Anwendung berufene Schiedsstelle und das Oberlandesgericht München für verhältnismäßige Gesetzesanwendungsergebnisse sorgen.

So muss wohl der Hinweis in der Gesetzesbegründung verstanden werden (vgl. BR-Drs. 634/15, S. 123: „Die Anordnung muss verhältnismäßig sein“).

1. Diese Aufgabe können Schiedsstelle und Oberlandesgericht München aber nur erfüllen, wenn sie das Gesetz ganz restriktiv anwenden und damit das vollziehen, was die Bundesregierung trotz eindeutiger Hinweise anscheinend vermeiden will: Den Anwendungsbereich von zugunsten der Verwertungsgesellschaften angeordneten Sicherheitsleistungen unmissverständlich auf die Fälle zu beschränken, in denen bei dem damit belasteten möglichen Vergütungsschuldner tatsächlich ein konkretes und überdurchschnittliches Insolvenzrisiko und damit für die Verwertungsgesellschaften ein entsprechendes Ausfallrisiko besteht.

Würden Bundesrat und Bundestag die Weigerung der Bundesregierung, dies im Gesetz oder zumindest in der Begründung des Gesetzentwurfs eindeutig klarzustellen, nicht korrigieren, dann ist schon jetzt absehbar, dass diese Fragen in nahezu jedem Anwendungsfall streitig ausgetragen würden. Und dies nicht nur vor der Schiedsstelle und dem Oberlandesgericht München, sondern womöglich auch vor dem Bundesverfassungsgericht. Damit würden in unsinniger Weise gerade die Entscheidungskapazitäten sinnlos verbraucht, auf die der Gesetzentwurf im Übrigen bei seinem Ziel setzt, die Streitigkeiten über Ob und Höhe von Vergütungsansprüchen vor der Schiedsstelle und anschließend vor dem Oberlandesgericht München zu beschleunigen.

Die fehlende Klarstellung durch den Gesetzgeber, sei es im Wortlaut des Gesetzes oder in dessen Begründung, schafft damit erst die Gefahr, dass die mit der Anwendung des § 107 Abs. 1 VGG-Entwurf beauftragten Stellen (d.h. die Schiedsstelle und die Fachgerichte) diese Norm – unter Orientierung an dem unspezifischen Wortlaut an

den missverständlichen Ausführungen des Gesetzgebers in den Erläuterungen zu § 107 VGG-Entwurf – in einer nicht mit der Verfassung in Einklang stehenden Art und Weise anwenden; und das, obwohl sie bei einer verfassungskonformen, restriktiven Auslegung der Norm (insb. unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes) zwingend zu der Feststellung gelangen müssten, dass die Anordnung einer Sicherheitsleistung nur erfolgen kann, wenn tatsächlich Anhaltspunkte für ein konkretes Ausfallrisiko für die Verwertungsgesellschaften vorliegen.

2. Jedenfalls die direkten Auswirkungen der Einführung eines Instituts der Sicherheitsleistung durch einen neuen § 107 VGG lassen sich nur dann unter die Zumutbarkeitsgrenze drücken, wenn im Gesetzgebungsverfahren entweder im Gesetzestext oder zumindest in der Begründung zum Gesetzentwurf klar zum Ausdruck gebracht ist, dass eine Anordnung nur dann verhältnismäßig sein kann, wenn ein konkretes Sicherungsbedürfnis deshalb besteht, weil die Verwertungsgesellschaften im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes glaubhaft gemacht haben, dass beim Antragsgegner ein konkretes Insolvenzrisiko entweder schon jetzt besteht oder während der zu erwartenden Dauer des Hauptsacheverfahrens mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eintreten wird.
3. Der bisherige Entwurf wahrt die Zumutbarkeitsgrenze, also die Grenze der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, auch unter einem zweiten Aspekt derzeit noch nicht. Der Gesetzestext und wohl auch die Begründung zum Gesetzentwurf machen die Anordnung einer Sicherheitsleistung nicht davon abhängig, dass der Schiedsstelle schon die selbständige empirische Untersuchung im Sinne von § 93 bzw. §§ 112 ff. VGG-Entwurf vorliegt, die nach § 40 Abs. 1 Satz 2 VGG grundsätzlich Voraussetzung dafür ist, dass die Verwertungsgesellschaften überhaupt einen Tarif aufstellen dürfen.

Die Grenze der Zumutbarkeit kann insoweit gewahrt werden, wenn im weiteren Gesetzgebungsverfahren die Anwendbarkeit des Instruments der Sicherheitsleistung davon abhängig gemacht wird, dass der Schiedsstelle schon die empirische Untersuchung aus einem Verfahren gemäß § 93 VGG vorliegt oder ein Ausnahmefall vorliegt (§ 40 Abs. 2 bzw. § 40 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 38 Abs. 2 VGG-Entwurf).

D.

Zusammenfassung

1. Ein Verwertungsgesellschaftengesetz mit dem Inhalt von § 107 des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung (BR-Drs. 634/15, S. 46 bzw. 123) wäre im Kern deshalb ein verfassungswidriger Eingriff in die Berufsfreiheit der betroffenen Hersteller, gewerblichen Importeure und Händler, weil das Gesetz die Anordnung einer Sicherheitsleistung nicht einmal auf Fälle beschränkt, in denen in der Person des einzelnen Schuldners eines möglichen Vergütungsanspruchs ein konkretes und überdurchschnittliches Insolvenzrisiko während der abzusichernden Zeitphase besteht. Ohne eine Nachbesserung in diesem Sinne, wofür sich im Gesetzestext der Abs. 1 von § 107 oder die Überschrift der gesamten Vorschrift anbieten, bliebe eine Regelung aus gleich drei Gründen verfassungswidrig.

Es fehlt ihr an der hinreichenden Bestimmtheit, weil weder die Schiedsstelle noch das Oberlandesgericht München erkennen können, nach welchen Kriterien sie über das Ob der Anordnung einer Sicherheitsleistung entscheiden und verhältnismäßige Ergebnisse erreichen können. Zweitens würde das Gesetz ohne eine solche Beschränkung auf Fälle konkreter Insolvenzgefahren weitergehende Ziele verfolgen, die aber keinesfalls als legitim angesehen werden können und die deshalb für eine verfassungsrechtliche Rechtferti-



gung dieses weitergehenden Grundrechtseingriffs ausscheiden. Und drittens kann ohne eine solche Beschränkung die Regelung des § 107 VGG auch nicht die Hürde der Verhältnismäßigkeit nehmen, weil es dann an der Zumutbarkeit fehlt.

2. Zur Erreichung des verfassungsrechtlich zulässigen Bereichs müsste im Gesetzgebungsverfahren ferner noch deutlich klargestellt werden, dass die bislang neben dem Insolvenzschutzgedanken verfolgten Überlegungen, wie sie in der Begründung des Gesetzentwurfs (Spiegelstriche 1, 2 und 4) zum Ausdruck gebracht werden, die Anordnung einer Sicherheitsleistung durch die Schiedsstelle und deren Bestätigung durch das Oberlandesgericht nicht rechtfertigen können. Dies betrifft insbesondere die Aussetzung eines Verfahrens nach § 103 VGG-Entwurf (4. Spiegelstrich von Abs. 2 der Begründung zu § 107 VGG-Entwurf) und das Fehlen von Interimsvereinbarungen oder Interimsvereinbarungsangeboten (1. und 2. Spiegelstrich von Absatz 2 der Begründung zu § 107 VGG-Entwurf). Diese Belange sind deshalb von der Schiedsstelle im Rahmen der Ermessenentscheidung nach § 107 Abs. 1 VGG-Entwurf auch nicht zu berücksichtigen. Besteht beim Anspruchsgegner kein konkretes und überdurchschnittliches Insolvenzrisiko für die abzusichernde Zeit, dann scheidet auch die Anordnung einer Sicherheitsleistung mit einer anderen Begründung aus. Das folgt einerseits aus der Bestimmtheitsvorgabe, andererseits aus der Beschränkung auf legitime Zwecke.
3. Außerdem wird der Bereich des Zumutbaren (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) nur dann erreicht, wenn im weiteren Gesetzgebungsverfahren noch normativ verankert wird, dass Sicherheitsleistungen erst angeordnet werden können, wenn der Schiedsstelle schon die Ergebnisse der empirischen Untersuchung nach § 93 bzw. §§ 112 VGG-Entwurf vorliegen oder ein Ausnahmefall gegeben ist, in dem die Festsetzung eines Tarifs auch ohne eine solche empirische Untersuchung zulässig ist (§ 40 Abs. 1 Satz 2, Satz 3 i.V. mit



§ 38 Satz 2 und § 40 Abs. 2 VGG-Entwurf). Liegt weder ein Ausnahmefall noch das Ergebnis einer empirischen Studie vor, fehlen der Schiedsstelle die erforderlichen Anhaltspunkte für die Festlegung der Höhe der Sicherheitsleistung.

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'L. Lenz'.

Prof. Dr. Lenz
Rechtsanwalt