

Stellungnahme zum Entwurf 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)

Michael Weller, EEAR, Saarbrücken

15. Februar 2016

1 Vorbemerkungen

Die Europäische EDV-Akademie des Rechts (EEAR), Saarbrücken, ist eine gemeinnützige Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die von ihren Gesellschaftern an der Schnittstelle zwischen IT und Recht angesiedelt wurde. Die Gesellschaft befasst sich nach ihrem Zweck mit der Durchführbarkeit und den Folgen der elektronischen Informationsverarbeitung in Recht und Verwaltung. Zu ihren Aufgaben gehört unter anderem die konzeptuelle und praktische Begleitung der Entwicklung im Bereich des elektronischen Rechtsverkehrs einschließlich der Erarbeitung von Gesetzesvorschlägen zu diesem Thema. Im Rahmen dieser Aufgaben widmet sich die Akademie wie auch der Gesellschafter Deutscher EDV-Gerichtstag e.V. informationsrechtlichen Aspekten, insbesondere der Frage, welche Anforderungen an ein modernes Urheberrecht und seine Durchsetzung in schieds- und gerichtsförmigen Verfahren bezüglich digitaler Schaffens- und Nutzungs- sowie Lizenzierungsphänomene zu stellen sind. Die EEAR unterstützt seit rund zehn Jahren den Projektleiter Recht, John Hendrik Weitzmann, der deutschen Creative Commons-Initiative und war im Jahr 2007 an der Portierung der Creative Commons-Lizenzen in der Version 3.0 ins deutsche Recht beteiligt. Seit dem Jahr 2010 wird die Gründung und der Aufbau einer weiteren Verwertungsgesellschaft für Musikrechte, der 2013 in Hamburg in der Rechtsform der Europäischen Genossenschaft gegründeten Cultural Commons Collecting Society (C3S) SCE mbH in urheber- und wahrnehmungsrechtlichen

Fragen begleitet. Vor diesem Hintergrund nehme ich zu dem Regierungsentwurf 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) nachfolgend mit einem Fokus auf die in dem vorgeschriebenen Zusammenhang für besonders bedeutsam erachteten Gesichtspunkte Stellung.

2 Einleitung

Mit der Richtlinie 2014/26/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die kollektive Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten und die Vergabe von Mehrgebietslizenzen für Rechte an Musikwerken für die Online-Nutzung im Binnenmarkt (ABl. EU Nr. L 84 vom 20.03.2014 S. 72 ff. - im Folgenden: Richtlinie) ist auf die Feststellung der Verbesserungswürdigkeit der Funktionsweise von Organisationen zur kollektiven Rechtswahrnehmung in der Empfehlung 2005/73/EG der Kommission vom 18. Mai 2005 für die länderübergreifende kollektive Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten, die für die legale Online-Musikdienste (ABl. EU Nr. L 276 vom 21.10.2005, S. 54) reagiert und ein von dem Mitgliedstaaten in nationales Recht umzusetzender Unionsrechtsrahmen gesetzt worden, der insbesondere Aspekte der Online-Vermarktung von kreativen Inhalten, die nach den nationalen Urheberrechtsordnungen einen Urheber- oder diesem verwandten Leistungsschutz beanspruchen können, aufgreift. Dies betrifft u.a. die Thematik der digitalen Schaffens-, Nutzungs- und Lizenzierungsphänomene, insbesondere der Nutzung offener Lizenzen und deren Verbindung mit klassischen sowie der Entwicklung neuer Geschäftsmodelle wie sie Ausgangspunkt für die Gründung der C3S waren.

Im Folgenden werden in dem für die Stellungnahme vorgegebenen Rahmen lediglich drei Gesichtspunkte zu Artikel 1 des Regierungsentwurfs 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 (im Folgenden: Regierungsentwurf oder VGG-RegE) gewürdigt, die im Zusammenhang mit der laufenden Gründungsbegleitung der C3S als besonders bedeutsam ermittelt werden konnten, ohne dass hierdurch die Bedeutung der nicht besonders erwähnten Neuerungen geschmälert werden soll, jedoch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass in die Konzeption der Neugründung einer Verwertungsgesellschaft für Musikrechte gerade die Anlass der Reform bildenden Umstände teilweise antizipiert mit Blick auf eine praktikable Wahrnehmung einbezogen wurden.

3 Kommerzielle Nutzung erlauben versus offene Nutzbarkeit zulassen

Die Richtlinie greift mit Erwägungsgrund 19 Abs. 3 und Art. 5 Abs. 3 ein vielfach als Grundanliegen von Anhängern des Open Content beschriebenes Phänomen auf, nämlich das Fordern einer Befugnis für Urheber, selbst darüber zu befinden, nicht kommerzielle Nutzungen zuzulassen oder zu verbieten. Dies ist in § 11 VGG-RegE zur Umsetzung vorgesehen. Der Gedanke der Unterscheidung zwischen kommerziellen und nicht kommerziellen Nutzungen fand bereits in einer frühen Phase der Entstehung der Creative Commons-Lizenzen in den USA im Jahr 2001 seinen Niederschlag in der Schaffung eines Lizenzelements »NC - non commercial«. So erscheint vordergründig naheliegend, eine nicht kommerzielle Nutzung mittels dieser offenen Lizenzen durch den Rechteinhaber zuzulassen.¹ Bei den Creative Commons-Lizenzen (CC-Lizenzen), die durch sinnvolle Kombination von vier Lizenzelementen die Lizenzierung urheberrechtlich geschützter Inhalte an jedermann in sechs verschiedenen Abstufungen ermöglichen, handelt es sich um ein speziell für das Internet entwickeltes Lizenzierungsmodell.² Ziel war es, juristische Methoden aufzufinden, mittels derer einige der Hindernisse, die das als zu restriktiv empfundene Copyright kreativen Prozessen entgegenstellt, überwunden werden können.³ Kernelement war jedoch nicht die Ermöglichung, im Wege einer Lizenz sich kommerzielle Nutzungen vorbehalten zu können, während nicht kommerzielle Nutzungen zugelassen sein sollen, sondern das Aufgreifen des Copy Left-Prinzips, das Richard Stallman im Jahr 1983 in die von ihm entwickelte General Public License (GPL) für Software hat einfließen lassen.⁴ Die Aufnahme eines »Copy Left« in eine Lizenz steht in der Tradition der frühen Nutzer von Computern, die sich allein auf das Lösen technischer Probleme und Fragestellungen konzentrierten, um hierdurch sich ein Renommee zu erarbeiten. Dies wurde von Levy in seinem 1984 erschienen Buch »Hackers« in der zweiten Regel der Hackerethik als Forderung »Informationen sollen frei sein und somit jedem verfügbar sein« mit einem Rückblick auf die seit den 1960er Jahren am MIT an Computern arbeitenden Jugendlichen formuliert.

Hierin jedoch die Forderung nach völliger Kostenfreiheit des Zugangs oder der Nutzung zu erkennen, wird der Sache nicht gerecht, denn sowohl Stallman wie auch Levy ging es um die Freiheit, Informationen nutzen können im Sinne einer der Monopolisierung entgegenwirkenden freien Verfügbarkeit von Informationen und gerade nicht um deren Kostenfreiheit.⁵ Mittels des Copy Left-Prinzips wird daher der Nachnutzer einer Software, der diese befugterweise

¹Metzger/Heinemann, The Right of the Author to Grant Licenses for Non-Commercial Use: Creative Commons Licenses and the Directive on Collective Management, 6 (2015) JIPITEC 11.

²Lessig, Vorbildwirkung beginnt auf der lokalen Ebene - Interview, in: Dobusch/Forstleitner (Hg.), Freie Netze. Freies Wissen, Wien, 2007, S. 56 (57).

³Lessig, Vorbildwirkung beginnt auf der lokalen Ebene - Interview, in: Dobusch/Forstleitner (Hg.), Freie Netze. Freies Wissen, Wien, 2007, S. 56 (57).

⁴Moody, Richard Stallmans Goldene Regel und »Digital Commons«, in: Lutterbeck/Bärwolf/Gehring, Open Source Jahrbuch 2008 - Zwischen freier Software und Gesellschaftsmodell, Berlin, 2008, S. 299 (302).

⁵Zusammenfassende Informationen zur Hackerethik Levys finden sich z.B. in der deutschsprachigen Wikipedia, abrufbar unter: <http://de.wikipedia.org/wiki/Hackerethik>, abgerufen am 11.02.2016.

verändert, seinerseits im Gegenzug dazu angehalten, seine Weiterentwicklung, im Idealfall eine Verbesserung, wieder der Gemeinschaft, aus der sein Ausgangsprodukt erhalten hat, in einer die Weiterentwicklung zulassenden Weise zurückzugeben. Es handelt sich bei diesem Vorgang bei näherem Hinsehen um ein klassisches Austauschverhältnis, bei dem der Lizenzgeber die Veränderung seines urheberrechtlich oder verwandt geschützten Gegenstandes erlaubt, im Gegenzug für diese Erlaubnis aber von dem Bearbeiter fordert, die Bearbeitung seinerseits wieder bearbeiten zu dürfen.

Die Idee, dass Software und später Inhalte kostenfrei zur Verfügung stehen müssten, entstammt einerseits einer Zeit, in der Computer ohne Software nicht ausgeliefert wurden und daher Software kein eigenständiger Wert beigemessen wurde, andererseits aus der typischen Situation der jugendlichen Computernutzer der frühen Heimcomputerära in den 1980er Jahren. Der typische Nutzer eines Heimcomputers wie z.B. des Commodore 64 hatte eine Quelle, aus der er Spiele - eben Software - beziehen konnte. Diese Quelle war aber nur in seltenen Fällen der reguläre Handel, da dieser entweder regional gar nicht existierte oder aber die Nachfrage gar nicht bedienen konnte, so dass sich informelle Netzwerke bildeten, über die Softwarekopien auf Diskette oder Datasette auf dem Schulhof verteilt und getauscht wurden.⁶ Die Mitglieder dieses Netzwerks waren in den seltensten Fällen stets finanziell in der Lage die »Originale« zu erwerben, wenn sie denn überhaupt Kenntnis davon hatten, wo man solche erwerben konnte.

Aus diesen Strukturen des Softwaretauschs und der Softwareweitergabe entwickelten sich mit zunehmender Vernetzung der Rechner Tauschbörsen, bei denen derjenige, der Daten über das Netzwerk bezog, seinerseits auch Daten anbieten musste und das bloße Beziehen von Informationen als »Leeching« verpönt war, da der »Leecher« die knappen und damals noch teuren Ressourcen nicht mit anderen teilte. Fußend auf diesem Gedanken weist gängige Tauschbörsensoftware heute noch in ihren Voreinstellungen ein vordefiniertes Mengenverhältnis von Down- zu gleichzeitigem Upload auf. Obgleich sich diese informellen Strukturen in Form von peer-to-peer-Netzwerken zum Austausch jedweder Art von Inhalten bis heute beobachten lassen, bildeten und bilden sich erfolgreiche Freemium-Modelle heraus, bei denen Inhalte in Grundversionen kostenfrei verteilt werden und Zusatzinhalte käuflich erworben werden müssen.⁷ Bei diesen Modellen sind die Rechteinhaber zur Erzeugung einer Nachfrage bereit, bestimmte Inhalte auch ohne konkrete Gegenleistung - eben kostenfrei - zur Verfügung zu stellen, um über die bei ihnen monopolisierte Befriedigungsmöglichkeit der selbst erzeugten Konsumnachfrage wirtschaftlich voranzukommen.

Damit kann als belegt gelten, dass Kostenfreiheit nicht mit dem Begriff der nicht kommerziellen Nutzung gleichgesetzt werden darf. Vielmehr zeigt dieser Ausflug in die Geschichte der Computernutzung, dass die Definition einer kommerziellen Nutzungshandlung äußerst schwierig und nicht am bloßen Argument der Kostenfreiheit festzumachen ist. Ein Leistungsaustausch findet streng genommen auch bei Lizenzen, die das Copy Left-Prinzip - bei Creative Common als »SA - Share Alike« formuliert - beinhalten, statt. Diesser Austausch kann

⁶ Anschaulich beschrieben von Stöcker, Nerd Attack! Eine Geschichte der digitalen Welt vom C64 bis zu Twitter und Facebook, Hamburg, 2011, S. 22 ff.

⁷ Stöcker, a.a.O.

sich darin erschöpfen, im Gegenzug für die Nutzung fremder Kapazitäten, eigene zur fremden Nutzung zur Verfügung zu stellen. Konsequenter Weise gehen die CC-Lizenzen daher auch davon aus, dass im Hinblick auf eine offene Lizenzierung der Austausch von Dateien über ein Netzwerk zwar nicht kostenfrei, aber stets nicht kommerziell erfolgt.

Unter anderem wegen der bestehenden Schwierigkeiten, die Philosophie der offenen Nutzung von Informationen im Sinne des Copy Left-Prinzips mit einem Geschäftsmodell zu verbinden, ist an der sprachlichen Fassung der NC-Klausel der Creative Commons-Lizenzen Kritik geübt und diese je nach Blickwinkel für systemfremd, verfehlt, unglücklich oder wenigstens zu unscharf erachtet worden.⁸ Creative Commons' Projektleiter Recht weist aber zutreffend darauf hin, dass die entsprechende Bestimmung in den Creative Commons-Lizenzen mit Bedacht und im Interesse der Nutzergemeinde so gewählt wurde, dass verschiedenen kreativen Schaffenskreisen die Möglichkeit belassen wird, ihre jeweiligen eigenen Vorstellungen von »kommerziell« und »nicht kommerziell« zu entwickeln.⁹ Dies ist umso wichtiger, als Creative Commons-Lizenzen nicht nur für die Lizenzierung von Musik¹⁰, sondern auch für andere kreative Inhalte wie z.B. Fotos¹¹ verwendet werden und auch im Bereich der Wissenschaft von den Vertretern des Open Access die Verwendung von Creative Commons-Lizenzen nahegelegt wird, was tatsächlich in einer beachtlichen Zahl von Veröffentlichungen erfolgt.¹² Wissenschaftliche Verlage haben bereits Geschäftsmodelle entwickelt, mittels derer dem Bedürfnis der Autoren für eine Creative Commons-Lizenzierung in verschiedenen Abstufungen Rechnung getragen werden kann, auch wenn der Autor sich seine Lizenzierungsfreiheit gegenüber dem Verlag durch Zahlung von Article Processing Charges oder Publication Fees erkaufen muss, also einen Inhalt selbst nicht kostenfrei zur Verfügung stellen kann.¹³ Schließlich ist der Bereich des Open Government zu berücksichtigen, in dem durch Bekanntmachung der Kommission 2014/C 240/01 für den Bereich der unentgeltlichen Bereitstellung von Geodaten explizit die Verwendung von Standardlizenzen wie den Creative Commons-Lizenzen nahegelegt wird und auch im Übrigen die Bereitstellung von Informationen zur unentgeltlichen Nachnutzung die Creative Commons-Lizenzen eine bedeutende Rolle einnehmen.¹⁴ Gerade in letzterem Bereich ist durch die derzeitige Rechtslage und die breite Verwendung völlig offener Lizenzen wie der Open Database License oder der Datenli-

⁸Weller/Di Rosa, Lizenzierungsformen, in: Kuhlen/Semar/Strauch (Hg.), Grundlagen der praktischen Information und Dokumentation, 6. Aufl., Berlin, 2013, S. 454 (462); kritisch auch: Metzger/Heinemann, The Right of the Author to Grant Licenses for Non-Commercial Use: Creative Commons Licenses and the Directive on Collective Management, 6 (2015) JIPITEC 11.

⁹Weitzmann, <http://de.creativecommons.org/2015/06/09/paper-analysiert-cc-nc-lizenzen-fuer-verwertungsgesellschaften/> (abgerufen am 11.02.2016); s.a Studie der Creative Commons Corp.: Defining non commercial - A study how the online population understands non commercial use, September 2009.

¹⁰Vielfältige Beispiele hierzu finden sich z.B. auf der Internet-Plattform jamendo.com (abgerufen am 11.02.2016).

¹¹Die Fotoplattform flickr.com ermöglicht Mitgliedern, von ihnen auf die Plattform hochgeladene Bilder mit einer Creative Commons 2.0 generic-Lizenz zu versehen, um Nachnutzungen zu ermöglichen.

¹²Beispielhaft für einen Wissenschaftsbereich ist die Untersuchung von Herb, Open Science in der Soziologie, Diss., Saarbrücken, 2015, S. 395 f.

¹³Z.B. das Angebot des Georg Thieme-Verlages, Thieme-Open (<http://open.thieme.com/dc>; abgerufen am 11.02.2016).

¹⁴Hoffmann/Schulz, Open Data für Kommunen, KommJur 2014, 126 (127); Hackenberg, in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Multimedia-Recht, 41. Erg., März 2015, Teil 16.7 Rn. 34.

zuz Deutschland nicht ausgeschlossen, dass z.B. Planungsbüros sich der in digitalen Landschaftsmodellen bei den Landesvermessungsämtern vorliegenden, kostenfrei nachzunutzenden Geodaten bedienen, um diese im Rahmen einer an sie beauftragten Planung an den öffentlichen Baulastträger zurückzukaufen, also kommerziell zu nutzen, womit die Nachnutzung für den Lizenzgeber selbst gerade nicht mehr kostenfrei möglich ist.

Vor diesem Hintergrund ist ausdrücklich zu begrüßen, wenn der Gesetzgeber von einer gesetzlichen Definition des Begriffs der kommerziellen Nutzung, wie er der Regelung in § 11 VGG-RegE zugrunde zu legen ist, ebenso absieht, wie der Unionsgesetzgeber in der Richtlinie hiervon abgesehen hat. Dabei spielen nicht nur Überlegungen zur Einordnung der »kommerziellen Nutzung« als autonomen Begriff des Unionsrechts, der durch den EuGH näher zu umreißen ist, eine Rolle,¹⁵ sondern auch der aus Vorstehendem herzuleitende Befund, dass sich ein einheitliches Begriffsverständnis über alle betroffenen Nutzerkreise als nicht zielführend erweisen muss. So mag der Musiker, der seine Musik im Rahmen eines Benefiz- oder Wohltätigkeitskonzerts zugunsten des Allgemeinwohls oder zur Behebung konkreter Notlagen unter Zurverfügungstellung seiner Gage einem zahlenden Publikum zu Gehör bringt, dies als uneigennützig und schon deshalb »nicht kommerziell« wahrnehmen, während es für den zumindest den Rahmen, innerhalb dessen das Konzert stattfindet, finanzierenden und das - wenn möglicherweise auch geringe - finanzielle Risiko der Veranstaltung tragenden Konzerthallenbetreiber gerade auf eine Einnahmenerzielung nicht nur zum Zwecke der Kostendeckung, sondern der Überschusserwirtschaftung - es soll ja schließlich etwas für den guten Zweck übrig bleiben - ankommt, womit er ganz klar kommerziellen Nutzen wenigstens in Form der wirtschaftlichen Drittbegünstigung und des nicht unerheblichen Werbeeffects für seinen Betrieb und damit einen eigenen wirtschaftlichen Vorteil, nämlich den der sonst gegen Bezahlung zu schaltenden Werbung, erzielen kann. Dieses Problem stellt sich analog beim gemeinnützigen Verein, der im Rahmen eines Sommerfestes, mit dem etwa die Finanzierung der Jugendarbeit für den nachfolgenden Zeitraum durch den Verkauf von Speisen und Getränken gesichert werden soll, für nicht kommerzielle Zwecke lizenzierte Musik spielen möchte. Hier kommt es dem Verein gleichwohl darauf an, durch die Nutzung der Musik einen höheren Verzehr und damit wirtschaftlichen Erlös zu erzielen, auch wenn dieser letztlich einem als dem Allgemeinwohl dienlichen Zweck zukommend zu betrachten ist, gleichwohl aber mit anderen dem Gemeinwohl förderlichen Belangen in Konkurrenz steht.

Besonders deutlich wird der Konflikt am Beispiel des Falles »Deutschlandradio«, der in beeindruckender Weise zu Tage gefördert hat, dass ein ausschließliches Anknüpfen an die Person des Nutzers zur Klärung der Frage, ob eine kommerzielle Nutzung vorliegt,¹⁶ nicht ausreichend sein kann, sondern stets die Gesamtumstände der konkreten Nutzungshandlung in die Bewertung der Handlung als kommerziell oder nicht kommerziell einzubeziehen sind.¹⁷ Im Sinne

¹⁵in diesem Sinne: Metzger/Heinemann, The Right of the Author to Grant Licenses for Non-Commercial Use: Creative Commons-Licenses and die Directive on Collective Management, 6 (2015) JIPITEC 11, S. 18 f.

¹⁶In diesem Sinne LG Köln, Urt. v. 05.03.2014 - 28 O 232/13 - MMR 2014, 478.

¹⁷OLG Köln, Urt. v. 31.10.2014 - 6 U 60/14 - GRUR 2015, 167 »Deutschlandradio«.

einer Entscheidungshilfe hat Creative Commons Deutschland in Zusammenarbeit mit Partnern eine Broschüre herausgegeben, die Nutzern anhand typischer Nutzungskonstellationen eine Hilfestellung bei der Einordnung ihres Nutzungsvorhabens in kommerzielle und nicht kommerzielle Nutzungen bieten kann,¹⁸ ohne jedoch letztlich jeden Fallstrick sicher beseitigen zu können.¹⁹ Dies gilt umso mehr, als das Urheberrecht heute noch unbekannte Nutzungsarten grundsätzlich als dem Urheberrechtsschutz zugänglich betrachtet und sich diesbezügliche Nutzungsphänomene, die sich erst noch herausbilden müssen, kaum abstrakt in kommerzielle und nicht kommerzielle Nutzungen einordnen lassen. Schon deshalb sind auch interessengeleitete Versuche, die von den Creative Commons offen formulierte Definition der kommerziellen Nutzung in einer allgemein gültigen Weise weiter auszudifferenzieren, wie es etwa durch die STM-Verleger im Sommer 2014 versucht wurde, als fragwürdig zu betrachten.²⁰

Im Sinne der von Erwägungsgrund 19 Abs. 3 geforderten leichten Ausübbarkeit der Befugnis, Rechte für die nicht kommerzielle Nutzung selbst auszuüben oder Dritten ein solches Recht zu erteilen, ist jedoch zur Vermeidung von Fehlvorstellungen in der Praxis der Rechtsanwendung anzuregen, die recht knappe Begründung zu § 11 VGG-RegE (Nutzungen für nicht kommerzielle Zwecke) um einen Hinweis klarstellenden Inhalts dahingehend zu ergänzen, dass zwischen der Lizenzierung nicht kommerzieller Nutzungen und offener Lizenzierung zu differenzieren und aufgrund der Richtlinienvorgabe lediglich die Lizenzierung nicht kommerzieller Nutzung ermöglicht werden muss, nicht aber eine offene Lizenzierung, wenn es auch der Verwertungsgesellschaft unbenommen ist, mit ihren Mitgliedern zu vereinbaren, dass von der Verwertungsgesellschaft nur solche Rechte wahrzunehmen sind, die nicht bereits im Wege offener Lizenzierung an jedermann erteilt wurden. Dadurch kann vor allem in der Praxis dem vorhersehbaren Irrtum der Rechtsinhaber entgegengewirkt werden, in jedem Fall auf der Grundlage der Verpflichtung der Verwertungsgesellschaft zu einer »Selbstwahrnehmung« nicht kommerzieller Nutzung gem. § 11 VGG-RegE unter Verwendung einer Creative Commons-NC-Lizenz befugt zu sein. Zwar wäre es mit Metzger/Heinemann²¹ wünschenswert, wenn die Verwertungsgesellschaften solches ermöglichen würden, es muss aber letztlich einer Entscheidung der Mitglieder der Verwertungsgesellschaft überlassen bleiben, von einer solchen faktischen Standardisierung durch CC-Lizenzen Gebrauch zu machen oder nicht. Hierin liegt nicht zuletzt eine Möglichkeit der Verwertungsgesellschaften, sich im Wettbewerb um Rechtsinhaber gegenüber anderen Verwertungsgesellschaften abzugrenzen und das jeweilige Geschäftsmodell nach eigenen Vorstellungen auszurichten, je nachdem, ob die eigenen Mitglieder in der Ermöglichung der Verwendung der Creative Commons-Lizenzen einen Vorteil oder einen Nachteil für das eigene wirtschaftliche Vorankommen oder sonst künstlerische Anliegen, das der Verbindung konsensual zugrunde gelegt wird, erkennen.

¹⁸Klimpel, *Freies Wissen Dank Creative Commons Lizenzen - Folgen, Risiken und Nebenwirkungen der Bedingung »nicht kommerziell - NC«*, Berlin, 2012.

¹⁹Möller, *Freiheit mit Fallstricken: Creative Commons-NC-Lizenzen und ihre Folgen*, in: Lutterbeck u.a. (Hg.), *Open Source Jahrbuch 2006*, S. 271 ff.

²⁰Weller, *Neue Modell-Lizenzen der STM-Verleger*, in: *AnwZert ITR 20/2014 Anm. 2*.

²¹Metzger/Heinemann, *The Right of the Author to Grant Licenses for Non-Commercial Use: Creative Commons Licenses and the Directive on Collective Management*, 6 (2015) JIPITEC 11, para 1.

Für die Nutzer ergibt sich aus der Unschärfe insoweit kein Nachteil, als die Verwertungsgesellschaften gem. § 56 Abs. 1 Nr. 3 VGG-RegE die Standardnutzungsverträge sowie gem. § 56 Abs. 1 Nr. 4 VGG-RegE die Tarife und Standardvergütungssätze, jeweils einschließlich Ermäßigungen für die Allgemeinheit auf ihrer Internetseite zur Verfügung zu stellen und gem. § 56 Abs. 2 VGG-RegE auf aktuellem Stand zu halten haben. Bei erwartungsgemäß konsequenter Umsetzung dieser Verpflichtung durch die Verwertungsgesellschaft kann der Nutzer erkennen, für welche Nutzungshandlungen eine Vergütungspflicht besteht bzw. bei der Option gem. § 11 VGG-RegE eine Vergütung nicht an die Verwertungsgesellschaft zu leisten ist. Insoweit sei nochmals darauf hingewiesen, dass auch eine nicht kommerzielle Nutzung nach aktuellem Stand des Entwurfs sowie unter Berücksichtigung der Regelung in den CC-Lizenzen und deren Genese nicht zwingend mit einer Kostenfreiheit des Nutzungsrechteerwerbs oder der Nutzung selbst einhergehen muss.

4 Elektronische Kommunikation, Abstimmung und Vertretung versus sichere Entscheidungsprozesse

Mit der in § 19 Abs. 3 VGG-RegE vorgesehenen Umsetzung von Art. 6 Abs. 4 der Richtlinie findet eines der Grundanliegen der Gründer der Cultural Commons Collecting Society (C3S) SCE mbH Eingang in das Gesetz. Bereits bei den ersten Beratungen zur praktischen Durchführung der Hauptversammlung wurden Überlegungen angestellt, in welcher Weise eine sichere Teilnahme der Mitglieder an der Hauptversammlung gewährleistet werden kann. Dabei richteten die Initiatoren den Blick auf das Aktienrecht, das in § 118 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 AktG den Aktionären die Möglichkeit explizit eröffnet, Aktionärsrechte auch elektronisch auszuüben. Mit Blick auf die Möglichkeit technischer Störungen bei der Ausübung von Aktionärsrechten hat der Gesetzgeber in § 243 Abs. 3 Nr. 1 AktG einen Anfechtungsausschluss vorgesehen, soweit der Gesellschaft nicht grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz in Bezug auf die Störung vorzuwerfen ist. Die Satzung der C3S sieht in § 13 Abs. 5 S. 2 ausdrücklich vor, dass jedes Mitglied seine Stimme in der Generalversammlung auch elektronisch abgeben kann. § 13 Abs. 5 S. 3, 4 bestimmen, dass diese elektronische Stimmabgabe im Rahmen eines von dem Verwaltungsrat festzulegenden elektronischen Verfahrens, das die Transparenz und Nachprüfbarkeit der Stimmabgabe durch die Mitglieder sicherstellt, zu erfolgen hat. Darüber hinaus kann nach § 13 Abs. 9 der Satzung der C3S die Generalversammlung in einem nur Mitgliedern zugänglich zu machenden Live-Stream übertragen werden.

Damit hat die Satzung der C3S die Anforderungen aus § 19 Abs. 3 VGG-RegE bereits im Jahr 2013 vorweggenommen und trägt mit der mit Bedacht gewählten Formulierung auch der Berücksichtigung des Standes der Technik bei der Wahl der elektronischen Mittel Rechnung. Die Satzung steht im Einklang mit der für die C3S als Europäische Genossenschaft unmittelbar anwendbaren Regelung in Art. 58 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 des Rates vom 22. Juli 2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (ABl. EU Nr. L 207

vom 18.08.2003, S. 1 ff.; nachfolgend: SCE-VO) und § 43 Abs. 7 S. 1, S. 2, letzter Halbsatz GenG. Diese Vorschriften erlauben ausdrücklich die Ermöglichung einer Abstimmung in elektronischer Form sowie die Übertragung der Generalversammlung in Bild und Ton. Ferner halten sich die Vertretungsregelungen im Rahmen der Vorgabe aus § 43 Abs. 5 S. 2 GenG, wenn auch im Hinblick auf die im Entwurf auf Seite 84 oben angesprochene Bevorzugung von anderen Mitgliedern bei der Erteilung von Stimmrechtsvollmacht eine satzungsmäßige Einschränkung des mit Vertretungsmacht auszustattenden Personenkreises auf andere Mitglieder oder die Interessen des Mitgliedes am ehesten kennende nahe Angehörige, von denen eine Vertretung im Sinne des Vertretenen am ehesten zu erwarten ist, vorgesehen ist.

4.1 Vertretung und Stimmrechtsakkumulation

Wer weder persönlich am Ort der Generalversammlung, noch in elektronischer Form an einer Abstimmung teilnehmen kann, darf sich auch der derzeitigen Satzung der C3S durch ein anderes Mitglied, den Ehegatten, seine Eltern, Kinder oder Geschwister bei der Stimmgabe vertreten lassen, wobei die Vereinigung von Stimmen auf einen Vertreter gem. § 43 Abs. 5 S. 3 GenG zwingend auf höchstens drei, also die eigene sowie höchstens zwei Vertretene begrenzt ist.²² Eine Abweichung hiervon führt gem. § 51 GenG zur Anfechtbarkeit des Beschlusses, wenn nicht feststeht, dass die zuviel abgegebenen Stimmen sich nicht auf das Abstimmungsergebnis ausgewirkt haben.²³

Zu dem Ziel des Gesetzgebers, im Genossenschaftsrecht eine Bündelung von Stimmrechten in wenigen Händen und damit gleichzeitig eine faktisch den Interessen der Vertretenen zuwider laufende Ausübung der Stimmrechte wirksam zu verhindern, steht die vorgesehene Regelung in § 19 Abs. 4 VGG-RegE in recht deutlichem Kontrast. Auch innerhalb der Verwertungsgesellschaften besteht wie in den Genossenschaften ein Interesse daran, große Stimmrechtsansammlungen in wenigen Händen wirksam zu verhindern, um ein möglichst breites Meinungsbild aller Mitglieder bei der Meinungsbildung sicherzustellen. Insoweit weicht das nach der Gesetzesbegründung ausdrücklich nicht modifizierte Genossenschaftsrecht von der Regelung in § 19 Abs. 4 S. 2 VGG-RegE, die eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis eines Vertreters durch Satzung auf weniger als zehn Stimmen nicht zulässt, deutlich ab. Eine richtlinienkonforme Umsetzung erfordert diese Art der Einschränkung der Gestaltungsbefugnis der Verwertungsgesellschaften bei der Regelung der Vertretungsbefugnisse in der Hauptversammlung nicht. Im Gegenteil spricht die Formulierung von Art. 8 Abs. 10 UAbs. 2 der Richtlinie unter Berücksichtigung von Erwägungsgrund 23, wonach Mitgliedstaaten die Bestellung von Vertretern und die Ausübung der Stimmrechte der Mitglieder, die sie vertreten, einschränken können, wenn dadurch die angemessene und wirksame Mitwirkung der Mitglieder an dem Entscheidungsfindungsprozess der Organisation für die kollektive Rechtewahrung nicht beeinträchtigt wird, dafür, dass es dem nationalen Gesetzgeber

²²Fandrich, in: Pöhlmann/Fandrich/Blochs, Genossenschaftsgesetz, 4. Aufl., München, 2012, § 43 GenG, Rn. 53.

²³Geibel, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., München, 2014, § 43 GenG, Rn. 18.

sogar verwehrt ist, solche Bestimmungen vorzusehen, die zwangsläufig zu einer Stimmrechtsansammlung bei einigen wenigen, möglicherweise sogar professionellen »Meinungsführern« führen können.

Es ist auch aus Sicht einer in der Rechtsform der Genossenschaft geführten Verwertungsgesellschaft nicht verständlich, warum eine nicht durch das Unionsrecht erzwungene Kumulation von Stimmrechten künstlich herbeigeführt werden soll, indem ein Vertreter durch das Statut der Verwertungsgesellschaft nicht darauf beschränkt werden dürfe, weniger als zehn Mitglieder bei der Abstimmung zu vertreten, wenn bei identischer Interessenlage zwischen Verwertungsgesellschaft und Genossenschaft sinnvollerweise bereits eine genossenschaftsrechtliche gesetzliche Bestimmung eine geringere Stimmrechtsakkumulation in einer Person eben zur Gewährleistung der angemessenen Stimmrechtsausübung und Widerspiegelung des Meinungsbildes der gesamten Mitgliederschaft vorsieht. Die in dem Gesetzentwurf beschriebene Gefahr, dass ein Mitglied kein anderes Mitglied finden könne, das ihn bei der Abstimmung in der Mitgliederversammlung vertritt, ist vor dem Hintergrund der Ermöglichung auch einer persönlichen elektronischen Abstimmung ohne Anwesenheit am Ort der Mitgliederversammlung sowie der Möglichkeit, nahe Angehörige zur Stimmabgabe zu bevollmächtigen, nicht einleuchtend, da der zeitliche Aufwand sich selbst bei persönlicher Stimmabgabe des Mitgliedes auf den Zeitraum der Abstimmung bzw. der Mitgliederversammlung beschränkt, die ihm rechtzeitig vorher bekannt zu geben ist. Darüber hinaus schließt der Wortlaut der Regelung in § 19 Abs. 4 VGG-RegE nicht aus, dass eine Vertretung auch durch Nichtmitglieder erfolgt. Insoweit können die Verwertungsgesellschaften aber ein Interesse daran haben, die Erteilung von Stimmrechtsvollmacht auf Mitglieder und näher zu bestimmende nahe Angehörige zu beschränken. Eine solche Entscheidung muss aber den Verwertungsgesellschaften vorbehalten und idealerweise schon zur Vermeidung von Missverständnissen auch ausdrücklich zugestanden werden.

Auch wenn die Begründung zu § 19 Abs. 4 VGG-RegE klar zu erkennen gibt, dass lediglich die satzungsmäßige Befugnis der Verwertungsgesellschaften zur Bestimmung von Höchstgrenzen der Vertretung bei der Stimmabgabe eingeschränkt werden und die Regelung in § 43 Abs. 5 S. 3 GenG unberührt bleiben soll, es also der Genossenschaft zu Recht durch die Regelung in § 19 Abs. 4 S. 2 VGG-RegE nicht ermöglicht werden soll, eine höhere Zahl von Stimmen in einer Person eines Vertreters zu vereinigen, erschließt sich die abweichende Beschneidung der Selbstregelungsbefugnis der Verwertungsgesellschaften in Bezug auf die als Vertreter zuzulassenden Personen nicht. Vielmehr kann bereits eine mögliche bloße Wiederholung der Rechtslage in der Satzung einer Genossenschaft zu vermeidbarem Konfliktpotenzial führen. Darüber hinaus wirkt sich die zahlenmäßige Untergrenze kritisch auf die Vertretung der Mitglieder in Verwertungsgesellschaften mit ohnehin verhältnismäßig geringer Zahl stimmberechtigter Mitglieder aus. Es kann insoweit nämlich nicht sicher vorhergesehen werden, ob und inwieweit bzw. in welchen Fällen durch die Rechtsprechung gerade bei Verwertungsgesellschaften mit verhältnismäßig wenigen Stimmberechtigten eine richtlinienkonforme Reduktion der Norm vorgenommen werden wird und Abweichungen von der Mindestzahl von zehn Stimmen des Vertreters

nach unten für unionsrechtswidrig befunden werden. Da hierdurch aber der rechtliche Bestand von Beschlüssen der Mitgliederversammlung berührt sein kann, der erst in einem möglicherweise lang andauernden Rechtsstreit letztlich von dem EuGH geklärt werden kann, entsteht für die Mitglieder und die Nutzer, soweit hiervon Beschlüsse über den Tarif betroffen sind, infolge dieser nicht erforderlichen Art der Umsetzung der Richtlinie eine ganz erhebliche Rechtsunsicherheit.

Ich rege daher an, die Regelung in § 19 Abs. 4 S. 2 VGG-RegE wenigstens um folgenden klarstellenden Halbsatz nach dem Wort »darf« zu ergänzen: », soweit nicht aus den für die Rechtsform, in der die Verwertungsgesellschaft geführt wird, geltenden zwingenden Bestimmungen sich ein Anderes ergibt«. Gleichwohl sollte überlegt werden, auf diese gerade für Verwertungsgesellschaften mit einer geringen Zahl Stimmberechtigter höchst kritische und die effektive Repräsentation der Interessen aller Mitglieder in einer Abstimmung höchst kritische Beschneidung der Befugnisse der Verwertungsgesellschaft, die Höchstzahl der in einem Vertreter zu verminigenden Stimmen selbst durch Statut festzulegen, vollständig zu verzichten. Es erscheint m.E. nicht fernliegend, dass im Konfliktfall der EuGH die durch Art. 8 Abs. 10 UAbs. 2 der Richtlinie eröffnete Befugnis des Gesetzgebers zur Einschränkung von Stimmrechtsvollmachten im Lichte der Erwägungsgründe 14, 22 und 23 genau in entgegengesetzter Weise interpretieren wird, wodurch der Rechtsbestand von Beschlüssen beeinträchtigt sein kann, wenn diese aufgrund einer unionsrechtswidrigen Bestimmung des nationalen Rechts in nicht richtlinienkonformer Weise gefasst wurden.

4.2 Elektronische Abstimmung

Der Begründung zu § 19 Abs. 3 VGG-RegE ist zu entnehmen, dass die Folgen des technischen Versagens bei einer elektronischen Abstimmung durch die Verwertungsgesellschaft zu regeln sind. Dies impliziert, dass die Verwertungsgesellschaft in ihrem Statut jedes technische Versagen ohne Rücksicht auf das eigene Verhalten ausschließen könne. Dies kann jedoch ohne explizite Absichtsankerung des Gesetzgebers kaum so verstanden werden und dürfte im Hinblick auf die grundsätzlichen Grenzen von Haftungsausschlüssen auch einer gerichtlichen Überprüfung kaum Stand halten. Vielmehr wird man entsprechend der Verteilung des Risikos beim Zugang von Willenserklärungen eine Risikoverteilung durch die Rechtsprechung nach Risikosphären zu erwarten haben.²⁴ Dabei wird zu berücksichtigen sein, dass der Abstimmende bewusst den Weg der elektronischen Übermittlung seiner Stimme im Rahmen der Abstimmung gewählt hat und daher Störungen technischer Einrichtungen, derer er sich zur Stimmrechtsausübung bedient, selbstverständlich auch zu verantworten habe, während Störungen, die im Bereich des von der Verwertungsgesellschaft gewählten technischen Systems - sowohl hard- wie auch softwareseitig - angelegt

²⁴In diesem Sinne sprechen auch Hüffer/Schäfer, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl., München 2016, § 243 AktG Rn. 110, von einer Überlegenheit einer solcher Art vorgenommenen Risikoverteilung gegenüber der in § 243 Abs. 3 Nr. 1 AktG vorgesehenen Anknüpfung an Verschuldenskategorien, wenn sie auch letztlich einem vollständigen Ausschluss der Anfechtbarkeit den Vorzug einräumen würden. Ebenso äußert sich Koch, in: Hüffer (Hg.), Aktiengesetz, 11. Aufl., München, 2014, § 243 Rn. 44a. Differenzierter, jedoch die gesetzliche Risikoverteilung ebenfalls kritisierend: Würthwein, in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 3. Aufl., München 2015, § 243 Rn. 234.

sind, von dieser verantwortet werden müssen.²⁵ Daher kann im Falle des Eintritts technischer Störungen in der Sphäre der Verwertungsgesellschaft nicht ohne Weiteres die Gelegenheit genutzt werden, einen unanfechtbaren Beschluss zu generieren, bei dem ein Teil der Stimmberechtigten aufgrund dieser Störung von der Stimmabgabe ausgeschlossen war.

Wenn der vorliegende Regierungsentwurf bezüglich der Folgen eines technischen Versagens keine explizite Regelung trifft und die Bestimmung der Folgen technischen Versagens den Verwertungsgesellschaften selbst zuweist, so mag dies im Hinblick auf die an der aktienrechtlichen Ausformung des Anfechtungsausschlusses gem. § 243 Abs. 3 Nr. 1 AktG geübten Kritik verständlich sein, führt jedoch für die Verwertungsgesellschaften und ihre Mitglieder zu großer Unsicherheit, da die Grenzen eines Anfechtungsausschlusses und dessen Voraussetzungen erst dann sicher feststehen, wenn hierzu nach dem Führen von Rechtsstreiten zu verschiedenen denkbaren Ausformungen des Anfechtungsausschlusses dessen Konturen durch die Rechtsprechung klarer umrissen sind. Im Falle der Abstimmung über Tarife betrifft diese Rechtsunsicherheit nicht nur die Mitglieder und Wahrnehmungsberechtigten, sondern auch die Nutzer, die sich im Hinblick auf den rechtlichen Bestand des Tarifs, nach dem sie die von ihnen vorgenommenen Nutzungshandlungen zu vergüten haben, nicht sicher sein können. Diese Rechtsunsicherheit sollte m.E. der Gesetzgeber beseitigen, indem er - wenn ein absoluter Anfechtungsausschluss nicht gewünscht sein sollte - wenigstens die Grenzen des Ausschlusses der Anfechtbarkeit von Beschlüssen der Mitgliederversammlung wegen technischer Störungen bei der Online-Teilnahme durch das Gesetz aufzeigt.

5 Mitgliederhauptversammlung der Verwertungsgesellschaft versus Generalversammlung der Europäischen Genossenschaft (SCE)

Der Regierungsentwurf hat das in Deutschland bewährte Modell der Differenzierung zwischen Mitgliedern der Verwertungsgesellschaft einerseits und lediglich durch Wahrnehmungsverträge mit der Verwertungsgesellschaft verbundene wahrnehmungsberechtigte Nichtmitglieder übernommen. Hierdurch war es erforderlich, dass die gesetzlichen Bestimmungen eine Teilhabe dieser wahrnehmungsberechtigten Nichtmitglieder an den sie betreffenden Entscheidungsprozessen der Verwertungsgesellschaft erzwingen. In § 20 Abs. 2 Nr. 4 VGG-RegE ist vorgesehen, dass bei wenigstens bei den Abstimmungen der Mitgliederhauptversammlung über die dort explizit aufgeführten Gegenstände auch Delegierte der wahrnehmungsberechtigten Nichtmitglieder stimmberechtigt teilnehmen dürfen. Dies betrifft die Abstimmung

- gem. § 17 Abs. 1 Nr. 6 VGG-RegE über den Verteilungsplan nach § 27 VGG-RegE,

²⁵Weudtland, in: Bamberger/Roth (Hg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, 37. Edition, Stand 01.11.2015, § 130 BGB Rn. 10.

- gem. § 17 Abs. 1 Nr. 7 VGG-RegE über die Verwendung der nicht verteilbaren Einnahmen aus den Rechten nach § 30 VGG-RegE,
- gem. § 17 Abs. 1 Nr. 8 VGG-RegE über die allgemeine Anlagenpolitik in Bezug auf die Einnahmen aus den Rechten nach § 25 VGG-RegE,
- gem. § 17 Abs. 1 Nr. 9 VGG-RegE über die allgemeinen Grundsätze für die Abzüge von den Einnahmen aus den Rechten nach § 31 Abs. 1 VGG-RegE, einschließlich der allgemeinen Grundsätze für Abzüge zur Deckung von Verwaltungskosten nach § 31 Abs. 2 VGG-RegE und gegebenenfalls der Abzüge für die Förderung kulturell bedeutender Werke und Leistungen und für die Einrichtung und den Betrieb von Vorsorge- und Unterstützungseinrichtungen nach § 32 VGG-RegE,
- gem. § 17 Abs. 1 Nr. 12 VGG-RegE über den Abschluss, den Inhalt und die Beendigung von Repräsentationsvereinbarungen nach § 44 VGG-RegE,
- gem. § 17 Abs. 1 Nr. 13 VGG-RegE über die Wahrnehmungsbedingungen nach § 9 S. 2 VGG-RegE,
- gem. § 17 Abs. 1 Nr. 14 VGG-RegE über die Tarife nach §§ 38 bis 40 VGG-RegE,
- gem. § 17 Abs. 1 Nr. 15 VGG-RegE über die zum Tätigkeitsbereich gehörenden Rechte,
- gem. § 17 Abs. 1 Nr. 16 VGG-RegE über die Bedingungen, zu denen der Berechtigte jedermann das Recht einräumen kann, seine Werke oder sonstigen Schutzgegenstände für nicht kommerzielle Zwecke zu nutzen nach § 11 VGG-RegE und
- gem. § 17 Abs. 2 VGG-RegE über die Übertragung der Befugnisse nach § 17 Abs. 1 Nrn. 3 - 5 und 10 - 14 auf das Aufsichtsgremium nach § 22 VGG-RegE.

Soweit man hierin möglicherweise eine Modifikation der Bestimmungen über die Rechte der Mitglieder in dem nach dem für die jeweilige Rechtsform, in der die Verwertungsgesellschaft geführt wird, gesetzlich vorgesehenen zur Entscheidung berufenen Organ in Form der Schaffung einer diese allgemeinen Regeln verdrängenden *Lex Specialis* für Verwertungsgesellschaften erkennen könnte, kann dies nicht für die SCE gelten, soweit diese bestimmte Entscheidungsbefugnisse aufgrund der direkt anwendbaren SCE-Verordnung den Genossen einzuräumen und in dort vorgeschriebener Weise zu gewährleisten hat. Insofern ist eine Modifikation der durch eine Bestimmung der SCE-Verordnung der SCE aufgegebenen Stimmrechtszuweisung durch den nationalen Gesetzgeber ausgeschlossen. Gemäß Art. 288 AEUV gilt für die SCE die SCE-Verordnung unmittelbar.²⁶ Hieraus fließt die Begründung individueller Rechte des Einzelnen, die von den nationalen Gerichten zu beachten sind.²⁷ Die Mitgliedstaaten

²⁶Geismann, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., München, 2015, Rn. 11.

²⁷Geismann, a.a.O., Rn. 13.

haben infolge der Höherrangigkeit des Unionsrechts die Pflicht, nicht gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßende Regelungen in ihre Rechtsordnung einzufügen und soweit gleichwohl solche Regelungen bestehen, diese wieder abzuschaffen, um Unklarheiten zu vermeiden.²⁸ In der Konsequenz wäre für die SCE daher die Vorgabe der SCE-Verordnung maßgeblich und kann die nationale Regelung der §§ 20, 17 VGG-RegE diese Bestimmungen nicht im Wege der Spezialität modifizieren oder ersetzen.

Die fehlende Modifikationsmöglichkeit betrifft bereits das Stimmrecht in der Generalversammlung als solches. Dieses steht in der Generalversammlung der SCE ausschließlich Mitgliedern der SCE zu, wobei jedes Mitglied unabhängig von der Zahl seiner Geschäftsanteile eine Stimme hat, Art. 59 Abs. 1 SCE-VO. Eine stimmberechtigte Teilnahme von Nichtmitgliedern an Abstimmungen ist nicht vorgesehen. Den stimmberechtigten Mitgliedern ist nach Art. 67 Abs. 2 SCE-VO vorbehalten, über die Verwendung des Ergebnisses zu entscheiden. Damit ist eine Letztentscheidungsbefugnis über die Verteilung von Einnahmen aus dem Geschäftsbetrieb ausschließlich der Entscheidungsgewalt der Mitglieder der SCE zugewiesen und eine Teilhabe von Nichtmitgliedern am Entscheidungsprozess rechtlich nicht möglich. Demgegenüber sieht die Regelung in §§ 20, 17 Abs. 1 Nrn. 6, 7 VGG-RegE jedoch vor, dass auch die wahrnehmungsberechtigten Mitglieder an Abstimmungen über den Verteilungsplan und die Verwendung der nicht verteilbaren Einnahmen durch stimmberechtigte Delegierte teilhaben müssen. Ferner ist der Gegenstand der SCE gem. Art. 5 Abs. 4 dritter Spiegelstrich in der Satzung anzugeben, so dass im Hinblick auf die Regelung in § 17 Abs. 1 Nr. 15 VGG-RegE die Mitbestimmung der wahrnehmungsberechtigten Nichtmitglieder über Satzungsangelegenheiten der Verwertungsgesellschaft eröffnet werden müsste, was - wie zuvor gezeigt - wegen des Ausschlusses der stimmberechtigten Teilnahme von Nichtmitgliedern an Abstimmungen der Generalversammlung der SCE gem. Art. 59 Abs. 1 SCE-VO und der Fassung der Regelung in Art. 61 Abs. 4 SCE-VO zum Mindestquorum für Satzungsänderungen, die ausdrücklich davon ausgeht, dass die eingetragenen Mitglieder hierfür zuständig und maßgeblich sind, unionsrechtswidrig ist. Nimmt die Gründungsaufsicht gem. § 79 Abs. 1 Nr. 1 VGG-RegE an, dass von den Vorgaben der §§ 20, 17 Abs. 1 Nrn. 6, 7 und 15 VGG-RegE nicht dergestalt abgewichen werden darf, dass Entscheidungen über diese Belange auch durch ein Gremium, in dem Mitglieder und wahrnehmungsberechtigte Nichtmitglieder in angemessenem Verhältnis zueinander die Entscheidungen der letztentscheidungsbefugten Generalversammlung verbindlich z.B. in Form einer nur in dem konkreten Wortlaut anzunehmenden Beschlussvorlage vorbereiten, könnte die Verwertungsgesellschaft in Deutschland nicht in der Rechtsform der Europäischen Genossenschaft SCE geführt werden.

Ein solches Ergebnis dürfte einer rechtlichen Nachprüfung durch den EuGH jedoch kaum Stand halten. Nach Erwägungsgrund 14 der Richtlinie schreibt diese eine bestimmte Rechtsform, in der eine Verwertungsgesellschaft zu führen ist, nicht vor und haben die Mitgliedstaaten insoweit ausschließlich sicherzustellen, dass die Verwertungsgesellschaften sich der Erfüllung ihrer Verpflichtungen, die ihnen nach der Richtlinie obliegen sollen, durch die Wahl einer bestimm-

²⁸Geismann, a.a.O., Rn. 15 m.w.N.

ten Rechtsform entziehen können. Soweit der Regierungsentwurf die tradierte Unterscheidung zwischen Mitgliedern der Verwertungsgesellschaft und Wahrnehmungsberechtigten aufgreift, findet sich eine solche Differenzierung nicht als notwendige in den Richtlinienbestimmungen, wird aber durch diese auch nicht ausgeschlossen. Zur Vermeidung von Verstößen gegen das Unionsrecht muss jedoch bei Vornahme dieser Unterscheidung durch den nationalen Gesetzgeber ausdrücklich auch zugelassen werden, dass diejenigen Gegenstände, über die ein Beschluss zwingend unter Beteiligung der wahrnehmungsberechtigten Nichtmitglieder zu fassen ist, außerhalb des nach dem für die jeweilige Organisationsform letztentscheidungsbefugten Organs getroffen werden. Das letztentscheidungsbefugte Organ der Verwertungsgesellschaft kann dabei zur Vermeidung, dass sich die Verwertungsgesellschaft den ihr nach dem Willen des Unionsgesetzgebers zukommenden Pflichten entzieht, verpflichtet werden, einen Beschluss ausschließlich auf der Grundlage einer Beschlussvorlage zu treffen, die unter angemessener Beteiligung von Mitgliedern und Wahrnehmungsberechtigten in einem gesonderten Gremium erarbeitet und beschlossen wurde. Auf diese Weise lassen sich nicht nur Verstöße gegen das Unionsrecht, sondern auch Wertungswidersprüche zwischen dem Recht der Verwertungsgesellschaften und dem Vereins- oder Gesellschaftsrecht im Übrigen vermeiden. Insoweit wäre es m.E. günstiger gewesen, die bisherige offene Formulierung zur effektiven Einflussnahmemöglichkeit der Wahrnehmungsberechtigten auf die Entscheidungen der Verwertungsgesellschaft auch in den Regierungsentwurf zu übernehmen und von der enumerativen Aufzählung von Gegenständen der Beschlussfassung unter zwingender Beteiligung der wahrnehmungsberechtigten Nichtmitglieder in der Mitgliederversammlung abzusehen oder diese so zu fassen, dass jedenfalls eine der Rechtsform, in der die Verwertungsgesellschaft geführt wird, entsprechende, in jedem Fall effektive Einflussnahmemöglichkeit der Wahrnehmungsberechtigten zu gewährleisten ist. Schließlich bleibt anzumerken, dass die Mehrfachverwendung des Terminus »Mitgliederversammlung«, der einmal technisch und einmal untechnisch verstanden werden kann, auch wenn sie auf der Richtlinie beruht, mehr als unglücklich ist und die Rechtsanwender zwingt, zunächst das technische oder untechnische Verwendung des Terminus zu klären.



Michael Weller
Rechtsanwalt
Geschäftsführer

Europäische EDV-Akademie des Rechts gGmbH
Universität des Saarlandes - Starterzentrum 2
Fuchstälchen, Geb. 30
D-66123 Saarbrücken
Vorsitzender des Aufsichtsrates: Prof. Dr. Stephan Ory
Geschäftsführung: Alfred Gass, Michael Weller
Handelsregister: HRB 15467 Amtsgericht Saarbrücken