

Matthias Marz

Corporate Governance im Recht der Verwertungsgesellschaften



Nomos

Schriftenreihe des Archivs für
Urheber- und Medienrecht (UFITA)

herausgegeben von
Prof. Dr. Michael Grünberger, LL.M. (NYU)
Prof. Dr. Nadine Klass, LL.M. (Wellington)
Band 288

Matthias Marz

Corporate Governance im Recht der Verwertungsgesellschaften



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Bayreuth, Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6403-7 (Print)

ISBN 978-3-7489-0494-6 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2019 von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth als Dissertation angenommen und ist auf dem Stand von Januar 2019. Für die Drucklegung wurde vereinzelt Literatur bis September 2019 nachgetragen und die Richtlinie 2019/790/EU vom 17. April 2019 berücksichtigt.

Meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. *Michael Grünberger*, LL.M., danke ich herzlichst für die herausragende Betreuung und die schöne Zeit an seinem Lehrstuhl. Seine Unterstützung sowie die von ihm ermöglichte Teilnahme an zahlreichen Tagungen und Doktorandenseminaren waren bei der Entstehung dieser Arbeit äußerst wertvoll.

Mein Dank gilt auch Herrn Prof. Dr. *Peter W. Heermann*, LL.M. für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und Herrn Prof. Dr. *Brian Valerius* für die Übernahme des Vorsitzes der Prüfungskommission.

Die Arbeit entstand weitgehend während meiner Tätigkeit am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschafts- und Technikrecht. Nicht zuletzt wegen meiner dortigen Kolleginnen und Kollegen werde ich diese Zeit stets in bester Erinnerung behalten. Insbesondere *Petra Dötsch*, *Michael Eginger*, *Lukas Firsching*, Dr. *Sebastian Köhler*, *Ingrid Krodel-Kießling*, *Martin Sommer*, *Lena Tofaute* und *Marcus Werner* bin ich daher zu Dank verpflichtet.

Meine Eltern *Bärbel* und *Axel Marz* sowie meine Lebensgefährtin *Lena Maibaum* haben mich – wie auch der Rest meiner Familie – während des Studiums und der Promotion vorbehaltlos unterstützt. Ihnen gilt mein besonderer Dank.

Düsseldorf, im September 2019

Matthias Marz

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
I. Einführung in den Untersuchungsgegenstand	17
1. Die Funktion von Verwertungsgesellschaften	17
2. Marktmacht als Folge	18
3. Pluralität der Rechtsinhaber	20
4. Treuhänderische Rechtswahrnehmung	21
5. Binnenorganisation der Verwertungsgesellschaften	22
6. Aufsicht anstelle von Wettbewerb	23
II. Ökonomische Grundlagen	25
1. Principal-Agent-Theorie	26
2. Annahmen der Neuen Institutionenökonomik	27
a. Unvollständige Verträge	27
b. Begrenzte Rationalität	28
c. Homo oeconomicus und Verhaltensökonomie	29
3. Principal-Principal-Konflikt	31
III. Problemstellung und Forschungsfrage	32
IV. Gang der Untersuchung	34
V. Begrenzung der Untersuchung	35
VI. Stand der Forschung	36
Kapitel 1: Corporate Governance in Verwertungsgesellschaften	39
I. Corporate Governance	39
1. Begriffsbestimmung	39
2. Normatives Verständnis	41
3. Corporate-Governance-Prinzipien	41
4. Corporate-Governance-Maßnahmen	42
a. Vermeidung von Fehlanreizen	42
b. Abbau von Informationsasymmetrien	43
c. Direktive Verhaltenssteuerung	44
5. Vertretungskosten	45
6. Rechts(erkenntnis-)quellen	46
a. Grundsätze der OECD	46

b. Deutscher Corporate Governance Kodex	47
c. Gesetzliche Regelungen	48
d. Grünbuch Europäischer Corporate-Governance-Rahmen	49
7. Zusammenfassung	49
II. Übertragbarkeit auf Verwertungsgesellschaften	50
1. Verein und GmbH als Rechtsform	51
2. Keine (Eigen-)Gewinnerzielungsabsicht	52
3. Keine gleichmäßige Partizipation an den Erträgen	53
4. Die Unterteilung der Rechtsinhaber	53
a. Rechtsinhaber	53
b. Berechtigte	55
c. Mitglieder	57
(1) Keine Rechtsinhaber als Mitglieder	59
(2) Mitgliedschaft sämtlicher Rechtsinhaber	60
(3) Mitgliedschaft für ausgewählte Rechtsinhaber	60
(4) Nichtmitglieder als Shareholder	61
d. Zusätzliche Unterteilung in der Praxis	62
(1) GEMA	64
(2) VG Musikedition	65
(3) Alternativer Lösungsansatz	66
5. Fehlende Marktkontrolle	67
6. Schwächere interne Kontrolle	69
7. Zusammenfassung	70
III. Modifizierter Maßstab einer guten Corporate Governance	71
IV. Vorgaben im VGG	73
1. Corporate Governance als Ziel der Richtlinie	73
2. Konkrete Corporate-Governance-Maßnahmen im VGG	74
a. Informations- und Publizitätspflichten	74
b. Vermeidung von ex-post-Opportunismus	75
c. Interne Kontrolle	77
d. Externe Kontrolle	77
3. Das Verhältnis zum Handels- und Gesellschaftsrecht	78
4. Bedeutung der Statuten der Verwertungsgesellschaften	79
a. Rechtfertigung von zwingenden Vorgaben	80
b. Fehlende Satzungsstrenge im VGG	83
5. Zusammenfassung	84
Kapitel 2: Machtverteilung	86
I. Problemstellung	86

II. Das Machtgefüge innerhalb der Verwertungsgesellschaft	88
1. Die Mitgliederhauptversammlung	88
a. Besonderheiten beim Verein	89
b. Besonderheiten bei der GmbH	89
c. Kompetenzen	93
d. Kontrollfunktion	93
e. Übertragung auf das Aufsichtsgremium	94
f. Versammlung der Rechtsinhaber	96
2. Das Aufsichtsgremium	97
a. Abweichung vom aktienrechtlichen Aufsichtsrat	98
b. Aufweichung der Gewaltenteilung	98
c. Wiederherstellung der Gewaltenteilung	100
d. Zusammensetzung	101
(1) Fair und ausgewogen	101
(2) Verwertungsgesellschaften ohne Mitgliederkategorien	102
(3) Berechtigte und Dritte als Organmitglieder	104
(4) Entsenderechte	107
e. Rechte des Aufsichtsgremiums	108
f. Pflichten des Aufsichtsgremiums	110
3. Aufsichtsrat	110
4. Verwaltungsrat	113
a. Begriffsverständnis außerhalb des VGG	114
b. Der Verwaltungsrat als monistisches Verwaltungsorgan	115
c. Der Verwaltungsrat als fakultatives Überwachungsorgan	116
d. Zusammenfassung	118
5. Die Geschäftsführung	118
a. Reichweite des § 21 Abs. 1 VGG	118
b. Zusammensetzung	119
c. Kompetenzen	120
d. Art und Weise der Aufgabenerfüllung	120
e. Kontrolle	121
6. Zusammenfassung	122
III. Die Machtverteilung zwischen Mitgliedern und Nichtmitgliedern	123
1. Mitglieder als Agenten der Nichtmitglieder	124
a. Kein Problem begrenzter Rationalität	125
b. Interessensdivergenzen	126
c. Entschärfung des Principal-Agent-Konflikts durch Delegierte	126

2. Gemeinsame Vertretung nach dem UrhWahrnG	127
a. Umsetzung in den Vereinen	127
b. Umsetzung in den Gesellschaften mit beschränkter Haftung	129
c. Unzureichende Umsetzung in beiden Fällen	130
3. Grundsatz der Mitwirkung im VGG	130
a. Abstimmung nach Köpfen	132
(1) Aufnahmeanspruch	134
aa. Vereinbarkeit mit der Privatautonomie	135
bb. Mitgliedschaftsbedingungen	137
cc. Reichweite des Aufnahmezwangs	139
dd. Rechtsformabhängige Hürden der Aufnahme neuer Mitglieder	143
(2) Erhöhte Teilnahme an der Mitgliederhauptversammlung	146
aa. Stellvertretung	146
bb. Elektronische Teilnahme	147
(3) Ergebnis	151
b. Delegierte mit fixem Stimmenanteil	152
(1) Vereinbarkeit mit BGB und GmbHG	153
(2) Spürbarkeitserfordernis	153
(3) Verwertungsgesellschaften mit Nichtrechtsinhabern	154
(4) Ergebnis	155
c. Modifizierte Abstimmung nach Köpfen	155
d. Zustimmungserfordernis zugunsten des Beirats	156
(1) Vereinbarkeit mit Gesellschaftsrecht	156
(2) Vereinbarkeit mit Unionsrecht	158
(3) Vereinbarkeit mit § 20 Abs. 2 Nr. 4 VGG	158
aa. Wortlaut	159
bb. Systematik der Norm	159
cc. Zwischenergebnis	161
(4) Zweckmäßigkeit	161
aa. Zusammensetzung des Beirats	161
bb. Abstimmungsverfahren	162
cc. Gefahr von Blockaden	162
dd. Zwischenergebnis	163
(5) Ergebnis	164
e. Zusammenfassung	164

4.	Ausgestaltung einer Stimmrechtsbündelung	165
a.	Grundsätzliche Orientierung an der Ausschüttungsbeteiligung	166
b.	Vereinbarkeit mit dem Demokratieprinzip	168
c.	Berücksichtigung der Stellung des Rechtsinhabers in der Verwertungsgesellschaft	169
(1)	Mitgliedschaft als Stellvertretermerkmal	169
(2)	Anpassung des Stimmgewichts	170
d.	Abweichendes Vorgehen bei Verwertungsgesellschaften mit Mitgliedern i.S.v. § 7 Nr. 2 VGG	172
(1)	Verwertungsgesellschaft ohne Rechtsinhaber als Mitglieder	172
aa.	Unvereinbarkeit mit den gesetzlichen Vorgaben	172
bb.	Keine Anknüpfung an die repräsentierten Rechtsinhaber	173
cc.	Pauschaler Stimmenanteil für die Mitglieder	173
(2)	Verwertungsgesellschaften mit Mitgliedern i.S.v. § 7 Nr. 1 und Nr. 2 VGG	174
(3)	Ergebnis	175
e.	Abstimmungsverfahren	175
f.	Minderheiten- und Mehrheitsschutz	176
5.	Wahl der Delegierten	177
6.	Zusammenfassung	178
IV.	Machtverteilung unter den Mitgliedern	178
1.	Das Kuriensystem	179
a.	Principal-Principal-Konflikte	180
b.	Verfolgung von Gruppeninteressen	181
c.	Überproportionaler Einfluss	182
d.	Verleger als Sonderfall	184
2.	Rechtmäßigkeit des Kuriensystems	186
a.	§ 16 VGG als Maßstab	187
b.	Ausnahme bei Sonderrechten	188
c.	Ergebnis	190
3.	Zweckmäßigkeit des Kuriensystems	191
4.	Recht- und zweckmäßige Ausgestaltung des Kuriensystems	192
a.	Minderheitenschutz	192
b.	Schutz der Mehrheit	193
c.	Kontrolle durch die Aufsichtsbehörde	194
d.	Keine Umgehungsgefahr durch Kompetenzverlagerung	195
5.	Zusammenfassung	196

Kapitel 3: Eindämmung von Interessenkonflikten	197
I. Problemstellung	197
II. Das Verfahren nach § 21 Abs. 2 VGG	198
1. Ziel der Regelung	199
2. Begriffsbestimmung	200
3. Ausgestaltung des Verfahrens	201
a. Interessenkonflikt i.S.v. § 21 Abs. 2 S. 1 VGG	202
b. Erkennung der Konflikte	205
(1) Offenlegungspflicht	205
(2) Konkretisierung der Reichweite	206
(3) Zuständiges Organ	207
c. Vermeidung der Konflikte	207
(1) Konkrete Interessenkonflikte	209
(2) Abstrakte Interessenkonflikte	209
(3) (Un-)wesentliche Konflikte	211
(4) Unvermeidbare Interessenkonflikte	212
d. Umgang mit unvermeidbaren Interessenkonflikten	212
(1) Offenlegung	213
(2) Überwachung	213
(3) Beendigung	213
4. Ausweitung auf die Mitglieder weiterer Organe	214
5. Verankerung des Verfahrens	216
6. Zusammenfassung	216
III. Interessensangleichung zwischen Organwaltern und Rechtsinhabern	217
1. Variable Vergütung	218
a. Anknüpfungspunkt	218
(1) Einnahmen aus der Rechtewahrnehmung	219
(2) Verwaltungskosten	220
(3) Kombination in Form der Verwaltungskostenquote	221
b. Vermeidung von Fehlanreizen	222
2. Beschluss über die Vergütung (Say on Pay)	223
a. Entwicklung der Vergütung ohne Say on Pay	224
b. Gestaltungsmöglichkeiten eines Say-on-Pay-Beschlusses	226
c. Beschluss nach den Vorgaben des VGG	228
(1) Zeitpunkt der Beschlussfassung	229
(2) Rechtsverbindlichkeit	229
(3) Beschlussgegenstand	230
(4) Häufigkeit	230

3. Zusammenfassung	230
IV. Vermeidung von Interessenkonflikten bei Stellvertretung	232
1. Weisungserteilung durch den Vertretenen	232
2. Vorgaben an den Stellvertreter	234
a. Personelle Beschränkungen	234
(1) Externe Dritte	234
(2) Interne Rechtsinhaber	235
(3) Keine Ausnahme beim weisungsgebundenen Vertreter	236
b. Anzahl der vertretenen Mitglieder	237
3. Zeitliche Beschränkung	238
4. Zusammenfassung	239
V. Vorgaben zur Mittelverwendung	240
1. Die Ausgangssituation bei Verwertungsgesellschaften	241
2. Verteilung an die Berechtigten	242
a. Einbehaltung von Mitteln	242
b. Ausschüttungen an Nichtberechtigte, insbesondere Verleger	243
c. Verteilungsmaßstab	245
3. Abzüge zu sozialen und kulturellen Zwecken	248
a. Angemessenheit im Verhältnis zu den Leistungen der Verwertungsgesellschaft	250
(1) Art der Einnahme	250
(2) Gegenleistung als Bezugsgröße	251
(3) Berücksichtigung des korporativen Status	252
(4) Höhe der Abzüge	253
(5) Zwischenergebnis	255
b. Objektive Kriterien für die Abzüge	255
4. Zusammenfassung	256
Kapitel 4: Transparenz- und Informationsmaßnahmen	257
I. Problemstellung	257
II. Die persönliche Erklärung nach § 21 Abs. 3 VGG	257
1. Beteiligung an der Verwertungsgesellschaft	258
a. Sachliche Reichweite	258
b. Bedeutung der Erklärung	259
2. Vergütung und sonstige Leistungen	259
a. Sachliche Reichweite	259
b. Bedeutung der Erklärung	260

3. Ausschüttungen	261
a. Reichweite	261
b. Angabe in Stufen	262
(1) Hintergrund der Regelung	263
(2) Angemessenheit	263
(3) Orientierung an § 3 S. 3 Anl. 1 zur GO-BT	263
4. Interessenkonflikte	264
5. Eingriffe in informationelle Selbstbestimmungsrechte	265
a. Beteiligung an der Verwertungsgesellschaft	265
b. Vergütung und sonstige Leistungen	265
c. Ausschüttungen	266
6. Zusammenfassung	268
III. Informationen für die Berechtigten	269
1. Vorvertragliche Informationspflichten	269
a. Abgrenzung zu § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB	269
b. Verweis auf die Satzung und den Transparenzbericht	270
c. Standardisiertes „Produktinformationsblatt“	271
2. Informationspflichten während der Vertragsdurchführung	271
a. Empfängerkreis	271
b. Individuelle Abrechnung	272
c. Angabe des Zeitraums der Nutzungen	273
3. Zusammenfassung	273
IV. Informationen für die Allgemeinheit	274
1. Veröffentlichungspflichten nach § 56 VGG	274
a. Gesamtverträge im Wortlaut	275
b. Analoge Anwendung auf Einzelvereinbarungen	275
c. Veröffentlichung im Internet	276
d. Allgemeinheit als Adressat	277
2. Jahresabschluss	277
a. Anwendbarkeit von HGB-Vorschriften	278
b. Lagebericht	279
c. Prüfung	279
d. Veröffentlichung	280
3. Transparenzbericht	280
a. An Organmitglieder gezahlte Leistungen	281
b. Gesonderter Bericht über soziale und kulturelle Abzüge und Ausgaben	282
c. Finanzinformationen	283
4. Zusammenfassung	284

Kapitel 5: Ergebnisse der Untersuchung	285
I. Zusammenfassung	285
1. Checks and Balances	288
a. Mitgliederhauptversammlung	288
b. Aufsichtsgremium	289
c. Aufsichts- und Verwaltungsrat	289
d. Geschäftsführung	290
2. Machtverteilung in den Organen	290
a. Machtverteilung zwischen Mitgliedern und Nichtmitgliedern in der Praxis	291
b. Optimale Machtverteilung zwischen Mitgliedern und Nichtmitgliedern	294
c. Machtverteilung zwischen den Berufsgruppen (Kuriensystem)	296
3. Eindämmung von Interessenkonflikten	297
a. Rechtsinhaber – Geschäftsführung	297
b. Mitglied – Stellvertreter	299
c. Rechtsinhaber – Rechtsinhaber	300
4. Informations- und Transparenzmaßnahmen	301
a. Informationen für die Rechtsinhaber	302
b. Informationen für die Allgemeinheit	303
II. Fazit	304
III. Ein eigener Corporate-Governance-Kodex für Verwertungsgesellschaften	305
1. Funktionen	305
a. Norminterpretierungs- und Normkonkretisierungsfunktion	306
b. Kommunikationsfunktion	306
c. Maßstabsfunktion	307
2. Selbstregulierung	308
a. Kommissionszusammensetzung	308
b. Homogener Adressatenkreis	309
c. Vorteile	310
3. Wirkungsweise	310
a. Gesetzliche Verankerung	311
b. Durchsetzung durch die Aufsichtsbehörde	313
4. Zusammenfassung	314
Literaturverzeichnis	317

Einleitung

I. Einführung in den Untersuchungsgegenstand

1. Die Funktion von Verwertungsgesellschaften

Das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte sind als Immaterialgüter ubiquitär und nicht-rivalisierend. Selbst großen Musiklabels (sog. *Majors*), Filmstudios oder Weltstars ist es daher kaum möglich, ihre Rechte selbst abschließend zu lizenzieren und die Nutzung zu überwachen.¹ Der dafür notwendige Verwaltungs- und Kontrollapparat lässt sich erst wirtschaftlich und effizient betreiben, wenn sich mehrere Rechtsinhaber zusammenschließen und ihre Rechte bündeln.² Genau dort setzen die Verwertungsgesellschaften an, indem sie kollektiv die Rechte wahrnehmen.

Auch für den Nutzer vereinfachen Verwertungsgesellschaften den Lizenzwerb erheblich: Regelmäßig nehmen die Verwertungsgesellschaften die Rechte *aller* Rechtsinhaber der jeweiligen Werkskategorie wahr. Durch Gegenseitigkeitsverträge mit ausländischen Verwertungsgesellschaften kann häufig sogar das gesamte sogenannte *Weltrepertoire* angeboten werden.³ Zusätzlich ermächtigen sich die Verwertungsgesellschaften untereinander zum Inkasso.⁴ Möchte der Nutzer eine Lizenz erwerben, muss er nicht erst aufwendig die jeweiligen Rechtsinhaber ermitteln, sondern kann sich direkt und einheitlich für alle Werke und alle Rechte an diesen an *eine*

1 *Augenstein*, Rechtliche Grundlagen des Verteilungsplans urheberrechtlicher Verwertungsgesellschaften, 2004, S. 18 f.; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 9. Aufl. 2019, Rn. 1300; *W. Nordemann/Wirtz* in: Fromm/Nordemann, UrhR, 11. Aufl. 2014, Einl. UrhWahrnG Rn. 1; *Gerlach* in: Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar UrhR, 5. Aufl. 2019, Vor. §§ 1 ff. VGG Rn. 28; *Heine/Staats* in: MAHdb UrhR, 2. Aufl. 2017, § 6 Rn. 1.

2 *Gerlach* in: Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar UrhR, 5. Aufl. 2019, Vor. §§ 1 ff. VGG Rn. 28; *Wandtke*, NJW 2019, 1841 (1844); vgl. *Drexl* in: Gerlach/Evers, 50 Jahre GVL, 2004, S. 21 f.

3 *Rebbinder/Peukert*, Urheberrecht, 18. Aufl. 2018, Rn. 1200 f.; vertiefend *Melichar* in: Loewenheim, HdB UrhR, 2. Aufl. 2010, § 45 Rn. 21 ff.

4 Ausführlich *Melichar* in: Loewenheim, HdB UrhR, 2. Aufl. 2010, § 46 Rn. 32 ff.

Verwertungsgesellschaft wenden.⁵ Eine Verhandlung über die Konditionen der Rechtenutzung ist dabei nicht notwendig, weil die Verwertungsgesellschaften allgemeingültige Tarife aufstellen und veröffentlichen.⁶ Damit kommt ihnen eine marktschaffende Funktion zu⁷; denn in einer Vielzahl der Fälle ermöglichen es erst Verwertungsgesellschaften, den Parteien zueinanderzufinden.⁸ Von der Reduzierung der Transaktionskosten⁹ profitieren nicht nur die Vertragsparteien, sondern auch die Allgemeinheit.¹⁰ *Schierholz/Gerlach* sehen in den Verwertungsgesellschaften daher sogar einen „Garant der kulturellen Vielfalt“.¹¹

2. Marktmacht als Folge

Die andere Seite dieses marktschaffenden „One-Stop-Shops“¹² ist eine große Marktmacht der Verwertungsgesellschaften.¹³ In Deutschland gibt es für die jeweilige Rechtekategorie bislang immer nur eine einzige Verwer-

5 *Podszun/Franz*, ZGE 2015, 15 (17); *Gerlach* in: Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar UrhR, 4. Aufl. 2014, Vor. §§ 1ff. WahrnG Rn. 25; *Augenstein*, Rechtliche Grundlagen des Verteilungsplans urheberrechtlicher Verwertungsgesellschaften, 2004, S. 17 f.; *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, 18. Aufl. 2018, Rn. 1101; *Rehbinder*, DVBl. 1992, 216 (217); ähnlich *Drexl* in: Gerlach/Evers, 50 Jahre GVL, 2004, S. 21; *Mestmäcker* in: FS Lukes, 1989, S. 447.

6 Ausführlich *Heine/Staats* in: MAHdb UrhR, 2. Aufl. 2017, § 6 Rn. 73 ff.

7 *Lerche*, ZUM 2003, 34 = *Lerche* in: Kreile/Becker/Riesenhuber, Recht und Praxis der GEMA, 2. Aufl. 2008, Kap. 3 Rn. 3; *Mestmäcker* in: FS Lukes, 1989, S. 448; ähnlich *Augenstein*, Rechtliche Grundlagen des Verteilungsplans urheberrechtlicher Verwertungsgesellschaften, 2004, S. 17 f.; grundlegend aus transaktionsökonomischer Sicht *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, 461 (469 ff.).

8 *Staats*, ZUM 2013, 162 (164) spricht von einer *Ermöglichungsfunktion*.

9 Ausführlich *Bing*, Die Verwertung von Urheberrechten, 2002, S. 116 ff.

10 *Limper*, IPRB 2016, 163; *KEA European Affairs*, The Collective Management of Rights in Europe. The Quest for Efficiency, 2006, S. 13 f.; vgl. auch *Augenstein*, Rechtliche Grundlagen des Verteilungsplans urheberrechtlicher Verwertungsgesellschaften, 2004, S. 20 f.

11 *Schierholz/Gerlach* in: FS UrhG, 2015, S. 146 u. 148. Ähnlich auch ErwGr. 3 RL 2014/26/EU („Förderer der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen“) und *Di Fabio*, Urheberrecht und Kunstfreiheit unter digitalen Verwertungsbedingungen, 2018, S. 96.

12 *Schierholz/Gerlach* in: FS UrhG, 2015, S. 145; *Drexl* in: Gerlach/Evers, 50 Jahre GVL, 2004, S. 21; *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, 18. Aufl. 2018, Rn. 1102.

13 Vgl. *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, 18. Aufl. 2018, Rn. 1102. Zu der damit einhergehenden kartellrechtlichen Situation siehe *Drexl* in: Gerlach/Evers, 50 Jahre GVL, 2004, S. 11 ff.

tungsgesellschaft¹⁴, sodass jeweils ein faktisches Monopol besteht.¹⁵ Es wäre theoretisch möglich, dass Rechtsinhaber Verwertungsgesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten mandatieren, doch ist dies bislang die Ausnahme.¹⁶ Die unbekanntete Rechtslage im anderen Land, mitunter eine fremde Sprache sowie die Mitgliederhauptversammlung im Ausland werden einen Großteil der Rechtsinhaber davon abhalten, für ihre Rechtswahrnehmung die Landesgrenze zu überschreiten.¹⁷

Hinzukommt, dass der Gesetzgeber die gesetzlichen Vergütungsansprüche oftmals mit einer Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit versehen hat, sodass zur Geltendmachung ausschließlich die Verwertungsgesellschaften aktivlegitimiert sind.¹⁸ Der Rechtsinhaber steht folglich vor der Wahl, seine Rechte durch *diese eine* Gesellschaft verfolgen zu lassen oder *de facto* auf seine Rechte zu verzichten.¹⁹

Das Gesetz reagiert darauf mit einem in § 9 *Verwertungsgesellschaftengesetz* (VGG)²⁰ normierten Wahrnehmungszwang: Die Verwertungsgesell-

14 Vgl. dazu *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 9. Aufl. 2019, Rn. 1341. Abweichendes soll nach *J. Kreile*, ZUM 2018, 13 (17) im Filmbereich gelten.

15 Zum Monopol der Verwertungsgesellschaften: *Schulze* in: Dreier/Schulze, UrhG, 5. Aufl. 2015, § 24 UrhWahrnG Rn. 2; *Drexl* in: Gerlach/Evers, 50 Jahre GVL, 2004, S. 11 f.; *ders.* in: Hilty/Geiger, Impulse für eine europäische Harmonisierung des Urheberrechts, S. 375 f.; *Heindorf*, Die staatliche Aufsicht über Verwertungsgesellschaften, 2011, S. 45; *Becker* in: FS Kreile, 1994, S. 29; *Peifer*, ZUM 2014, 453 (458); *Podszun*, GPR 2013, 97 (103).

16 Im Geschäftsjahr 2017 wohnten lediglich 5 % der GEMA-Mitglieder außerhalb Deutschlands, siehe dazu Geschäftsbericht mit Transparenzbericht der GEMA für das Geschäftsjahr 2017, S. 11. Die Transparenzberichte der GEMA und aller anderen deutschen Verwertungsgesellschaften sind entsprechend § 58 Abs. 4 auf ihren Internetseiten veröffentlicht. Sie beinhalten den Geschäftsbericht, der zusätzlich auch über <www.unternehmensregister.de> abrufbar ist.

17 ErwGr. 23 RL 2014/26/EU zeigt, dass man sich dem Problem bewusst ist, wenn es dort heißt, dass die Möglichkeit einer Stellvertretung auf der Mitgliederhauptversammlung den Rechtsinhabern „eine echte Gelegenheit, sich unabhängig von dem Mitgliedstaat, in dem eine Organisation für kollektive Rechtswahrnehmung ansässig ist, frei für eine Organisation zu entscheiden“ bietet. Siehe auch *Guibault* in: Stamatoudi/Torremans, EU Copyright Law, 2014, Rn. 14.43.

18 Siehe nur *Flechtsig* in: Loewenheim, HdB UrhR, 2. Aufl. 2010, § 89 Rn. 35.

19 Vgl. *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 9. Aufl. 2019, Rn. 1077, 1341; *v. Ungern-Sternberg* in: FS Büscher, 2018, S. 265; *Hentsch* in: Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, UrhR, 4. Aufl. 2018, § 1 VGG Rn. 2.

20 Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten durch Verwertungsgesellschaften vom 24.5.2016, BGBl. I, S. 1190. Zuletzt geändert durch Art. 14 G zur Änderung des Bundesversorgungsg und anderer Vorschriften vom 17.7.2017, BGBl. I, S. 2541.

schaft ist verpflichtet, die Rechte zu angemessenen Bedingungen wahrzunehmen, soweit die Gesellschaft auf dem entsprechenden Gebiet tätig ist und keine objektiven Gründe entgegenstehen.

3. Pluralität der Rechtsinhaber

Da die Werkschaffenden, unabhängig von ihrem Erfolg oder ihrer Größe, nur mithilfe der Verwertungsgesellschaft die Nutzungen ihrer Werke effektiv monetarisieren können, findet sich keine homogene Masse von Rechtsinhabern zusammen, sondern eine Mischung unterschiedlichster Akteure mit unterschiedlichen Interessen:²¹ Berufskreative und hobbymäßig Kulturschaffende, originäre Rechtsinhaber und Verleger, Kreative und Verwerter, natürliche sowie juristische Personen.

Entsprechend unterschiedlich sind die auf die einzelnen Rechtsinhaber entfallenen Einnahmen aus der Rechtswahrnehmung.²² So stehen sich in der *Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH* (GVL) innerhalb der Gruppe der Tonträgerhersteller die unabhängigen Musikunternehmer und die *Majors* gegenüber. Mit dem wirtschaftlichen Gewicht gehen auch die Interessen auseinander.²³ Wie groß dabei die Bandbreite in der Praxis ist, lässt sich am Beispiel der *Gesellschaft für musikalische Aufführungsrechte und mechanische Verwertungsrechte* (GEMA) erahnen.²⁴ Sie nimmt die Rechte von Komponisten, Textdichtern und Musikverlegern wahr. Damit nahm sie im Geschäftsjahr 2015²⁵ 875 Mio. € ein, von denen 748 Mio. € unter den knapp über 70.000 Rechtsinhabern verteilt wurden. Die erfolgreichsten 5 % von ihnen erhielten 67 % der Ausschüttungen.

21 *Podszun/Franz*, ZGE 2015, 15 (23); *Heinemann*, Die Verteilungspraxis der Verwertungsgesellschaften, 2017, S. 112. Zu den unterschiedlichen Interessen selbst innerhalb einer Gruppe von Rechtsinhabern siehe: *Essinger*, Genug ist nicht genug, Feuilleton, SZ v. 12.9.2016, S. 9; *Verband unabhängiger Musikunternehmen e.V.*, Stellungnahme des VUT vom 11.8.2015 zum Referentenentwurf des VGG, S. 2.

22 Vgl. *Sandberger* in: FS Vogel, 2017, S. 317.

23 *Verband unabhängiger Musikunternehmen e. V.*, Stellungnahme des VUT vom 11.8.2015 zum Referentenentwurf des VGG, S. 2. Siehe auch *Podszun* in: Grünberger/Leible, Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, 2014, S. 178 f.

24 Die nachfolgenden Zahlen sind dem Geschäftsbericht der GEMA für das Geschäftsjahr 2015 entnommen.

25 In den aktuelleren Geschäftsberichten der GEMA werden die Ausschüttungen nicht mehr nach Empfängern aufgeschlüsselt, sodass hier auf 2015 abgestellt wird.

Dies entspricht durchschnittlich ca. 62.000 € pro Kopf. Die restlichen 95 % mussten sich im Durchschnitt mit nur rund 1.850 € pro Kopf zufriedengeben.

4. Treuhänderische Rechtewahrnehmung

Die Verwertungsgesellschaften sind keine Verlage, die Rechte für eigene Rechnung wahrnehmen, vgl. § 1 S. 1 VerlG.²⁶ Stattdessen nehmen sie die bei sich eingebrachten Rechte lediglich treuhänderisch zur Verwertung wahr.²⁷ Dabei wird die Gesellschaft aus *rechtlicher* Perspektive Inhaberin des eingeräumten Nutzungsrechts, *wirtschaftlich* soll hingegen der Urheber bzw. Inhaber des verwandten Schutzrechts weiterhin allein von der Verwertung profitieren. Die Verwertungsgesellschaft verwaltet die Rechte also fremdnützig für den Inhaber, handelt aber im Außenverhältnis im eigenen Namen.²⁸ Eine Überleitung der wirtschaftlichen Folgen der Verträge der Gesellschaft über die Verwertungshandlungen findet nur im Innenverhältnis statt. Dies schlägt sich in der Legaldefinition der Verwertungsgesellschaft in § 2 Abs. 1 VGG nieder. Dort wird klargestellt, dass die Gesellschaften für Rechnung der Rechtsinhaber tätig werden.²⁹ Die Nutzer leisten stets an die Verwertungsgesellschaften.

26 *Melichar* in: Loewenheim, HdB UrhR, 2. Aufl. 2010, § 45 Rn. 7; zum Unterschied siehe auch: *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 9. Aufl. 2019, Rn. 1069 und BeckOK-UrhR/*Freudenberg*, 25. Ed. 15.7.2019, § 2 VGG Rn. 20; vgl. *Rebbinder/Peukert*, Urheberrecht, 18. Aufl. 2018, Rn. 1104.

27 *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 9. Aufl. 2019, Rn. 1348. *Gerlach* in: Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar UrhR, 5. Aufl. 2019, § 9 VGG Rn. 3; *Limper*, IPRB 2016, 163.

28 Diese mittelbare Stellvertretung ist nicht zwingend. § 2 Abs. 1 VGG lässt auch ein Handeln im fremden Namen zu. In diesem Fall ist eine Einräumung von Nutzungsrechten überflüssig. Der Rechtsinhaber würde – vertreten durch die Verwertungsgesellschaft – direkt Lizenzverträge mit dem Nutzer eingehen. Da die deutschen Verwertungsgesellschaften allesamt im eigenen Namen handeln, wird auf diese Variante in der Arbeit nicht weiter eingegangen.

29 *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 9. Aufl. 2019, Rn. 1310.

5. Binnenorganisation der Verwertungsgesellschaften

Obwohl alle Rechtsformen zulässig sind,³⁰ haben sich bei den deutschen Verwertungsgesellschaften in der Praxis lediglich GmbH und Verein durchgesetzt.³¹ Neben den rechtsformspezifischen Regelungen im GmbHG und BGB machte das – zum 1. Juli 2016 außer Kraft getretene – *Urheberrechtswahrnehmungsgesetz* (UrhWahrnG)³² kaum Vorgaben zur Binnenorganisation.³³ Dies galt besonders für die Einbindung der Rechtsinhaber. Während einige Verwertungsgesellschaften in GmbH-Form ausgewählte Rechtsinhaber als Gesellschafter aufnahmen, hielten bei anderen Nichtrechtsinhaber alle Geschäftsanteile. Die Vereine nahmen ebenfalls nicht stets alle Rechtsinhaber als Mitglieder auf, sondern knüpften die Aufnahme teilweise an bestimmte Mindestvoraussetzungen. Die restlichen Rechtsinhaber waren nur über ihren Wahrnehmungsvertrag, in dem sie der Verwertungsgesellschaft die Rechte zur Verwertung einräumen, mit dieser verbunden. Über die Bedingungen dieser Wahrnehmung, die Tarife und die Verteilung der Einnahmen entschied die Gesellschafter- bzw. Mitgliederversammlung, an der Rechtsinhaber, die nicht als Gesellschafter bzw. Vereinsmitglied aufgenommen wurden, nicht teilnahmen. Um eine angemessene Wahrung ihrer Belange dennoch sicherzustellen, schrieb § 6 Abs. 2 UrhWahrnG vor, dass „eine gemeinsame Vertretung“ zu bilden sei.³⁴ Die als GmbH organisierten Verwertungsgesellschaften bildeten zu diesem Zweck Beiräte; die Vereine ließen die Nichtmitglieder auf ihrer Mitgliederversammlung durch von ihnen gewählte Delegierte repräsentieren. Weitergehende Vorgaben zur Binnenstruktur machte das UrhWahrnG nicht. Entsprechend unterschiedlich waren die Mitwirkungs-

30 *Gerlach* in: Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar UrhR, 5. Aufl. 2019, § 2 VGG Rn. 2; ausführlich noch zur Rechtslage nach dem UrhWahrnG *Riesenhuber*, ZUM 2008, 625 (627 f.).

31 Zur Zweckmäßigkeit der einzelnen Rechtsformen in Bezug auf Verwertungsgesellschaften siehe *Menzel*, Die Aufsicht über die GEMA durch das Deutsche Patentamt, 1986, S. 26 ff. Zur derzeit in Gründung befindlichen, vom DPMA noch nicht genehmigten, *Cultural Commons Collecting Society* (C3S) in Rechtsform einer Europäischen Genossenschaft (SCE) siehe <www.c3s.cc> (zuletzt abgerufen am 15.9.2019).

32 Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten vom 9.9.1965, BGBl. I, S. 1294.

33 *Sandberger* in: FS Vogel, 2017, S. 314.

34 Siehe zu den Mitwirkungsmöglichkeiten unter Geltung des UrhWahrnG ausführlich unten S. 127 ff.

möglichkeiten der Rechtsinhaber zwischen den einzelnen, teils aber auch innerhalb einer Verwertungsgesellschaft ausgeprägt.

Mit der Richtlinie 2014/26/EU³⁵ und der nationalen Umsetzung durch das VGG hat sich dies grundlegend geändert. Seit dem 1. Juni 2016 wird der Aufbau und die interne Organisation einer Verwertungsgesellschaft – zumindest grob – vom Gesetz vorgegeben:³⁶ Neben der Mitgliederhauptversammlung als zentralem Entscheidungsorgan gibt es stets eine Geschäftsführung und ein Aufsichtsgremium. Solchen Rechtsinhabern, die nicht Gesellschafter bzw. Vereinsmitglieder sind, stehen nach dem VGG bestimmte Mindestrechte zu. Die deutschen Verwertungsgesellschaften wurden dadurch ein Stück weit vereinheitlicht. An vielen Stellen gibt das VGG den Verwertungsgesellschaften jedoch nur auf, eine bestimmte Angelegenheit in ihrem Statut³⁷ zu regeln, ohne Details vorzugeben. Die Bandbreite an gesetzeskonformen Umsetzungsmöglichkeiten ist in diesen Fällen groß. Trotz der höheren Regelungsdichte im VGG kommt es so weiterhin zu verschiedenen Strukturen, Mitwirkungs- und Kontrollrechten der Rechtsinhaber in den Verwertungsgesellschaften. Dass eine Gestaltung mit dem Gesetz vereinbar ist, bedeutet dabei nicht, dass sie – insbesondere aus Sicht der Rechtsinhaber als Treugeber – auch das vom Gesetzgeber intendierte Ziel erreicht. *Rechtmäßigkeit* lässt sich nicht mit *Zweckmäßigkeit* gleichsetzen.

6. Aufsicht anstelle von Wettbewerb

Auf einem funktionierenden Markt würden unzweckmäßige Umsetzungen einen Wettbewerbsnachteil für die jeweilige Verwertungsgesellschaft bedeuten. Die negativ betroffenen Rechtsinhaber würden sich für eine andere Verwertungsgesellschaft entscheiden. Um auf dem Markt bestehen zu können, müssten die Verwertungsgesellschaften daher ihre unzweckmäßigen Strukturen anpassen. Ein solcher Markt besteht jedoch bei Verwertungsgesellschaften nicht. Aufgrund der jeweiligen faktischen Monopol-

35 Richtlinie (EU) 2014/26 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2014 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. 2014 L 84, S. 72 ff. Zur Entstehungsgeschichte siehe *Reinbothe* in: FS Schulze, 2017, S. 283 ff.

36 *Rebbinder/Peukert*, Urheberrecht, 18. Aufl. 2018, Rn. 1121.

37 Statut ist in § 13 Abs. 1 S. 1 VGG legaldefiniert als Satzung, Gesellschaftsvertrag oder sonstige Gründungsbestimmung und wird hier in diesem Sinne verwendet.

stellung können unzufriedene Rechtsinhaber sich nicht für eine andere Gesellschaft entscheiden. Da die den Gesellschaften eingeräumten Rechte häufig einen wesentlichen Teil des Vermögens der Rechtsinhaber ausmachen,³⁸ reagierte der Gesetzgeber auf dieses Marktversagen bereits im UrhWahrnG mit einer staatlichen Aufsicht über die Verwertungsgesellschaften.³⁹ Die Richtlinie 2014/26/EU und das VGG halten hieran fest.

Das *Deutsche Patent- und Markenamt* (DPMA) nimmt gemäß § 75 Abs. 1 VGG die Aufgabe der Aufsichtsbehörde über die Verwertungsgesellschaften wahr. Es handelt sich um eine Rechtsaufsicht.⁴⁰ Die Überprüfung von Strukturen und Regelungen der Verwertungsgesellschaften auf ihre Zweckmäßigkeit ist somit nicht vom Aufgabenspektrum umfasst.⁴¹ Das DPMA darf erst eingreifen, wenn die Schwelle zur Rechtswidrigkeit überschritten wird. In der Vergangenheit wurde die Aufsicht jedoch selbst in solchen Fällen häufig nicht tätig,⁴² sodass sich insgesamt an ihrer Wirksamkeit zweifeln lässt.⁴³ Eine Möglichkeit, die Schwächen der externen

38 So die Begründung des Regierungsentwurfs zum UrhWahrnG, BT-Drs. IV/271, S. 10; siehe auch *Riesenhuber*, ZUM 2008, 625 ff.; *Dördelmann*, GRUR 1999, 890 (891).

39 Vgl. *Drexel* in: FS Vogel, 2017, S. 230 f.; *Podszun*, ZUM 2017, 732 (734 f.); *ders./Franz*, ZGE 2015, 15 (29).

40 *VGH München*, Urt. v. 2.5.2012, ZUM-RD 2013, 86 (90 f.); *VGH München*, Urt. v. 25.2.2019, GRUR-RS 2019, 10280 Rn. 30; ähnlich *Podszun* in: Grünberger/Leible, Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, 2014, S. 186 f., der jedoch den Begriff vermeiden will; a.A. BeckOK-UrhR/*Freudenberg*, 25. Ed. 15.7.2019, § 76 VGG Rn. 9; *Gerlach* in: Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar UrhR, 5. Aufl. 2019, § 76 VGG Rn. 12; *J. Kreile*, ZUM 2018, 13 (14 f.), die von einer Aufsicht *sui generis* ausgeht, die zwischen Fach- und Rechtsaufsicht angelegt ist. Ausführlich zur Diskussion um die Rechtsform der Aufsicht *Heinemann*, Die Verteilungspraxis der Verwertungsgesellschaften, 2017, S. 315 ff.

41 Vgl. *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 9. Aufl. 2019, Rn. 1329.

42 Siehe dazu unten S. 194 f.

43 Kritisch gegenüber der Wirksamkeit der Aufsicht durch das DPMA auch *v. Ungern-Sternberg*, ZGE 2017, 2 (15); *ders* in: FS Büscher, 2018, S. 271, 275; *Podszun*, ZUM 2017, 732 (736); *ders.* in: Grünberger/Leible, Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, 2014, S. 204 ff.; *Sandberger* in: FS Vogel, 2017, S. 325 f.; *Rehbinder*, DVBl. 1992, 216 ff.; einschränkend auch *Flehsig*, GRUR-Prax 2017, 160 (161); a.A. *Riesenhuber*, ZUM 2018, 407 (413 f.). Das *VG München*, Urt. v. 25.10.2016, ZUM 2017, 779 ff. hat zuletzt die Kontrolle sogar auf eine reine *Evidenzkontrolle* reduziert; zu Recht kritisch dazu *Podszun*, ZUM 2017, 732 (736 ff.) und die Berufungsinstanz *VGH München*, Urt. v. 25.2.2019, GRUR-RS 2019, 10280 Rn. 30.

Aufsicht auszugleichen, ist die Stärkung der internen Kontrolle in den Wertungsgesellschaften.⁴⁴

II. Ökonomische Grundlagen

Die eigene (Rechts-)Persönlichkeit von Gesellschaften ist eine juristische Fiktion.⁴⁵ Sie können nur durch ihre Organe handeln, die von natürlichen Personen als Organwalter gesteuert werden. Daneben treten die Mitarbeiter, die gleichsam das Konstrukt der juristischen Person mit Leben füllen.

Während die neoklassische Ökonomik interne Beziehungen zwischen diesen Akteuren nur unzureichend mit ihren Modellen abbildet⁴⁶, rücken sie bei der Neuen Institutionenökonomik in den Fokus. Diese betrachtet die Unternehmen nicht als juristische Personen, sondern als Vertragsnetzwerke (*Nexus of Contracts*⁴⁷), d.h. als Bündelung von Beiträgen verschiedener Akteure zur gemeinsamen Wertschöpfung unter Leitung einer einheitlichen Führung.⁴⁸ Dem Unternehmen werden darüber hinaus keine substantziellen Eigenschaften zugeschrieben.⁴⁹

44 Podszun/Franz, ZGE 2015, 15 (30).

45 Siehe nur Jensen/Meckling, Journal of Financial Economics, Vol. 3, No. 4 (October, 1976), 305 (311) („The firm is not an individual. It is a legal fiction [...]“).

46 Vgl. Erlei/Leschke/Sauerland, Institutionenökonomik, 3. Aufl. 2016, S. 44 f. Siehe auch Hart, The Economic Journal, Vol. 105, No. 430 (May, 1995), 678 ff.; Jensen/Meckling, Journal of Financial Economics, Vol. 3, No. 4 (October, 1976), 305 (308), die jeweils auf die Firma als „black box“ verweisen, bei der nur der *In-* und *Output* beobachtet wird.

47 Grundlegend Coase, *Economica*, Vol. 4, No. 16 (November 1937), 386 ff. Siehe auch Alchian/Demsetz, *The American Economic Review*, Vol. 62, No. 5, 777 ff.; Bainbridge, *The new Corporate Governance in Theory and Practice*, 2008, S. 28 ff. Der Begriff „Vertrag“ ist nicht juristisch zu verstehen, sondern umfasst neben expliziten auch implizite Vereinbarungen.

48 Coase, *Economica*, Vol. 4, No. 16 (November 1937), 386 ff.; v. Werder in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder, *Handbuch Corporate Governance*, 2. Aufl. 2009, S. 6; Ebers/Gotsch in: Kieser/Ebers, *Organisationstheorien*, 8. Aufl. 2019, S. 209; Eidenmüller, JZ 2001, 1041 (1042 f.); Richter/Furubotn, *Neue Institutionenökonomik*, 4. Aufl. 2010, S. 177.

49 Ebers/Gotsch in: Kieser/Ebers, *Organisationstheorien*, 8. Aufl. 2019, S. 209; vgl. auch Eidenmüller, JZ 2001, 1041 (1042).

1. Principal-Agent-Theorie

Die einzelnen Verträge des Vertragsnetzwerkes lassen sich als Austauschbeziehung zwischen Auftraggeber⁵⁰ (*Principal*) und Auftragnehmer (*Agent*) beschreiben.⁵¹ Solche Auftrags- oder Agenturenbeziehungen treten u.a. zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, Eigentümer und Geschäftsführer, Aufsichtsrat und Vorstand, Vorstand und Führungskraft oder Fremdkapitalgeber und Geschäftsführer auf.⁵² Der Auftraggeber überträgt jeweils bestimmte Aufgaben und Kompetenzen zur Realisierung seiner Interessen auf den Auftragnehmer, wodurch er sich dessen Handlungsvermögen (z.B. spezielle Fachkompetenzen, Wissen, Erfahrung, Zeit) zunutze machen kann.⁵³ Dadurch entsteht jedoch die Gefahr, dass der Agent die ihm übertragenen Handlungsmöglichkeiten nutzt, um seine eigenen Ziele zulasten des Auftraggebers zu verfolgen.⁵⁴

Dabei geht es nicht immer nur um finanzielle Interessen, die die Agenten verfolgen. Die von ihnen angestrebten Vorteile können ganz anderer Natur sein: Die Agenten können sich Ressourcen der Gesellschaft direkt oder indirekt aneignen, z.B. durch überhöhte Gehälter bzw. Aufwandsentschädigungen, niedrigen Arbeitseinsatz, übertriebenen Repräsentationsaufwand oder durch Finanzierung kultureller und sozialer Aktivitäten, aufgrund derer sich ihr Einfluss oder ihr Ansehen erhöht, die aber nicht ohne Weiteres im Interesse der Prinzipale stehen.⁵⁵ Auch die Ausweitung der Aktivitäten der Gesellschaft ohne zusätzlichen Nutzen für den Prinzipal (sog. *Empire Building*) ist eine Gefahr.⁵⁶

Besonders vielfältig treten *Principal-Agent*-Beziehungen in Unternehmen durch die verschiedenen beteiligten Akteure auf. Es gibt die Anteilseigner (*Shareholder*) und die weiteren natürlichen Personen und Organisationen, die Transaktionen mit dem Unternehmen durchführen und aus diesem

50 Der Begriff des Auftrags wird hier in einem wirtschaftlichen Sinne gebraucht, nicht im juristischen.

51 Ebers/Gotsch in: Kieser/Ebers, Organisationstheorien, 8. Aufl. 2019, S. 207.

52 Ebers/Gotsch in: Kieser/Ebers, Organisationstheorien, 8. Aufl. 2019, S. 207.

53 Ebers/Gotsch in: Kieser/Ebers, Organisationstheorien, 8. Aufl. 2019, S. 207 f.; Kumpan, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 2014, S. 61.

54 Ebers/Gotsch in: Kieser/Ebers, Organisationstheorien, 8. Aufl. 2019, S. 208.

55 Vgl. Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl. 2012, S. 700; Teichmann, ZGR 2001, 645 (646). Siehe zum überhöhten Repräsentationsaufwand auch Hölters in: Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 93 Rn. 121 f.

56 Vgl. Teichmann, ZGR 2001, 645 (646); Welge/Eulerich, Corporate-Governance-Management, 2. Aufl. 2014, S. 17.

Grund ein ökonomisches Interesse am Unternehmensgeschehen haben (*Stakeholder*).⁵⁷

2. Annahmen der Neuen Institutionenökonomik

a. Unvollständige Verträge

Die Beziehungen der *Share-* und *Stakeholder* zu dem Unternehmen sind in impliziten und expliziten Verträgen geregelt.⁵⁸ Im Idealfall legen diese Verträge die Rechte, Zuständigkeiten und Pflichten der Vertragsparteien verbindlich fest.⁵⁹ In der Realität hingegen sind sie zwangsläufig bis zu einem gewissen Grade unvollständig, d.h. sie regeln nicht das gesamte Verhältnis zwischen den Vertragsparteien detailliert und fair – insbesondere nicht komplexe und kaum vorhersehbare Entwicklungen in der Zukunft.⁶⁰ *Fair* meint in diesem Zusammenhang eine adäquate Gegenleistung für den erbrachten Wertschöpfungsbeitrag.⁶¹ Die Ursachen für unvollständige Verträge liegen in fehlenden oder ungleich verteilten Informationen.⁶²

57 *v. Werder* in: Hommelhoff/Hopt/*v. Werder*, Handbuch Corporate Governance, 2. Aufl. 2009, S.9. Zu den beiden an diese Unterscheidung anknüpfenden Ansätzen siehe *Bainbridge*, *The New Corporate Governance in Theory and Practice*, 2008, S. 8 ff.

58 *v. Werder* in: Hommelhoff/Hopt/*v. Werder*, Handbuch Corporate Governance, 2. Aufl. 2009, S. 6; *Ebers/Gotsch* in: Kieser/Ebers, *Organisationstheorien*, 8. Aufl. 2019, S. 209. „Vertrag“ ist hier nicht in einem juristischen Sinne zu verstehen.

59 *Ebers/Gotsch* in: Kieser/Ebers, *Organisationstheorien*, 8. Aufl. 2019, S. 209.

60 *Williamson*, *Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus*, 1990, S. 35 f., 79; *Hart*, *The Economic Journal*, Vol. 105, No. 430 (May, 1995), 678 (680); *v. Werder* in: Hommelhoff/Hopt/*v. Werder*, Handbuch Corporate Governance, 2. Aufl. 2009, S. 6 f.; *Ebers/Gotsch* in: Kieser/Ebers, *Organisationstheorien*, 8. Aufl. 2019, S. 209 f.; vgl. *Richter/Furubotn*, *Neue Institutionenökonomik*, 4. Aufl. 2010, S. 179; *Voigt*, *Institutionenökonomik*, 2. Aufl. 2009, S. 92 f.

61 *v. Werder* in: Hommelhoff/Hopt/*v. Werder*, Handbuch Corporate Governance, 2. Aufl. 2009, S. 9.

62 *Erlei/Leschke/Sauerland*, *Institutionenökonomik*, 3. Aufl. 2016, S. 45; *Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 5. Aufl. 2012, S. 426.

b. Begrenzte Rationalität

Anders als die Neoklassik geht die Neue Institutionenökonomik nicht von vollständigen Informationen aus.⁶³ Es gilt die Prämisse einer begrenzten Rationalität (sog. *Bounded Rationality*).⁶⁴ Hinzu kommen divergierende Interessen zwischen Prinzipal und Agenten. Insgesamt lassen sich drei Grundprobleme in *Principal-Agent*-Beziehungen ausmachen:⁶⁵

Erstens hat der Auftraggeber nur begrenzte Informationen über die Fähigkeiten, Leistungsbereitschaft und andere Eigenschaften des Auftragnehmers. Diese unvollständig bekannten Eigenschaften, auf deren Basis der Prinzipal einen Agenten wählen muss, werden als *Hidden Characteristics* bezeichnet.⁶⁶ Aufgrund dieser fehlenden Informationen kommt es zu einer adversen Selektion (auch sog. Negativauslese) durch den Prinzipal, d.h. er wählt nicht unbedingt den geeignetsten Agenten aus.

Zweitens stellen sich nach der Auswahl weitere Probleme. Der Auftraggeber kennt zum einen die Absichten des Auftragnehmers nicht (sog. *Hidden Intention*).⁶⁷ So könnte der Agent versucht sein, Vertragslücken zu seinem Vorteil auszunutzen oder eine entstandene Abhängigkeit in nachfolgenden Vertragsverhandlungen auszunutzen. Zum anderen erlangt der Agent im Rahmen seiner Vertragserfüllung regelmäßig einen Wissensvorsprung gegenüber seinem Prinzipal.⁶⁸ Dieses sogenannte *Hidden Knowledge* versetzt ihn in die Lage, Entscheidungen zu treffen, die der Auftraggeber nicht oder nur unvollständig verstehen und beurteilen kann.⁶⁹

Drittens kennt der Auftraggeber nicht die Handlungen und das Leistungsniveau des Agenten. Er sieht lediglich *ex post* das Ergebnis, wodurch er höchstens unsichere Rückschlüsse auf die Entscheidungssituation und den Leistungsbeitrag des Agenten ziehen kann.⁷⁰ Diese sogenannte *Hidden*

63 Erlei/Leschke/Sauerland, Institutionenökonomik, 3. Aufl. 2016, S. 44.

64 Vgl. Williamson, Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus, 1990, S. 34, 51 f.

65 Vgl. Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl. 2012, S. 426 f., die vier Grundprobleme ausmachen. Da vertragspezifische Investitionen im vorliegenden Zusammenhang keine Rolle spielen, sollen sie hier außer Betracht bleiben.

66 Ebers/Gotsch in: Kieser/Ebers, Organisationstheorien, 8. Aufl. 2019, S. 213; Voigt, Institutionenökonomik, 2. Aufl. 2009, S. 85 f.

67 Voigt, Institutionenökonomik, 2. Aufl. 2009, S. 86 f.

68 Kumpfan, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 2014, S. 60 f.

69 Ebers/Gotsch in: Kieser/Ebers, Organisationstheorien, 8. Aufl. 2019, S. 213.

70 Ebers/Gotsch in: Kieser/Ebers, Organisationstheorien, 8. Aufl. 2019, S. 213; Voigt, Institutionenökonomik, 2. Aufl. 2009, S. 86; Williamson, Die ökonomischen Insti-

Actions ermöglichen es dem Auftragnehmer, über seinen Leistungsbeitrag zu täuschen, weshalb auch von *Moral Hazard* gesprochen wird.⁷¹

Diese aus der asymmetrischen Informationsverteilung folgenden Probleme bilden mögliche Grundlagen für opportunistische Transaktionen. Dabei realisiert eine Vertragspartei einen zusätzlichen Nutzen zulasten der anderen,⁷² d.h. sie verfolgt ihre „Eigeninteressen unter Zuhilfenahme von List“⁷³. Für die benachteiligte Partei realisiert sich damit ihr Opportunismusrisiko, während der übervorteilte Akteur seine Opportunismuschance genutzt hat.⁷⁴

Solche Abhängigkeiten können grundsätzlich alle Unternehmensbeteiligten berühren und sind nicht auf die Beziehung zwischen Prinzipal und Agent beschränkt. Sie lassen sich in zwei Gruppen aufteilen: Gruppeninterne – etwa zwischen Mehrheits- und Minderheitsgesellschaftern – und gruppenübergreifende, z.B. zwischen Gesellschaftern und (Fremd-)Geschäftsführung.⁷⁵

c. Homo oeconomicus und Verhaltensökonomie

Die in diesen Opportunismusinterdependenzen⁷⁶ latent angelegten Konflikte realisieren sich nur, wenn ein Akteur das sich ihm bietende opportunistische Verhalten auch tatsächlich wahrnimmt.⁷⁷ Es kommt damit entscheidend auf die Handlungen der einzelnen Beteiligten an. Um dieses Verhalten vorherzusagen zu können, greift die Neue Institutionenökonomik

tutionen des Kapitalismus, 1990, S. 93; Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl. 2012, S. 426 f.

71 Ausführlich Holmström, The Bell Journal of Economics, Vol. 10, No. 1 (1979), 74 ff.

72 v. Werder in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder, Handbuch Corporate Governance, 2. Aufl. 2009, S. 10.

73 Williamson, Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus, 1990, S. 54 ff., vertiefend S. 73 ff.

74 v. Werder in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder, Handbuch Corporate Governance, 2. Aufl. 2009, S. 10; ders., Führungsorganisation, 3. Aufl. 2015, S. 11 ff.

75 Vgl. v. Werder in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder, Handbuch Corporate Governance, 2. Aufl. 2009, S. 10; ders., Führungsorganisation, 3. Aufl. 2015, S. 13.

76 Zum Begriff siehe v. Werder in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder, Handbuch Corporate Governance, 2. Aufl. 2009, S. 9 f.; ders., Führungsorganisation, 3. Aufl. 2015, S. 10 ff.

77 v. Werder in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder, Handbuch Corporate Governance, 2. Aufl. 2009, S. 10.

herkömmlicherweise auf das Modell des rational egoistischen Menschen (*Homo oeconomicus*) zurück.

Die Grundannahme ist, dass jeder Mensch seine eigenen, egoistischen Interessen verfolgt und dabei rational vorgeht.⁷⁸ Rational bezeichnet die bestmögliche Zweck-Mittel-Relation, d.h. ein Einsatz der zur Verfügung stehenden Instrumente derart, dass ein möglichst hoher Grad der Zielerreichung gewährleistet wird.⁷⁹

Beim *Homo oeconomicus* handelt es sich nicht um ein möglichst realitätsnahes Menschenbild. Vielmehr ist es eine heuristische Fiktion, die Komplexität reduzieren und eine Folgenanalyse in Tauschgeschäften ermöglichen soll.⁸⁰ Dennoch werden die Hypothesen durch die Verhaltensökonomie (*Behavioral Economics*) kritisch hinterfragt. Empirische Studien auf dem Gebiet der Soziologie und Psychologie zeigen, dass es teilweise zu erheblichen Abweichungen vom Modell des *Homo oeconomicus* in der Praxis kommt.⁸¹ Dabei wurden insbesondere drei Abweichungen herausgearbeitet: *Erstens* haben Menschen heuristische Schwächen, d.h. sie überschätzen oft und systematisch ihre Fähigkeiten und machen Fehler bei der Verarbeitung von Informationen.⁸² *Zweitens* unterliegen Menschen Willensschwächen. So schätzen sie etwa den gegenwärtigen Nutzen hoch ein, während sie Zukunftsnutzen überhöht diskontieren.⁸³ *Drittens* folgt der Mensch gewissen Gerechtigkeits- und Fairnessvorstellungen, auch wenn er dadurch auf eigene Vorteile verzichtet oder sich selbst schädigt.⁸⁴ Durch diese Erkenntnisse ist das Bild des rational egoistischen Menschen im Einzelfall abzuwandeln.⁸⁵

78 Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl. 2012, S. 95; Kumpian, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 2014, S. 60.

79 Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl. 2012, S. 96.

80 Watzenberg, Der homo oeconomicus und seine Vorurteile, 2014, S. 64. Vgl. auch Beck, Behavioral Economics, 2014, S. 6 f.; Williamson, Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus, 1990, S. 49 f.

81 Welge/Eulerich, Corporate-Governance-Management, 2. Aufl. 2014, S. 24.

82 Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl. 2012, S. 104; Beck, Behavioral Economics, 2014, S. 3.

83 Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl. 2012, S. 109; Beck, Behavioral Economics, 2014, S. 3.

84 Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl. 2012, S. 104, 109 f.; Beck, Behavioral Economics, 2014, S. 3.

85 Vgl. Rühl in: Krüper, Grundlagen des Rechts, 3. Aufl. 2016, § 11 Rn. 9 m.w.N.