

Kapitel 2. Die Kontrolle von Verwertungsgesellschaften – Analyse der Kontrollebenen und ihrer Wirksamkeit

Zentral ist die Frage nach der Kontrolle von Verwertungsgesellschaften. Scheidet der Wettbewerb als stabilisierender Faktor und auch als Faktor von Kontrolle aus, sind andere Institutionen von wachsender Bedeutung. Dies können staatliche Akteure in Form von Aufsichtsstellen sein oder private Akteure, denen zum Ersatz für fehlende Wahlfreiheit aufgrund fehlenden Wettbewerbs rechtliche Positionen eingeräumt werden. In Deutschland erfolgt die Kontrolle der Verwertungsgesellschaften klassischerweise dreispurig: Erstens durch das öffentliche Aufsichtsrecht, zweitens durch besondere privatrechtliche Ansprüche und drittens durch das Kartellrecht. Diese Kontrollmittel werden nachfolgend dargestellt und auf ihre Wirksamkeit und Wirkungsrichtung hin untersucht. Entscheidend ist, welches Kontrollmittel einen Beitrag zur Funktionssicherung des Systems auf welche Weise leisten kann und welches Kontrollmittel sich für den Schutz der unterschiedlichen und spezifischen Interessen eignet. Der Schwerpunkt der Arbeit liegt im Privatrecht. Bevor im nächsten Teil auf die Fragen des Kollisionsrechts eingegangen werden kann, erfolgt am Ende dieses Kapitels eine Identifizierung und Strukturierung der privatrechtlichen Vorschriften des VGG.

Dort, wo der Wettbewerb Einzug in die Wahrnehmungspraxis der Verwertungsgesellschaften erhält, besteht grundsätzlich ein regulierender Faktor, der Effizienz und Interessenschutz gewährleisten kann. Andere Kontrollmittel verlieren damit an Bedeutung und unter Umständen sogar an Rechtfertigung. Dies hat zwangsläufig Einfluss auf die Ausgestaltung des Kontrollsystems auf seinen verschiedenen Ebenen. Denn dort, wo hinreichend Kontrolle besteht bzw. eine Kontrollinstitution spezifische Rechtspositionen bereits wirksam schützt – und selbst wenn dieser Schutz „nur“ von funktionierendem Wettbewerb ausgeht –, können andere Institutionen liberaler ausgestaltet werden. Für diese Arbeit wird der Gedanke einer liberaleren Ausgestaltung vor allem auf die Frage der räumlichen Anwendung des privatrechtlichen Schutzes von Rechtspositionen gegenüber Verwertungsgesellschaften bezogen. So bedeutet eine zurückhaltende Anwendung des „eigenen Verwertungsgesellschaftsrechts“ gegenüber ausländischen Ver-

wertungsgesellschaften einen Abbau rechtlicher Hürden für die grenzüberschreitende kollektive Rechtswahrnehmung.

A. Die interne Aufsicht

Das Dreisäulenmodell der Kontrolle der Verwertungsgesellschaften in Europa und in vielen anderen Ländern³⁹¹ wird durch die interne Aufsicht über die Verwertungsgesellschaften ergänzt. Sie wird selten – sofern überhaupt ein solches Bild verwendet wird – als eigenständiger Teil der Kontrolle der Verwertungsgesellschaften neben dem Aufsichtsrecht, dem Kartellrecht und dem Privatrecht gesehen.³⁹² Gleichwohl eröffnet sich in ihr ein eigenes Feld mit eigenen Mechanismen der Kontrolle der Verwertungsgesellschaftspraxis und eigenen Schutzpotentialen.

Die interne Aufsicht wird in Art. 8 und 9 der VG-RL aufgegriffen. Demnach kommt erstens der Mitgliederhauptversammlung eine tragende Rolle bei der Aufsicht der Verwertungsgesellschaften zu, darüber hinaus ist ein Aufsichtssystem bzw. Aufsichtsgremium einzurichten, welches die kontinuierliche Überwachung der Tätigkeit und der Aufgabenerfüllung der Personen gewährleistet, die die Geschäfte der Organisation führen.³⁹³ Die Rechte und Aufgaben der Mitgliederhauptversammlung beziehen sich insbesondere auf die Überwachung der Direktoren (Art. 8 Abs. 4 VG-RL) und die Genehmigung des jährlichen Transparenzberichts (Art. 8 Abs. 8 VG-RL). Von besonderer Bedeutung ist die Rolle der Mitgliederhauptversammlung bei der Gestaltung der Verteilung der Einnahmen (Art. 8 Abs. 5 lit. a VG-RL). Die deutsche Umsetzung regelt die Errichtung des Aufsichtsgremiums in § 22 VGG. Die Befugnisse der Mitgliederhauptversammlung finden sich vor allem in §§ 17 und 18 VGG. Hervorzuheben ist dabei, dass die Mitgliederhauptversammlung nicht nur das Recht hat, über die Verteilung der Einnahmen zu beschließen, sondern auch über die Wahrnehmungsbedin-

391 Hierzu *Drexler*, Copyright, Competition and Development, 2013, S. 210 ff. im Hinblick auf die Tarifkontrolle S. 246 ff.

392 Ausführlich jedoch nur zur internen Aufsicht *Li*, Multifunktionalität, Monopol und sektorspezifische Aufsicht, 2020, 203 ff.

393 Bei der GEMA ist dies der Aufsichtsrat. Im Gegensatz zum aktienrechtlichen Aufsichtsrat hat der Aufsichtsrat der GEMA nicht nur eine überwachende Funktion, sondern dem Vorstand gegenüber ein Weisungsrecht, hierzu im Einzelnen: *Steinau-Steinrück/Wohlgemuth*, in: Becker/Riesenhuber/Kreile (Hrsg.), Recht und Praxis der GEMA, 2008, Kapitel 8 Rn. 3 und 110 ff.

gungen und die Tarifaufgestaltung entscheidet (§ 17 Abs. 1 Nr. 13, 14 VGG). Durch diese institutionalisierte Integration der Rechteinhaber im Kontroll- und Entscheidungsapparat der Verwertungsgesellschaften kann dem grundsätzlich bestehenden *principal-agent*-Problem begegnet werden.³⁹⁴

Verwertungsgesellschaften setzen sich in Deutschland und Europa typischerweise aus verschiedenen Interessengruppen zusammen und schaffen so bereits durch ihre interne Struktur und die Kuriensysteme einen Interessenausgleich zwischen diesen Gruppen. Dies sind die verschiedenen Kategorien der Rechteinhaber, wie Autoren oder Komponisten und Verlage.³⁹⁵ Bei wichtigen Entscheidungen steht den Interessengruppen grundsätzlich ein Vetorecht zu (§§ 16 ff VGG). Dieser Interessenausgleich ist allerdings notwendigerweise auf die spezifischen Interessen derjenigen Gruppen beschränkt, die sich im Kuriensystem vertreten sehen. In der GEMA sind sowohl (Musik-)Urheber als auch Verlage vertreten. Gleiches gilt für die VG WORT und für die GVL, bei der sowohl Interpreten als auch Tonträgerhersteller und Videoclipproduzenten repräsentiert werden. Andere Verwertungsgesellschaften, wie etwa die VFF, nehmen ausschließlich die Rechte einer homogenen Gruppe wahr.³⁹⁶ Dort, wo sich verschiedene Interessengruppen innerhalb eines Gremiums gegenüber sitzen, ist grundsätzlich auch ein Interessenausgleich auf Verhandlungsbasis zu erhoffen.³⁹⁷ Der angesprochene Interessenausgleich betrifft allerdings nicht die Marktgegenseite – also die verschiedenen Kategorien von Nutzern, seien dies Radiostationen, Diskothekenbetreiber, Bibliotheken oder Anbieter von Streamingdiensten –, denn sie sind naturgemäß nicht in den Verwertungsgesellschaften aktiv.

Gerade deshalb überrascht es, dass das VG München die Befugnisse der (externen) Aufsicht durch das DPMA im Rahmen der Überprüfung von Nutzungsbedingungen und entsprechenden Tarifen auf eine Evidenzkontrolle zurechtgestutzt hat. Nach Auffassung des Gerichts dürfen Aufsichtsmaßnahmen nur ergriffen werden, wenn die Nutzungsbedingungen grob

394 Hierzu exemplarisch *Podszun/Franz*, ZGE 7 (2015), 15, S. 21 und 30.

395 Selbst hier funktioniert das Kontrollsystem nur sehr begrenzt. Der Einfluss des einzelnen Urhebers ist wegen der großen Gesamtzahl der Mitglieder von geringer Bedeutung (so BT-Dr. IV/271, S. 20).

396 In diesem Fall die Leistungsschutzrechte der Produzenten im Film- und Fernsehbereich.

397 *Podszun*, in: Grünberger/Leible (Hrsg.), *Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten*, 2014, S. 173, 178 f.

unangemessen sind.³⁹⁸ Wird eine derartige Tätigkeitsbeschränkung der Aufsichtsbehörde überdies damit begründet, dass die Kontrolle des Außenverhältnisses, namentlich hinsichtlich der Tarife, bereits über dieses System der internen Aufsicht durch die Gremien der Verwertungsgesellschaften gewährleistet werde, so geht dies vollkommen an den Realitäten vorbei.³⁹⁹ Die interne Aufsicht schützt die Interessen derjenigen, die sie einsetzen und kontrollieren. Dies sind die Rechteinhaber. Sie schützt hingegen nicht die Interessen einer Marktgegenseite für deren Schutz sie auch nicht verantwortlich ist. Eine solche Funktion sollte von der internen Aufsicht nicht erwartet werden. Zurecht wurde das Urteil nunmehr vom VGH München revidiert. Das Gericht stellte klar, dass die Tarifaufstellung, einschließlich der Ermittlung angemessener Tarife durch eine Verwertungsgesellschaft der staatlichen Aufsicht unterliegt.⁴⁰⁰

B. Die externe Aufsicht

Die Entscheidungen von VG und VGH München leiten über zu den Aufgaben und Befugnisse der Aufsichtsbehörde. Was können die Beteiligten zum Schutz ihrer Interessen und zum Schutz der Funktion des Wahrnehmungssystems von der nationalen Aufsicht erwarten? Das VGG regelt die Pflichten der Verwertungsgesellschaften gegenüber dem UrhWG in erheblich höherem Detailgrad. Den knapp 30 Vorschriften des Urheberwahrnehmungsgesetzes stehen nun über 130 Vorschriften im Verwertungsgesellschaften-gesetz gegenüber. Für Funktionsschutz spricht Regelungsdichte bzw. Regelungsumfang nicht zwingend, es besteht jedoch die Vermutung – und bei näherem Blick auf die tatsächliche Detailliertheit der Regelungen bestätigt sich dies –, dass der Aufsichtsbehörde eine konkretere Rechtsgrundlage für ihr Handeln zur Verfügung steht. Aufgaben, Befugnisse und Grenzen der Befugnisse werden nachfolgend kurz skizziert. Anschließend wird auf die Grenzen der Befugnisse der Aufsichtsbehörden im grenzüberschreitenden Kontext eingegangen.

398 VG München, Urt. v. 25.10.2016 – M 16 K 15.5333 = ZUM 2017, 779 (amtl. Leitsatz). Die Entscheidung bezog sich noch auf das UrhWG.

399 So *Kreile*, ZUM 2018, 13, 16.

400 VGH München, Urt. v. 25.2.2019 – 22 B 17.1219. Dazu auch *Berberich*, GRUR-Prax 2019, 453 ff.

I. Grundlagen der Aufsicht

In Deutschland übernimmt das Deutsche Patent- und Markenamt (DPMA) die Aufsicht über Verwertungsgesellschaften (§ 75 VGG).⁴⁰¹ Die Leistungsfähigkeit der Aufsicht in Deutschland steht schon seit Längerem in der Kritik.⁴⁰² Ein Kernpunkt der Kritik der Enquete-Kommission des Bundestages „Kultur in Deutschland“ bezog sich auf die geringe personelle Ausstattung. Das Referat für Urheberrecht am DPMA bestand im Jahr 2007 lediglich aus fünf Personen – drei Juristen, einem Sachbearbeiter und einem Registrator.⁴⁰³ Inzwischen hat die Aufsicht personell aufgestockt und kann auf 16–19 Mitarbeiter zurückgreifen.⁴⁰⁴

Fragen zur Rechtsnatur der Aufsicht über Verwertungsgesellschaften im Sinne einer Untergliederung in Rechts- und Fachaufsicht scheinen nicht zielführend. Elemente aus beidem mögen vertreten sein, es handelt sich um eine Wirtschaftsaufsicht deren Aufsichtsobjekte privatrechtlich organisierte Unternehmen sind.⁴⁰⁵ Das VGG steckt hierzu den Rechtsrahmen und die Eingriffsbefugnisse ab. Entscheidender ist die Frage, wem die Aufsicht dient und damit verknüpft, ob es einen Anspruch auf Einschreiten der Behörde gibt. Letzteres wurde bereits nach alter Rechtslage, zumindest hinsichtlich der Nutzer und Verwerter, recht einhellig abgelehnt. Ein eigenes subjektiv-öffentliches Recht auf Einschreiten der Aufsichtsbehörde bestehe nicht. Eine Beschwerde beim DPMA könne lediglich als Anregung zu selbständigem staatlichem Handeln verstanden werden.⁴⁰⁶ Umstrittener war die Lage mit Blick auf die Mitglieder der Verwertungsgesellschaften und

401 Grundlegend zur Aufsicht nach dem alten System: *Meyer*, Verwertungsgesellschaften und ihre Kontrolle nach dem Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, 2001; *Heindorf*, Die staatliche Aufsicht über Verwertungsgesellschaften, 2011; *Wirtz*, Die Kontrolle von Verwertungsgesellschaften, 2002.

402 Siehe exemplarisch *Podszun/Franz*, ZGE 7 (2015), 15, 38 mit dem Hinweis die Verwaltung sei gegenüber den Verwertungsgesellschaften wenig konfrontativ geführt.

403 Bericht der Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages „Kultur in Deutschland“, BT-Drs. 16/7000, S. 282 f. online abrufbar unter: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/070/1607000.pdf>, zuletzt abgerufen am 04.12.2017; hierzu auch *Drexl*, in: Götz von Olenhusen/Gergen/Vogel (Hrsg.), *Kreativität und Charakter*, 2017, S. 227, 228 ff.

404 Nach Angaben der Referatsleiterin Anne Algermissen im Jahr 2018.

405 Siehe dazu *Heindorf*, Die staatliche Aufsicht über Verwertungsgesellschaften, 2011, S. 144 f.

406 Siehe etwa *Schulze*, in: Dreier/Schulze (Hrsg.), *Urheberrechtsgesetz*, 52015, UrhWG § 19, Rn. 10; *Heindorf*, Die staatliche Aufsicht über Verwertungsgesellschaften, 2011, S. 182.

die sonstigen Berechtigten. Mehrheitlich wurde auf die Verfahren bei der Schiedsstelle und auf privatrechtliche Ansprüche verwiesen.⁴⁰⁷ Jedenfalls im neuen Recht verdeutlicht § 75 Abs. 2 VGG, dass die Aufsichtsbehörde ihre Aufgaben und Befugnisse nur im öffentlichen Interesse wahrnimmt und keine subjektiven Rechte geschaffen werden sollen.⁴⁰⁸ Auch die Richtlinie fordert keine darüberhinausgehenden Rechte von Rechteinhabern, Nutzern und anderen Verwertungsgesellschaften. Ihnen müssen lediglich Verfahren zur Verfügung stehen, mit denen sie die zuständigen Behörden über Verstöße in Kenntnis setzen können (Art. 36 Abs. 2 VG-RL).⁴⁰⁹ Für alle am Verwertungsgesellschaftssystem Beteiligten gewinnt das Privatrecht zur unmittelbaren Rechtsdurchsetzung damit an Bedeutung.

II. Aufgaben und Befugnisse der Aufsichtsbehörde

Grundsätzlich unterliegen Verwertungsgesellschaften in Deutschland der Erlaubnispflicht. Ausgenommen sind nach § 77 Abs. 2 VGG lediglich Verwertungsgesellschaften, die ihren Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat oder EWR-Vertragsstaat haben. Der Erlaubnisvorbehalt ist ihnen gegenüber beschränkt und gilt nur soweit sie gesetzliche Vergütungsansprüche wahrnehmen bzw. für die Wahrnehmung der in § 49 Abs. 1 UrhG genannten Vergütungsansprüche und für die Wahrnehmung des in § 50 UrhG genannten Rechts sowie der in §§ 51 und 52 UrhG genannten Rechte von Außenstehenden (im Rahmen der erweiterten kollektiven Lizenzvergabe oder bei *nicht verfügbaren* Werken). Im Übrigen gilt lediglich eine Pflicht zur Anzeige der Tätigkeit nach § 82 VGG. Der Begriff der Verwertungsgesellschaften knüpft an § 2 VGG an. Die Erlaubnispflicht abhängiger Verwertungseinrichtungen richtet sich nach der Sonderregelung in § 90 VGG, während unabhängige Verwertungseinrichtungen erlaubnisfrei sind.

Hinsichtlich des Anwendungsbereichs der Erlaubnispflicht knüpft § 77 VGG, abgesehen von den Ausnahmen für Verwertungsgesellschaften mit

407 *Schulze*, in: Dreier/Schulze (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, ⁵2015, UrhWG § 19, Rn. 10; *Gerlach*, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), Praxiskommentar zum Urheberrecht, ⁴2014, UrhWG § 18, Rn. 2; *Heindorf*, Die staatliche Aufsicht über Verwertungsgesellschaften, 2011, S. 183 ff.; *Riesenhuber*, in: Becker/Riesenhuber/Kreile (Hrsg.), Recht und Praxis der GEMA, ²2008, Kapitel 9 Rn. 61 ff.

408 *Freudenberg*, in: Götting/Lauber-Rönsberg/Rauer (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Urheberrecht, ³⁹2023, VGG § 75, Rn. 9.

409 Hierzu auch *Podszun/Franz*, ZGE 7 (2015), 15, 41.

Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat⁴¹⁰, an die alte Regelung des § 1 UrhWG an. Erlaubnispflichtig sind alle Gesellschaften, die Urheberrechte oder verwandte Schutzrechte wahrnehmen, die sich aus dem Urheberrechtsgesetz ergeben. Hierin zeigt sich die geographische Begrenzung des Anwendungsbereichs.⁴¹¹ Insoweit scheinen sich VGG und UrhWG am immaterialgüterrechtlichen Territorialitätsgrundsatz zu orientieren.⁴¹² Als Kollisionsnorm kann § 77 Abs. 1 VGG – wie zuvor § 1 Abs. 1 UrhWG – aber schon deshalb nicht verstanden werden, weil die Erlaubnispflicht dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist.⁴¹³ Inwieweit der Vorschrift auch Wirkungen oder Prinzipien für die Entwicklung des Internationalen Privatrechts entnommen werden können bzw. inwieweit sie für eine kollisionsrechtliche Interpretation offen ist, wird später untersucht werden.

Die Erlaubnis wird nach § 78 VGG auf schriftlichen Antrag der Verwertungsgesellschaft von der Aufsichtsbehörde erteilt. Die Versagungsgründe sind in § 79 VGG geregelt. Die Liste der Versagungsgründe ist zwar abschließend, aber tatbestandlich weit gefasst und bietet aufgrund der zum Teil unbestimmten Rechtsbegriffe der Aufsichtsbehörde einen weiten Beurteilungsspielraum. Liegt keiner der aufgezählten Versagungsgründe vor, so besteht ein Anspruch des Antragstellers auf Erteilung der Erlaubnis.⁴¹⁴

Nach Erteilung der Erlaubnis geht das Verfahren in die laufende Aufsicht nach §§ 85 ff. VGG über. Wie aus § 85 Abs. 1 VGG deutlich wird, überwacht die Aufsichtsbehörde die Einhaltung der Verpflichtungen der Verwertungsgesellschaften nach dem VGG umfassend und unabhängig davon, ob es sich um nutzer- oder rechteinhaberbezogene Pflichten handelt oder gar um Pflichten, die sich auf die Zusammenarbeit der Verwertungsgesellschaften beziehen (§§ 44 ff VGG). Damit die Aufsichtsbehörde dieser Kontrollpflicht nachkommen kann, bestehen Unterrichtungspflichten der Verwertungsgesellschaften (§ 88 VGG) und die Aufsicht hat zugleich die Möglichkeit an der Mitgliederversammlung sowie den Sitzungen des Aufsichtsrats, des Verwaltungsrats, des Aufsichtsgremiums, der Vertretung der Delegierten

410 Dies soll die EWR-Staaten miteinschließen und wird nachfolgend nicht mehr gesondert erwähnt.

411 Nach § 77 VGG, wie zuvor schon nach § 1 Abs. 1 UrhWG, kommt es also nicht darauf an, welchem Staat der oder die Schöpfer angehören, sondern für welches Land die Rechte vergeben werden sollen.

412 *Drexl*, MPI Stellungnahme VGG, 2015, Rn. 24.

413 *Ders.*, in: von Hein (Hrsg.), MüKo IPR II, ⁸2021, Rom II-VO Art. 8 Rn. 241 f.

414 *Freudenberg*, in: Götting/Lauber-Rönsberg/Rauer (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Urheberrecht, ³⁹2023, VGG § 79, Rn. 3.

sowie aller Ausschüsse dieser Gremien teilzunehmen (§ 85 Abs. 4 VGG). § 85 Abs. 3 VGG gewährt der Aufsicht umfassende Auskunfts- und Einsichtsrechte.

Um die Einhaltung der Pflichten nach dem VGG durch Verwertungsgesellschaften durchzusetzen, stehen der Aufsicht verschiedene Maßnahmen und Sanktionsmittel zur Verfügung. Nach Art. 36 Abs. 3 der VG-RL haben die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen, dass die zuständigen Behörden befugt sind, bei Verstößen gegen nationales Recht, welches zur Umsetzung der Richtlinie erlassen wurde, geeignete Sanktionen zu verhängen und geeignete Maßnahmen zu ergreifen. Diese sollen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. Mögliche Sanktionen sind dabei das Zwangsgeld zur Durchsetzung von Verwaltungsakten nach §§ 35 ff. VwVfG mit der Besonderheit des § 89 Abs. 3 VGG, der Widerruf der Erlaubnis nach § 80 VGG und die Untersagung des Geschäftsbetriebs nach § 85 Abs. 2 VGG, welche sich insbesondere gegen Gesellschaften richten kann, die keiner Erlaubnis bedürfen.⁴¹⁵ Um die Treuhandsfunktion der Verwertungsgesellschaften sicherzustellen, besteht außerdem die Möglichkeit der Abberufung vertretungsberechtigter Personen nach § 85 Abs. 5 VGG.

III. Die Aufsichtspraxis

Analysiert man die deutsche Aufsichtspraxis, so entsteht der Eindruck, diese sei eher auf kooperative Beratung als auf Konfrontation ausgerichtet.⁴¹⁶ Darauf, dass sich dieses System ändert, ließ zuletzt das Vorgehen der deutschen Aufsichtsbehörde gegen die VG Media hoffen. Durch die Abänderung der Entscheidung des VG München durch den VGH hat die deutsche Aufsicht schließlich doch noch eine Stärkung erfahren.⁴¹⁷

In dem Verfahren ging es um die Angemessenheit eines Tarifs der VG Media für die öffentliche Wiedergabe von Fernseh- und Radioprogrammen. Die VG Media hatte den Tarif pauschal auf 20 % des GEMA-Tarifs festgelegt, ohne dass der genaue Repertoireumfang der Verwertungsgesellschaft feststand. Aufgrund der Unklarheiten über den Repertoirebestand der VG Media hielt die Aufsichtsbehörde den Tarif nach § 11 Abs. 1 UrhWG

415 Ders., in: Götting/Lauber-Rönsberg/Rauer (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Urheberrecht, ³⁹2023, VGG § 85, Rn. 11 ff.

416 So auch Podszun/Franz, ZGE 7 (2015), 15, 38.

417 VGH München, Urt. v. 25.2.2019 – 22 B 17.1219; Vorinstanz VG München, Urt. v. 25.10.2016 – M 16 K 15.333.

für unangemessen und gab der Verwertungsgesellschaft auf, den Tarif zurückzunehmen. Die Klägerin sei verpflichtet gewesen, bei Aufstellung des Tarifs zu ermitteln, in welchem Umfang sie Rechte anbieten könne. Diese Pflicht habe sie nicht erfüllt. Die Tatsache, dass die Klägerin keine hinreichenden Angaben dazu machen konnte, in welchem Umfang sie über Rechte verfügte, sei ausreichendes Indiz für die Unangemessenheit des Tarifs. Eine Verwertungsgesellschaft, die den Umfang ihres Repertoires nicht hinreichend kenne, könne eine angemessene Tarifhöhe nicht festlegen. Hiergegen ging die VG Media vor dem Verwaltungsgericht vor. Das Verfahren richtete sich nach dem alten UrhWG.

Das VG München gab der Klage statt und folgte der VG Media in ihrer Argumentation. Die Kontrolle von Nutzungsbedingungen bzw. Tarifen durch die Beklagte beschränke sich auf eine Kontrolle der groben Unangemessenheit von Nutzungsbedingungen. Für komplexe Fragen der Angemessenheit von Tarifen sei eigens eine spezialisierte Schiedsstelle nach §§ 14 ff. UrhWG (§§ 92 ff VGG) eingerichtet worden. Sie und der nachfolgende Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten seien daher primär dazu berufen, Fragen der Angemessenheit von Tarifen zu beurteilen.

Diese Entscheidung bedeutete zunächst eine Schwächung der Kontrolle von Verwertungsgesellschaften durch die Aufsicht im Inland. Sie wurde jedoch durch Urteil des VGH korrigiert. Der VGH stellte klar, dass die Tarifaufstellung einschließlich der Ermittlung angemessener Tarife durch eine Verwertungsgesellschaft der staatlichen Aufsicht unterliegt und eine Verwertungsgesellschaft dazu verpflichtet ist, vor Aufstellung eines Tarifs den Umfang der von ihr wahrgenommenen Rechte hinreichend zu ermitteln.⁴¹⁸

418 VGH München, Urt. v. 25.2.2019 – 22 B 17.1219, Leitsätze. Der Ausgangsentscheidung des VG München zurecht kritisch gegenüber: *Podszun*, ZUM 2017, 732 ff.; positiv hingegen *Kreile*, ZUM 2018, 13 ff. und *Flehsig*, GRUR-Prax 2017, 160 f. Die Ausgangsentscheidung war auch vor dem Hintergrund von Art. 16 VG-RL kritisch zu sehen. Denn nach Art. 16 Abs. 2 VG-RL müssen Tarife „in einem angemessenen Verhältnis unter anderem zum wirtschaftlichen Wert der Nutzung der Rechte [...] sowie zu dem wirtschaftlichen Wert der von der Organisation für kollektive Rechte-wahrnehmung erbrachten Leistungen“ stehen. Dazu ist zuallererst der tatsächliche Repertoireumfang zu ermitteln. Berücksichtigt man, dass in Art. 36 VG-RL erkennbar auf die nationale Aufsicht zur Kontrolle der Einhaltung der Verpflichtungen der Verwertungsgesellschaften gebaut wird, wirken solche innerstaatlichen Kompetenzunsicherheiten besonders schwer. Die Kompetenz der Aufsicht zur Kontrolle von Verwertungsgesellschaften ist erst recht im grenzüberschreitenden Bereich überaus problematisch.

IV. Der Einfluss der Verwertungsgesellschaftenrichtlinie auf die aufsichtsrechtliche Kontrolle der Verwertungsgesellschaften im Binnenmarkt

Wie bereits zu Beginn des Kapitels angemerkt, wird die Kontrollbefugnis der nationalen Aufsichtsbehörden durch Art. 36 Abs. 1 VG-RL deutlich begrenzt. Während der Anwendungsbereich des deutschen Wahrnehmungsrechts gemäß § 1 UrhWG der Wahrnehmung von Rechten nach dem deutschen UrhG folgte und damit die Grundsätze des urheberrechtlichen Territorialitätsprinzips auch dem Wahrnehmungsrecht zur Grundlage machte, verzichteten VGG und Richtlinie auf eine solche Eingrenzung. Die Kontrollbefugnisse der nationalen Aufsichtsbehörden werden in geografischer Hinsicht auf andere Weise begrenzt. Sie sind zumindest im Hinblick auf europäische Verwertungsgesellschaften allein zur Kontrolle der in ihrem Hoheitsgebiet ansässigen Verwertungsgesellschaften befugt. Für grenzüberschreitende Fälle sehen Art. 37 und 38 VG-RL einen Informationsaustausch und die Zusammenarbeit der Behörden vor. Die europäische Harmonisierung des Wahrnehmungsrechts bewirkt im Hinblick auf die aufsichtsrechtliche Kontrolle damit einen grundlegenden Systemwechsel.⁴¹⁹

1) Auswirkungen auf das anwendbare Aufsichtsrecht

Das Sitzlandprinzip der Richtlinie hat seinen Niederschlag vor allem in § 76 Abs. 2 und §§ 86 f. VGG gefunden. § 76 VGG setzt die Vorgaben aus Art. 36 VG-RL für das anwendbare Aufsichtsrecht um. Bei Verwertungsgesellschaften mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat, die im Inland tätig werden, soll die (deutsche) Aufsichtsbehörde darauf achten, dass die Verwertungsgesellschaft die Vorschriften dieses anderen Mitgliedstaates zur Umsetzung der Richtlinie ordnungsgemäß einhält (§ 76 Abs. 2 VGG). Auch Art. 36 Abs. VG-RL konzentriert die Überwachungspflicht zur Einhaltung der nationalen Umsetzungsbestimmungen bei den Behörden des Sitzlandes der jeweiligen Verwertungsgesellschaft. Art. 37 Abs. 2 VG-RL, wonach bei möglichen Rechtsverstößen gegen das Sitzlandrecht der Verwertungsgesellschaft durch ihre Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat, eine Information der Sitzlandbehörde durch die Behörde des jeweiligen

419 Drexl, in: von Hein (Hrsg.), MüKo IPR II, ⁸2021, Rom II-VO Art. 8 Rn. 241.

„Tätigkeitslandes“ vorgesehen ist, bestätigt dieses Konzept.⁴²⁰ In der Tat liegt der binnenmarktfreundliche Kernmechanismus des Sitzlandprinzips darin, dass Marktteilnehmer sich nur an einem Recht, nämlich dem Recht ihres Sitzlandes, orientieren müssen und gleichzeitig auf mehreren nationalen Märkten tätig sein können. Diese Konzeption des Sitzlandprinzips mit einem Verbot doppelter Kontrollen tritt in der VG-RL allerdings nicht so deutlich zu Tage wie in vielen anderen europäischen Rechtsakten.⁴²¹ Das deutsche Aufsichtsrecht über Verwertungsgesellschaften regelt den generellen räumlichen Anwendungsbereich ansonsten nur im Zusammenhang mit der Erlaubnispflicht in § 77 VGG und knüpft dabei grundsätzlich an die Wahrnehmung deutscher Urheberrechte an, sieht jedoch gleichzeitig Ausnahmen für Verwertungsgesellschaften mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat vor.

Das VGG gilt mit Blick auf die öffentlich-rechtlichen Vorschriften und auf die Überwachung durch das DPMA also für inländische Verwertungsgesellschaften – unabhängig davon welche nationalen Rechte sie wahrnehmen –, es gilt hingegen nicht für andere EU-/EWR-Verwertungsgesellschaften, selbst wenn sie deutsche Urheberrechte wahrnehmen.⁴²² Der materiell-rechtliche Maßstab der Aufsicht richtet sich innerhalb von EU und EWR also ausschließlich nach dem Recht des Sitzstaates einer Verwertungsgesellschaft, wobei – wie Art. 37 Abs. 2 VG-RL und § 76 Abs. 2 VGG zeigen – das DPMA auch zur Überwachung ausländischer Gesellschaften nach eben jenem Recht des Sitzstaates aufgefordert sein kann.⁴²³

420 *Staats*, ZUM 2014, 470, 472 f.; kritisch *Drexl*, MPI Stellungnahme VGG, 2015, Rn. 15 f.

421 So etwa in Art. 3 Abs. 1 der ECRL sowie in Art. 2 und 3 Abs. 1 der AVMD-RL.

422 Für andere EU-Verwertungsgesellschaften könnte es bestenfalls dann den Maßstab bilden, wenn es für sie in einzelnen Fragen günstiger ist als ihr Heimatrecht und nach allgemeinen Regeln zur Anwendung käme. Umgekehrt könnte ausländisches Recht für deutsche Verwertungsgesellschaften den Prüfungsmaßstab bilden, wenn es weniger strenge Verpflichtungen als das Heimatrecht vorsieht. Die verschiedenen Dimensionen von Sitz- und Herkunftslandprinzip werden in *Teil 3, Kapitel 2* untersucht.

423 *Drexl*, in: von Hein (Hrsg.), MüKo IPR II, ⁸2021, Rom II-VO Art. 8 Rn. 241 f.

2) Auswirkungen auf die Zuständigkeit und Befugnisse der Aufsichtsbehörden

Deutlicher geht aus der Richtlinie die Frage der Zuständigkeit und damit die Befugnis zum Ergreifen von Durchsetzungsmaßnahmen hervor. Konkrete aufsichtsrechtliche Maßnahmen gegen Verwertungsgesellschaften können grundsätzlich nur von der Sitzlandbehörde (Art. 36 Abs. 1 und 3 VG-RL) vorgenommen werden. Hinsichtlich ausländischer EU-Gesellschaften bleiben die Behörden auf die Verfahren nach Art. 37, 38 VG-RL verwiesen. Im deutschen Recht wurde dies in § 86 VGG umgesetzt. Aus dem Regelungsverhältnis zwischen § 85 und § 86 VGG ergibt sich auch, dass die Ermittlungsbefugnisse aus § 85 Abs. 3 und 4 VGG nicht gegenüber ausländischen EU-Gesellschaften bestehen.⁴²⁴ Zumindest soweit diese Gesellschaften nicht ausnahmsweise einer Erlaubnispflicht unterfallen,⁴²⁵ entfällt auch das Sanktionsmittel des Widerrufs der Erlaubnis nach § 80 VGG. Auch die übrigen Sanktionierungsmittel, vor allem aus § 85 Abs. 2 und 5 VGG, bestehen gegenüber ausländischen Verwertungsgesellschaften nicht. Für Beschwerden und Auskunftersuchen ausländischer Aufsichtsbehörden gilt die Vorschrift des § 87 VGG.⁴²⁶

424 *Freudenberg*, in: Götting/Lauber-Rönsberg/Rauer (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Urheberrecht, ³⁹2023, VGG § 85, Rn. 2.

425 Im neuen österreichischen VerwGesG von 2016 wird gleichwohl an einer strengeren Erlaubnispflicht (hier „Wahrnehmungsgenehmigung“ genannt) festgehalten. So darf gemäß § 3 Abs. 2 VerwGesG (Österreich) die Wahrnehmungsgenehmigung nach wie vor nur einer inländischen Gesellschaft erteilt werden, wobei ausländische (europäische) Gesellschaften nur für die Vergabe von Online-Lizenzen gemäß Absatz 3 von der Erlaubnispflicht befreit sind. Ob dies mit der Richtlinie im Einklang steht, darf bezweifelt werden (unkritisch insoweit *Walter*, VerwGesG '16, 2017, § 3 II. und § 1 IV.2.).

426 Zu den Kontrollbefugnissen und zum anwendbaren Aufsichtsrecht im grenzüberschreitenden Kontext so im Wesentlichen auch *Kling*, Gebietsübergreifende Vergabe von Online-Rechten an Musikwerken, 2017, S. 251 ff. Weitere Differenzierungen hinsichtlich ausländischen Gesellschaften, die ihren Sitz außerhalb von EU und EWR haben, sowie hinsichtlich abhängiger und unabhängiger Verwertungseinrichtungen können ebenfalls bei *Kling* nachgelesen werden (*dies.*, Gebietsübergreifende Vergabe von Online-Rechten an Musikwerken, 2017, S. 251- 271).

V. Reichweite der deutschen Aufsicht im außereuropäischen Kontext

Diese Privilegierung gilt gegenüber Verwertungsgesellschaften, die ihren Sitz außerhalb von EU und EWR haben grundsätzlich nicht. Doch ist der Umfang der Aufsicht bzw. der Geltungsbereich des deutschen Aufsichtsrechts für diese Fälle nicht eindeutig umschrieben. Klar ist, dass eine außereuropäische Verwertungsgesellschaft gemäß § 77 Abs. 1 VGG der Erlaubnis durch die deutsche Aufsichtsbehörde bedarf, wenn sie Urheberrechte oder verwandte Schutzrechte wahrnimmt, die sich aus dem Urheberrechtsgesetz ergeben. Zugleich beschränkt sich diese Erlaubnis auf die Wahrnehmung von Urheberrechten in Deutschland. Weniger klar ist, ob eine Verwertungsgesellschaft mit Sitz in Deutschland einer Erlaubnis durch die deutsche Aufsichtsbehörde bedarf, wenn sie keine deutschen Rechte, sondern nur ausländische Rechte wahrnimmt. Teilweise wird dies so vertreten, da die Verwertungsgesellschaft Rechte von Deutschland aus vererbe.⁴²⁷ Aus dem Wortlaut und der Systematik der Vorschrift geht dies allerdings nicht hervor. Vielmehr knüpft § 77 Abs. 1 VGG allein an das Wahrnehmungsobjekt an, welches die deutschen Urheberrechte und verwandten Schutzrechte sind. Die Aufnahme des Sitzlandkriteriums in Abs. 2 gilt hingegen nur negativ, zum weitgehenden Ausschluss der Erlaubnispflicht für Verwertungsgesellschaften mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder des EWR und ist dem Sitzlandprinzip der VG-RL geschuldet. Eine positive Erlaubnispflicht für alle Verwertungsgesellschaften mit Sitz in Deutschland lässt sich aus der Vorschrift daher nicht ableiten.⁴²⁸ Systematisch ließe sich bestenfalls über einen Umkehr- bzw. Erst-Recht-Schluss aus § 90 Abs. 2 Nr. 2 und § 91 Abs. 2 VGG eine Anzeigepflicht begründen, denn nach § 91 Abs. 2 VGG gilt die Anzeigepflicht auch für unabhängige Verwertungseinrichtungen mit Sitz im Inland, die weder deutsche noch sonstige europäische Rechte wahrnehmen. Die Erlaubnispflicht oder zumindest eine Tätigkeitsanzeige scheint jedoch für all jene Fälle sinnvoll, in denen deutsches Aufsichtsrecht zur Anwendung kommt und entsprechend von der deutschen Aufsichtsbehörde durchgesetzt werden müsste.⁴²⁹ Es fragt sich

427 Schulze, in: Dreier/Schulze (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, ⁶2018, VGG, § 77, Rn. 4 mit Verweis auf BGH GRUR 2004, 421, 422, 424 – *Tonträgerpiraterie durch CD-Export* und OLG Hamburg ZUM-RD 2016, 576, 597 – *Tagebuch der Anne Frank*.

428 Freudenberg, in: Götting/Lauber-Rönsberg/Rauer (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Urheberrecht, ³⁹2023, VGG Rn. 7 f.

429 Zwar folgt aus der Nichtanwendbarkeit der Erlaubnis- bzw. Anzeigepflicht nicht explizit die Nichtanwendbarkeit des deutschen Aufsichtsrechts und die generelle

daher, wie der Anwendungsbereich des deutschen Aufsichtsrechts gegenüber Verwertungsgesellschaften zu bestimmen ist, die ihren Sitz nicht in einem anderen EU- oder EWR-Staat haben.

Der Regierungsentwurf zum VGG enthält hierzu Aussagen. Diesem zufolge sollen jenseits der Kontrolle mitgliedstaatlicher Verwertungsgesellschaften grundsätzlich alle Verwertungsgesellschaften, die im Inland ansässig oder auch nur tätig sind, der deutschen Aufsicht unterliegen. Zum einen solle sich dies auf alle im Inland ansässigen Verwertungsgesellschaften beziehen, auch wenn sie ausschließlich im Ausland tätig sind, zum anderen genüge im Hinblick auf die Tätigkeit im Inland bereits der Abschluss mit auch nur einem inländischen Rechteinhaber. Bereits diese Tätigkeit unterliege der deutschen Aufsicht.⁴³⁰ Beides greift regulatorisch zu weit und lässt sich weder aus einer Analyse des VGG noch des europäischen Rechtsrahmens ableiten. Zwar ist die Kontrolle durch die Aufsichtsbehörde des Sitzlandes der Verwertungsgesellschaft wenigstens in der VG-RL deutlich angelegt, jedoch ist auch hier hinsichtlich des Kontrollgegenstands zu unterscheiden. Ein umfassendes Kontrollbedürfnis der inländischen Verwertungsgesellschaften im Hinblick auf ihre innereuropäische Betätigung folgt der Logik des Binnenmarktkonzepts der VG-RL, welches eine zusätzliche behördliche Kontrolle am Marktort ausschließt und somit eine Liberalisierung im Sinne der Dienstleistungsfreiheit herbeiführt, die auf gegenseitigem Vertrauen und der Anwendung harmonisierter, also gleicher oder ähnlicher Standards beruht. Diese Grundlagen des Vertrauens bestehen im außereuropäischen Kontext nicht und zugleich würde eine Anwendung deutscher Rechtsstandards im Hinblick auf außereuropäische Lizenzierungstätigkeiten einen Eingriff in das Marktkonzept anderer Staaten bedeuten. Am Schutz der Märkte von Drittstaaten und am Schutz der dorti-

Unzuständigkeit der deutschen Aufsichtsbehörden, doch scheint das Aufsichtsrecht nach dem VGG implizit von einer damit verbundenen Anwendbarkeit auszugehen. Es scheint also seine Anwendbarkeit mit den Regelungen zur Erlaubnis- und Anzeigepflicht zu beschränken, andere inhaltliche Umgrenzungen sind kaum ersichtlich. Zum Verhältnis des Internationalen Verwaltungsrechts zum Internationalen Privatrecht, siehe etwa *Lehmann*, in: *Zetzsche/Lehmann* (Hrsg.), *Grenzüberschreitende Finanzdienstleistungen*, 2018, S. 1, Rn. 8 ff.; *Drexl* sieht den Anwendungsbereich des VGG (potenziell) weiter und nur im Hinblick auf die Erlaubnispflicht auf die Wahrnehmung von Rechten nach dem deutschen Urheberrechtsgesetz beschränkt *Drexl*, MPI Stellungnahme VGG, 2015, Rn. 3.

430 Begründung des Regierungsentwurfs zum VGG, BT-Drs. 18/7223, S. 95.

gen Lizenznehmer besteht kein inländisches Interesse.⁴³¹ Was die Kontrolle ausländischer Verwertungsgesellschaften mit Betätigung im Inland betrifft, genügt jedenfalls allein die Begründung einer Wahrnehmungsbeziehung mit einem inländischen Rechteinhaber nicht. Aufgrund der internationalen Verstrickungen würde dies letztlich auf eine Aufsicht der Betätigung beinahe aller Verwertungsgesellschaften der Welt durch das DPMA hinauslaufen. Ein Rechteinhaber, der sich von einer ausländischen Verwertungsgesellschaft vertreten lässt, trifft hierbei jedoch eine bewusste Entscheidung und kann sich auf ein deutsches Regulierungsregime insoweit nicht verlassen.⁴³²

Zu einem kohärenten Ansatz gelangt man erst durch Hinzuziehung des europäischen Rechtsrahmens, dessen Umsetzung das VGG dient und in dessen Lichte die Vorschriften des VGG auszulegen sind, sowie durch eine Berücksichtigung des nationalen Regulierungsinteresses. Die VG-RL verfolgt einen Regelungsansatz, der sich im VGG kaum wiederfindet.⁴³³ Sie erstreckt ihren Regelungsbereich in räumlicher Hinsicht grundsätzlich auf „alle Organisationen der kollektiven Rechtswahrnehmung mit Sitz in der Union“ (Art. 2 Abs. 1 VG-RL), und gemäß Art. 34 Abs. 1 VG-RL müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, „dass die Einhaltung der nach dieser Richtlinie erlassenen nationalen Bestimmungen durch die in ihrem Hoheitsgebiet ansässigen Organisationen für die kollektive Rechtswahrnehmung durch die zu diesem Zweck benannten zuständigen Behörden überwacht wird.“ Zwar ist die Richtlinie klar auf innereuropäische Sachverhalte ausgerichtet und die Erleichterung der Entwicklung eines Binnenmarkts für Kulturgüter ist der eigentliche Zweck der Richtlinie (siehe u.a. Erwägungsgrund 2 VG-RL), doch ist sie deshalb nicht notwendigerweise auf innereuropäische Sachverhalte beschränkt.

431 *Drexl*, in: von Hein (Hrsg.), MüKo IPR II, ⁸2021, Rom II-VO Art. 8 Rn. 241. Im Regierungsentwurf wird dies völlig verfehlt mit der Definition der Verwertungsgesellschaft in § 2 VGG begründet, die sich im Gegensatz zum alten § 1 Abs. 1 UrhWG nicht mehr auf die Wahrnehmung von Rechten nach dem deutschen Urheberrechtsgesetz bezieht. Es reiche die Wahrnehmung beliebiger Urheberrechte und verwandter Schutzrechte aus, um eine Organisation als Verwertungsgesellschaft zu qualifizieren (BT-Drs. 18/7223, S. 95). Dieses Konzept ist zur territorialen Abgrenzung eines nationalen Regelungsregimes gänzlich ungeeignet, da es keinerlei Begrenzung enthält.

432 *Ders.*, in: von Hein (Hrsg.), MüKo IPR II, ⁸2021, Rom II-VO Art. 8 Rn. 241.

433 Dies mag der Unsicherheit des deutschen Gesetzgebers im Hinblick auf das Kollisionsrecht – sowohl verwaltungsrechtlich als auch privatrechtlich und einmal bzgl. innereuropäischer Sachverhalte und einmal bzgl. außereuropäischer Sachverhalte – geschuldet sein. Sie wird gerade deutlich anhand des inkohärenten Regelungsverständnisses wie es aus dem Regierungsentwurf hervorgeht.

In der Tat ist eine aufsichtsrechtliche Kontrolle der inländischen Verwertungsgesellschaften sinnvoll und naheliegend. Das liegt nicht nur an der räumlichen Nähe von Aufsichtsbehörde und Verwertungsgesellschaft, sondern kann auch Pflichtenkollisionen und Mehrfachkontrollen vermeiden. Exemplarisch seien hier die Pflichten im Wahrnehmungsverhältnis genannt, beispielsweise hinsichtlich der Verteilung der Einnahmen und der Mitwirkungsrechte der Berechtigten. Grundsätzlich begründet auch die Anknüpfung an die Wahrnehmung nationaler Rechte ein legitimes regulatorisches Interesse, jedoch führt dieses Modell für Verwertungsgesellschaften, die Rechte für mehrere Staaten wahrnehmen zur Anwendung mehrerer Rechtsordnungen. Auf Lizenzierungsebene kann dies zwar die grenzüberschreitende Wahrnehmung erschweren, die Einhaltung verschiedener nationaler Regelungsregime erscheint aber möglich. Nicht so auf Wahrnehmungsebene, denn hier können aus der Anwendbarkeit mehrerer nationaler Regelungsregime unauflösbare Pflichtenkollisionen entstehen. Wie soll eine Verwertungsgesellschaft bspw. mehrere unterschiedliche Vorgaben an die Mitwirkungsrechte der Berechtigten zugleich berücksichtigen? Einziges Mittel zur Vermeidung einer solchen Pflichtenkollision wäre die Nichtteilnahme am jeweiligen Markt. Dies kann regulatorisch gewünscht sein, doch bestehen zumindest Zweifel, inwiefern sich das nationale Regelungsinteresse in legitimen Umfang auf derartige Sachverhalte erstreckt.

Die generelle Anknüpfung an den Wahrnehmungsgegenstand, wie sie in § 77 Abs.1 VGG zum Ausdruck kommt, ist zumindest im Lizenzverhältnis sinnvoll, greift aber im Wahrnehmungsverhältnis zu kurz, wenn es um inländische Verwertungsgesellschaften geht, die allein ausländische Rechte wahrnehmen. Gleichzeitig schießt die Anknüpfung an den Wahrnehmungsgegenstand über das Ziel hinaus, wenn der gesamte Regelungsbereich zum Innenverhältnis der Verwertungsgesellschaften auch auf ausländische Gesellschaften erstreckt wird, die nur (auch) deutsche Rechte wahrnehmen. Kohärent ist daher im Ausgangspunkt die Verfolgung des Sitzlandprinzips, welches im EU-/EWR- Kontext umfassend gilt und sich außerhalb dessen auf die Kontrolle des Innenverhältnisses beschränken sollte, also auf die Wahrnehmungsbeziehung.

Die zusätzliche Tätigkeitskontrolle von Verwertungsgesellschaften durch die deutsche Aufsicht betrifft die Wahrnehmung deutscher Rechte. Die so begründete Tätigkeitskontrolle ist allerdings in zweierlei Hinsicht begrenzt, zum einen gilt sie nicht gegenüber Verwertungsgesellschaften mit Sitz in einem anderen EU-Staat, zum anderen gilt sie inhaltlich grundsätzlich nur

für die Lizenzierungstätigkeit, da nur diese eine hinreichende Einwirkung auf den deutschen Markt entfaltet.

VI. Fazit

Die Europäisierung des Wahrnehmungsrecht wurde zwar genutzt, um das Wahrnehmungsrecht insgesamt detaillierter zu regeln und den Aufsichtsbehörden damit eine konkretere Rechtsgrundlage an die Hand zu geben; im grenzüberschreitenden Kontext geht das Sitzlandprinzip der Richtlinie, wie es zumindest für die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden und die Anwendung des Aufsichtsrechts gilt, aber mit einer Schwächung der Kontrolle einher. Die Kontrolle ist nicht mehr uneingeschränkt am Marktort und damit am Mittelpunkt der betroffenen Interessen gewährleistet. Die Überprüfung des Verhaltens inländischer Verwertungsgesellschaften im Ausland ist nicht nur praktisch schwierig – die Aufsichtsbehörde ist dann wohl tatsächlich auf Kooperation und Informationsaustausch nach §§ 86, 87 VGG angewiesen – es besteht vor allem kein hinreichendes Interesse und kein hinreichender (politischer) Druck die Verwertungsgesellschaften zu kontrollieren und ggf. zu sanktionieren.

Nicht neu, vor diesem Hintergrund aber umso problematischer, ist das Fehlen eines Anspruchs i.S. eines subjektiv-öffentlichen Rechts der Betroffenen auf Eingreifen der Behörde. Dem steht nun eindeutig § 75 Abs. 2 VGG entgegen. Dies verdeutlicht die wachsende Bedeutung des Privatrechts und der privaten Rechtsdurchsetzung für alle Beteiligten – gerade im grenzüberschreitenden Kontext. Auch im Fall der Verlegerbeteiligung⁴³⁴ war es eine Privatperson, die auf das Fehlverhalten der VG WORT hingewiesen hatte und sich durch alle Instanzen klagte, obwohl es genauso Aufgabe der Aufsicht gewesen wäre, die Einhaltung des Rechts zu kontrollieren.⁴³⁵

Die internationale Anwendbarkeit des aufsichtsrechtlichen Regelungsregimes ist jenseits der „Binnenmarktverwertungsgesellschaften“ nicht hinreichend klar umschrieben. Das Regulierungskonzept des VGG scheint

434 BGH, Urt. v. 21.4.2016 – I ZR 198/13 – *Verlegeranteil* (BGHZ 210, 77–113).

435 Diese Kritik an der Aufsicht ist nicht ganz berechtigt, da das Urteil sehr kontrovers diskutiert wurde und der Ausgang so nicht unbedingt absehbar war. Das Fehlverhalten war also zumindest nicht offensichtlich. Dies ändert jedoch nichts am Kern des Rückschlusses, dass die private Rechtsdurchsetzung als Mittel zur Kontrolle der Verwertungsgesellschaften unerlässlich ist.

auf diesen Fall nicht eingestellt zu sein und bietet daher auch kein kohärentes Konzept. Umso wichtiger erscheint daher die Entwicklung eines kollisionsrechtlichen Konzepts für das Privatrecht, an welchem sich u.U. auch das öffentlich-rechtliche Regelungskonzept orientieren kann. Die unzureichende Auseinandersetzung des deutschen Gesetzgebers mit dieser Frage zeigt sich gerade im regulatorischen Fehlverständnis, wie es aus der Begründung des Regierungsentwurfs zum VGG hervorgeht. Ein tragfähiges Regelungskonzept ergibt sich jedoch in Ansätzen aus der VG-RL, auf deren Boden sich auch Grundsätze einer internationalen Aufsicht jenseits des Binnenmarkts entwickeln lassen. Im Ausgangspunkt sollte die Kontrolle durch die Aufsicht im Sitzland der Verwertungsgesellschaften erfolgen, sie sollte sich zugleich auf das Innenverhältnis der Verwertungsgesellschaften konzentrieren. Im außereuropäischen Kontext kann sich die zusätzliche Tätigkeitskontrolle ausländischer Verwertungsgesellschaften aufgrund der Wahrnehmung deutscher Rechte dann inhaltlich grundsätzlich auf die Lizenzierungstätigkeit beschränken, da nur durch diese auf den deutschen Markt eingewirkt wird.

C. Das Kartellrecht als Kontrollmittel über Verwertungsgesellschaften

I. Ebenen der kartellrechtlichen Kontrolle

1) Kontrolle nach Art. 101 AEUV und nach Art. 102 AEUV.

Eine historische Betrachtung des Wahrnehmungsrechts zeigt, dass die Europäisierung der verwertungsgesellschaftsrechtlichen Grundlagen nicht erst mit der VG-RL bzw. der Kommissionsempfehlung von 2005 einsetzte, sondern ihre Wurzeln im europäischen Kartellrecht hat. Das europäische Wettbewerbsrecht reagierte bereits in den 1970er Jahren auf die monopolistische Markstellung der Verwertungsgesellschaften und so konnte die Kartellrechtspraxis zur Ausbildung des heutigen wettbewerbsorientierten europäischen Wahrnehmungsrechts beitragen.⁴³⁶ Insbesondere die Kontra-

436 In Bezug auf Art.102 AEUV sind folgende Entscheidungen europäischer Organe zu nennen: Kommission v, 2.6.1971 – 71/224/EWG, ABl.1971 L 134/15 ff. – *GEMA I*; EuGH, C-127/73, ECLI:EU:C:1974:25 – *BRT II*; EuGH, C-22/79, ECLI:EU:C:1979:245 – *Greenwich Film Production*; Kommission v. 4. 12.1981 – 82/204/EWG, IV/29.971, ABl.1982 L 94/12 ff. – *GEMA III*; EuGH, C-7/82, ECLI:EU:C:1983:52 – *GVL/Kommission*; EuGH, C-402/85, ECLI:EU:C:1987:197 –

hierungsverpflichtungen und Diskriminierungsverbote, wie sie sich im Wahrnehmungsrecht finden, bilden das Bindeglied zwischen Wettbewerbspolitik und privatrechtlicher Rechtsdurchsetzung.⁴³⁷ Schon früh wurde anerkannt, dass Verwertungsgesellschaften aus Sicht des europäischen Kartellrechts Unternehmen sind – und zwar keine Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne von Art 106 Abs. AEUV betraut sind.⁴³⁸ Entsprechend unterliegen sie grundsätzlich dem europäischen Kartellrecht.⁴³⁹ Im Gegensatz zum Aufsichtsrecht erfolgt durch das Kartellrecht allerdings keine laufende und systematische Kontrolle der Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften, sondern lediglich eine, auf die Aufdeckung bzw. Aufhebung einzelner Verstöße gerichtete, also punktuelle, *ex post* Kontrolle. Mit diesem Ansatz kann sie das Aufsichtssystem bestenfalls ergänzen, aber nicht ersetzen.

Die europäischen Wettbewerbsvorschriften haben den Zweck, die Offenheit der Märkte zu schützen und dem Wettbewerb als dynamischem

Basset; EuGH, verb. Rs. 110/88, 241/88 und 242/88, ECLI:EU:C:1989:326 – *Lucazeau*; EuGH, C-395/87, ECLI:EU:C:1989:319 – *Tournier*; Kommissionsentscheidung v. 12. August 2001, COMP/C2/37.219, MR-Int 2006, 69 – *Daft Punk*; EuGH, C-52/07, ECLI:EU:C:2008:703 – *Kanal 5/STIM*; EuGH, C-351/12, ECLI:EU:C:2014:110 – *OSA* und EuGH, C-177/16, ECLI:EU:C:2017:689 – *AKKA/LAA*.

437 *Drexl*, in: Götz von Olenhusen/Gergen/Vogel (Hrsg.), *Kreativität und Charakter*, 2017, S. 227, 230 und *ders.*, in: Leska (Hrsg.), *Managing Copyright*, 2023, S. 29, 45 ff.

438 So bereits Kommission, v. 2.6.1971 – 71/224/EWG, ABl. 1971 L 134/15, 27 – *GEMA I*; außerdem EuGH, C-127/73, ECLI:EU:C:1974:25 – *BRT II*, Rz. 19 ff.; sowie EuGH, C-7/82, ECLI:EU:C:1983:52 – *GVL/Kommission*; ausführlich dargestellt bei *Wünschmann*, *Die kollektive Verwertung von Urheber- und Leistungsschutzrechten nach europäischem Wettbewerbsrecht*, 2000, S. 66 ff.; *Wirtz*, *Die Kontrolle von Verwertungsgesellschaften*, 2002, S. 219 f.

439 Daneben bleibt ein eigenständiger Anwendungsbereich des nationalen Kartellrechts neben dem europäischen Kartellrecht auch dann bestehen, wenn das Verhalten geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen (Art. 3 Abs. 2 S. 2 der Kartellverfahrensverordnung (Verordnung (EG) 1/2003)). Die Missbrauchsvorschriften der §§ 19, 20 GWB sind im Vergleich zum europäischen Kartellrecht detaillierter und gehen teilweise darüber hinaus, sodass sie eigenständige Bedeutung behalten. Hierzu *Banck*, *Der Kontrahierungszwang der Verwertungsgesellschaften gemäß § 11 WahrnG und seine Ausnahmen*, 2012, S. 90 f. Vor allem in Staaten ohne sektorspezifisches Regulierungsrecht und einer speziellen Aufsicht hat sich eine kartellrechtliche Praxis entwickelt. Siehe hierzu die ausführliche Analyse bei *Drexl*, *Copyright, Competition and Development*, 2013, 251 ff. und *ders.*, in: Leska (Hrsg.), *Managing Copyright*, 2023, S. 29, 40 ff.

Prozess Raum zu verschaffen.⁴⁴⁰ Das Kartellrecht richtet sich unmittelbar an Unternehmen, indem es sie daran hindert, die im Binnenmarkt erreichte Öffnung der Märkte durch privatwirtschaftliches wettbewerbsbeschränkendes Handeln zu unterlaufen.⁴⁴¹ Verschiedene Ebenen der Kontrolle sind dabei zu unterscheiden. Zunächst muss eine Unterscheidung der kartellrechtlichen Kontrolle nach Art. 101 AEUV und Art. 102 AEUV erfolgen. Während sich das Kartellverbot nach Art. 101 AEUV auf das Verbot aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen zwischen Unternehmen bezieht, geht es bei Art. 102 AEUV um den Missbrauch marktbeherrschender Positionen.

Die kartellrechtliche Kontrolle nach Art. 101 AEUV kann auf zwei Ebenen relevant werden. Erstens kann die Zusammenarbeit der Verwertungsgesellschaften untereinander insbesondere im Rahmen von Gegenseitigkeitsverträgen einen Verstoß gegen Kartellrecht begründen.⁴⁴² Zweitens stehen Verwertungsgesellschaften allgemein im Fokus des Kartellrechts, soweit es um Vereinbarungen und aufeinander abgestimmtes Verhalten der Rechteinhaber durch die gemeinschaftliche Rechtswahrnehmung geht. Die Aufstellung gemeinsamer Tarife stellt grundsätzlich ein Preiskartell unter Rechteinhabern dar. Da die Lizenzierung durch Verwertungsgesellschaften insbesondere mit Blick auf Blankettlizenzen allerdings unerlässlich für die Entstehung nachgelagerter Märkte ist, haben Wettbewerbsbehörden Verfahren entwickelt, um die Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften zu ermöglichen.⁴⁴³ So hat bspw. der US Supreme Court Wege gefunden die Annahme eines per se Verbots zu umgehen, obwohl auch in den USA horizontale Preisabsprachen als Wettbewerbsbeschränkung angesehen werden, die grundsätzlich nicht gerechtfertigt werden können. In der Entscheidung *BMI v CBS* nahm der US Supreme Court an, dass eine verwertungsgesellschaftliche Blankettlizenz gegenüber einer Individuallizenz ein „anderes Produkt“ darstelle.⁴⁴⁴ Der besondere Charakter der Blankettlizenz

440 *Meessen/Kersting*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff u.a. (Hrsg.), Kartellrecht, ⁴2020, Einführung, Rn. 6 ff.; *Bunte*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, ¹³2018, Einleitung, Rn. 35 f.

441 *Immenga/Mestmäcker*, in: dies. (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, ⁵2012, Einleitung, Teil B Rn. 17 ff.

442 Siehe hierzu die kartellrechtliche Bewertung der Gegenseitigkeitsverträge und das CISAC-Verfahren in *Teil 1, Kapitel 2, C*.

443 Auch die Wahrnehmungsverträge können nach Art. 101 AEUV überprüft werden. In der Regel erfolgt in der EU jedoch eine Kontrolle nach Art. 102 AEUV, wie beispielhaft in der Entscheidung C-127/73, ECLI:EU:C:1974:25 – *BRT II*, Rn. 6 f.

444 *Broadcast Music, Inc. v. CBS, Inc.*, 441 U.S. 1, 21–22 (1979).

äußere sich insbesondere in der unmittelbaren Nutzungsmöglichkeit eines Gesamtrepertoires und der Senkung von Transaktionskosten, die beiden Parteien, Rechteinhabern und Nutzern, zugutekomme.⁴⁴⁵ Mit ähnlichen Argumenten begründete die Kommission eine Ausnahme vom Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV für die Zusammenarbeit der Verwertungsgesellschaften im Rahmen der IFPI-Simulcasting-Vereinbarung. Die Möglichkeit der Lizenzierung vielseitiger Repertoires für die Nutzung in mehreren Gebieten zugleich („multi-repertoires und multi-territorial licences“) stelle ein neues Produkt dar,⁴⁴⁶ welches auch den Verbrauchern zugutekomme⁴⁴⁷ sowie der Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts⁴⁴⁸ und der Verbesserung der Verteilung von Gütern⁴⁴⁹ diene. Aufgrund der positiven Effekte der Kollektivierung für Rechthenutzer sind die Abstimmungen innerhalb der Verwertungsgesellschaften daher gerechtfertigt bzw. rechtfertigungsfähig.⁴⁵⁰ Zugleich ermöglicht dies den Wettbewerbsbehörden eine umfassende Kontrolle der Lizenzpraxis der Verwertungsgesellschaften, die sich in den USA regelmäßig in *consent decrees*⁴⁵¹ der Bundes-

445 „This substantial lowering of costs, which is, of course, potentially beneficial to both sellers and buyers, differentiates the blanket license from individual use licenses. [...] Here, the whole is truly greater than the sum of its parts; it is, to some extent, a different product. The blanket license has certain unique characteristics: it allows the licensee immediate use of covered compositions, without the delay of prior individual negotiations, and great flexibility in the choice of musical material.” (Rn. 21,22). Siehe hierzu auch die Untersuchung der ökonomischen und kulturellen Funktionen in *Teil I, Kapitel I, B., I. und II.*

446 Entscheidung der Kommission vom 8. Oktober 2002, Sache COMP/C2/38.014 – *IFPI Simulcasting*, ABl. L 107 vom 30.4.2003, S. 58–84. “[...] die Vereinbarung [schafft] ein neues Produkt [...], nämlich die Vergabe von Mehrgebiets- und Mehrprogrammlicenzen für das Simultanübertragungsrecht, das ohne eine Zusammenarbeit zwischen den Verwertungsgesellschaften nicht geschaffen werden könnte [...]“ (Rn. 62 der Entscheidung).

447 Rn 93 ff. der Entscheidung.

448 Rn. 84 ff. der Entscheidung.

449 Rn. 89 ff. der Entscheidung.

450 Demgegenüber kritisch: *Hemphill*, Colum. J.L. & Arts 34 (2011), 645 ff.; sehr ausführlich und mit einem besonderen Augenmerk auf den Onlinebereich: *Lichtenegger*, Verwertungsgesellschaften, Kartellverbot und Neue Medien, 2014. Die Anwendung des Kartellrechtes gegenüber Verwertungsgesellschaften wird auch bei *Drexl*, Copyright, Competition and Development, 2013, S. 210 ff. beleuchtet.

451 So bspw. Department of Justice, ‘Statement of the Department of Justice on the Closing of the Antitrust Division’s Review of the ASCAP and BMI Consent Decrees’ (15 January 2021), abrufbar unter: <www.justice.gov/atr/page/file/1355391/download> (zuletzt abgerufen 22.3.2022).

gerichte niederschlägt und in der EU unter Art. 101 Abs. 3 AEUV ausgeübt wird.⁴⁵²

An dieser Stelle soll es lediglich um die Missbrauchskontrolle aufgrund einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV gehen. Sie ist als Kontrollmittel gegen Verwertungsgesellschaften sowohl aus Nutzer- als auch aus Rechteinhaberperspektive in der EU bedeutender. Die Anwendung des Kartellrechts ist in Bezug auf Verwertungsgesellschaften in Folge der VG-RL nicht per se ausgeschlossen, wie Erwägungsgrund 11 der Richtlinie klarstellt.

2) Ebenen und Grundvoraussetzungen der Kontrolle nach Art. 102 AEUV

Da Verwertungsgesellschaften in einem zweiseitigen Markt agieren, muss das Wettbewerbsrecht auch in Bezug auf rechteinhaber- und rechtebenutzerbezogene Dienstleistungen angewendet werden.⁴⁵³ In sachlicher Hinsicht kann zunächst zwischen dem Wahrnehmungs- und Lizenzierungsmarkt unterschieden werden. Daneben besteht ein dritter Markt – der Markt für Wahrnehmungsdienstleistungen gegenüber anderen Verwertungsgesellschaften bzw. der Repertoireverwaltungsmarkt.⁴⁵⁴ Auch wenn sich die jeweiligen Märkte hinsichtlich Leistung und Marktgegenseite deutlich unterscheiden, stehen sie nicht bezugslos nebeneinander. Die Rechteeinräumung als Wahrnehmungstätigkeit erfolgt zum Zweck der Lizenzierung, genauso hängt die Lizenzierung von der vorhergehenden Rechteeinräumung ab. Der Leistungsaustausch auf dem einen Markt hängt vom Leistungsaustausch auf dem anderen Markt ab. Es zeigt sich ein für zweiseitige Märkte typisches Bild gegenseitiger Abhängigkeit durch wirtschaftliche Verknüpfung der Produktmärkte.⁴⁵⁵ Weiterhin kann zwischen verschiedenen Arten

452 Siehe insgesamt *Drexl*, in: Leska (Hrsg.), *Managing Copyright*, 2023, S. 29, 35 f.

453 *Ders.*, *Copyright, Competition and Development*, 2013, S. 11 f.

454 Dieser wird hier nicht gesondert untersucht. Die Repertoireverwaltungstätigkeit der Verwertungsgesellschaften – in der Richtlinie Repräsentation genannt – wird in der VG-RL angesprochen. Sie wird grundsätzlich gefördert und soll auf nichtexklusiver Basis sowie diskriminierungsfrei erfolgen.

455 *Evans*, *The Antitrust Economics of Two-Sided Markets*, SSRN 2002 (<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.332022>); *Lichtenegger*, *Verwertungsgesellschaften, Kartellverbot und Neue Medien*, 2014, 100 f.; *Drexl*, in: Hilty/Geiger (Hrsg.), *Impulse für eine europäische Harmonisierung des Urheberrechts/Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, 2007, S. 369, 387 f. sowie *ders.*, in: Leska (Hrsg.), *Managing Copyright*, 2023, S. 29, 31 ff.

von Lizenzen unterschieden werden, insbesondere zwischen Online- und Offlinelizenzen.

Schließlich muss sich die marktbeherrschende Stellung räumlich widerspiegeln.⁴⁵⁶ Solange Lizenzen national vergeben wurden, war klar, dass räumlich in erster Linie nationale Märkte relevant waren. Hier war die Marktbeherrschung in der Vergangenheit stets unkritisch anzunehmen, da Verwertungsgesellschaften auf ihren Heimatmärkten entweder über ein faktisches oder gar über ein rechtliches Monopol verfügten. Im europäischen Kartellrecht muss die beherrschende Stellung auf dem Binnenmarkt oder einem wesentlichen Teil desselben bestehen. Wesentliche Teile des Binnenmarktes sind nach der Rechtsprechung des EuGH zumindest die größeren Mitgliedstaaten bzw. bedeutende Teile derselben.⁴⁵⁷ Verschiedene Kriterien können bei der Einzelabgrenzung berücksichtigt werden. Entscheidend bleibt eine Gesamtbetrachtung bei der nicht nur auf prozentuale Messgrößen abzustellen ist, sondern auch absoluten Größenordnungen Indizwirkung zukommt.⁴⁵⁸ Im Bereich des Wahrnehmungsrechts stellte diese Frage bislang kein Problem dar: Dass eine Verwertungsgesellschaft in einem wesentlichen Teil des Binnenmarktes eine marktbeherrschende Stellung einnimmt, beantworteten EuGH und Kommission nicht nur hinsichtlich Verwertungsgesellschaften großer Mitgliedsstaaten, wie der GEMA⁴⁵⁹, sondern auch hinsichtlich Verwertungsgesellschaften kleinerer Länder wie der belgischen SABAM und der schwedischen STIM stets positiv.⁴⁶⁰

456 Hierzu *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, ⁵2012, Art. 102, Rn. 65 ff.

457 Z. B. EuGH, C-340/99, ECLI:EU:C:2001:281 – *TNT Traco*, Rz. 43; EuGH, C-40/73, ECLI:EU:C:1975:174 – *Suiker Unie u.a./Kommission*; EuGH, C-18/93, ECLI:EU:C:1994:195 – *Corsica Ferries/Corpo dei piloti del porto di Genova (Hafen von Genua II)*, Rz. 40 f.

458 So auch *GA Warner*, Schlussanträge in EuGH, C-77/77, ECLI:EU:C:1978:107 – *B.P.*; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, ⁵2012, Art. 102, Rn. 67.

459 Kommission v. 2.6.1971 – 71/224/EWG, ABl. 1971 L 134/15, 21 – *GEMA I*.

460 EuGH, C-127/73, ECLI:EU:C:1974:25 – *BRT II*, Rz. 5 und EuGH, C-52/07, ECLI:EU:C:2008:703 – *Kanal 5/STIM*, Rz. 22. Sehr deutlich nun auch in EuGH, C-351/12, ECLI:EU:C:2014:110 – *OSA*, Rz. 86, hier heißt es: „Hierzu ist festzustellen, dass eine Verwertungsgesellschaft wie OSA, die für die Wahrnehmung der Urheberrechte in Bezug auf eine bestimmte Kategorie geschützter Werke im Gebiet eines Mitgliedstaats über ein Monopol verfügt, eine beherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des Binnenmarktes im Sinne von Art. 102 AEUV innehat.“ Erneut bestätigt hinsichtlich Lettland in EuGH, C-177/16, ECLI:EU:C:2017:689 – *AKKA/LAA*, Rz. 28 ff.

Zweifel an der marktbeherrschenden Stellung von Verwertungsgesellschaften können allerdings nunmehr hinsichtlich der paneuropäischen Onlinelizenzierung aufkommen. Auch wenn sich die europäische Lizenzierung, dem Territorialitätsprinzip folgend, als eine Bündelung nationaler Lizenzen darstellt, kann unter wirtschaftlicher Betrachtung doch ein europäischer Lizenzmarkt entstehen. In räumlicher Hinsicht ist dann auch mit Blick auf den Lizenzmarkt die gesamte EU – oder zumindest größere, länderübergreifende Teile der EU – zu berücksichtigen.⁴⁶¹ Auf diesem Markt gilt das bisherige Prinzip „ein Territorium, eine Verwertungsgesellschaft“ dann nicht mehr.⁴⁶² Dies erschwert die Anwendung der kartellrechtlichen Kontrolle nach Art. 102 AEUV im Onlinebereich, da nicht mehr ohne Weiteres von einer Marktbeherrschung derjenigen Verwertungsgesellschaften ausgegangen werden kann, die bereit und in der Lage sind, Mehrstaatenlizenzen für Onlinedienste zu vergeben.

Gleichwohl sind die spezifischen Marktwirkungen, die zu einer natürlichen Konzentration im Bereich der kollektiven Rechtswahrnehmung führen und im Extremfall ein natürliches Monopol bewirken, im europäischen Modell der kollektiven Rechtswahrnehmung nicht aufgehoben. Skalen- und Verbundeffekte, wie sie in der ökonomischen Analyse der Verwertungsgesellschaften dargestellt wurden, bestehen online wie offline. Verstärkt werden die Konzentrationstendenzen durch Netzwerkeffekte im zweiseitigen Markt der Verwertungsgesellschaften. Der ökonomische Vorteil von Verwertungsgesellschaft wächst grundsätzlich sowohl für Nutzer als auch für Rechteinhaber mit der Größe der Verwertungsgesellschaften.

461 Da Verwertungsgesellschaften ihre Tätigkeit in zwei Richtungen ausüben, ist auch kartellrechtlich zwischen dem Wahrnehmungs- und dem Lizenzmarkt zu unterscheiden. Zum Wahrnehmungsmarkt sogleich unter *II.* und zum Lizenzmarkt unter besonderer Berücksichtigung der Frage der Substituierbarkeit von Repertoires unter *III.*

462 Während die nationale Wahrnehmungstätigkeit für Verwertungsgesellschaften im Offline-Bereich weitgehend bestehen bleibt, haben sich im Onlinemarkt einige Lizenzinitiativen gebildet. Armonia und ICE sind dabei hervorzuheben, die sich als Joint Ventures der Verwertungsgesellschaften darstellen und teilweise bei der Onlinelizenzierung auch nur unterstützend wirken (zu verschiedenen Zentrallizenzierungsinitiativen durch abhängige Verwertungseinrichtungen: *Kling*, Gebietsübergreifende Vergabe von Online-Rechten an Musikwerken, 2017, S. 143 ff.). Eine gute Darstellung bei der auch die Unübersichtlichkeit im Wahrnehmungsmarkt hinsichtlich überhaupt tätiger Verwertungsgesellschaften und Lizenzierungseinrichtungen sowie hinsichtlich der angewandten Tarife aufgezeigt wird, findet sich bei *Vučković*, IIC 2016, 28 ff.

So wird mit jedem neuen Rechteinhaber als Partner einer Verwertungsgesellschaft nicht nur eine weitere Verwertungsbeziehung möglich, sondern, entsprechend der Zahl der Nutzer, die Zugang zum Repertoire der Verwertungsgesellschaft haben, eine Vielzahl.⁴⁶³ Zukünftige Marktentwicklungen sind schwer vorherzusagen. Für den Onlinebereich wird von den meisten Autoren aber die Bildung eines stabilen Oligopols einiger weniger Verwertungsgesellschaften oder Lizenzierungsinitiativen erwartet, die in der Lage sind, kommerziell nachgefragte Repertoires für den Onlinebereich zu lizenzieren.⁴⁶⁴

Die kartellrechtliche Kontrolle nach Art. 102 AEUV ist in Oligopolmärkten zwar nicht ausgeschlossen, sie wird jedoch schwieriger.⁴⁶⁵ Dabei wirkt sich das Wettbewerbsmodell der Verwertungsgesellschaften gegenüber den Rechteinhabern und gegenüber den Nutzern höchst unterschiedlich aus.

463 *Drexl*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Wahrnehmungsrecht in Polen, Deutschland und Europa, 2006, S. 193, 227 f. Im Ausgangspunkt ähnlich sieht dies auch *Lichtenegger*, zugleich verweist er jedoch kritisch auf negative Skaleneffekte die bei zunehmender Unternehmensgröße entstehen können. Auch *Lichtenegger* vermutet langfristig das Entstehen stabiler Oligopole im Onlinebereich (*Lichtenegger*, Verwertungsgesellschaften, Kartellverbot und Neue Medien, 2014, S. 218 ff. und S. 229 f.).

464 Von einem solchen Szenario ging die Kommission von Beginn an aus. Siehe: Commission Staff Working Document, Study on a Community Initiative on the cross-border collective management of copyright, at 4.7 (p. 42). Siehe außerdem: *von Einem*, MMR 2006, 647, 648 ff.; *Lichtenegger*, Verwertungsgesellschaften, Kartellverbot und Neue Medien, 2014, an verschiedenen Stellen, insbes. S. 154, 173 f und 230; *Drexl*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Wahrnehmungsrecht in Polen, Deutschland und Europa, 2006, S. 193, 226 ff.; Stellungnahme des MPI für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zuhanden des Bundesministeriums der Justiz betreffend die Empfehlung der Europäischen Kommission über die Lizenzierung von Musik für das Internet vom 18. Oktober 2005 (2005/737/EG) (in GRUR Int. 2006, 222, S. 223); *ders.*, in: Hilty/Geiger (Hrsg.), Impulse für eine europäische Harmonisierung des Urheberrechts/Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe, 2007, S. 369, 382; *Holz Müller*, ZUM 2013, 168, 173 f.; ähnlich auch *Handke/Stepan/Towse*, in: *Drexl* (Hrsg.), Research Handbook on Competition and Intellectual Property Law, 2008, S. 373, 395 ff.

465 Dazu *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, ⁵2012, Art. 102, Rn. 115, 120 ff.

II. Kartellrechtliche Kontrolle der Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften gegenüber Rechteinhabern

Durch das Verwertungsgesellschaftsmodell der *right-holders' option* haben Rechteinhaber eine echte Wahl, welche Verwertungsgesellschaft sie mit der Wahrnehmung ihrer Rechte betrauen möchten. Dabei mögen besonders bei Werkschaffenden kulturelle und sprachliche Grenzen zwar weiterhin eine Rolle spielen, grundsätzlich wurden ihre Rechte aber gestärkt und Abhängigkeitsverhältnisse abgebaut.⁴⁶⁶

Nicht so weitreichende, aber dem Modell der VG-RL ähnliche Rechte zugunsten der Rechteinhaber wurden schon früh aus dem Kartellrecht entwickelt. Hierzu gehörten seit jeher Diskriminierungsverbote.⁴⁶⁷ Zumindest solange die nationalen Monopole bestanden und die Anwendung von Art. 102 AEUV auf Verwertungsgesellschaften unkritisch möglich war, ließen sich zahlreiche Verbote für Verwertungsgesellschaften bzw. Pflichten der Verwertungsgesellschaften gegenüber Rechteinhabern aus dem Kartellrecht ableiten. Hierzu zählte das Verbot, Vertragsschlüsse mit Rechteinhabern aus anderen Mitgliedstaaten abzulehnen.⁴⁶⁸ Außerdem wurde aus dem Kartellrecht eine weitreichende Flexibilität der Rechteinhaber hinsichtlich des Umfangs und der Dauer der Rechteeinräumung abgeleitet. So konnten Verwertungsgesellschaften zwar auf die Einräumung jener Rechte (im Bündel) bestehen, die erforderlich sind, um ihrer Tätigkeit das notwendige Gewicht gegenüber Werknutzern zu verleihen, eine Verpflichtung zur darüberhinausgehenden Rechteabtretung war aber grundsätzlich nicht möglich. Die Rechtswahrnehmungspraxis der Verwertungsgesellschaften

466 Freilich bleiben für alle Rechteinhaber auch ökonomische Abhängigkeiten bestehen (hierzu ausführlich *Drexl*, in: Leska (Hrsg.), *Managing Copyright*, 2023, S. 29, 38 ff.).

467 Die Diskriminierungsverbote beschränken sich nicht auf die Seite der Rechteinhaber wie etwa im Verfahren *GVL/Kommission* (EuGH, C-7/82, ECLI:EU:C:1983:52 – *GVL/Kommission*), von mindestens ebenso großer Bedeutung sind Diskriminierungsverbote mit Blick auf die Rechtenutzer. Hier ist ein abgeleiteter Markt betroffen, auf dem erstrebenswerter Wettbewerb durch Ungleichbehandlungen der Verwertungsgesellschaften erheblich gestört werden kann (EuGH, C-52/07, ECLI:EU:C:2008:703 – *Kanal 5/STIM*; Marktgericht-Schweden, Urt. v. 16.4.1998, Rs. B 4367–97 – *STIM/TV3* = GRUR Int1999, 627 ff. und *Trumpfke*, Exklusivität und Kollektivierung, 2016, 499 ff.).

468 EuGH, C-7/82, ECLI:EU:C:1983:52 – *GVL/Kommission*, Rz. 56.

unterlag einem „Erforderlichkeitsvorbehalt“, der sich insbesondere in einer Begrenzung der zeitlichen Bindung ausdrückte.⁴⁶⁹

Da das Modell der VG-RL den Rechteinhabern zusätzliche Rechte gewährt, die über die aus dem Kartellrecht ableitbaren Pflichten hinausgehen, wird das Kartellrecht im Verhältnis zu den Rechteinhabern schon rein praktisch an Bedeutung verlieren.⁴⁷⁰ Zugleich steht die Anwendungsmöglichkeit der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle gegenüber Verwertungsgesellschaften im Verhältnis zu Rechteinhabern aufgrund des Wettbewerbs im Onlinebereich ganz grundsätzlich in Frage.

III. Kartellrechtliche Kontrolle der Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften gegenüber Nutzern

Geht es um die kartellrechtliche Kontrolle der Verwertungsgesellschaften gegenüber Nutzern auf der Grundlage von Art. 102 AEUV, stellt sich zunächst die Frage der Anwendbarkeit des Missbrauchsverbots. Denn der Wettbewerb der Verwertungsgesellschaften untereinander könnte dazu führen, dass kartellrechtlich keine der Gesellschaften als marktbeherrschend anzusehen wäre oder zumindest, dass einzelne Gesellschaften mangels Marktbeherrschung der Kontrolle entgehen.⁴⁷¹ Dies stößt auf zwei Bedenken: Erstens stellt sich ganz grundsätzlich die Frage, inwieweit Repertoires substituierbar sind. Zweitens stellt sich die damit zusammenhängende Frage, inwieweit der Wettbewerb der Verwertungsgesellschaften auf die Rechtenutzer ausgerichtet sein wird und inwiefern ein möglicher Wettbe-

469 Kommission v. 2.6.1971 – 71/224/EWG, ABl. 1971 L 134/15 ff. – *GEMA I*; EuGH, C-127/73, ECLI:EU:C:1974:25 – *BRT II*, Rz. 9, 11, 12, 14 und 15. In der *Daft Punk* Entscheidung sah die Kommission das Ausnutzen einer marktbeherrschenden Stellung i.S.v. Art. 102 AEUV darin, dass Verwertungsgesellschaften Urheber zwingen ihr Repertoire auch für die Onlinelizenzierung an Verwertungsgesellschaften zu geben, obwohl in diesem Bereich tatsächlich die Möglichkeit einer Direktlizenzierung besteht (Kommission, Entscheidung v. 12. August 2001, COMP/C2/37.219, MR-Int 2006, 69 – *Daft Punk*; hierzu auch *Drexel*, in: Torremans (Hrsg.), *Copyright Law*, 2007, S. 255, 261).

470 So schon zur Onlineempfehlung *ders.*, in: Riesenhuber (Hrsg.), *Wahrnehmungsrecht in Polen, Deutschland und Europa*, 2006, S. 193, 232. Ausführliche Darstellung des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbots in Bezug auf die Rechteinhaber bei *ders.*, in: Götz von Olenhusen/Gergen/Vogel (Hrsg.), *Kreativität und Charakter*, 2017, S. 227, 234 ff.

471 *Hilty/Li*, *Control Mechanisms for CRM Systems and Competition Law*, SSRN, April 2016 (<https://ssrn.com/abstract=2772482>), S. 13.

werb die individuelle Abhängigkeit eines jeden Rechtenutzers vom Vertragsschluss mit einer jeden Verwertungsgesellschaft überhaupt verringern kann.

Aufgrund der Einzigartigkeit kultureller Güter könnte generell an ihrer Substituierbarkeit gezweifelt werden.⁴⁷² Man wird gleichwohl nicht jedem Repertoire oder Werk eine derart exklusive Stellung zugestehen können, dass sich mangels Austauschbarkeit der sachlich relevante Markt auf dieses Werk beschränken würde.⁴⁷³ Gerade im Musikbereich erhöht das sogenannte „Superstar-Phänomen“⁴⁷⁴ aber die Abhängigkeit der Anbieter vom Zugang zu einigen Werken oder Repertoires, was den Wettbewerb um die Rechtenutzer zumindest hemmt. Diese Annahme wird durch die Erfahrung in den USA bestätigt. Obwohl dort längst mehrere Verwertungsgesellschaften nebeneinander bestehen, hat sich ein Wettbewerb um die Rechtenutzer nicht entwickelt. Die meisten Rechtenutzer suchen vielmehr wenigstens

472 In Extrempositionen wurde angenommen, dass kreative Werke aufgrund ihrer Eigenart, Individualität und Originalität aus Sicht der Marktgegenseite nicht austauschbar und damit nicht Teil eines übergeordneten Marktes seien (so bereits *Wawretzko*, UFITA 31 (1960), 287, 298). Zur Repertoiresubstituierbarkeit auch *Janik/Tiwisina*, ZUM 2013, 177, 180; *Lichtenegger*, Verwertungsgesellschaften, Kartellverbot und Neue Medien, 2014, S.152 ff., S. 172 f., S. 371 ff.; *Drexl/Nérissou/Trumpke u.a.*, IIC 44 (2013), 322, Rn. 9; *Drexl*, in: Torremans (Hrsg.), Copyright Law, 2007, S. 255, 267 f. Siehe hierzu auch Entwurf eines Gesetzes über Verwertungsgesellschaften auf dem Gebiet des Urheberrechts vom 23.3.1962, BT-Drs. 4/273, S. 17 und *ders.*, in: Götz von Olenhusen/Gergen/Vogel (Hrsg.), Kreativität und Charakter, 2017, S. 227, 232 f. Zur Verschiebung der Marktlogik im Bereich der Kulturindustrie *Reckwitz*, Die Gesellschaft der Singularitäten, 2017, 150 ff.

473 *Drexl*, Copyright, Competition and Development, 2013, S 75; *Hilty/Li*, Control Mechanisms for CRM Systems and Competition Law, SSRN, April 2016 (<https://ssrn.com/abstract=2772482>), S. 12; *Lamping*, in: Hilty/Liu (Hrsg.), Compulsory Licensing, 2015, S. 121, S. 123 f. Die Ausschließlichkeit liegt im Wesen der Immaterialgüterrecht und bewirkt seit jeher Spannungen mit dem Wettbewerbsrecht. Jenes wendet sich aber nicht gegen das Immaterialgüterrecht an sich, sondern nimmt die jeweilige Ausübung der Rechte in den Blick. Hierzu u.a. EuGH, Urt. v. 6.10.1982, Rs. C-262/81 – *Coditel II*, Rn.19; EuGH, Urt. v. 4.10.2011, Verb. Rs. C-403/08 und C-429/08 – *Murphy*, Rn.137 und 140; siehe Darstellung bei *Sutterer*, in: Henneemann/Sattler (Hrsg.), Immaterialgüter und Digitalisierung, 2017, S. 145, 157 f.

474 Bereits 1981 beschrieb *Rosen* das Superstar-Phänomen mit seiner wachsenden Ungleichheit der Einkünfte (*Rosen*, AER 71 (1981), 845 ff.). Zu einem großen Teil sei dieses auf die damals neuen Verbreitungswege zurückzuführen, die es ausgewählten Künstlern ermöglichen mit ihren Werken omnipräsent zu sein und (im Musikbereich) entsprechend einen Großteil der Hörerschaft und Vergütung auf sich zu vereinen. Dieser Effekt ist mit den neuen Verbreitungswegen keinesfalls gebrochen, im Gegenteil, die Verbreitung von Werken war nie einfacher.

den Vertragsschluss mit den beiden bedeutendsten Verwertungsgesellschaften in den USA, ASCAP und BMI.⁴⁷⁵ Entsprechend erfolgt in den USA eine kartellrechtliche Kontrolle, obwohl mehrere Verwertungsgesellschaften auf dem Markt miteinander „konkurrieren“. Dabei wird auch sichergestellt, dass erstens die Rechteinräumung durch die Rechteinhaber und zweitens die Lizenzierung durch die Verwertungsgesellschaften nicht exklusiv ist.⁴⁷⁶ Gleichwohl ist zu berücksichtigen, dass auf der Marktgegenseite nicht Endverbraucher, sondern gewerbliche Rechtenutzer stehen, denen es darauf ankommt, ein attraktives Programm zusammenzustellen. Hierzu gehören bei populären Angeboten die Werke der Stars, daneben finden sich aber auch Formate mit spartenmäßiger Spezialisierung.⁴⁷⁷ Ein umfassender Zugriff auf alle Werke ist für kommerzielle Nutzer also nicht zwingend, um einen erfolgreichen Dienst anzubieten. Festzuhalten bleibt aber, dass eine starke Abhängigkeit der kommerziellen Rechtenutzer von der Lizenzierung, insbesondere der kommerziell erfolgreichen Werke besteht und vor allem, dass der geförderte Wettbewerb der Verwertungsgesellschaften kaum den Nutzern zugutekommt.⁴⁷⁸

475 *Einhorn*, Colum. J.L. & Arts 24 (2001), 349, 362; *Drexel/Nérison/Trumpke u.a.*, IIC 44 (2013), 322, Rn. 9. Die dritte US-amerikanische Musikurheberverwertungsgesellschaft ist die SESAC.

476 Bereits seit 1941 beschäftigt die marktbeherrschende Stellung der beiden wichtigsten Verwertungsgesellschaften in den USA die Gerichte. Eine erste Klage führte zu Einigungen. Seither sind Verpflichtungen der Verwertungsgesellschaften in laufend ergänzten *Consent Decrees* vorgesehen (hierzu *Consent Decrees: U.S. v. BMI*, 1940–43 Trade Cas. (CCH) paras. 56, 96, 381 (E.D. Wisc. 1941); *U.S. v. ASCAP*, 1940–43 Trade Cas. (CCH) paras. 56, 104, 402 (S.D.N.Y. 1941) zuletzt *U.S. v. BMI*, 1996–1 Trade Cas. (CCH) paras. 71, 379 (S.D.N.Y. Nov. 18, 1994); *U.S. v. ASCAP*, 2001–2 Trade Cas. (CCH) paras. 73, 474 (S.D.N.Y. June 11, 2001); siehe auch *Hilty/Li*, Control Mechanisms for CRM Systems and Competition Law, SSRN, April 2016 (<https://ssrn.com/abstract=2772482>), S. 8 und *Gervais*, Colum. J.L. & Arts 34 (2011), 591, 569 ff.

477 *Lichtenegger*, Verwertungsgesellschaften, Kartellverbot und Neue Medien, 2014, 372 f.

478 *Drexel*, in: Torremans (Hrsg.), Copyright Law, 2007, S. 255, 267 f.; *Drexel/Nérison/Trumpke u.a.*, IIC 44 (2013), 322, Rn. 9; sowie *Drexel*, in: Leska (Hrsg.), Managing Copyright, 2023, S. 29, 41 f.

1) Abschlusszwang der Verwertungsgesellschaften im europäischen Wettbewerbsrecht

Im europäischen Kartellrecht sucht man vergeblich nach Entscheidungen, die einen Abschlusszwang der Verwertungsgesellschaften begründen.⁴⁷⁹ Dies mag daran liegen, dass derartige Fragen aufgrund der generellen Abschlussbereitschaft der Verwertungsgesellschaften bislang nicht relevant wurden. Auch der Entscheidung *Magill TV Guide*⁴⁸⁰ lassen sich keine generellen Wertungen zugunsten möglicher Kontrahierungspflichten der Verwertungsgesellschaften im Lizenzverhältnis entnehmen. Denn der Entscheidung lag eine Situation des Behinderungsmissbrauchs zugrunde, die sich dadurch auszeichnet, dass ein beherrschendes Unternehmen seine Marktmacht auf angrenzende Märkte überträgt oder zur Einschränkung des Wettbewerbs auf angrenzenden Märkten einsetzt.⁴⁸¹ Diese Konstellation unterscheidet sich schon in ihrer Grundstruktur von der kollektiven Rechtswahrnehmung, da Verwertungsgesellschaften gerade nicht auf dem Sekundärmarkt aktiv sind.⁴⁸²

479 Wie eng der wahrnehmungsrechtliche Abschlusszwang aber mit den kartellrechtlichen Wertungen verbunden ist, zeigt sich insbesondere in den Entscheidungen BGH, Urt. v. 22. 4. 2009 – I ZR 5/07 – *Seeing is Believing* (BGHZ 181, 1–12), wonach der Abschlusszwang nach § 11 Abs. 1 UrhWG ausnahmsweise nicht gilt, wenn im Einzelfall eine missbräuchliche Ausnutzung einer faktischen Monopolstellung der Verwertungsgesellschaft ausscheidet und diese dem Verlangen auf Einräumung von Nutzungsrechten vorrangige berechnete Interessen entgegenhalten kann und OGH Österreich, Urt. v. 12.4.2011 – 4 Ob 222/10s = ZUM-RD 2012, 230, 233, mit der Betonung, dass der Kontrahierungszwang von Verwertungsgesellschaften wie er sich aus § 17 VerwGesG (a.F.) ergab ein Gegengewicht zur Monopolstellung der Verwertungsgesellschaften bilde.

480 EuGH, verb. Rs. C-241/91 und C-242/91, ECLI:EU:C:1995:98 – *Magill TV Guide*.

481 *Magill* Rn 56. Hierzu auch *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 32014, § 19 Rn. 70 ff.

482 Im Übrigen müssen nach *Magill* weitere Umstände hinzutreten, durch die sich die Ausübungsfreiheit eines Ausschließlichkeitsrechts durch den Rechteinhaber als missbräuchlich erweist und zu einem Kontrahierungszwang verdichtet. Erstens muss der Schutzrechtsinhaber sich weigern, einem Dritten die begehrte Lizenz einzuräumen, obwohl dieser für die Herstellung eines bestimmten Produkts (oder die Bereitstellung eines bestimmten Dienstes) darauf angewiesen ist; zweitens darf die Verweigerung der Lizenzvergabe sachlich nicht gerechtfertigt sein; drittens muss das Verhalten des Schutzrechtsinhabers geeignet sein, einen Wettbewerb auf dem Sekundärmarkt auszuschließen; und viertens muss die Lizenzverweigerung das Auftreten eines neuen Erzeugnisses verhindern (*Magill TV Guide*, Rn 50–58).

Fälle der Lizenzverweigerung durch Verwertungsgesellschaften, deren Ziel nicht die Ausdehnung der Marktmacht auf einen Sekundärmarkt ist, sondern allein die Durchsetzung überhöhter Lizenzgebühren, lassen sich hingegen als Ausbeutungsmisbrauch qualifizieren.⁴⁸³ Gegenstand der kartellrechtlichen Kontrolle sind daher vor allem die Tarife der Verwertungsgesellschaften, die grundsätzlich nach den Kriterien des Preishöhenmissbrauchs nach Art. 102 S. 2 lit. a AEUV überprüft werden können.⁴⁸⁴

2) Preiskontrolle bei der Lizenzierung durch Verwertungsgesellschaften im europäischen Wettbewerbsrecht

Im europäischen Sekundärrecht finden sich kaum Anhaltspunkte für die Entwicklung allgemeiner Standards der Tarifbildung. Lediglich in Erwä-

483 Eine eigenständige und bislang ungeklärte Frage ist, inwieweit sich ein Kontrahierungszwang und eine Tarifkontrolle aus den Anforderungen an eine Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV ergeben kann. Wie bereits erwähnt, stellt der Zusammenschluss der Rechteinhaber und die gemeinschaftliche Rechtswahrnehmung grundsätzlich einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV dar (siehe auch im Abschnitt zur Rechtefragmentierung in *Teil I, Kapitel I, C, II*). Dieser ist aber gerechtfertigt, soweit die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV gewahrt sind (hierzu *Lichtenegger, Verwertungsgesellschaften, Kartellverbot und Neue Medien*, 2014, S. 442 ff. für den Offlinebereich, S. 463 ff. für den Onlinebereich). Es wäre daher denkbar, Abschlusszwang und Tarifkontrolle unter das Erfordernis einer angemessenen Verbraucherbeteiligung zu subsumieren. Im Ergebnis hat diesen Ansatz auch die Kommission im Rahmen der Freistellung der IFPI-Simulcasting-Vereinbarung gewählt. Die Möglichkeit der Lizenzierung vielseitiger Repertoires für die Nutzung in mehreren Gebieten zugleich („multi-repertoires und multi-territorial licences“), stellt – so die Kommission – ein neues Produkt dar, welches auch den Verbrauchern zugutekommt (Kommission vom 8. Oktober 2002, Sache COMP/C2/38.014 – IFPI "Simulcasting", ABl. L 107 vom 30.4.2003, S. 58–84, siehe auch ausführlich zuvor unter *I. I.*). Jenseits dessen erfolgt die kartellrechtliche Kontrolle der Verwertungsgesellschaften i.d.R. auf Grundlage des Ausbeutungsmisbrauchs nach Art. 102 S. 2 lit. a AEUV. Dennoch ist anzumerken, dass unter Durchsetzungsgesichtspunkten der Ansatz über Art. 101 AEUV aufgrund einer Umkehrung der Beweislast interessant sein kann. Gemäß Art. 2 S. 2 der Verordnung 1/2003 trägt das Unternehmen, das sich auf die Freistellung beruft, die Beweislast für das Vorliegen ihrer Voraussetzungen, also insbesondere dafür, dass Verbraucher profitieren. Gleichwohl kann dieser Ansatz einen privatrechtlichen Abschlusszwang und eine Tarifkontrolle nicht ersetzen. Hingegen spricht die Überlegung schon allgemein für die Einführung von Pflichten, die die Position der Nutzer gegenüber Verwertungsgesellschaften stärken.

484 *Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht*, ³2014, § 33 Rn. 44 ff.; ausführlich dazu *Drexl*, in: Leska (Hrsg.), *Managing Copyright*, 2023, S. 29, 41 f.

gungsgrund 17 der SatKab-RL (RL 93/83/EWG)⁴⁸⁵ werden allgemeine Kriterien genannt, die für die Tarifhöhe anzusetzen sind. Demnach sollen die Beteiligten bei der Vereinbarung der Vergütung „allen Aspekten der Sendung, wie der tatsächlichen und potentiellen Einschaltquote und der sprachlichen Fassung, Rechnung tragen“. In ganz ähnlicher Weise sieht nunmehr Art. 2 Abs. 2 der Online-SatKab-RL (RL (EU) 2019/789)⁴⁸⁶ vor, dass „die Parteien bei der Festsetzung der Vergütung für die Rechte [...] alle Aspekte des ergänzenden Online-Dienstes, [...] einschließlich des Zeitraums, in dem die im Rahmen des Dienstes bereitgestellten Programme online verfügbar sind, das Publikum und die bereitgestellten Sprachfassungen berücksichtigen.“ Handfeste Berechnungsgrundsätze ergeben sich aus alledem jedoch nicht. Auch in der Entscheidung *SENA* hat der EuGH keine eigene und vor allem keine konkrete Regelung zur Festsetzung einer einheitlichen Angemessenheit der Vergütung i.S.v. Art. 8 Abs. 2 der Vermiet- und Verleihrichtlinie (RL 92/100/EWG)⁴⁸⁷ im Einzelnen vorgenommen. Es sei vielmehr den Mitgliedstaaten überlassen, in ihrem Hoheitsgebiet sachnahe Kriterien festzulegen. Jeder Mitgliedstaat solle die Kriterien, die am besten geeignet sind, die Angemessenheit der Vergütung zu bestimmen, innerhalb der vom Gemeinschaftsrecht gesetzten Grenzen selbst entwickeln. Insbesondere sei der Tarif anhand des wirtschaftlichen Wertes der Nutzung zu ermitteln.⁴⁸⁸

Wichtiger war in Bezug auf die Tarifbildung der Verwertungsgesellschaften die kartellrechtliche Kontrolle nach Art. 102 AEUV. Hierzu hat sich, angefangen mit den grundlegenden Entscheidungen in den *French disco cases*⁴⁸⁹, eine

485 ABl. L 248 vom 6.10.1993, S. 15–21.

486 ABl. L 130 vom 17.5.2019, S. 82. Siehe auch ErwG. 15 zur Weiterverbreitung. Hierzu *Sutterer*, ZUM-RD 2017, 301, 307 f.

487 ABl. L 346 vom 27.11.1992, S. 61–66.

488 EuGH, C-245/00, ECLI:EU:C:2003:68 – *SENA*, Rz. 34, 37 und 38. Als Methode der Berechnung biete sich grundsätzlich eine Mischung aus variablen und festen Faktoren an. Hierzu zähle die Anzahl der Stunden der Sendung der Tonträger, der Umfang der Hörer- und Zuschauerschaft, die vertraglich festgelegten Tarife für Wiedergabe- und Senderechte von urheberrechtlich geschützten Musikwerken sowie die von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und die von den gewerblichen Sendern gezahlten Beträge (Rz. 46).

489 EuGH, verb. Rs. 110/88, 241/88 und 242/88, ECLI:EU:C:1989:326 – *Lucazeau*; EuGH, C-395/87, ECLI:EU:C:1989:319 – *Tournier*. Die Entscheidungen lassen mögl. Rückschlüsse auf einen Abschlusszwang zu.

europäische Entscheidungspraxis entwickelt.⁴⁹⁰ In der Rechtssache *Lucazeau* sollte – auf Beschwerde französischer Diskothekenbetreiber – der von der SACEM erhobene pauschale Gebührensatz in Höhe von 8,25 % des Diskothekenumsatzes einer kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle nach Art. 86 EG-Vertrag (Art. 102 AEUV) unterzogen werden.⁴⁹¹ Der EuGH entwickelte allerdings kaum eigene Kriterien der „Angemessenheitsbestimmung“ eines Tarifs, sondern stützte sich auf einen Vergleich der Tarife der Verwertungsgesellschaften in den einzelnen Mitgliedstaaten. Problematisch ist dabei zunächst die Herstellung einer Vergleichsbasis, da der Tarifbildung unterschiedliche Methoden zugrunde liegen können.⁴⁹² Ergibt sich bei einer Verwertungsgesellschaft ein wesentlich höherer Tarif, so sei diese Differenz als Indiz für einen Missbrauch der beherrschenden Stellung anzusehen. Es obliege dann den Verwertungsgesellschaften, die Differenz unter Hinweis auf etwaige objektive Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten zu rechtfertigen.⁴⁹³ Ein Vergleich mit der Lage in anderen Mitgliedstaaten kann demnach

490 Hierzu: *Lichtenegger*, S. III f.; *Drexl*, Deutsche Verwertungsgesellschaften im europäischen Wettbewerb, S. 22. Weitere relevante Entscheidungen sind: EuGH, C-402/85, ECLI:EU:C:1987:197 – *Basset*; EuGH, C-245/00, ECLI:EU:C:2003:68 – *SENA*; EuGH, C-52/07, ECLI:EU:C:2008:703 – *Kanal 5/STIM*; EuGH, C-351/12, ECLI:EU:C:2014:110 – *OSA* EuGH, C-177/16, ECLI:EU:C:2017:689 – *AKKA/LAA*.

491 Die zweite Vorlagefrage bezog sich wiederum auf die Problematik, ob die durch Gegenseitigkeitsverträge hergestellte faktische Ausschließlichkeit als abgestimmte Verhaltensweise – und damit als Verstoß gegen Art. 85 Abs. 1 EGV (Art. 101 Abs. 1 AEUV) – anzusehen ist. Der EuGH wiederholte insoweit seine Ausführungen zur Rechtssache *Tournier*. Die Gegenseitigkeitsverträge an sich dienten der Verwirklichung anerkannter Ziele: erstens der „Gleichbehandlung ausländischer und inländischer Werke (bzw. der Urheber der Werke)“; zweitens der Möglichkeit von Verwertungsgesellschaften sich zum Schutz ihrer Bestände auf die Organisation örtlicher Verwertungsgesellschaften zu stützen und so insgesamt die Effizienz der Rechtswahrnehmung zu erhöhen. Ausschließlichkeitsvereinbarungen würden hingegen gegen das Kartellverbot verstoßen, seien aber nicht nachweisbar (Rz. 13 ff.). Inhaltlich decken sich die Verfahren *Tournier* und *Lucazeau* hinsichtlich der hier entscheidenden Fragen. Nicht angezweifelt wurde die marktbeherrschende Stellung der SACEM, womit der Weg zur Missbrauchskontrolle nach Art. 86 EG-Vertrag (Art. 102 AEUV) frei war.

492 Die SACEM erhob ihre Gebühren als Umsatzbeteiligung. Andere Verwertungsgesellschaften berechnen ihre Tarife bspw. nach Fläche oder Anzahl der Plätze, nach Art des Lokals, nach Höhe des Eintrittspreises etc. (*Tournier* Rz. 37). Da verschiedene Berechnungsmethoden angewandt werden, ist eine Vergleichsgrundlage zu ermitteln.

493 EuGH, *Tournier*, Rz. 38; EuGH, *Lucazeau*, Rz. 25. Die SACEM berief sich in den Verfahren insbesondere auf das hohe Niveau des urheberrechtlichen Schutzes in Frankreich und auf die Besonderheiten des französischen Rechts. Nach französi-

Hinweise auf einen eventuellen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung liefern.⁴⁹⁴

Die Tarifikontrolle konnte der EuGH in der jüngeren Entscheidung *AKKA/LAA*⁴⁹⁵ konkretisieren. Auch diese Entscheidung beruht allerdings nicht auf den Wertungen des VG-Richtlinienmodells. Es ging überdies um nationale Tarife, die für Offline-Nutzungen in Lettland erhoben wurden. Bestätigt wurde die in der Rechtssache *Lucazeau* herausgearbeitete Vergleichsmethode.⁴⁹⁶ Der EuGH stellte jedoch klar, dass ein Vergleich nicht notwendigerweise mit allen Tarifen in der EU erfolgen muss, sondern dass in ihrer Art und sozialen Struktur vergleichbare nationale Tarife herangezogen werden können. Beim Vergleich der Tarife sei dabei vor allem die unterschiedliche Kaufkraft in den einzelnen Mitgliedstaaten zwingend zu berücksichtigen.⁴⁹⁷ Wird ein Unterschied zwischen den Tarifen festgestellt, so indiziere dies grundsätzlich den Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung, hinsichtlich der Signifikanz der Unterschiede komme es allerdings auf die Umstände eines jeden Einzelfalls an.⁴⁹⁸ Dabei verzichtet der EuGH im Rahmen der Tarifikontrolle auf die Bestimmung klarer Beurteilungskriterien.

Die vagen Ausführungen verdeutlichen die Schwierigkeit bei der Festsetzung von Preisen bzw. bei der Bestimmung von Angemessenheit. Dieses Problem lässt sich in keinem staatlichen Verfahren vollends beheben. Eine Preisfestsetzung durch Gerichte oder Behörden kann immer nur zweite Wahl sein. Umso wichtiger ist es jedoch, Verhandlungsmechanismen zu be-

schem Urheberrecht unterlag die Verbreitung von aufgezeichneten Musikwerken nicht nur einer Aufführungsgebühr, sondern auch einer ergänzenden Gebühr für die mechanische Vervielfältigung. Dieses Argument ließ der EuGH nicht gelten. Unter Bezugnahme auf die Entscheidung in der Rechtssache *Basset* (EuGH, C-402/85, ECLI:EU:C:1987:197 – *Basset*), verwies er darauf, dass es sich bei der Gebühr für die mechanische Vervielfältigung der Sache nach nur um einen Teil der Abgeltung für die öffentliche Vorführung eines aufgezeichneten musikalischen Werks handelt. Eine eigständige Funktion enthält diese Gebühr nicht (*Tournier* Rz. 40).

494 Insbesondere ein vergleichsweise hoher Anteil der Verwaltungskosten lässt nach Ansicht des EuGH darauf schließen, dass der Mangel an Wettbewerb zu einer Schwerfälligkeit des Verwaltungsapparats und damit zu einem hohen Gebührensatz führt (*Lucazeau*, Rz. 29, 30 und wortgleich *Tournier*, Rz. 42, 43).

495 EuGH, C-177/16, ECLI:EU:C:2017:689 – *AKKA/LAA*.

496 Siehe *AKKA/LAA* Rz. 38.

497 Siehe Rz. 42 und 46.

498 Rz. 55.

stimmen und einen Kontrahierungszwang als Ausgangspunkt für Verhandlungen zu etablieren.

Das Kartellrecht scheint als Grundlage der Tarifikontrolle nur begrenzt geeignet. Trotz inzwischen rund 30-jähriger Erfahrung mit der Anwendung des europäischen Kartellrechts auf die Preisgestaltung von Verwertungsgesellschaften konnte sich bislang kein hinreichend konkreter Beurteilungsmaßstab für die Tarifgestaltung der Verwertungsgesellschaften herausbilden.⁴⁹⁹ Dem Kartellrecht fehlen überdies Wertungsparameter, mit denen auch nicht wirtschaftliche Aspekte bei der Kontrolle berücksichtigt werden können. Auf die Berücksichtigung der spezifischen Bedürfnisse des Urheberrechts und der kollektiven Rechtswahrnehmung ist das Kartellrecht nicht ausgelegt. Kulturelle und soziale Aspekte spielen im europäischen Verständnis des Wahrnehmungsrechts jedoch eine große Rolle, die mit dem Kartellrecht kaum angesprochen werden können. Das Kartellrecht fördert effiziente Strukturen, diese sollen zwar auch durch das Verwertungsgesellschaftsrecht erreicht werden – so gehört es zu den wesentlichen Funktionen der Verwertungsgesellschaften Effizienz im Lizenzierungsmarkt zu ermöglichen – doch geht es im Immaterialgüterrecht nicht ausschließlich um Effizienz.⁵⁰⁰

IV. Fazit

Die Kontrolle der Verwertungsgesellschaften über das Kartellrecht kann ein funktionierendes System kaum gewährleisten. Gestützt auf den kartellrechtlichen Marktmissbrauchstatbestand des Art. 102 AEUV lässt sich ein Zugang zu Rechten des geistigen Eigentums nur in Ausnahmefällen erwirken. Trotz jahrzehntelanger Praxis bleiben die Standards der Kontrolle unklar. Die Voraussetzungen des kartellrechtlichen Zugangsanspruchs aus Art. 102 AEUV verengen sich lediglich bei Wettbewerbsbeeinträchtigungen

499 Mit den Verfahren *Tournier* und *Lucazeau* als Ausgangspunkt (EuGH, verb. Rs. 110/88, 241/88 und 242/88, ECLI:EU:C:1989:326 – *Lucazeau*, EuGH, C-395/87, ECLI:EU:C:1989:319 – *Tournier*). Weitere relevante Entscheidungen zu dieser Frage sind: EuGH, C-402/85, ECLI:EU:C:1987:197 – *Basset*; EuGH, C-245/00, ECLI:EU:C:2003:68 – *SENA*; EuGH, C-52/07, ECLI:EU:C:2008:703 – *Kanal 5/STIM*; EuGH, C-351/12, ECLI:EU:C:2014:110 – *OSA* EuGH, C-177/16, ECLI:EU:C:2017:689 – *AKKA/LAA*.

500 *Drexl*, in: Torremans (Hrsg.), *Copyright Law*, 2007, S. 255 ff.; *ders.*, *Zugang zu standardessenziellen Patenten als moderne Regulierungsaufgabe: Wie reagiert das EU-Kartellrecht auf Patentkriege zwischen chinesischen Unternehmen?*, 2014.

im Sinne von diskriminierendem Zugang oder der Gewährung von Exklusivität. Überdies zeichnet sich das kartellrechtliche Durchsetzungssystem durch seinen reaktiven Charakter aus, die *ex post* Kontrolle, kann nur bereits erfolgte Kartellverstöße aufdecken.

Besonders deutlich trifft dies die Rechtenutzer, deren Interessen weder über das Wettbewerbsmodell der VG-RL noch über die Kartellrechtspraxis ausreichend geschützt werden. Aus Sicht der Rechtenutzer steht die Kontrolle der Lizenzierungspraxis der Verwertungsgesellschaften über Art. 102 AEUV im Vordergrund. Um überhaupt den Anwendungsbereich der Missbrauchskontrolle zu eröffnen, bedarf es aber einer Marktabgrenzung, einer Beherrschung des so bestimmten Marktes und der anschließenden Darlegung eines missbräuchlichen Verhaltens, was für Rechtenutzer zunehmend schwierig werden kann. Obwohl der Wettbewerb der Verwertungsgesellschaften im Richtlinienmodell nicht auf die Rechtenutzer ausgerichtet ist, könnte die „Marktöffnung“ zumindest im Onlinebereich grundsätzliche Zweifel an der Marktbeherrschung der Verwertungsgesellschaften begründen. Jene konkurrieren zwar, der Wettbewerbsdruck wirkt sich jedoch nicht zugunsten der Rechtenutzer aus.

Das Kartellrecht ist ein wichtiges Mittel für die Kontrolle der Ausübung von Ausschließlichkeitsrechten. Als allgemeines Instrument des Wirtschaftsrechts scheint es mit den Besonderheiten des Immaterialgüterrechts allerdings oft überfordert zu sein. Dies gilt umso mehr für das Urheberrecht, das nicht nur von ökonomischen, sondern gleichzeitig auch von kulturpolitischen Anreizgedanken getragen wird. Verwertungsgesellschaften nehmen innerhalb der Kulturvermittlung eine besondere Rolle ein, die kaum ausschließlich mit ökonomischen Parametern gemessen werden kann. Schließlich zeigt sich im Kartellrecht ein Durchsetzungsproblem in der sachlich und zeitlich aufwendigen Verfahrensgestaltung.⁵⁰¹ Dem Kläger, der Ansprüche aus einem Ausbeutungsmissbrauch herleiten möchte, obliegt nach Art. 2 der Kartellverfahrensverordnung die Darlegungs- und

501 Beispielsweise nahm das Verfahren *Magill* (EuGH, verb. Rs. C-241/91 und C-242/91, ECLI:EU:C:1995:98 – *Magill TV Guide*) 10 Jahre, das Verfahren *Microsoft* (EuG, T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289 – *Microsoft*) 14 Jahre in Anspruch. Nationale Wahrnehmungsgesetze (insbesondere das UrhWG) sahen im Rahmen von Streitigkeiten etwa bzgl. des Zugangs zu einem Repertoire oder der Tarife besondere Mittel zur Aufrechterhaltung und Funktionsfähigkeit des Marktes während des streitigen Prozesses vor. Aus dem Kartellrecht lassen sich ähnliche Schutzmechanismen herleiten (siehe etwa EuGH, C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477 – *Huawei*). Ihre Ausgestaltung und Anwendung ist allerdings für das Urheberrecht bislang unklar und kann Rechtssicherheit damit nicht gewährleisten.

Beweislast für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung, die missbräuchliche Ausnutzung dieser Stellung und die Eignung des Missbrauchs zur spürbaren Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten. Dieser Nachweis ist schwer zu führen und dürfte nicht immer gelingen.

Schließlich hat sich in den bislang erfolgten europäischen Verfahren zur Preishöhenkontrolle kein hinreichend konkreter und überprüfbarer Beurteilungsrahmen für die Angemessenheit der Tarife entwickelt. Umso wichtiger ist es aus Sicht der Rechtenutzer auf spezialisierte Anlaufstellen zurückgreifen zu können, die eine Angemessenheit der Tarife wenigstens ansatzweise beurteilen können.

D. Regulatorisches Privatrecht als Kontrollmittel über Verwertungsgesellschaften

Die Analyse der Aufsicht über Verwertungsgesellschaften hat gezeigt, dass privatrechtliche Ansprüche gegen Verwertungsgesellschaften und die Möglichkeit ihrer Durchsetzung vor den Zivilgerichten unerlässlich sind. Sie gewinnen im neuen Recht, insbesondere aufgrund eingeschränkter Befugnisse der Aufsichtsbehörden im grenzüberschreitenden Kontext, an Bedeutung. Auch wenn das Urteil des VG München im Verfahren gegen die Aufsicht revidiert wurde,⁵⁰² legte es strukturelle Schwächen des nationalen Aufsichtssystems und eine prinzipielle Zurückhaltung der Verwaltungsgerichte bei der Kontrolle der Verwertungsgesellschaften offen. Der Eindruck wird durch das Urteil zur *Verlegerbeteiligung* gegen die VG WORT verstärkt, welches eine Einzelperson durch alle Instanzen hindurch erstritt.⁵⁰³ Auch hier kann man durchaus den Standpunkt vertreten, es sei Sache der Aufsicht, die Einhaltung des Rechts zu kontrollieren. Gerade in derart grundlegenden Fragen, die zudem rechtlich überaus umstritten sind und in denen sich eine, wenn auch unrechtmäßige, Verwaltungspraxis bzw. Tradition etabliert hat, ist von der Aufsicht kaum jedoch ein Einschreiten zu erwarten. All dies verdeutlicht, dass die privatrechtliche Rechtsdurchsetzung unerlässlicher Bestandteil des Verwertungsgesellschaftssystems ist. Der Streit um die

502 VG München, Urt. v. 25.10.2016 – M 16 K 15.333 (ZUM 2017, 779). Revidiert durch VGH München, Urt. v. 25.2.2019 – 22 B 17.1219.

503 BGH, Urteil vom 21.4.2016 – I ZR 198/13 – *Verlegerbeteiligung* (BGHZ 210, 77–113).

Verlegerbeteiligung zeigte, dass sie sich als besonders effektiv und sogar als systemverändernd erweisen kann.⁵⁰⁴

Das Verwertungsgesellschaftsrecht präsentiert sich als eine typische Materie modernen Regulierungsrechts, in der eine klare Zuordnung der Vorschriften zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht nur schwer möglich ist. Diese Abgrenzung soll an dieser Stelle erfolgen. Zur Vorbereitung auf die eigentliche kollisionsrechtliche Untersuchung werden die relevanten Vorschriften herausgearbeitet und den Rechtsverhältnissen der Verwertungsgesellschaften – Wahrnehmungsverhältnis, Lizenzverhältnis und Gegenseitigkeits- bzw. Repräsentationsverhältnis – zugeordnet.

I. Die privatrechtlichen Vorschriften im neuen Verwertungsgesellschaftsrecht

1) Das Verwertungsgesellschaftsrecht im Spannungsfeld zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht

Der Eindruck beim Verwertungsgesellschaftsrecht handele es sich um eine spezifische Materie des öffentlichen Rechts, fußt auf zwei Annahmen. Zum einen ist dem Verwertungsgesellschaftsrecht in der Tat eine Dimension des öffentlichen Wirtschaftsrechts eigen, da es von Normen geprägt ist, die nicht zur Disposition der Parteien stehen und die Einhaltung dieser Normen (u.a.) durch eine Staatsaufsicht mit verwaltungsrechtlichen Befugnissen kontrolliert wird. Zum anderen werden die Verwertungsgesellschaften selbst häufig mit Behörden assoziiert.⁵⁰⁵ Letzteres ist formell sicher falsch – Verwertungsgesellschaften sind juristische Personen des Privatrechts. Der Eindruck steht jedoch nicht gänzlich unberechtigt, weil Verwertungsgesellschaften zwei staatsähnliche Eigenschaften mit sich bringen. Zum einen ihre marktmäßige Stellung – an den jeweiligen Verwertungsgesellschaften

504 So auch *Drexl*, in: Götz von Olenhusen/Gergen/Vogel (Hrsg.), *Kreativität und Charakter*, 2017, S. 227, 229.

505 Exemplarisch die *Süddeutsche Zeitung*: „[...] Eine weitere Behörde, die Gema neben dem Gasteig, nutzt die Lange Nacht seit einigen Jahren, um ihr Image aufzupolieren. Im Foyer zeigen die Musikrechteverwerter, wem die Gebühren letztlich zugute kommen [...]“ *Süddeutsche Zeitung* (online) v. 26. April 2018, *Lange Nacht der Musik – Wenn die ganze Stadt zur Bühne wird*, online abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/muenchen/lange-nacht-der-musik-die-stadt-wird-zur-buehne-1.3958713> (zuletzt abgerufen: 28. April 2018).

führt in der Regel kein Weg vorbei. Zum anderen die Wahrnehmung von Aufgaben, die ansonsten staatlicherseits zu organisieren wären. Insoweit wird teilweise von Verwertungsgesellschaften als Trägern staatsentlastender Tätigkeit gesprochen.⁵⁰⁶ Dies bezieht sich auf ihre Aufgaben zur Funktions-sicherstellung des Urheberrechts allgemein und gilt besonders dort, wo Urheberrechte verwertungsgesellschaftspflichtig ausgestaltet sind und der Gesetzgeber damit das Bestehen von Verwertungsgesellschaften voraussetzt.

Eine solche marktmäßig besondere Stellung privater Unternehmen im Bereich der Daseinsfürsorge ist im Recht keinesfalls neu und sollte nicht über ihre eigentliche privatrechtliche Eigenschaft hinwegtäuschen. Gerade im Bereich der Netzwirtschaft, etwa im Telekommunikationsrecht, finden sich ganz ähnliche regulatorische Modelle. Genauso wie Wettbewerbsrecht, Energie- und Telekommunikationsrecht in ihrer Zielrichtung dem Privatrecht zuzuordnen sind, ist auch das Verwertungsgesellschaftsrecht in seiner Grundkonzeption dem Privatrecht zuzuordnen. Geschützt und gefördert wird nicht zuletzt der Wettbewerb, um die Funktionsbedingungen für materielle Vertragsfreiheit auf naturgemäß wettbewerbsarmen Märkten zu sichern bzw. um aufgrund der Marktstruktur gestörte Kräfteverhältnisse auszugleichen.⁵⁰⁷ So wie im Bereich der Netzinfrastruktur die Marktgegenseite mit besonderen Ansprüchen gegen die Netzbetreiber ausgestattet wird, wird auch im Verwertungsgesellschaftsrecht die Marktgegenseite mit Ansprüchen gegen Verwertungsgesellschaften ausgestattet, um dem erkannten Marktungleichgewicht entgegenzusteuern und eine Sicherung der Funktion des Verwertungsgesellschaftssystems zu erreichen. Lediglich daneben tritt

506 Bspw. *Herschel*, UFITA 50 (1967), 22 ff.

507 *Säcker*, in: ders. (Hrsg.), *Telekommunikationsgesetz*, ³2013, Einl. I, Rn. 8; *Ogus Anthony*, in: *Cafaggi/Muir Watt* (Hrsg.), *The regulatory function of European private law*, 2009, S. 3, 5 f. Für die (auch) privatrechtliche Wirkung des europäischen Kartellrechts siehe lediglich EuGH v. 5.6.2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317 – *Krone u.a.*, Rz. 20 „Es ist darauf hinzuweisen, dass die Art. 101 Abs. 1 AEUV und 102 AEUV in den Beziehungen zwischen Einzelnen unmittelbare Wirkungen erzeugen und unmittelbar in deren Person Rechte entstehen lassen, die die nationalen Gerichte zu wahren haben“ mit weiteren Nennungen; sowie EuGH v. 14.3.2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 – *Skanska Industrial Solutions*, Rz. 27: „In Ermangelung einer einschlägigen Unionsregelung ist die Regelung der Modalitäten für die Ausübung des Rechts, Ersatz des sich aus einem nach Art. 101 AEUV verbotenen Kartell oder Verhalten ergebenden Schadens zu verlangen, zwar Aufgabe der innerstaatlichen Rechtsordnung des einzelnen Mitgliedstaats, wobei der Äquivalenz- und der Effektivitätsgrundsatz zu beachten sind“ mit weiterer Nennung.

eine staatlicherseits organisierte Aufsicht. Es kommt somit zum Nebeneinander von staatlicher Aufsicht und privater Rechtsdurchsetzung jeweils auf der Grundlage von sektorspezifischem Regulierungsrecht.⁵⁰⁸

Diese Verflüssigung von privatrechtlicher Wettbewerbsfreiheit und öffentlicher Wirtschaftsgestaltung ist ein geradezu typisches Merkmal des Wirtschaftsrechts.⁵⁰⁹ Die Entwicklung einer zunehmenden Expansion regulatorischen Privatrechts gegenüber dem klassischen Privatrecht auf nationaler Ebene verläuft auf europäischer Ebene in umgekehrter Richtung. Europäische Gesetzgebung im Privatrecht erfolgte bislang fast ausschließlich durch regulatorisches Recht. Die Ausgestaltung der Wirtschaftsbeziehungen durch ein derart „lenkendes“ und „ausgleichendes“ Privatrecht, welches seine Begründung etwa in Marktungleichgewichten, in Verhandlungsdisparität oder in Informationsasymmetrien sieht, nimmt diesem Rechtsbereich aber nicht den privatrechtlichen Charakter.⁵¹⁰

Im Zentrum der Regulierung von Verwertungsgesellschaften standen in Deutschland stets der Wahrnehmungs- und Abschlusszwang als Ausprägung eines privatrechtlichen Kontrahierungszwangs mit einer wettbewerbsrechtlichen Grundidee.⁵¹¹ Die Einhaltung beider Pflichten wurde über die Aufsicht kontrolliert, die Vorschriften in §§ 6 und 11 UrhWG hatten aber zugleich privatrechtlichen Charakter.⁵¹² Die VG-RL kennt ganz ähnliche Verpflichtungen deren Kernstück Art. 5, zur Absicherung der Wahlfreiheit

508 Säcker, in: ders. (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, ³2013, Einl. I, Rn. 9 ff.; zur Abgrenzung von „internationalem Wirtschaftsrecht“ und „Wirtschaftskollisionsrecht“ siehe auch Drobniq, *RabelsZ* 52 (1986), 1 ff.

509 Hierzu grundlegend Basedow, *RabelsZ* 52 (1986), 8 ff.; Drobniq, *RabelsZ* 52 (1986), 1 ff.

510 Köndgen/Mörsdorf, in: Riesenhuber (Hrsg.), *European Legal Methodology*, ²2021, § 6 Rn. 16 ff.; Micklitz, *GPR* 2009, 254, 257 ff. und ders., in: Cafaggi/Muir Watt (Hrsg.), *The regulatory function of European private law*, 2009, S. 16 ff.; Ogun Anthony, in: Cafaggi/Muir Watt (Hrsg.), *The regulatory function of European private law*, 2009, S. 3, 8 f.; Reinbothe, in: Schricker/Loewenheim (Hrsg.), *Urheberrecht*, ⁶2020,

511 Drexler, in: Götz von Olenhusen/Gergen/Vogel (Hrsg.), *Kreativität und Charakter*, 2017, S. 227, 229. Zur historischen Entwicklung des Verwertungsgesellschaftsrecht von einer Rechtsmaterie die anfangs ausschließlich vertragsrechtlich gestaltet wurde hin zu einer Überlagerung der Vertragsfreiheit durch zwingende gesetzliche Vorschriften und einer verwaltungsrechtlichen Kontrolle Nérisson, in: Liu/Hilty (Hrsg.), *Remuneration of copyright owners*, 2017, S. 71, 73 f.

512 Drexler, in: Götz von Olenhusen/Gergen/Vogel (Hrsg.), *Kreativität und Charakter*, 2017, S. 227, 231.

der Rechteinhaber, und Art. 16, hinsichtlich der Nutzerrechte bei der Lizenzvergabe, bilden.

Gleichwohl ist zu sehen, dass die VG-RL in ihrer Grundkonzeption die kollektive Rechtswahrnehmung zunächst aus verwaltungs- und aufsichtsrechtlicher Perspektive angeht.⁵¹³ In ihrer Formulierung richtet sich die Richtlinie an die Mitgliedstaaten.⁵¹⁴ Dies ist gleichfalls nichts Ungewöhnliches, da Richtlinien stets zunächst einen Umsetzungsauftrag an die Mitgliedstaaten vermitteln.⁵¹⁵ Entscheidender mit Blick auf die VG-RL ist die Fokussierung auf eine verwaltungs- und aufsichtsrechtliche Kontrolle bei der Einhaltung der Vorschriften, die insbesondere in Art. 36 VG-RL zum Ausdruck kommt. Art. 36 Abs. 1 VG-RL verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Überwachung der Einhaltung des Wahrnehmungsrechts durch eine nationale Aufsichtsbehörde und Art. 36 Abs. 3 VG-RL verpflichtet zur Sanktionierung von Verstößen.⁵¹⁶

Trotz dieser Fokussierung auf eine aufsichtsrechtliche Kontrolle in der VG-RL, wird eine privatrechtliche Umsetzung in den Mitgliedstaaten durch die Richtlinie jedenfalls nicht ausgeschlossen. Im Gegenteil, aus Erwägungsgrund 56 der Richtlinie, wonach die „Bestimmungen dieser Richtlinie [...] die Anwendung [...] des Vertragsrechts, der Kollisionsnormen und der Vorschriften zur gerichtlichen Zuständigkeit im Rahmen des internationalen Privatrechts“ unberührt lassen, wird deutlich, dass eine privatrechtliche Umsetzung möglich ist. Überdies formuliert die VG-RL zahlreiche Rechte von Personen, die diesen unmittelbar gegenüber den Verwertungsgesellschaften zustehen.⁵¹⁷ So sieht bspw. Art. 5 Abs. 2 S. 1 VG-RL das Recht der

513 *Ders.*, MPI Stellungnahme VGG, 2015, Rn. 5.

514 So beginnt beinahe jeder Vorschrift der VG-RL mit der Formulierung „die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass [...]“.

515 Ganz ähnlich sind beispielsweise die Formulierungen in der InfoSoc-RL, wo es stets heißt, „die Mitgliedstaaten sehen vor [...]“. Allerdings wird trotz dieser Formulierung der privatrechtliche Charakter InfoSoc-RL wesentlich deutlicher, was sich aus dem Inhalt der Richtlinie ergibt – sie will wesentliche Bestandteile des Urheberrechts harmonisieren, die privatrechtlicher Natur sind – und überdies aus den Formulierungen deutlich wird (so bspw. Art. 2 Abs. 1 InfoSoc-RL: „Die Mitgliedstaaten sehen für folgende Personen das ausschließliche Recht vor [...]“).

516 *Drexler*, in: Götz von Olenhusen/Gergen/Vogel (Hrsg.), *Kreativität und Charakter*, 2017, S. 227, 240 f. und *ders.*, MPI Stellungnahme VGG, 2015, Rn. 19 f. Dafür ein staatliches Aufsichtsregime neben der privaten Rechtsdurchsetzung zu etablieren sprechen organisationstheoretische Überlegungen (siehe *Teil 2, Kapitel 1, C, II., 3.*). Sie ersetzt aber nicht die Mechanismen des Wettbewerbs.

517 *Drexler*, MPI Stellungnahme VGG, 2015, Rn. 19.

Rechteinhaber vor, „eine Organisation für die kollektive Rechtewahrnehmung ihrer Wahl mit der Wahrnehmung von Rechten [...] ihrer Wahl in den Gebieten ihrer Wahl [...] zu beauftragen“. Die Verwertungsgesellschaften sind gleichzeitig dazu „verpflichtet, Rechte, [...] die in ihren Tätigkeitsbereich fallen, wahrzunehmen“ sofern sie „die Rechtewahrnehmung nicht aus objektiv nachvollziehbaren Gründen ablehnen“ können. Umgekehrt lässt sich auch Art. 16 VG-RL am wirksamsten durch direkte Ansprüche der Nutzer gegenüber Verwertungsgesellschaften umsetzen.⁵¹⁸ Zum Zweck der Geltendmachung jener und weiterer Rechte sieht Art. 34 Abs. 1 VG-RL die (fakultative) Einrichtung eines alternativen Streitbeilegungsverfahrens vor und im Bereich der Mehrgebietslizenzen ist die Einrichtung eines alternativen Streitschlichtungsverfahrens, welches sich insbesondere auf die Nutzerrechte nach Art. 16 VG-RL bezieht, sogar verpflichtend (Art. 34 Abs. 2 VG-RL).⁵¹⁹

Obwohl eine Pflicht zur privatrechtlichen Umsetzung in der Richtlinie nicht explizit vorgesehen ist, kommt ihre privatrechtliche Dimension damit deutlich zum Ausdruck. Konkret im zitierten Fall von Art. 5 Abs. 2 der VG-RL sind die Mitgliedstaaten bspw. verpflichtet, den Rechteinhaber die in der VG-RL formulierten Rechtspositionen auch tatsächlich zu vermitteln, was letztlich eine Einräumung von unmittelbaren Ansprüchen voraussetzt (Art. 5 Abs. 1 VG-RL).⁵²⁰

Bei der Umsetzung der Richtlinie sind die Mitgliedstaaten in der Wahl der Durchsetzungsmittel also nicht so frei, wie dies zunächst scheinen mag. Die europäische VG-RL regelt das Verhältnis zwischen Verwertungsgesellschaften und Rechteinhabern und (potentiellen) Rechtenutzern sowie das Verhältnis der Verwertungsgesellschaften untereinander. Alle Beteiligten sind natürliche oder juristische, rechts- und pflichtenfähige Personen und damit Zuordnungssubjekte des Privatrechts, die sich als Parteien bzw. Einzelpersonen gleichberechtigt gegenüberstehen.⁵²¹ Soweit das europäische Recht diesen Parteien konkrete Rechte einräumt, lässt sich aus dem Grundsatz der vollständigen Wirksamkeit des Unionsrechts (*effet utile*) grundsätz-

518 Ders., MPI Stellungnahme VGG, 2015, Rn. 19.

519 Raue, in: Dreier/Schulze (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, 72022, VGG, § 94 Rn. 1a. Genauso setzt Art. 35 Abs. 1 VG-RL die gerichtliche Geltendmachung von Nutzeransprüchen gegen Verwertungsgesellschaften voraus.

520 Die Richtlinie spricht stets von „sicherstellen, dass [...]“. Drexler, in: von Hein (Hrsg.), MüKo IPR II, 82021, Rom II-VO Art. 8 Rn. 245.

521 Siehe dazu etwa Wolff, AöR 76 (1950), 205 ff.; Erichsen, Jura 1982, 537-245, 538 ff. und Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2020, § 1, Rn. 29 ff.

lich auch eine Pflicht zur privatrechtlichen Umsetzung der Vorschriften ableiten.⁵²² Denn zu den anerkannten Rechtsgrundsätzen des Unionsrechts gehört es, dass dort, wo das Unionsrecht eine eindeutige Verpflichtung begründet, dieses Recht anzuerkennen ist und vor den einzelstaatlichen Gerichten einklagbar sein muss.⁵²³ Entsprechend sind die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, die Voraussetzungen für eine unmittelbare Rechtsdurchsetzung vor den Zivilgerichten zu schaffen. Die privatrechtliche Dimension der VG-RL, inklusive der Möglichkeiten zur individuellen Rechtsdurchsetzung, tritt daher eigenständig neben die öffentliche Aufsicht über Verwertungsgesellschaften.

Anders ist die Lage zu beurteilen, wenn Bestimmungen ausschließlich dem öffentlichen Wirtschaftsrecht zuzuordnen sind. Am deutlichsten wird dies bei der Erlaubnispflicht und der Pflicht zur Tätigkeitsanzeige, die im europäischen Recht nicht ausdrücklich vorgesehen sind, im VGG in § 77 und § 82 aber weiterhin eine wichtige Säule des deutschen Regulierungsrechts bilden. Auch sie können allerdings auf das Privatrecht ausstrahlen. Denn eine Verwertungsgesellschaft, die ohne erforderliche Erlaubnis oder Anzeige tätig wird, kann gemäß § 84 S. 1 VGG die von ihr wahrgenommenen Urheberrechte und verwandten Schutzrechte nicht geltend machen. Insoweit wurde das Rechtsfolgenprogramm von § 1 Abs. 3 UrhWG ins neue Recht übernommen. Nach h.M. folgt aus dem Ausschluss von der Geltendmachung der Rechte zwar nicht die Unwirksamkeit der Verfügung durch die Berechtigten und damit die Unwirksamkeit der Rechteeinräumung selbst,⁵²⁴ immerhin jedoch der Verlust der Aktivlegitimation der Verwertungsgesellschaft und damit der unmittelbare Verlust ihrer zivilprozessualen Stellung.⁵²⁵

522 Schroeder, in: Streinz (Hrsg.), EUV, AEUV, ²2012, Art. 288, Rn. 75 ff.

523 Siehe hierzu bereits EuGH v. 5.2.1963, C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1 – *Van Gend & Loos*. Konkret zum europäischen Verwertungsgesellschaftsrecht, Drexler, in: Götz von Olenhusen/Gergen/Vogel (Hrsg.), *Kreativität und Charakter*, 2017, S. 227, 241 der die Verpflichtung zur privatrechtlichen Umsetzung auch aus dem *effet utile*-Grundsatz ableitet. Grundlegend Schroeder, in: Streinz (Hrsg.), EUV, AEUV, ²2012, Art. 288, Rn. 75 ff.

524 A.A. Raue, in: Dreier/Schulze (Hrsg.), *Urheberrechtsgesetz*, ⁷2022, VGG, § 84 Rn. 2.

525 Freudenberg, in: Götting/Lauber-Rönsberg/Rauer (Hrsg.), *Beckscher Online-Kommentar Urheberrecht*, ³⁹2023, VGG § 84, Rn. 5 f.; Staats, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), *Praxiskommentar Urheberrecht*, ⁶2022, VGG, § 84 Rn. 2; Raue, in: Dreier/Schulze (Hrsg.), *Urheberrechtsgesetz*, ⁷2022, VGG, § 84 Rn. 1a. Dazu auch OLG Köln, *Beschl. v. 28.9.2007 – 6 W 150/07 = GRUR 2008, 69*. Mangels Erlaubnis zur Wahrnehmung von Rechten nach dem deutschen UrhG sei die türkische Verwer-

2) Strukturierung der privatrechtlichen Rechte und Pflichten

Die Tätigkeiten von Verwertungsgesellschaften lassen sich grundsätzlich in drei Bereiche und drei Produktmärkte einteilen: erstens Urheberrechtsverwaltungsdienste für Rechteinhaber (Wahrnehmungstätigkeit), zweitens die Lizenzierung der Rechte an die Nutzer (Lizenzierungstätigkeit) und drittens Urheberrechtsverwaltungsdienste für andere Verwertungsgesellschaften (Gegenseitigkeits- und Repräsentationstätigkeit).⁵²⁶ Die nachfolgende Analyse der privatrechtlichen Vorschriften folgt dieser Dreiteilung.

a) Normen zur Regelung der Wahrnehmungstätigkeit

Die Regelung der Wahrnehmungstätigkeit, also des Innenverhältnisses von Verwertungsgesellschaft und Rechteinhaber, ist zentraler Baustein sowohl der VG-RL als auch des VGG. In §§ 9 bis 20 VGG werden die wesentlichen Rechte der Rechteinhaber hinsichtlich der Rechtswahrnehmung und der Mitwirkung innerhalb der Verwertungsgesellschaften geregelt.

Der Wahrnehmungszwang steht am Beginn dieses Unterabschnitts. Gemäß § 9 VGG sind die Verwertungsgesellschaften verpflichtet, auf Verlangen der Rechteinhaber Rechte ihrer Wahl an Arten von Werken und sonstigen Schutzgegenständen ihrer Wahl in Gebieten ihrer Wahl wahrzunehmen, soweit die jeweilige Verwertungsgesellschaft in diesem Bereich aktiv ist (Nr. 1) und der Wahrnehmung keine objektiven Gründe entgegenstehen (Nr. 2). Es besteht weder eine Einschränkung des Personenkreises, demgegenüber der Wahrnehmungszwang gilt – in § 6 Abs. 1 UrhWG war dieser grundsätzlich noch auf deutsche und EU-Bürger beschränkt⁵²⁷ –

tungsgesellschaft nicht zur Wahrnehmung und daher nicht zur Geltendmachung der von ihr behaupteten Rechte befugt.

EU/EWR Gesellschaften, die der Erlaubnispflicht nach § 77 Abs. 2 VGG nicht unterliegen, bleiben nach § 82 VGG anzeigespflichtig, wenn sie Rechte nach dem deutschen Urheberrecht wahrnehmen. Auch für sie gilt dann die Rechtsfolge des § 84 VGG. Über § 90 Abs. 2 und 3 VGG gelten die Anzeigepflicht und die Rechtsfolge des § 84 VGG überdies für abhängige Verwertungseinrichtungen i.S.v. § 3 VGG (*Freudenberg*, in: Götting/Lauber-Rönsberg/Rauer (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Urheberrecht, ³⁹2023, VGG § 90, Rn. 15.; *Staats*, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), Praxiskommentar Urheberrecht, ⁶2022, VGG, § 84 Rn. 1 f.).

526 So auch EuG, T-442/08, ECLI:EU:T:2013:188 – *CISAC/Kommission*, Rz. 16.

527 Bzgl. weiterer Gruppen siehe im Einzelnen bspw. *Schulze*, in: Dreier/Schulze (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, ⁵2015, § 6 UrhWG, Rn. 21 ff.

noch eine generelle Beschränkung auf Rechte nach dem deutschen Urheberrechtsgesetz, wie sie sich noch aus § 6 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 UrhWG ergab. Entscheidend ist vielmehr, welche Rechte (vor allem hinsichtlich Art und Gebiet) die Verwertungsgesellschaft tatsächlich wahrnimmt – also wie der tatsächliche Tätigkeitsbereich der jeweiligen Verwertungsgesellschaft ausgestaltet ist. Verwertungsgesellschaften können ihren Tätigkeitsbereich daher objektiv einschränken, insbesondere in Bezug auf bestimmte Werk- und Nutzungsarten sowie auf bestimmte Wahrnehmungsgebiete. Die Tätigkeitsbeschreibung muss dabei hinreichend detailliert erfolgen.⁵²⁸

Die Wahlfreiheit der Rechteinhaber wird in Umsetzung von Art. 5 Abs. 2 VG-RL betont. Sie besteht grundsätzlich innerhalb des Tätigkeitsbereichs der Verwertungsgesellschaften, solange keine objektiven Gründe der Wahrnehmung entgegenstehen. Diese Gründe sind weder in der VG-RL noch im VGG näher definiert. Besonders streng dürfte der Wahrnehmungszwang im Bereich der verwertungsgesellschaftspflichtigen Rechte auszulegen sein, da Rechteinhaber hier zwingend auf die Wahrnehmung durch Verwertungsgesellschaften angewiesen sind.⁵²⁹ All dies lässt sich unter dem Begriff Zugangsmöglichkeiten und -voraussetzungen zum System der kollektiven Rechtswahrnehmung zusammenfassen.

Die Wahrnehmungsbedingungen unterliegen der Angemessenheitskontrolle. Dies bedeutet vor allem, dass die Rechteinhaber „angemessen“ an dem wirtschaftlichen Nutzen, der aus der Auswertung ihrer Werke gezogen wird, beteiligt werden müssen.⁵³⁰ Unter dem Gesichtspunkt der Angemessenheit lässt sich aus § 9 VGG insbesondere eine Pflicht zur Gleichbehandlung der Rechteinhaber ableiten. Die Angemessenheit wird für wichtige Bereiche der Rechtswahrnehmung an anderen Stellen des VGG konkre-

528 *Freudenberg*, in: Götting/Lauber-Rönsberg/Rauer (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Urheberrecht, ³⁹2023, VGG § 9, Rn. 26 ff.

529 *Ders.*, in: Götting/Lauber-Rönsberg/Rauer (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Urheberrecht, ³⁹2023, VGG § 9, Rn. 33 ff. Zu den Grenzen des Wahrnehmungszwangs bspw. *Gerlach*, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), Praxiskommentar Urheberrecht, ⁶2022, VGG, § 9, Rn. 10 ff. sowie Rn. 14 ff. in der Voraufgabe.

530 So schon nach alter Rechtslage: BGH, v. 3.7.1981 – I ZR 106/79 – *Masterbänder mwN* = GRUR 1982, 102, 103; BGH, v. 28.6.1984 – I ZR 84/82 – *Zeitschriftenauslage* = GRUR 1985, 131, 132; BGH, v. 22.1.1986 – I ZR 194/83 – *Filmmusik* = GRUR 1986, 376, 378; BGH, v. 5.4.2001 – I ZR 132/98 – *Gesamtvertrag privater Rundfunk* = GRUR 2001, 1139, 1142; BGH, v. 27.10.2011 – I ZR 125/10 – *Barmen live* = GRUR 2012, 711, 712; BGH, v. 27.10.2011 – I ZR 175/10 – *Bochumer Weihnachtsmarkt* = GRUR 2012, 715, 716.

tisiert.⁵³¹ Hierzu gehört § 27 VGG, wonach innerhalb einer bestimmten Rechtekategorie sämtliche Werke und Rechte hinsichtlich ihrer Nutzungen und der Verteilung der erzielten Erlöse grundsätzlich gleich zu behandeln sind.⁵³²

Detailliertere Regelungen des finanziellen Verhältnisses zwischen Verwertungsgesellschaften und Rechteinhabern finden sich in den §§ 23 ff. VGG. Dies umfasst die Einziehung, Verwaltung und Verteilung von Einnahmen. Speziell geregelt sind unter anderem die Kontoführung und die Anlage der Einnahmen (§§ 24 und 25 VGG), der Verteilungsplan und Besonderheiten bei der Verteilung von gesetzlichen Vergütungsansprüchen (§§ 27 und 27a VGG) sowie die Möglichkeiten der Verwertungsgesellschaften Abzüge von den Einnahmen aus der Verwertung der Rechte vorzunehmen (§§ 31 f. VGG).⁵³³

Außerdem werden Fragen der Vertragsbeendigung und Vertragsanpassung speziell geregelt. Zur Verwirklichung des Wahlrechts der Rechteinhaber sieht § 12 Abs. 1 VGG die Möglichkeit der nachträglichen Entziehung der zur Wahrnehmung eingeräumten Rechte durch „die Berechtigten“ vor. Sie können diese Rechte entweder selbst wahrnehmen oder einer anderen Verwertungsgesellschaft anvertrauen.⁵³⁴ § 10 VGG regelt in Umsetzung von Art. 5 Abs. 7 der VG-RL die Pflicht der Verwertungsgesellschaften zur umfassenden Einholung und Dokumentation der Zustimmung der Rechteinhaber zur Wahrnehmung jedes einzelnen Rechts. Auch dies dient nicht zuletzt einer zusätzlichen Flexibilisierung und zur Verwirklichung des Wahlrechts der Rechteinhaber.⁵³⁵ Schließlich gehören Fragen der Mitgliedschaft und der Beteiligung der Rechteinhaber innerhalb der Verwertungsge-

531 Überblicksartig *Raue*, in: Dreier/Schulze (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, 72022, VGG, § 9 Rn. 30.

532 *Freudenberg*, in: Götting/Lauber-Rönsberg/Rauer (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Urheberrecht, 392023, VGG § 9, Rn. 38.

533 Hierzu auch *Miernicki*, Collective management of copyrights between competition, regulation and monopolism, 2017, S. 140 ff.; zur (auch) privatrechtlichen Einordnung der Verteilungsregelungen und weiterer Teile des Wahrnehmungsverhältnisses *Riesenhuber*, in: Becker/Riesenhuber/Kreile (Hrsg.), Recht und Praxis der GEMA, 2008, Kapitel 9 Rn. 63 und *ders.*, Die Auslegung und Kontrolle des Wahrnehmungsvertrags, 2004, S. 77 f.

534 Hierzu: *Freudenberg*, in: Götting/Lauber-Rönsberg/Rauer (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Urheberrecht, 392023, VGG § 12, Rn. 1 ff.

535 Mit umfassender Kritik hieran, *Nérisson*, in: von Lewinski (Hrsg.), Remuneration for the use of works, 2017, S. 259 ff.

sellschaft zu diesem Verhältnis. Sie sind in §§ 6 und 7 VGG und in den §§ 15 ff. VGG näher bestimmt.

b) Normen zur Regelung der Lizenzierungstätigkeit

Hiervon zu unterscheiden ist das Außenverhältnis der Verwertungsgesellschaften, und zwar zunächst gegenüber Nutzern aller Art.⁵³⁶ Im Zentrum der Regelung des Verhältnisses von Verwertungsgesellschaften und Nutzern steht der Abschnitt der §§ 34–43 VGG mit Regelungen zum Abschlusszwang und zur Nichtdiskriminierung bei der Rechtevergabe durch Verwertungsgesellschaften sowie zu den Tarifen und den Mitteilungs- und Meldepflichten der Nutzer.

Sonderregelungen gibt es für die Vergabe von Online-Rechten an Musikwerken. §§ 62, 63, 66 und 67 VGG enthalten Vorschriften in Hinblick auf Repertoireinformation, Nutzungsmeldung und Abrechnungsmodalitäten. Gemäß § 60 Abs. 1 VGG wird gleichzeitig der strengere Abschlusszwang des deutschen Rechts auf das bloße Diskriminierungsverbot nach § 34 Abs. 1 S. 2 VGG herabgestuft.⁵³⁷ Zu beachten ist, dass der besondere Regulierungsrahmen in Teil 3 gemäß § 59 Abs. 1 VGG nur für die Lizenzierung von Musikwerken und nicht gleichzeitig für die ebenfalls erforderlichen Leistungsschutzrechte der Interpreten und Tonträgerhersteller gilt.⁵³⁸ Nur eingeschränkt gilt der Regulierungsrahmen auch für unabhängige Verwertungseinrichtungen (§ 4 VGG).

Zur Thematik des Abschlusszwangs als Kernregelung innerhalb der urheberrechtlichen Funktionsgewährleistung durch Verwertungsgesellschaften gehören die besonderen Regelungen zu den Gesamtverträgen (§ 35

536 *Miernicki*, Collective management of copyrights between competition, regulation and monopolism, 2017, S. 156 ff.

537 § 34 VGG statuiert einen Abschlusszwang, der in seinem Regulierungsgehalt über das Diskriminierungsverbot des Art 16 Abs. 2 VG-RL hinausgeht. Entsprechend musste dort, wo die Richtlinie eine Vollharmonisierung bezweckt – also vor allem im Online-Musikbereich (Erwägungsgrund 9 der VG-RL) – eine Angleichung an das liberalere Regelungsniveau der Richtlinie erreicht werden. Dies gewährleistet § 60 VGG.

538 So auch ganz deutlich in der VG-RL mit der Definition in Art. 3 lit. n), wonach es sich bei „Online-Rechte an Musikwerken“ [„um] die dem Urheber zustehenden Rechte an einem Musikwerk im Sinne der Artikel 2 und 3 der Richtlinie 2001/29/EG, die für die Bereitstellung eines Online-Dienstes erforderlich sind“, handelt.

VGG)⁵³⁹, der beiderseitigen Verhandlungspflicht (§ 36 VGG)⁵⁴⁰ sowie der Tarifaufstellung und -gestaltung (§§ 36 ff. VGG). Die Tarifbestimmungen in §§ 38 ff. VGG betreffen den Kernbestand des Lizenzvertrages auf den sich der Abschlusszwang bezieht. Verwertungsgesellschaften sind gemäß § 38 VGG zur Aufstellung von Tarifen verpflichtet, die sich gemäß § 39 Abs. 1 VGG in ihrer Höhe am geldwerten Vorteil orientieren, der durch die Nutzung erlangt wird. Ausnahmen von dieser wirtschaftlichen Betrachtung des Nutzungswerts und damit der Tarifhöhe können gemäß § 39 Abs. 3 VGG für religiöse, kulturelle und soziale Belange gemacht werden. § 40 VGG enthält schließlich Sonderregelungen zur Bemessung der gesetzlichen Vergütungsansprüche und verweist damit direkt auf das Urheberrecht.

Von entscheidender Bedeutung für das Urheberrechtssystem ist das Recht der Nutzer zur Hinterlegung einer Lizenzgebühr. Die Vorschrift hilft eine „Nutzungsblockade“ durch Verwertungsgesellschaften zu verhindern.⁵⁴¹ Wie in der alten Regelung des § 11 Abs. 2 UrhWG kommt zwischen dem Nutzer und der Verwertungsgesellschaft eine Vereinbarung über die Zahlung der angemessenen Vergütung zustande, wenn der Nutzer den von ihm anerkannten Betrag beglichen und die streitige Differenz zur geforderten Vergütung unter Vorbehalt gezahlt oder hinterlegt hat.⁵⁴²

Nutzerpflichten finden sich dagegen in §§ 41 f. VGG, wo es um Auskunft und Nutzungsmeldung geht. Wichtige Vorschriften finden sich in Abschnitt 4 (§§ 48 ff. VGG) mit Vermutungsregelungen für Verwertungsgesellschaften im Bereich der Auskunftsansprüche, gesetzlichen Vergütungs-

539 Es handelt sich um eine zusätzliche Pflicht nach deutschem Recht. Gesamtverträge vertiefen die Kollektivierung des Urheber- bzw. Wahrnehmungsrechts und sollen den administrativen Aufwand reduzieren (*Freudenberg*, in: Götting/Lauber-Rönsberg/Rauer (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Urheberrecht, ³⁹2023, VGG § 35, Rn. 10 f.). So gesehen dienen sie der wesentlichen Aufgabe des Verwertungsgesellschaftensystems Transaktionskosten zu senken. Zugleich kann in dem „Recht auf Kollektivierung“ auf der Gegenseite ein Ausgleich der Verhandlungsmacht bestimmter Nutzerkreise gegenüber Verwertungsgesellschaften gesehen werden.

540 Eine allgemeine Verhandlungspflicht und damit einhergehend eine Informationspflicht als notwendige Voraussetzung für Verhandlungen sieht § 36 VGG vor. Verwertungsgesellschaften und Nutzer verhandeln nach Treu und Glauben und stellen sich gegenseitig die notwendigen Informationen zur Verfügung. Verwertungsgesellschaften sind gemäß § 36 Abs. 2 VGG zur Abgabe eines Lizenzangebots verpflichtet.

541 *Freudenberg*, in: Götting/Lauber-Rönsberg/Rauer (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Urheberrecht, ³⁹2023, VGG § 37, Rn. 2.

542 BGH, Urt. v. 27. 10. 2011 – I ZR 125/10, Rz. 12 – *Barmen Live* = GRUR 2012, 711. *Schulze*, in: Dreier/Schulze (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, ⁵2015, § 11 UrhWG, Rn. 16 f.

ansprüche, dem Recht der Kabelweitersendung und im Bereich der vergriffenen Werke.

§§ 56 ff. VGG – und speziell für den Online-Musikbereich §§ 62 ff. VGG – enthalten allgemeine Pflichten der Verwertungsgesellschaften hinsichtlich Informationen und Transparenz. Sie ergänzen die besonderen Verpflichtungen der Verwertungsgesellschaft zur Information der Rechteinhaber.⁵⁴³ Speziell §§ 56 ff. VGG betreffen Informationen der Allgemeinheit und begründen damit nicht per se individuelle Ansprüche. Die Kontrolle ihrer Einhaltung ist damit primär der Aufsicht überlassen. Gleichwohl ist nicht auszuschließen, dass sich auch diese allgemeinen Pflichten zu Verpflichtungen gegenüber individuellen Parteien verdichten und damit ein zivilrechtlich durchsetzbares subjektives Recht schaffen – dies ist für Einzelfälle zu prüfen. Diese Begrenzung zeigt sich auch in §§ 92, 94 und § 128 VGG, durch welche die Zuständigkeit der Schiedsstelle auf bestimmte Angelegenheit beschränkt wird.

c) Normen zur Regelung der Zusammenarbeit von
Verwertungsgesellschaften

Im Zentrum der europäischen Harmonisierung des Wahrnehmungsrechts steht die Europäisierung der Verwertungsgesellschaften.⁵⁴⁴ Der Ansatz des europäischen Gesetzgebers nimmt die Gegenseitigkeitsverträge der Verwertungsgesellschaften als Mittel zur Erleichterung des „Rechteflusses“ in das Regulierungsprogramm auf. Hierbei wird allerdings nicht mehr zwingend auf Gegenseitigkeit gesetzt, vielmehr sollen einseitige Beauftragungen zwischen den Gesellschaften gefördert werden. Die Repräsentation dient auch der Repertoirebündelung und damit der Erleichterung der (grenzüberschrei-

543 *Freudenberg*, in: Götting/Lauber-Rönsberg/Rauer (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Urheberrecht, ³⁹2023, VGG § 34, Rn. 1 f.

544 Bzw. zumindest einiger Verwertungsgesellschaften für die Wahrnehmung von „Online-Musikrechten“.

545 So heißt es in Erwägungsgrund 11 der VG-RL: „Diese Richtlinie sollte Organisationen für die kollektive Rechtswahrnehmung in keiner Weise daran hindern, unter Einhaltung der in den Artikeln 101 und 102 des AEUV enthaltenen Wettbewerbsvorschriften mit anderen Organisationen für die kollektive Rechtswahrnehmung Repräsentationsvereinbarungen im Bereich der Rechtswahrnehmung abzuschließen, um die Verfahren zur Lizenzvergabe an die Nutzer zu gleichen, diskriminierungsfreien und transparenten Bedingungen zu erleichtern, auch im Hinblick auf die gemeinsame Fakturierung, zu verbessern und zu vereinfachen und um Mehrgebiets-

tenden) Rechteklärung.⁵⁴⁵ Im deutschen VGG sind die Repräsentationsvereinbarungen in Abschnitt 3 des zweiten Teils (§§ 44–47) und hinsichtlich der Online-Musikrechte im dritten Teil (§§ 69–73) geregelt. § 44 VGG verlangt dabei zunächst eine Gleichbehandlung der Rechteinhaber durch die beauftragte Verwertungsgesellschaft. Ob der einzelne Rechteinhaber also unmittelbar oder nur über den Umweg einer Repräsentationsvereinbarung mit der lizenzierenden Verwertungsgesellschaft verbunden ist, darf grundsätzlich keine Rolle spielen.⁵⁴⁶ Konkret bedeutet dies etwa, dass ohne Zustimmung der beauftragenden Verwertungsgesellschaft, jenseits der üblichen Verwaltungskosten keine zusätzlichen Abzüge vorgenommen werden dürfen (§ 45 VGG) und dass die Verteilung der Einnahmen aus den Rechten, welche die beauftragte Verwertungsgesellschaft auf Grundlage einer Repräsentationsvereinbarung wahrnimmt, grundsätzlich nach deren Verteilungsplan erfolgen soll (§ 46 Abs. 1 VGG).⁵⁴⁷ § 47 VGG sieht schließlich umfangreiche Informationspflichten der beauftragten Verwertungsgesellschaft gegenüber der Beauftragenden vor.

Soweit es um die Vergabe von Online-Rechten an Musikwerken geht, gilt der strengere Rechtsrahmen der §§ 69 ff. VGG. § 69 Abs. 1 VGG enthält einen Repräsentationszwang für Verwertungsgesellschaften, „die bereits gebietsübergreifend Online-Rechte an Musikwerken für mindestens eine andere Verwertungsgesellschaft“ vergeben oder anbieten, gegenüber jeder „Verwertungsgesellschaft, die selbst keine gebietsübergreifenden Online-Rechte an ihren Musikwerken vergibt oder anbietet“. Hierdurch soll der Zugang zum System der Mehrgebietslizenzen im Online-Musikbereich für kleinere Verwertungsgesellschaften und Rechteinhaber gewährleistet werden, welche allein mit jenen verbunden bleiben möchten. Zugleich dient der Repräsentationszwang, wie aus Erwägungsgrund 44 der VG-RL deutlich wird, der Repertoirebündelung im Onlinebereich und damit der Erleichterung des Lizenzierungsprozesses.⁵⁴⁸ Exklusivabreden in Ver-

lizenzen auch für Bereiche zu erteilen, die nicht zu den in Titel III dieser Richtlinie genannten Bereichen zählen.“

546 *Freudenberg*, in: Götting/Lauber-Rönsberg/Rauer (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Urheberrecht, ³⁹2023, VGG § 44, Rn. 11. *Schulze*, in: Dreier/Schulze (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, ⁶2018, VGG, § 69, Rn. 2 ff.

547 Die Verteilungsfragen werden aus kollisionsrechtlicher Sicht in *Teil 3, Kapitel 1, E, I.* ausführlich behandelt.

548 *Freudenberg*, in: Götting/Lauber-Rönsberg/Rauer (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Urheberrecht, ³⁹2023, VGG § 69, Rn. 2.

einbarungen über die Vergabe von Mehrgebietslizenzen sind nach § 69 Abs. 3 VGG unzulässig.⁵⁴⁹

Als Gegenstück zum Repräsentationszwang ist die beauftragende Verwertungsgesellschaft gemäß § 70 Abs. 1 VGG verpflichtet, der repräsentierenden Verwertungsgesellschaft alle Informationen zur Verfügung zu stellen, die für die gebietsübergreifende Vergabe von Online-Rechten erforderlich sind.⁵⁵⁰ § 73 VGG enthält schließlich ein ähnliches Diskriminierungsverbot, wie es schon in §§ 44 ff. VGG vorgesehen ist. Demnach nimmt die beauftragte Verwertungsgesellschaft alle Rechte zu denselben Bedingungen wahr. Konkret bedeutet dies unter anderem, dass diese Rechte in alle Angebote der repräsentierenden Verwertungsgesellschaft aufgenommen werden und nicht mit zusätzlichen Verwaltungskosten belastet werden dürfen (Abs. 2 und 3).

Alle genannten Vorschriften sind primär privatrechtlich zu verstehen. Sie schaffen individuelle Rechtspositionen und damit subjektive Rechte der Verwertungsgesellschaften im Repräsentationsverhältnis. Da in § 44 ff. VGG die Rechteinhaber, deren Rechte über eine Repräsentationsvereinbarung wahrgenommen werden, Adressaten des Diskriminierungsverbots sind, stellt sich die Frage, ob sie neben den beauftragenden Verwertungsgesellschaften oder gar ausschließlich berechtigt sind, die Ansprüche auf Nichtdiskriminierung geltend zu machen. Dafür, dass zumindest auch die beauftragenden Verwertungsgesellschaften gegen Diskriminierungen aus eigenem Recht vorgehen können, spricht der systematische Zusammenhang der Regelungen, welche gerade das Verhältnis der Verwertungsgesellschaften untereinander in den Blick nehmen. Entsprechend sind die Regelungen zum Repräsentationsverhältnis in der VG-RL auch in Kapitel 3 unter dem Titel „Rechtswahrnehmung für andere Organisationen für die kollektive Rechtswahrnehmung“ zusammengefasst. Auch bei ökonomischer Betrachtung zeigt sich, dass eine Bündelung der Ansprüche auf

549 *Ders.*, in: Götting/Lauber-Rönsberg/Rauer (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Urheberrecht, ³⁹2023, VGG § 69, Rn. 11 ff.; siehe hierzu auch Erwägungsgrund 44 S. 4 und 5 der VG-RL. *Schulze*, in: Dreier/Schulze (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, ⁶2018, VGG, § 69, Rn. 2 ff.

550 Die beauftragte Verwertungsgesellschaft kann der beauftragenden Gesellschaft gemäß § 70 Abs. 2 Nr. 1 VGG die Kosten in Rechnung stellen, welche für die Herstellung der Informationen zur Onlinevergabe entstanden sind oder nach Nr. 2 diejenigen Werke von der Wahrnehmung gar gänzlich ausschließen, zu denen nur unzureichende oder nicht verwendbare Informationen vorliegen. Über den wesentlichen Inhalt einer Repräsentationsvereinbarung informiert die beauftragende Verwertungsgesellschaft die mit ihr verbundenen Rechteinhaber (§ 71 VGG).

Nichtdiskriminierung bei der beauftragenden Verwertungsgesellschaft und eine Rechtsdurchsetzung durch sie als zentrale Interessenvertretung am effizientesten ist. Die beauftragende und die repräsentierende Verwertungsgesellschaft schließen den Vertrag und vereinbaren den wesentlichen Inhalt. Die Verwertungsgesellschaften haben schließlich die notwendige Expertise in der speziellen Materie des Verwertungsgesellschaftsrechts und können die Rechtslage daher am besten beurteilen.

Weniger klar ist, ob aus dem Diskriminierungsverbot und den spezielleren Verpflichtungen der §§ 45 f. VGG auch ein Anspruch individueller Rechteinhaber hervorgeht. Der Wortlaut spricht zunächst für eine derartige Interpretation, schließlich „darf die beauftragte Verwertungsgesellschaft die Rechteinhaber [...] nicht diskriminieren“. Dagegen spricht jedoch die systematische Stellung der Vorschriften sowohl im VGG als auch in der VG-RL in einem Bereich, der die Interaktion der Verwertungsgesellschaften untereinander betrifft. Die Rechteinhaber haben die Möglichkeit einer Verwertungsgesellschaft ihre Rechte zu entziehen, wenn diese nicht selbst am Modell der europäischen Direktlizenzierung teilnimmt (§ 72 VGG speziell für die Mehrgebietslizenzen und § 12 VGG allgemein). Sie sind damit durchaus geschützt und können, wenn sich ihre Verwertungsgesellschaft nicht hinreichend für eine diskriminierungsfreie Behandlung einsetzt, einen Wechsel herbeiführen. Ansprüche sollten ihnen daher – der Vertragsbeziehung folgend – gegen ihre eigene Verwertungsgesellschaft zustehen. Zu bedenken ist schließlich, dass es hinsichtlich der Diskriminierung im Repräsentationsverhältnis in erster Linie um das Verbot einer kollektiven Diskriminierung geht und damit alle Rechteinhaber gleichermaßen betroffen sind. Verwertungsgesellschaften handeln zum „kollektiven Nutzen“ der Rechteinhaber (§ 2 Abs. 1 VGG) und können die kollektive Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung als zentrale Anlaufstelle der Rechteinhaber am besten wahren. Dies spiegelt auch die Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften als Treuhänder am deutlichsten wider.

II. Fazit

Das Wahrnehmungsrecht ist von einer Durchmischung von Privatrecht und öffentlichem Recht geprägt. Die Struktur des Wahrnehmungsrechts zeigt aber sowohl auf europäischer als auch auf deutscher Ebene, dass die Verhältnisse der Parteien im System der kollektiven Rechtswahrnehmung besonders vor dem Hintergrund des Privatrechts beurteilt werden – Rech-

teinhaber, Rechtenutzer und die Verwertungsgesellschaften werden mit jeweils eigenen subjektiven Rechten ausgestattet. Unter welchen Voraussetzungen ein direkter Anspruch gegeben ist, ist dabei im Einzelfall zu prüfen. Die privatrechtlichen Rechtsbeziehungen der Verwertungsgesellschaften lassen sich in drei Richtungen unterteilen. Erstens bestehen Rechtsbeziehungen zwischen Verwertungsgesellschaften und Rechteinhabern, zweitens bestehen Rechtsbeziehungen zwischen Verwertungsgesellschaften und Rechtenutzern und drittens bestehen Rechtsbeziehungen zwischen den Verwertungsgesellschaften untereinander. In jeder dieser Beziehungen werden individuelle Rechtspositionen geschaffen, die mit den Mitteln des Privatrechts durchgesetzt werden können.

E. Ergebnis

Das Regulierungsmodell der VG-RL transportiert ein einseitiges, insbesondere auf die Stärkung der Position der Rechteinhaber ausgerichtetes Konzept von Wettbewerbsförderung und Europäisierung der Wahrnehmungstätigkeit. Die besondere Ökonomie der Verwertungsgesellschaften bewirkt sowohl auf der Wahrnehmungs- als auch auf der Lizenzseite strukturelle Abhängigkeiten. Während das Modell der *right-holders' option* bestehende Abhängigkeiten seitens der Rechteinhaber durch Einführung eines Wettbewerbskonzepts mindert, bleiben diese auf der Seite der Rechtenutzer grundsätzlich bestehen. Ihre Position mag sich gar verschlechtern, wenn sie nicht mehr davon ausgehen können, von einer Verwertungsgesellschaft – wenn auch territorial begrenzt – ein Gesamtrepertoire angeboten zu bekommen. Die VG-RL ist außerdem auf eine dritte Betätigung der Verwertungsgesellschaften angelegt: die Repräsentation. Sie ist nicht mehr auf Wechselseitigkeit, sondern auf Einseitigkeit ausgerichtet, worin sich die erwartete Marktverschiebung und Konzentration auf einige leistungsfähige und „pan-europäisch“ lizenzierende Gesellschaften äußert.

Für die Funktionsgewährleistung im Verwertungsgesellschaftssystem ist die Kontrolle der Institutionen von entscheidender Bedeutung. Sie ist für diese Arbeit relevant, weil auch das Privatrecht als eine zentrale Kontrollinstitution anzusehen ist. Über seine Anwendbarkeit im grenzüberschreitenden Bereich entscheidet das Kollisionsrecht. Dort, wo Einzelpositionen gegenüber den Verwertungsgesellschaften oder systemische Funktionen der Verwertungsgesellschaften bereits auf andere Weise geschützt werden, kann das Kollisionsrecht grundsätzlich liberaler ausfallen als dort, wo dies nicht

der Fall ist. Liberalität im Kollisionsrecht meint in diesem Zusammenhang Tätigkeitsvereinfachungen zugunsten der Verwertungsgesellschaften, indem diese beispielsweise das geltende Recht wählen können oder zumindest mit nur einem Verwertungsgesellschaftsrecht konfrontiert werden, selbst wenn ihre Tätigkeit Bezug zu mehreren Staaten aufweist.

Drei Kontrollinstitutionen wirken auf die Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften ein. Erstens das öffentliche Aufsichtsrecht, zweitens das Kartellrecht und drittens das Privatrecht. Als zusätzliche vierte Institution kann das System der internen Aufsicht der Verwertungsgesellschaften verstanden werden. Die Analyse legte zahlreiche Schwächen der klassischen Kontrollinstitutionen offen. Während die interne Aufsicht von vornherein nur die Interessen derjenigen Parteien schützen kann, die innerhalb der Aufsichtsgremien vertreten sind, zeigen sich im System der öffentlichen Aufsicht strukturelle Schwächen. Im grenzüberschreitenden Kontext innerhalb Europas führt das Sitzlandprinzip der Richtlinie dazu, dass die aufsichtsrechtliche Kontrolle nicht mehr uneingeschränkt am Marktort und damit am Mittelpunkt der betroffenen Interessen gewährleistet ist. Die Überprüfung des Verhaltens inländischer Verwertungsgesellschaften im Ausland ist nicht nur praktisch schwierig, zu befürchten ist außerdem, dass kein hinreichendes Interesse an der Kontrolle der Betätigung inländischer Verwertungsgesellschaften im Ausland besteht. Doch auch jenseits des Binnenmarkts ist die internationale Anwendbarkeit des aufsichtsrechtlichen Regelungsregimes nicht klar umschrieben. Das Kartellrecht schließlich leidet nicht nur unter praktischen Durchsetzungsschwierigkeiten, sondern ist auch strukturell mit den Besonderheiten des Urheberrechts überfordert. Rechtenutzer stehen überdies vor dem Problem, dass im Wettbewerbsmodell des „neuen Wahrnehmungssystems“ eine Marktbeherrschung nicht mehr ohne Weiteres anzunehmen ist, obwohl der angestrebte Wettbewerb im Modell der *right-holders' option* gerade nicht zu ihren Gunsten wirkt und ihre Abhängigkeit bezogen auf die Repertoires einer jeden Verwertungsgesellschaft nicht mindert.

Dies alles verdeutlicht die wachsende Relevanz des Privatrechts und der privaten Rechtsdurchsetzung für alle Beteiligten – gerade im grenzüberschreitenden Kontext. Der deutsche Fall zur Verlegerbeteiligung zeigte, dass systemverändernde Impulse vom konsequenten Gebrauch privatrechtlicher Rechtspositionen ausgehen können. Die notwendigen Rechtspositionen finden sich durchaus im europäischen bzw. deutschen Verwertungsgesellschaftsrecht. Das Verwertungsgesellschaftsrecht schafft spezifische Rechte und Pflichten für alle drei Rechtsverhältnisse. Die grenzüberschreitende

Anwendung des privatrechtlichen Regulierungssystems ist für seine Wirksamkeit von entscheidender Bedeutung. Um das Kollisionsrecht der kollektiven Rechtswahrnehmung wird es nun in *Teil 3* gehen.

