

Kapitel 2. Korrekturen des kollisionsrechtlichen Ergebnisses durch das Herkunftslandprinzip – ein neues Binnenmarktkollisionsrecht?

A. Ausgangsbetrachtung

Die Untersuchung des Kollisionsrechts der kollektiven Rechtewahrnehmung führte zur Entstehung eines differenzierenden kollisionsrechtlichen Konzepts, in welchem sich manche Rechte und Pflichten der Verwertungsgesellschaften bzw. rechtliche Standards verwertungsgesellschaftlichen Handelns aus dem Recht des Staates ergeben, in welchem die betreffende Verwertungsgesellschaft ihren Sitz hat, andere aus dem Recht desjenigen Staates, dessen Urheberrecht betroffen ist. Auch die Rechtswahlfreiheit durch Geltung des Vertragsstatuts erhielt Raum.

Die VG-Richtlinie führt zur Angleichung des nationalen Verwertungsgesellschaftsrechts in Europa, wobei für die meisten Bereiche lediglich eine Mindestharmonisierung vorgesehen ist.¹⁰⁰⁷ Im Ergebnis bleiben nach wie vor 26 eigenständige Rechtsordnungen zur Regelung der Materie „Verwertungsgesellschaftsrecht“ in der EU bestehen, inhaltlich stehen sie jedoch auf dem gemeinsamen Fundament der VG-RL. Ziel der VG-RL ist die Etablierung eines „koordinierten“ Systems nationaler Vorschriften zur kollektiven Rechtewahrnehmung (ErwG. 8) und die Sicherung hoher Leistungsstandards der Verwertungsgesellschaften (ErwG. 9). Auf dieser Grundlage soll sodann dem übergeordneten Zweck – der Förderung des Binnenmarkts für kreative Güter – Rechnung getragen werden. Das Binnenmarktkonzept mündet so in der Idee der Förderung „paneuropäischer“ Lizenzen, vergeben durch Verwertungsgesellschaften. Mittel zur Erreichung dieses Zwecks ist einerseits der inhaltliche Ansatz der VG-RL selbst (u.a. die Repertoirebündelung bei einigen leistungsfähigen Verwertungsgesellschaften zur Vergabe in mehreren Ländern), andererseits sollen Verwertungsgesellschaften bei ihrer grenzüberschreitenden Betätigung möglichst geringen Störungen ausgesetzt sein. Störung meint in diesem Zusammenhang auch die Störung durch Recht bzw. die Störung, die dadurch entstehen

1007 Siehe Erwägungsgründe 9, 20, 27, 29 und 40.

kann, dass Verwertungsgesellschaften ihre Tätigkeit an mehreren nationalen Rechtsordnungen ausrichten müssen, sobald sie mit ihnen „räumlich in Kontakt treten“. Dabei vermindert zuerst die Rechtsangleichung Reibungen, welche durch die Geltung mehrerer Rechtsordnungen entstehen – ähnliche Standards erleichtern die Anpassung an die nationalen Systeme.¹⁰⁰⁸

Die VG-RL geht jedoch weiter. In Artikel 36 und 37 der VG-RL erfolgt eine Konzentration der behördlichen Kontrolle im Sitzland der Verwertungsgesellschaften. Dies betrifft zunächst das System der aufsichtsrechtlichen Kontrolle. Doch auch von unterschiedlichen privatrechtlichen Standards bzw. Standards, die mit den Mitteln des Privatrechts durchgesetzt werden können, gehen potentielle „Störungen“ für die freie europaweite Betätigung der Gesellschaften aus. Bereits in Teil 2 der Arbeit wurde festgestellt, dass die VG-RL privatrechtliche Rechte und Pflichten schafft. In Teil 3 Kapitel 1 wurde außerdem festgestellt, dass die VG-RL kein eigenständiges formelles Konzept eines Internationalen Privatrechts der kollektiven Rechtswahrnehmung verfolgt bzw. hierbei keine unmittelbaren Vorgaben macht. Das im vorangegangenen Kapitel erarbeitete allgemeine Kollisionsrecht bildet daher auch hier den Ausgangspunkt der Betrachtung. Gleichwohl scheinen Anpassungen aufgrund des Binnenmarktkonzepts für innereuropäische Sachverhalte nicht ausgeschlossen. Sie sind abhängig von der konkreten Bedeutung und Reichweite des in der Verwertungsgesellschaftsrichtlinie und anderen europäischen Rechtsakten angelegten – und nicht zuletzt des primärrechtlichen – Sitz- bzw. Herkunftslandprinzips.¹⁰⁰⁹

1008 *Thünken*, Das kollisionsrechtliche Herkunftslandprinzip, 2003, S. 34. Siehe auch Erwägungsgründe 38–40.

1009 Die verwendete Terminologie ist uneinheitlich. In Deutschland ist der Begriff *Herkunftslandprinzip* am gebräuchlichsten. Er wird auch hier meist verwendet, wenn die Thematik abstrakt oder im Kontext anderer europäischer Rechtsakte behandelt wird. Die VG-RL bezieht sich hingegen auf das Sitzland der Verwertungsgesellschaft. Diese Terminologie wird aufgenommen und im Zusammenhang mit Verwertungsgesellschaften daher meist von *Sitzlandprinzip* gesprochen. Um spezifisch kollisionsrechtliches Vokabular zu vermeiden, bevorzugen andere Autoren den Begriff der *gegenseitigen Anerkennung* (in Anlehnung an die englische Terminologie – *mutual recognition*) (*Drexl*, in: von Hein (Hrsg.), *MüKo IPR II*, §201, Rom II-VO Art. 6 Rn. 45 ff.). Geht es um das Sekundärrecht, ist häufig auch der Begriff *Binnenmarktklausel* anzutreffen. Dabei handelt es sich nicht um gleichwertige, alternativ verwendbare Schlagworte, vielmehr transportiert jede Begrifflichkeit einen anderen Inhalt oder rückt zumindest eine spezifische Bedeutung in den Vordergrund. Der Begriff *Sitzlandprinzip* unterscheidet sich jedoch nicht per se vom *Herkunftslandprinzip*, welches seinerseits an die Niederlassung bzw. Ansässigkeit im Herkunftsland (teilweise aber auch nur an die Herkunft einer

Bereits die dogmatische Einordnung des Herkunftslandprinzips ist umstritten. Sie steht am Beginn der Untersuchungen in diesem Kapitel. Der Streit um die Frage, ob das europäische Herkunftslandprinzip eine „versteckte Kollisionsregel“ enthält, wird in Grundzügen dargestellt. Dabei stellt sich die Frage, inwieweit die Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften diesem Prinzip unterfällt. Enthält die VG-RL eine „Binnenmarktklausel“ mit Wirkung für das anwendbare Privatrecht und/oder fällt die Wahrnehmungstätigkeit der Verwertungsgesellschaften in den Anwendungsbereich der Dienstleistungs- oder E-Commerce-Richtlinie? Schließlich ist nach den praktischen Folgen der Anwendung der verschiedenen „Binnenmarktmechanismen“ für die Rechtsanwendung im europäischen Rechtsverkehr der Verwertungsgesellschaften zu fragen.

B. Bedeutung des Herkunftslandprinzips und seine Wirkung auf das Kollisionsrecht

I. Das Herkunftslandprinzip – von der Erfassung verwaltungsrechtlicher Kontrollen zur Erstreckung auf zivilrechtliche Fragen

Seine Grundlage findet das europäische Herkunftslandprinzip in der *Dassonville* Entscheidung des EuGH.¹⁰¹⁰ So enthält die *Dassonville*-Formel schon den wesentlichen Grundsatz, dass Waren, die bereits in einem Mitgliedstaat legal vermarktet worden sind, in anderen Mitgliedstaaten nicht vom Verkehr ausgeschlossen werden dürfen, wenn es dafür keine besondere Rechtfertigung gibt.¹⁰¹¹ Noch deutlicher wurde der EuGH in seiner berühmtesten Entscheidung *Cassis de Dijon* von 1979, in der er ausführte, dass es „[...] keinen stichhaltigen Grund dafür [gibt], zu verhindern, daß in einem Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellte und in den Verkehr gebrachte

Ware oder Dienstleistung) anknüpft und daher ebenso gut mit *Niederlassungs-Ansässigkeits-* oder eben *Sitzlandprinzip* beschrieben wäre (Mankowski, IPRax 2002, 257 ff.; zum Begriff auch Ohly, in: Ohly/Sosnitzer/Köhler u.a. (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 82023, Einf. C, Rn. 65 und inhaltlich als „Kontrolle an der Quelle“ bezeichnet von Glöckner, WRP 2005, 195 ff.). Für die Definition der Niederlassung kann grds. auf den Begriff der „Ansässigkeit“ in Art. 56 AEUV bzw. den der „Niederlassung“ in Art. 49 AEUV zurückgegriffen werden (Thünken, Das kollisionsrechtliche Herkunftslandprinzip, 2003, S. 24).

1010 EuGH, C-8/74, ECLI:EU:C:1974:82 – *Dassonville*.

1011 Basedow, RabelsZ 1995, 1, 7.

alkoholische Getränke in die anderen Mitgliedstaaten eingeführt werden [...].¹⁰¹²

Bezog sich die binnenmarktfreundliche Auslegung der Grundfreiheiten zunächst auf die Regelungen des Importstaates über das Inverkehrbringen und die Vermarktung von Waren und Dienstleistungen,¹⁰¹³ folgte schon bald eine anfangs kaum wahrgenommene Erstreckung auf das Privatrecht, vor allem auf das Wirtschaftsprivatrecht. Die anfängliche Beschränkung auf den Bereich des Wirtschaftsaufsichtsrechts überrascht nicht, ist es doch primäres Ziel, des aus den Grundfreiheiten abgeleiteten Herkunftslandprinzips Mehrfachzuständigkeiten abzubauen, was mit einer horizontalen Kompetenzverlagerung hin zum Herkunftsstaat einhergeht.¹⁰¹⁴ Sodann war besonders das Lauterkeitsrecht als Marktverhaltensrecht früh Gegenstand von Beanstandungen durch den EuGH.¹⁰¹⁵ Aus deutscher Sicht liegt hierin eine

1012 EuGH, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42, Rz. 14 – *Cassis de Dijon*.

1013 Oft ging es hierbei um nationale Produktstandards und Vorschriften zur Produktsicherheit. Die Entscheidung *Dassonville* bezog sich auf das belgische Erfordernis eines amtlichen Echtheitszertifikats für die Einfuhr und den Vertrieb von Brandwein, der eine anerkannte Ursprungsbezeichnung trägt. Hierbei handelte es sich um eine öffentlich-rechtliche Bestimmung zur Kontrolle von Produktstandards. In der Entscheidung *Cassis de Dijon* ging es um eine deutsche Vorschrift, die den Alkoholgehalt von „Likören“ auf mindestens 32 % festsetzte.

1014 *Roth*, RabelsZ 55 (1991), 623, 666.

1015 Hierzu gehören einige der bekanntesten Entscheidungen aus der Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten. In Bezug auf die Warenverkehrsfreiheit sind dies u.a.: EuGH, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42 – *Cassis de Dijon*; EuGH, C-286/81, ECLI:EU:C:1982:438 – *Oosthoek* (zur Anwendbarkeit eines niederländischen Verbots von Zugaben beim Import von Lexika aus Belgien); EuGH, C-362/88, ECLI:EU:C:1990:102 – *GB-Inno* (ein belgischer Supermarkt verteilte Werbeprospekte in Luxemburg, die gegen lauterkeitsrechtliche Angabeverbote verstießen); EuGH, C-126/91, ECLI:EU:C:1993:191 – *Yves Rocher* (zum Verbot des blickfangmäßigen Eigenpreisvergleich); EuGH, C-267/91 und 268/91, ECLI:EU:C:1993:905 – *Keck und Mithouard* (über das französische Verbot des Warenverkaufs unter Einstandspreis); als Entscheidungen, die sich mit dem lauterkeitsrechtlichen Irreführungs- und Werbeverboten beschäftigen, sind weiterhin zu nennen: EuGH, C-315/92, ECLI:EU:C:1994:34 – *Clinique*; EuGH, C-470/93, ECLI:EU:C:1995:224 – *Mars*; EuGH, C-368/95, ECLI:EU:C:1997:325 – *Vereinigte Familiapress* und EuGH, C-405/98, ECLI:EU:C:2001:135 – *Gourmet International*. Im Bereich der Mediendienste auch EuGH, C-34/95, ECLI:EU:C:1997:344 – *De Agostini*; EuGH, C-244/06, ECLI:EU:C:2008:85 – *Dynamic Medien* (bzgl. Jugendschutz). Außerdem sind folgende Entscheidungen hervorzuheben: EuGH C-275/92, ECLI:EU:C:1994:11 – *Schindler*; EuGH, C-384/93, ECLI:EU:C:1995:126 – *Alpine Investments*; EuGH, C-62/79, ECLI:EU:C:1980:84 – *Coditel I*; EuGH, C-403/08 und C-429/08, ECLI:EU:C:2011:631 – *FAPL und Murphy*.

klare Erstreckung des Herkunftslandprinzips auf das Privatrecht. Jedoch sind im Bereich des Wirtschaftsrechts Privatrecht und öffentliches Recht häufig funktionsäquivalent. Die Zuordnung solcher Regelungen zum privaten oder öffentlichen Recht ist abhängig von unterschiedlichen Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten. Spezifisches Marktverhaltensrecht wie das Lauterkeitsrecht wird beispielsweise in Frankreich bevorzugt dem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht zugeordnet,¹⁰¹⁶ während im deutschen und österreichischen Recht eine Zuordnung zum Privatrecht erfolgt.¹⁰¹⁷

II. Unterscheidung zwischen dem sekundärrechtlich und dem primärrechtlich verankerten Herkunftslandprinzip sowie dem primärrechtlichen Herkunftslandprinzip im koordinierten Bereich.

Seinen Ursprung hat das Herkunftslandprinzip also in den Grundfreiheiten. Hier liegt der dogmatische Ausgangspunkt aller weiteren Überlegungen zur Neuausrichtung der Binnenmarktstrategie, welche weniger den steinigen Weg der Rechtsvereinheitlichungen gehen sollte.¹⁰¹⁸ Mit der Kombina-

1016 Grundsätze zum Mitbewerberschutz wurden von französischen Gerichten seit Mitte des 19. Jahrhunderts auf der Grundlage der deliktsrechtlichen Generalklausel (Art 1382 Code civil) entwickelt. Der im *Code de la consommation* geregelte Verbraucherschutz ist hingegen weitgehend dem Straf- und Verwaltungsrecht zuzuordnen. Umfassende Marktverhaltensgesetze zum Schutz von Mitbewerbern und Verbrauchern werden in Schweden, Norwegen und Dänemark in erster Linie durch einen sog. Verbraucherombudsmann und die Verbraucherschutzbehörde durchgesetzt. Eine Sonderrolle nimmt das britische Recht ein, dem lauterkeitsrechtliche Regelungen grundsätzlich fremd sind. Einzelne Regelungaspekte des Lauterkeitsrechts finden sich hier im (nichtkodifizierten) Deliktsrecht wieder, andere sind in Verbraucherschutzgesetzen enthalten, die mit den Mitteln des Straf- und Verwaltungsrechts durchgesetzt werden. Eine besondere Rolle spielt in Großbritannien die freiwillige Werbeselbstkontrolle. Vgl. *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitzer/Köhler* u.a. (Hrsg.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, ⁸2023, Einf. B., Rn. 31.

1017 Hierzu *Drasch*, *Das Herkunftslandprinzip im internationalen Privatrecht*, 1997, S. 211. Das Lauterkeitsrecht zählt zu den sonderprivatrechtlichen Regelungen, welche die Vorschriften des BGB überlagern. Es ist durch die privatrechtliche Durchsetzung von Verhaltensnormen geprägt. Siehe auch: *Poelzig*, *Normdurchsetzung durch Privatrecht*, 2012, S. 76 f.; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen* (Hrsg.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, ⁴²2023, Einl., Rn. 7.1; *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitzer/Köhler* u.a. (Hrsg.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, ⁸2023, Einf. A., Rn. 5.

1018 Zur Genese des Binnenmarktziels siehe *Körber*, *Grundfreiheiten und Privatrecht*, 2004, S. 27 f.

tion aus schrittweiser Rechtsangleichung und der gegenseitigen Anerkennung bzw. dem Herkunftslandprinzip war eine binnenmarktdynamische Alternative gefunden.¹⁰¹⁹ Die Untersuchung beginnt daher mit dem primärrechtlichen Herkunftslandprinzip und widmet sich anschließend dem Herkunftslandprinzip der ECRL und der Dienstleistungsrichtlinie.¹⁰²⁰

1) Das primärrechtliche Herkunftslandprinzip und seine kollisionsrechtliche Wirkung

Ausgangspunkt der Entwicklung eines Modells, welches später unter dem Begriff des *Herkunftslandprinzips* erfasst wurde, war die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Dassonville*.¹⁰²¹ Die anschließende Entscheidung *Cassis de Dijon* führte zu einer Anpassung und Konkretisierung, vor allem aber zu einer Ausweitung der Gründe zur Rechtfertigung beschränkender Maßnahmen. Der EuGH war zur Überzeugung gelangt, dass angesichts kaum möglicher Rechtsangleichung der gemeinsame Markt nur funktionieren könne, wenn die Mitgliedstaaten Vorschriften im Bereich der Warenproduktion als grundsätzlich gleichwertig akzeptieren und keine weiteren rechtlichen Anforderungen stellen.¹⁰²² Entscheidendes Merkmal und Korrektiv zur Etablierung des Herkunftslandprinzips war die gleichzeitige Einführung weiterer Rechtfertigungsmöglichkeiten von Beschränkungen durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls. Diese stehen unter der Voraussetzung der Verhältnismäßigkeit. Bezogen auf die Warenverkehrsfreiheit lässt sich das gefundene Prinzip folgendermaßen zusammenfassen:

1019 *Streinz*, Europarecht, ¹⁰2016, Rn. 972.

1020 Letztlich wird sich zeigen, dass eine Dreiteilung des Herkunftslandprinzips vorgenommen werden kann. Erstens, das „echte“ sekundärrechtliche Herkunftslandprinzip, in dem das Sekundärrecht das Beschränkungsverbot anordnet (Bspw. Art. 3 Abs. 2 E-Commerce-RL; Art. 16 Abs. 1 und 2 Dienstleistungsrichtlinie; Art. 3 AMD-RL); zweitens, das primärrechtliche Herkunftslandprinzip im koordinierten Bereich; drittens, das primärrechtliche Herkunftslandprinzip im nicht koordinierten Bereich. Siehe hierzu sogleich unter *B, II., 6.*)

1021 Nach *Körber* ist die Verwirklichung des Herkunftslandprinzips für den „Gemeinschaftsgesetzgeber wie EuGH lediglich eine Möglichkeit zur Verwirklichung des Binnenmarktes, die sie ergreifen können, aber nicht müssen.“ Der Binnenmarkt sei entsprechend nur in dem Umfang primärrechtlich durch das Herkunftslandprinzip geprägt, in dem ihm der EuGH Bedeutung für die Grundfreiheitenkontrolle nationaler Normen beimisst (*Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, S. 29).

1022 *Drexl*, in: von Hein (Hrsg.), MüKo IPR II, ⁸2021, Rom II-VO Art. 6 Rn. 45 ff.

Eine entsprechend den Bestimmungen des Herkunftslandes produzierte und angebotene Ware besitzt Verkehrsfähigkeit im gesamten Binnenmarkt, es sei denn, es bestehen gute Gründe, ihr die Verkehrsfähigkeit zu versagen.¹⁰²³

a) Die Geltung des Herkunftslandrechts als kollisionsrechtlicher Ausgangspunkt

Fraglich ist, ob diesem grundsätzlichen Prinzip der gegenseitigen Anerkennung eine kollisionsrechtliche Wirkung entnommen werden kann. Zunächst vertrat *Bernhard*¹⁰²⁴ die Auffassung, dass auf dem Boden der Grundfreiheiten grundsätzlich das ausländische Recht als das Recht der Herkunft einer Ware oder Dienstleistung zur Anwendung kommen solle. Die in der Rechtsache *Cassis de Dijon* entwickelte Verhältnismäßigkeitsprüfung werde aus kollisionsrechtlicher Sicht zum Vorbehalt im Sinne eines *ordre public*.¹⁰²⁵ Am Beginn der kollisionsrechtlichen Betrachtung steht nach dieser Ansicht also das Recht des Herkunftslandes, dessen Anwendung nur dann unterbleibt, wenn es mit den berechtigten Belangen des Importstaates unvereinbar ist.¹⁰²⁶ Diese Ansicht verkennt bereits, dass es keinesfalls zwingend zur Anwendung des Rechts des Herkunftslandes kommen muss. Vielmehr kommen auch ausländische Anbieter in den Genuss einer liberaleren Rechtsordnung im Bestimmungsland.¹⁰²⁷

b) Das Herkunftslandprinzip als kollisionsrechtlicher favor

Entsprechend nimmt eine andere, verbreitetere Ansicht einen Vergleich mit dem kollisionsrechtlichen Günstigkeitsprinzip vor und überwindet da-

1023 *Steindorff*, ZHR 150 (1986), 687, 689.

1024 *Bernhard*, EuZW 1992, 437 ff.

1025 *Ders.*, EuZW 1992, 437, 440.

1026 *Thünken* sieht im Herkunftslandprinzip eine Parallele zu den *statuta personalia*, welche als Ausnahmen von der Geltung des strengen Territorialitätsprinzips entwickelt worden waren. Beides, die Statutenlehre und das Herkunftslandprinzip, bezweckten eine kollisionsrechtliche Entlastung zugunsten wirtschaftlicher Verflechtung (*Thünken*, Das kollisionsrechtliche Herkunftslandprinzip, 2003, 34 f.).

1027 *Basedow*, RabelsZ 1995, 1, 16. *Basedow* spricht auch von einem *favor venditoris* bzw. einem *favor offerentis*.

mit die Schwächen dieses Modells. Demnach enthalten die Grundfreiheiten, insbesondere Art. 34 AEUV, versteckte Kollisionsnormen, die in ihrer Wirkung entsprechend einem kollisionsrechtlichen *favor*¹⁰²⁸ das anwendbare Recht nach einem Günstigkeitsvergleich zwischen Marktortrecht und dem Recht des Ursprungslandes bestimmen.¹⁰²⁹ Der Rechtsanwendungsvorbehalt unter der Voraussetzung der Gebotenheit aufgrund zwingender Gründe des Allgemeinwohls sei – auch nach dieser Ansicht – im Sinne eines kollisionsrechtlichen *ordre-public* zu verstehen. Die Anwendung des *ordre-public* Vorbehalts habe dabei restriktiv zu erfolgen und sich auf das unbedingt notwendige „Eingriffsmaß“ zu beschränken.¹⁰³⁰ Dies zum einen auf Ebene der Anerkennung ausländischer Gerichtsentscheidungen¹⁰³¹ – einem ausländischen Urteil darf die inländische Wirkung nur insoweit versagt werden, wie dies erforderlich ist –, zum anderen auf der Ebene der Rechtsanwendung – das Ergebnis ausländischer Rechtsanwendung¹⁰³² darf nur dort und nur soweit korrigiert werden, wie dies erforderlich ist.¹⁰³³

1028 Der *favor* zeichnet sich durch einen kollisionsrechtlichen Günstigkeitsvergleich aus. Der Richter wählt anhand einer materiell-rechtlichen Ergebnisvorgabe zwischen genau bezeichneten Rechtsordnungen, welche ihm gleichrangig zur Auswahl gestellt sind. Dabei soll in der Regel der Bestand eines Rechtsverhältnisses oder die Begründung eines Status oder Anspruchs begünstigt werden (*Kropholler*, IPR, 62006, § 20 II 1).

1029 Unter anderem: *Basedow*, *RabelsZ* 1995, 1, 15 ff.; *ders.*, in: Schnyder/Reichert-Facilides (Hrsg.), *Internationales Verbraucherschutzrecht*, 1995, S. 11, 20; *Jayme/Kohler*, *IPRax* 1991, 361, 369; *Remien*, *JZ* 1994, 349, 350; *Drasch*, *Das Herkunftslandprinzip im internationalen Privatrecht*, 1997, 244 ff.

1030 *Kropholler*, IPR, 62006, § 36 II 3 bzgl. des materiellen *ordre-public*; § 60 IV 2 bzgl. des *ordre-public* bei der Anerkennung ausländischer Entscheidungen.

1031 Exemplarisch BGH, v. 4.6.1992 – IX ZR 149/91 = *NJW* 1992, 3096. Der BGH hatte die Anerkennung eines amerikanischen Strafschadensersatzurteils nur insoweit versagt, wie es durch die Anerkennung der *punitive damages* gegen den deutschen *ordre-public*-Vorbehalt verstieß.

1032 In der Regel geht es um Korrekturen des Ergebnisses bei der Anwendung ausländischen materiellen Rechts, in Einzelfällen kann auch die Korrektur ausländischen Kollisionsrechts der Gegenstand des *ordre-public* sein (etwa, wenn ein *Renvoi* durch eine gleichheitswidrige Kollisionsnorm des fremden Rechts ausgesprochen wird).

1033 *Basedow*, *RabelsZ* 1995, 1, 21 f.

c) Das Herkunftslandprinzip als eigenständiges Modell

Tatsächlich scheint ein Vergleich mit der Konstruktion des *favor* zunächst naheliegend. Doch trifft auch sie nicht den Kern der Wirkung der Grundfreiheiten, wie sie der EuGH entwickelte. Der EuGH nimmt selbst keine kollisionsrechtliche Anknüpfung vor. Er überprüft auch nicht das kollisionsrechtliche Vorgehen nationaler Gerichte, sondern betrachtet lediglich das Ergebnis des jeweils berufenen nationalen Sachrechts und überprüft dieses sodann auf seine Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten. Eine Beschränkung der Grundfreiheiten liegt demnach nur vor, wenn ein Dienstleistungserbringer oder Anbieter von Waren zum Opfer einer doppelten Belastung in dem Sinne wird, als dass er seine Tätigkeit an den Erfordernissen zweier Rechtsordnungen ausrichten muss, von denen eine jede (die des Herkunftslandes und die des Bestimmungslandes) gleichartige Vorschriften enthält, die dasselbe Ziel verfolgen. Der EuGH stellt die Frage nach dem anwendbaren Recht also nicht, vielmehr nimmt er das kollisionsrechtliche Ergebnis des vorliegenden Gerichts – in der Annahme, dass dieses sein Internationales Privatrecht (das IPR des Forums) korrekt angewandt hat – hin.¹⁰³⁴ Der EuGH prüft lediglich die Auswirkung des für anwendbar gehaltenen Sachrechts anhand der Grundfreiheiten.¹⁰³⁵ Das Kollisionsrecht beruft ein oder mehrere Rechtsordnungen zur Entscheidung einer juristischen Frage. Das primärrechtliche Herkunftslandprinzip zieht das Recht des Ursprungslandes jedoch bestenfalls als einen Vergleichspunkt heran. Der Aussagegehalt des Herkunftslandprinzips ist in erster Linie derjenige, dass der Rechtsanwender im Bestimmungsland bei der Anwendung seines Rechts zu berücksichtigen hat, dass die jeweils in Frage stehende wirtschaftliche Tätigkeit bereits Gegenstand von Kontrolle und Regulierung im Land ihres Ursprungs war und diese Kontrolle als grundsätzlich gleichwertig anzuerkennen ist.¹⁰³⁶ Entsprechend nimmt der EuGH keinen abstrakten Vergleich zwischen dem Recht des Herkunfts- und dem Recht des Bestimmungslands vor, was seinerseits gegen die kollisionsrechtliche Einordnung des Herkunftslandprinzips als *favor offerentis* spricht.¹⁰³⁷

1034 Baere, MJ 2004, 287, 297 f.

1035 Bernhard, EuZW 1992, 437, 440.

1036 Baere, MJ 2004, 287, 301. Ähnlich auch Körber, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, 447 ff.

1037 Baere, MJ 2004, 287, 304 f. und umfassend Drexler, in: von Hein (Hrsg.), MüKo IPR II, 82021, Rom II-VO Art. 6 Rn. 47-55.

Ein weiterer bedeutender Unterschied findet sich in den Auswirkungen der „Beziehung“ fremden Rechts. Erklärt das Internationale Privatrecht ausländisches Recht für anwendbar, so erstreckt sich die Anknüpfung in der Regel auf Tatbestand und Rechtsfolge. Anders verhält es sich im System des primärrechtlichen Herkunftslandprinzips. Kommt es zu einem Rechtsverstoß gegen das, unter Berücksichtigung des Herkunftslandprinzips, berufene Sachrecht, so richten sich die Folgen des Verstoßes keinesfalls nach dem Recht des Herkunftslandes, sondern nach demjenigen des Bestimmungslandes. Dies gilt etwa für strafrechtliche Sanktionen,¹⁰³⁸ aber auch für zivilrechtliche Folgen. Erhebt eine Partei etwa Schadensersatzklage gegen einen ausländischen Dienstleistungserbringer und führt das Internationale Privatrecht des Forums zur Geltung des Rechts des Bestimmungslandes, so wird der mit der Sache betraute Richter prüfen, ob der Tatbestand der Norm einer Korrektur unterliegt, nicht jedoch, ob die in der Folge angeordnete Sanktion einer Kontrolle bedarf.¹⁰³⁹

Schließlich ist zu sehen, dass der EuGH nicht einseitig auf das Recht des Dienstleistungserbringers oder Warenanbieters abstellt. Die Binnenmarktrelevanz auf Anbieterseite tritt zwar häufig in den Vordergrund, dies ist aber nicht zwingend. Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit werden in der Rechtsprechung auch als Nachfrager oder Verbraucherrechte interpretiert.¹⁰⁴⁰ So hat der EuGH in verschiedenen Entscheidungen betont, dass die Inanspruchnahme von Dienstleistungen ebenso der Dienstleistungsfrei-

1038 EuGH, C-369/96 und C-376/96, ECLI:EU:C:1999:575 – *Arblade (Leloup)*, Rn. 43 ff. Der EuGH prüfte, ob die Anwendung einer inländischen Strafvorschrift bzw. die Strafverfolgung wegen Verstoßes gegen Vorschriften zum Arbeitnehmerschutz einen Verstoß gegen die Grundfreiheiten darstellen kann. Dabei geht es aber nur darum, ob der strafrechtliche Regelungsgehalt zur Anwendung gebracht werden kann. Damit die Strafverfolgung wegen eines Verstoßes gegen „Bestimmungen gerechtfertigt ist, müssen diese hinreichend genau und zugänglich sein, um einem solchen Arbeitgeber in der Praxis die Feststellung, welche Verpflichtungen er beachten mußte, nicht unmöglich oder übermäßig schwer zu machen.“ Der EuGH wendet das Recht des Herkunftslandes nicht auf Rechtsfolgenseite an und nimmt hier keine Korrektur vor. (In EuGH C-348/96, EU:C:1999:6 – *Donatella Calfa*, hat der EuGH einmal festgestellt, dass eine griechische strafrechtliche Sanktion, die mit einer lebenslangen Ausweisung aus Griechenland verbunden ist, gegen die Dienstleistungsfreiheit verstößt. Mit dem hier diskutierten Problem der dogmatischen Bedeutung des Herkunftslandprinzips hat dies aber nichts zu tun.)

1039 *Baere*, MJ 2004, 287, 302.

1040 *Basedow*, *RabelsZ* 1995, 1, 18.

heit unterfällt¹⁰⁴¹ und dass es etwa Verbrauchern zu ermöglichen sei, im Ausland unter denselben Bedingungen einzukaufen wie Einheimischen (als Ausdruck der Warenverkehrsfreiheit).¹⁰⁴² Die Frage nach dem Herkunftsland ist also auch eine Frage der Perspektive.¹⁰⁴³

Dies führt zu folgender Überlegung: Knüpft das IPR der *lex fori* bereits an das Recht des Herkunftslandes an, kommt eine Verschiebung des Regulierungsmaßstabes dieses Rechts bzw. ein Günstigkeitsvergleich mit dem Recht des Bestimmungslandes nicht in Betracht. Tatsächlich bewirkt dies eine Benachteiligung ausländischer Anbieter gegenüber ihren inländischen Konkurrenten im Empfangsstaat. Gleichwohl kommt es grundsätzlich nicht zur Korrektur des Regulierungsmaßstabes nach den Wertungen des Bestimmungslandrechts, denn die Schlechterstellung der ausländischen Anbieter beruht in diesen Fällen in der Regel auf den Restriktionen ihres Heimatrechts, was eine Korrektur im Sinne der gegenseitigen Anerkennung unmöglich macht. Derartige Formen der Schlechterstellung stehen, wenn es um Waren geht, einer Ausfuhrbeschränkung nach Art. 35 AEUV näher als einer Einfuhrbeschränkung.¹⁰⁴⁴ Anderes kann grundsätzlich nur dann angenommen werden, wenn das berufene Kollisionsrecht (in der Regel das des Marktorts) diskriminierend wirkt.¹⁰⁴⁵

1041 EuGH, C-286/82 und 26/83, EU:C:1984:35 – *Graziana Luisi und Giuseppe Carbone v. Ministero del Tesoro*; EuGH C-186/87, EU:C:1989:47 – *Ian William Cowan v. Trésor Public*.

1042 EuGH, C-362/88, ECLI:EU:C:1990:102 – *GB-Inno*. Allerdings erschöpft sich der „Binnenmarktschutz“ für Verbraucher in der diskriminierungsfreien Anwendung des Marktortrechts. Zu den Exportbeschränkungen bei Waren siehe auch: EuGH, C-15/79, EU:C:1979:253 – *Groenveld BV v. Produktschap voor vee en vlees*. Bzgl. der Anwendung strengerer Verhaltensregeln für Inländer im Ausland (bzw. in diesem Fall „auf hoher See“) siehe EuGH, C-379/92, EU:C:1994:296 – *Peralta*. Siehe auch *Baere*, MJ 2004, 287, 300 f.

1043 Zu sehen ist allerdings, dass die eigentlichen Träger der wirtschaftlichen Integration Europas die Anbieter sind, nicht die Nachfrager. Entsprechend kommt die „Liberalisierung“ aufgrund des Herkunftslandprinzips vor allem den Anbietern zugute. So auch *Basedow*, *RabelsZ* 1995, 1, 18. Kritisch gegenüber der Hervorhebung der Anbieter bei der Binnenmarktintegration: *Baere*, MJ 2004, 287, 304.

1044 *Basedow*, *RabelsZ* 1995, 1, 17. Zur Dienstleistungsfreiheit siehe EuGH, C-384/93, ECLI:EU:C:1995:126 – *Alpine Investments*.

1045 *Roth*, *RabelsZ* 55 (1991), 623, 645 f. – *Roth* nennt als Beispiel eines diskriminierenden Kollisionsrechts das deutsche internationale Deliktsrecht nach Art. 40 Abs. 1 S. 1 und 2 EGBGB. Demnach unterliegen Ansprüche aus unerlaubter Handlung dem Recht des Staates, in dem der Ersatzpflichtige gehandelt hat; alternativ kann auch das Recht desjenigen Staates berufen sein, in welchem der Erfolg eingetreten ist. Diese alternative Anknüpfung verbindet *Roth* mit dem Beispiel der Produkt-

d) Fazit

Die kollisionsrechtliche Einordnung des primärrechtlichen Herkunftslandprinzips stößt vor allem auf drei Bedenken: irritierend wirkt zunächst die Möglichkeit der Rechtfertigung, sie mag sich teilweise im international privatrechtlichen *ordre public* Vorbehalt spiegeln, steht dogmatisch und sachlich bei genauerer Betrachtung aber auf anderen Füßen. Der zweite Grund findet sich in der Anwendung des Herkunftslandprinzips durch den EuGH selbst. Das Vorgehen des EuGH entspricht gerade nicht dem inhaltlichen Rechtsvergleich möglicherweise anwendbarer Rechtsordnungen, wie er kollisionsrechtlich geboten wäre. Drittens spricht ein Vergleich der rechtlichen Konsequenzen, die das Herkunftslandprinzip bewirkt und derjenigen, die Folge der Anwendung fremden Rechts nach dem Internationalen Privatrecht sind, gegen ein kollisionsrechtliches Verständnis des Herkunftslandprinzips.¹⁰⁴⁶ Das Internationale Privatrecht folgt einem anderen System. Dennoch wurden in der Vergangenheit verschiedene Meinungen vertreten, deren Interpretation des Herkunftslandprinzips teilweise fortwirken. Festhalten lässt sich außerdem, dass der Günstigkeitsvergleich nur zum Tragen kommt, wenn das Kollisionsrecht das Recht des Bestimmungslandes beruft. In diesem Fall kann sich der Warenexporteur bzw. Dienstleistungserbringer bei liberalerem Recht des Herkunftslands auf dieses berufen und so unter Umständen eine Korrektur des Rechts des Bestimmungslandes bewirken (wenn dieses zu einer doppelten Kontrolle führen würde, die ihrerseits nicht gerechtfertigt wäre). Kommt das Kollisionsrecht aber zu dem Ergebnis, dass das Recht des Ursprungslands gilt, so bleibt dem

haftung. Geht es um Importprodukte, fallen Handlungs- und Erfolgsort auseinander und dem Geschädigten stehen zwei Rechtsordnungen zur Verfügung, von denen er die strengere wählen wird. Bei einheimischen Produkten ist dies nicht der Fall. Tatsächlich kann sich hieraus eine Haftungsbegünstigung und damit ein Wettbewerbsvorteil für einheimische Produkte ergeben. Schuld ist das Kollisionsrecht, nicht das Sachrecht. Dadurch, dass Art. 40 EGBGB weitgehend in der Rom II-VO – die keine alternative Anknüpfung vorsieht (siehe etwa Art. 4 Rom II-VO; Produkthaftung ist in Art. 5 Abs. 1 Rom II-VO mittels einer Anknüpfungsleiter geregelt) – aufgegangen ist, hat sich dieses Problem zwischenzeitig erledigt.

1046 Als vierter Grund mag anzunehmen sein, dass speziell das unionsrechtliche Kollisionsrecht auf Art. 81 Abs. 2 lit. c) AUEV beruht und somit seinerseits nicht in erster Linie der Verwirklichung des Binnenmarkts dient, sondern Bestandteil des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (vgl. Art. 3 Abs. 2 EUV) ist (dazu *Wagner*, *RabelsZ* 79 (2015), 521, 522 ff.; *Hellgardt*, *RabelsZ* 82 (2018), 654, 667 f.).

Exporteur der Günstigkeitsvergleich grundsätzlich versagt. Er bleibt an sein Heimatrecht gebunden, es sei denn, dies stellt sich als Diskriminierung dar.

2) Das sekundärrechtliche Herkunftslandprinzip

Was für das primärrechtliche Herkunftslandprinzip gilt, muss nicht notwendigerweise für das sekundärrechtliche Herkunftslandprinzip gelten. Ein einheitliches sekundärrechtliches Herkunftslandprinzip gibt es allerdings nicht. Vielmehr ist jeder Sekundärrechtsakt gesondert auf mögliche kollisionsrechtliche Wirkungen hin zu überprüfen.¹⁰⁴⁷ Von besonderem Interesse für diese Arbeit sind die ECRL und die Dienstleistungsrichtlinie. Bei beiden Richtlinien wird die Wirkung des jeweiligen Herkunftslandprinzips kontrovers diskutiert. Speziell im Hinblick auf die Dienstleistungsrichtlinie kommt außerdem eine Anwendung auf die Tätigkeiten von Verwertungsgesellschaften in Betracht.

a) Das Herkunftslandprinzip in der E-Commerce-Richtlinie

Das Herkunftslandprinzip in der E-Commerce-Richtlinie (ECRL)¹⁰⁴⁸ wurde in den einzelnen Mitgliedstaaten auf verschiedene Weise umgesetzt: Österreich¹⁰⁴⁹, Luxemburg¹⁰⁵⁰ und Frankreich¹⁰⁵¹ etwa behandeln das Herkunftslandprinzip der ECRL als kollisionsrechtliches Prinzip und wählen

1047 Baere, MJ 2004, 287, 305 f.; Roth, RabelsZ 55 (1991), 623, 668.

1048 Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt (ABl. L 178 vom 17.7.2000, S. 1–16).

1049 § 20 Abs. 1 ECG lautet: „Im koordinierten Bereich (§ 3 Z 8) richten sich die rechtlichen Anforderungen an einen in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Diensteanbieter nach dem Recht dieses Staats.“

1050 Art. 2 Abs. 4 Loi relative au commerce électronique lautet: „La loi du lieu d'établissement du prestataire de services de la société de l'information s'applique aux prestataires et aux services qu'ils présentent, sans préjudice de la liberté des parties de choisir le droit applicable à leur contrat.“

1051 Art. 17 Loi pour la confiance dans l'économie numérique lautet: „L'activité définie à l'article 14 est soumise à la loi de l'Etat membre sur le territoire duquel la personne qui l'exerce est établie, sous réserve de la commune intention de cette personne et de celle à qui sont destinés les biens ou services.“

eine entsprechende Umsetzung.¹⁰⁵² Dänemark¹⁰⁵³ und die Niederlande¹⁰⁵⁴ behandeln es sachrechtlich.¹⁰⁵⁵ Die Positionen der Mitgliedstaaten spiegeln den Streitstand in der Literatur wider.¹⁰⁵⁶ Sie reichen von einer insgesamt kollisionsrechtlichen Qualifikation im Sinne einer Sachnormverweisung sowie einer Regelung über die internationale Zuständigkeit der Gerichte¹⁰⁵⁷ bis hin zu einem rein sachrechtlichen Verständnis.¹⁰⁵⁸ Ausgangspunkt der Verwirrung um die Einordnung des Herkunftslandprinzips ist Art. 3 der ECRL. Gemäß Art. 3 Abs. 1 ECRL trägt jeder Mitgliedstaat dafür Sorge, dass die Dienste der Informationsgesellschaft, die von einem in seinem Hoheitsgebiet niedergelassenen Diensteanbieter erbracht werden, den in diesem Mitgliedstaat geltenden innerstaatlichen Vorschriften entsprechen, die in den koordinierten Bereich fallen. Im Gegenzug dürfen die Mitgliedstaaten gemäß Art. 3 Abs. 2 ECRL – sprich die Empfangsstaaten – den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat nicht aus Gründen einschränken, die ihrerseits in den koordinierten Bereich fallen. Dieses Regelungsmodell klingt tatsächlich stark nach einem kollisionsrechtlichen Konzept, in welchem eine bestimmte Regelungsmaterie, nämlich die des „koordinierten Bereichs“, dem Recht des Staates der Niederlassung des Diensteanbieters unterfallen soll und eben nicht dem Recht des Empfangs- bzw. Aufnahme Staates. Zugleich legt der europäische Richtliniengeber allerdings hier, wie z.B. auch in der VG-RL,

1052 *Mankowski*, IPRax 2002, 257, 262.

1053 Die Umsetzung in Dänemark erfolgte nach dem Gesetz Nr. 227 vom 22.4.2002 (Lov nr 227 af 22/04/2002). § 3 statuiert die Pflicht dänischer Diensteanbieter im koordinierten Bereich im Einklang mit dänischem Recht zu handeln, auch wenn der Dienst ausschließlich auf andere Mitgliedstaaten oder andere Staaten des EWR ausgerichtet ist. Kernvorschrift ist § 4 mit folgendem Wortlaut: „En tjenesteyder, der er etableret i et andet land inden for Den Europæiske Union/Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, og som leverer en informationssamfundstjeneste, er undtaget fra overholdelse af danske regler inden for det koordinerede område, jf. § 2, nr. 8, selv om tjenesten retter sig mod Danmark, jf. dog §§ 5 og 6.“

1054 Siehe Art. 5 des Niederländischen Änderungsgesetz vom 13.5.2004 (PbEG L 178 – Anpassungswet richtlijn inzake elektronische handel).

1055 *Jayme/Kohler*, IPRax 2002, 461, 463.

1056 M.w.N. *Spickhoff*, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, ⁵2023, Art. 40 EGBGB, Rn. 5.

1057 *Mankowski*, IPRax 2002, 257, 257 ff.; *Spickhoff*, in: Leible (Hrsg.), Die Bedeutung des internationalen Privatrechts im Zeitalter der neuen Medien, 2003, S. 89, 117 ff.; *Thünken*, IPRax 2001, 15, 19 f.; *Sonnenberger*, IPRax 2003, 104, 108 f.

1058 OLG Hamburg MMR 2010, 185; *Sack*, WRP 2002, 271; *Ohly*, GRUR Int. 2001, 899 ff.; *Drexler*, in: von Hein (Hrsg.), MüKo IPR II, ⁸2021, Rom II-VO Art. 6 Rn. 80 ff.

Wert auf die Feststellung, dass die Richtlinie „weder zusätzliche Regeln im Bereich des internationalen Privatrechts [schafft], noch [...] sich mit der Zuständigkeit der Gerichte [befasst]“ (Art. 1 Abs. 4 ECRL)¹⁰⁵⁹. Diese offensichtliche Widersprüchlichkeit¹⁰⁶⁰ hat wenig überraschend den akademischen Diskurs angeregt.¹⁰⁶¹

Klarheit konnte der EuGH in der Entscheidung *eDate und Martínez*¹⁰⁶² schaffen. Hier machte der EuGH deutlich, dass Art. 3 ECRL keine Umsetzung in Form einer speziellen Kollisionsregel verlangt. Betreffend die Regelung zu den Kontrollpflichten des Sitzstaates nach Art. 3 Abs. 1 ECRL führt der EuGH aus, dass „eine Auslegung der Binnenmarktregel des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie dahin, dass sie zu einer Anwendung des im Sitzmitgliedstaat geltenden Sachrechts führt, nicht ihre Einordnung als Regel im Bereich des Internationalen Privatrechts nach sich zieht. Dieser Absatz verpflichtet die Mitgliedstaaten nämlich in erster Linie dazu, dafür Sorge zu tragen, dass die

1059 Dieselbe Aussage findet sich in Erwägungsgrund 23 der Richtlinie.

1060 *Ohly*, GRUR Int. 2001, 899, 900 zieht zur Veranschaulichung der widersprüchlichen Vorgehensweise des Richtliniengebers das bekannte Bild des Malers René Magritte „*Ceci n'est pas une pipe*“ heran.

1061 Folgende Ansichten lassen sich hervorheben: (1) *Bernreuther* sieht im Herkunftslandprinzip der ECRL eine Regelung über den Ort der Rechtsdurchsetzung, also der internationalen Zuständigkeit. Einem nationalen Gericht sei es verwehrt „die Auseinandersetzung mit dem Recht des Herkunftslandes zu regeln“ (so ausdrücklich *Bernreuther*, WRP 2001, 384, 385; siehe auch *ders.*, WRP 2001, 513, 515). (2) Eine zweite Ansicht sieht im Herkunftslandprinzip der ECRL eine einseitige Verweisung auf das Sachrecht des Herkunftslandes (allen voran *Mankowski*, GRUR Int. 1999, 909, 912 f.; *ders.*, IPRax 2004, 385 ff.; *ders.*, ZVglRWiss 100 (2001), 137, 140 f.; *ders.*, IPRax 2002, 257 ff.; *ders.*, in: Heermann/Schlingloff (Hrsg.), MüKo (UWG), ³2020, Teil II, Int. Wettb. Rn 48 ff.; außerdem: *Hausmann/Obergfell*, in: Fezer/Büscher/Obergfell (Hrsg.), Internationales Lauterkeitsrecht, lauterkeitsrechtliche Spezialthemen, Geschichte - Sytematik - Grundlagen, ³2016, Einl. I UWG Rn. 134 ff. und *Thünken*, IPRax 2001, 15, 20 ff.). Inhaltlich entspricht dies der bereits im Zusammenhang mit dem primärrechtlichen Herkunftslandprinzip dargestellten Auffassung, sie ist aus denselben Gründen abzulehnen. (3) Ebenso wenig im Einklang mit der ECRL steht eine dritte Ansicht, welche im Herkunftslandprinzip eine kollisionsrechtliche Gesamtverweisung sieht (*Hoeren*, MMR 1999, 192, 195.). (4) Schließlich finden sich auch im Zusammenhang mit der ECRL zahlreiche Vertreter, welche Art. 3 Abs. 2 und Art. 1 Abs. 1 und 2 ECRL eine kollisionsrechtliche Aussage im Sinne des Günstigkeitsprinzips entnehmen möchten (*Fezer/Koos*, IPRax 2000, 349, 351; wohl auch im Sinne des Günstigkeitsprinzips *Jayme/Kohler*, IPRax 2001, 501, 502 f.; *Lurger/Vallant*, RIW 2002, 188, 195 f.; *Spindler*, IPRax 2001, 400, 401 f.).

1062 EuGH, Verb. Rs. C-509/09 und C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685 – *eDate und Martínez*.

Dienste der Informationsgesellschaft, die von einem in ihrem Hoheitsgebiet niedergelassenen Diensteanbieter erbracht werden, den in diesen Mitgliedstaaten geltenden innerstaatlichen Vorschriften entsprechen, die in den koordinierten Bereich fallen. Die Auferlegung einer solchen Verpflichtung weist nicht die Merkmale einer Kollisionsregel auf, die dazu bestimmt wäre, einen spezifischen Konflikt zwischen mehreren zur Anwendung berufenen Rechtsordnungen zu lösen.¹⁰⁶³ Aber auch in Bezug auf das Beschränkungsverbot des aufnehmenden Mitgliedstaates sieht der EuGH keine Kollisionsregel, welche die Anwendung inländischen Sachrechts ausschließen würde. „Zum anderen untersagt Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie den Mitgliedstaaten, den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat aus Gründen einzuschränken, die in den koordinierten Bereich fallen. Aus Art. 1 Abs. 4 in Verbindung mit dem 23. Erwägungsgrund der Richtlinie folgt dagegen, dass es den Aufnahmemitgliedstaaten grundsätzlich freisteht, das anwendbare Sachrecht anhand ihres Internationalen Privatrechts zu bestimmen, soweit sich daraus keine Einschränkung der Freiheit zur Erbringung von Diensten des elektronischen Geschäftsverkehrs ergibt.“¹⁰⁶⁴

Die Mitgliedstaaten sind also lediglich dazu verpflichtet, im koordinierten Bereich sicherzustellen, dass Anbieter von Diensten des elektronischen Geschäftsverkehrs keinen strengeren Anforderungen unterliegen, als sie das im Sitzmitgliedstaat des jeweiligen Anbieters geltende Sachrecht vorsieht. Hier tritt die sachrechtliche Interpretation des Herkunftslandprinzips durch den EuGH deutlich zu Tage. Sachrechtliche Standards sind anzugleichen, das Maß der Kontrolle am Marktort ist mit dem Maß der Kontrolle im Herkunftsland in Einklang zu bringen und ggf. abzusenken.

Zuzugeben ist jedoch, dass der EuGH eine kollisionsrechtliche Umsetzung der ECRL nicht ausschloss.¹⁰⁶⁵ Ein „favorähnliches“ Modell, wie es in einigen Mitgliedstaaten vorgesehen ist, erscheint als mögliche Alternative zum Modell der sachrechtlichen Ergebniskorrektur.¹⁰⁶⁶ Betrachtet man

1063 EuGH, Verb. Rs. C-509/09 und C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685 – *eDate und Martínez*, Rn. 61.

1064 EuGH, Verb. Rs. C-509/09 und C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685 – *eDate und Martínez*, Rn. 62.

1065 Hierzu auch *Picht*, GRUR Int. 2013, 19, 21.

1066 Teilweise wird eine Ausnahme vom Herkunftslandprinzip der ECRL für Fälle befürwortet, in denen ein Internetauftritt nur auf den ausländischen Vertrieb bezogen ist. Da keinerlei sitzlandbezogene Distribution erfolge, fände das Heimatrecht unter „normalen Umständen“ keine Anwendung und es entstehe demzufolge auch

den Regelungsrahmen des Internationalen Privatrechts, welcher auf Unionebene im hier interessierenden Bereich vor allem durch die Rom II-VO geprägt ist, so scheint ein Modell der kollisionsrechtlichen Umsetzung zwar nicht ausgeschlossen, aber störend. Die Rom II-VO ist für Fragen des anwendbaren Rechts bei außervertraglichen Schuldverhältnissen nicht abschließend. Sie kann einerseits durch weiteres europäisches Sekundärrecht ergänzt, andererseits von nationalem Recht verdrängt werden, welches auf der Grundlage völkerrechtlicher Verpflichtungen ergangen ist.¹⁰⁶⁷ Zugleich behalten die Mitgliedstaaten nach Art. 16 Rom II-VO die Möglichkeit, in bestimmten Fällen ihr zwingendes materielles Recht entgegen der vorgesehenen Rechtsanwendung des Internationalen Privatrechts durchzusetzen (Eingriffsnormen).¹⁰⁶⁸ Auch besteht keine europäische Normenhierarchie in dem Sinne, dass Verordnungen aufgrund ihrer unmittelbaren Geltung den umsetzungsbedürftigen Richtlinien vorgehen.¹⁰⁶⁹ Allerdings würde die kollisionsrechtliche Einordnung des Herkunftslandprinzips der ECRL ein einheitliches System stören, ohne dass hierfür eine Notwendigkeit bestünde. Dies findet auch eine Stütze in Erwägungsgrund 35 Rom II-VO, wo die Intention des europäischen Gesetzgebers deutlich wird, mit der Rom II-VO ein weitgehend geschlossenes System für das Internationale Privatrecht zu

nicht die belastende Multiplikation unterschiedlicher nationaler Anforderungen. Allein diese stelle aber die in der ECRL adressierte Beschränkung dar. Ohne die Beschränkung entfälle auch die Notwendigkeit dem Diensteanbieter den Schutz seines heimatrechtlichen Rechtsstandards zu gewähren (*Drexler*, in: von Hein (Hrsg.), MüKo IPR II, ⁸2021, Rom II-VO Art. 6 Rn. 79). Es handelt sich im Ergebnis um eine teleologische Reduktion der ECRL, um klaren Missbrauchsfällen vorzubeugen. Sie wäre in einem kollisionsrechtlichen Konzept kaum umzusetzen.

1067 Siehe unter anderem Erwägungsgrund 36 Rom II-VO, der die internationalen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten anerkennt: „um die internationalen Verpflichtungen, die die Mitgliedstaaten eingegangen sind, zu wahren, darf sich die Verordnung nicht auf internationale Übereinkommen auswirken, denen ein oder mehrere Mitgliedstaaten zum Zeitpunkt der Annahme dieser Verordnung angehören. [...]“ Siehe auch die Verordnung (EG) Nr. 662/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 zur Einführung eines Verfahrens für die Aushandlung und den Abschluss von Abkommen zwischen Mitgliedstaaten und Drittstaaten über spezifische Fragen des auf vertragliche und außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendenden Rechts, welche spezielle Fragen hierzu regelt.

1068 Da das Herkunftslandprinzip – kollisionsrechtlich verstanden – aber zur Geltung ausländischen Rechts führt, kann es nicht als nationale Durchbrechung im Sinne des Art. 16 Rom II-VO verstanden werden.

1069 *Streinz*, Europarecht, ¹⁰2016, Rn. 469; *Bievert*, in: Schwarze/Becker/Hatje u.a. (Hrsg.), EU-Kommentar, ⁴2019, Art. 288 Rn. II f.

schaffen, welches nur in Ausnahmefällen durch weiteres Sekundärrecht ergänzt werden soll.¹⁰⁷⁰

b) Das Herkunftslandprinzip in der Dienstleistungsrichtlinie

Kernstück der Dienstleistungsrichtlinie¹⁰⁷¹ ist Art. 16. Demnach gewährleistet der Mitgliedstaat, in dem die Dienstleistung erbracht wird, die freie Aufnahme und freie Ausübung von Dienstleistungstätigkeiten innerhalb seines Hoheitsgebiets. Die Mitgliedstaaten dürfen dabei die Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit in ihrem Hoheitsgebiet nicht von Anforderungen abhängig machen, die gegen Grundsätze der Nichtdiskriminierung, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit verstoßen. Ursprünglich war eine deutlich tiefgreifendere Verwirklichung des Herkunftslandprinzips für Dienstleistungen vorgesehen. Das Herkunftslandprinzip in der Dienstleistungsrichtlinie wurde jedoch nach langem Streit und deutlicher Kritik aus Politik und Wissenschaft erheblich entschärft.¹⁰⁷² Art. 16 Abs. 1 des Richtlinienvorschlags sah vor, „dass Dienstleistungserbringer lediglich den Bestimmungen ihres Herkunftsstaates unterliegen, die vom koordinierten Bereich erfasst sind“. Das strenge Herkunftslandprinzip sollte sich auf das Verhalten der Dienstleistungserbringer, die Qualität oder den Inhalt der Dienstleistung, die Werbung, die Verträge und Fragen der Haftung erstrecken. Das Herkunftslandprinzip des Richtlinienentwurfs in der oben dargestellten Gestaltung hätte wohl unmittelbaren Einfluss auf die kollisionsrechtliche Anknüpfung genommen.¹⁰⁷³ Art. 16 der schließlich im Dezember 2006 im EU-Amtsblatt veröffentlichten Dienstleistungs-

1070 Erwägungsgrund 35: „Die Aufteilung der Kollisionsnormen auf zahlreiche Rechtsakte sowie Unterschiede zwischen diesen Normen sollten vermieden werden. Diese Verordnung schließt jedoch die Möglichkeit der Aufnahme von Kollisionsnormen für außervertragliche Schuldverhältnisse in Vorschriften des Gemeinschaftsrechts in Bezug auf besondere Gegenstände nicht aus.“

1071 Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (ABl. L 376 vom 27.12.2006, S. 36–68).

1072 Zur Kritik siehe insbesondere *Basedow*, EuZW 2004, 423 f.; *Deinert*, EWS 2006, 445, 448; weniger kritisch *Mankowski*, IPRax 2004, 385 ff.

1073 *Drexel*, in: von Hein (Hrsg.), MüKo IPR II, ⁸2021, Rom II-VO Art. 6 Rn. 93; *Trumpke*, Exklusivität und Kollektivierung, 2016, S. 370 ff.; *Kuhn*, Die Verwirklichung des freien Dienstleistungsverkehrs im Spannungsfeld von wirtschaftlicher Handlungsfreiheit und Sozialgestaltung, 2013, S. 154 f.

richtlinie verpflichtet nach Abs. 1 S. 2 nunmehr denjenigen Mitgliedstaat, in dem die Dienstleistung erbracht wird, lediglich zur Gewährleistung der freien Aufnahme und freien Ausübung von Dienstleistungstätigkeiten innerhalb seines Hoheitsgebiets. Darüber hinaus sieht Art. 16 der Dienstleistungsrichtlinie bloß Grundsätze der Dienstleistungsfreiheit vor, welche sich an der Rechtsprechung des EuGH zur Dienstleistungsfreiheit orientieren.¹⁰⁷⁴ Art. 16 Abs. 2 der Dienstleistungsrichtlinie enthält schließlich einen Negativkatalog von verbotenen Anforderungen. Hierzu zählt nach lit. b namentlich die Verpflichtung eines in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringers bei den Behörden des Ziellandes eine Genehmigung einzuholen.¹⁰⁷⁵ Eine ähnliche Stoßrichtung hat Art. 36 der VG-RL, wenn er die nationalen Aufsichtsbehörden des Sitzlandes (alleinig) für die Kontrolle der im jeweiligen Land niedergelassenen Verwertungsgesellschaften in die Pflicht nimmt. Gleichwohl sind damit zunächst nur öffentlich-rechtliche Genehmigungspflichten angesprochen, wie sie sich auch für den Bereich der Verwertungsgesellschaften in §§ 75 ff. VGG niedergeschlagen haben. Im Grundsatz bleibt auch im Rahmen der Dienstleistungsrichtlinie die Möglichkeit der Rechtfertigung von Beschränkungen, wenn auch in gemindertem Maße, bestehen. Allgemeine Rechtfertigungsgründe des Bestimmungslandes werden nochmals in Absatz 3 umrissen. Insgesamt bleibt die Perspektive jene des Bestimmungslandes und zielt auf den Abbau dortiger Beschränkungen.¹⁰⁷⁶ Genau wie den Grundfreiheiten kann auch der Dienstleistungsrichtlinie kein kollisionsrechtlicher Charakter entnommen werden.¹⁰⁷⁷ Mit Blick auf die Anwendbarkeit der Dienstleistungsrichtlinie auf Verwertungsgesellschaften ist die OSA-Entscheidung des EuGH entscheidend.¹⁰⁷⁸ Sie wird sogleich besprochen, wenn es um die konkreten Einwirkungen von Sitz- und Herkunftslandprinzip auf die Rechte und Pflichten der Verwertungsgesellschaften im Binnenmarkt geht (Abschnitt C.).

1074 *Holoubek*, in: Schwarze/Becker/Hatje u.a. (Hrsg.), EU-Kommentar, ⁴2019, Art. 56, 57 AEUV, Rn. 138.

1075 Nach h.M. sind jedoch auch Beschränkungen in diesem Bereich rechtfertigungsfähig (siehe insbes. *Kuhn*, Die Verwirklichung des freien Dienstleistungsverkehrs im Spannungsfeld von wirtschaftlicher Handlungsfreiheit und Sozialgestaltung, 2013, S. 190).

1076 *Mankowski*, in: Heermann/Schlingloff (Hrsg.), MüKo (UWG), ³2020, Grundlagen, Teil II, Rn. 120a.

1077 *Drexl*, in: von Hein (Hrsg.), MüKo IPR II, ⁸2021, Rom II-VO Art. 6 Rn. 94.

1078 EuGH, C-351/12, ECLI:EU:C:2014:110 – OSA.

c) Das Herkunftslandprinzip der AVMD-RL

Demgegenüber wird das Herkunftslandprinzip der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (RL 2010/13/EU – AVMD-RL)¹⁰⁷⁹ tatsächlich kollisionsrechtlich verstanden.¹⁰⁸⁰ Art. 2 Abs. 1 AVMD-RL konzentriert die Kontrolle der Mediendiensteanbieter grundsätzlich in ihrem Sitzland.¹⁰⁸¹ In Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie heißt es außerdem: „Die Mitgliedstaaten gewährleisten den freien Empfang und behindern nicht die Weiterverbreitung von audiovisuellen Mediendiensten aus anderen Mitgliedstaaten in ihrem Hoheitsgebiet aus Gründen, die Bereiche betreffen, die durch diese Richtlinie koordiniert sind.“ Zugleich sieht Art. 3 Abs. 2 AVMD-RL nur sehr eingeschränkte Möglichkeiten der Mitgliedstaaten vor, den Empfang von Mediendiensten aus anderen Mitgliedstaaten einzuschränken. Die starke Beschränkung der Untersagungsmöglichkeit eines im Sendeland erlaubten Verhaltens soll Doppelkontrolle vermeiden. Diese Lösung realisiert nach überwiegender Ansicht ein eigenes positives Anknüpfungskonzept zugunsten des Rechts des Sendelands.¹⁰⁸²

Inhaltlich geht es der AVMD-RL vor allem darum, einen gemeinsamen Markt für die Herstellung und Verbreitung von Programmen zu schaffen (Erwägungsgrund 2). Gegenstand der AVMD-RL sind einerseits klassische, linear ausgestaltete Fernsehprogramme, andererseits Mediendienste auf Abruf und ähnliche Formate (Art. 1 Abs. 1 lit. a) i).

d) Fazit

Das Herkunftslandprinzip der ECRL ist nicht zwingend kollisionsrechtlich zu interpretieren. Auch in ihm äußert sich zunächst ein Denkmodell, welches aus dem Blickwinkel des öffentlichen Rechts Hindernisse für

1079 ABl. L 95 vom 15.4.2010, S. 1–24, geändert durch Richtlinie (EU) 2018/1808, ABl. L 303 vom 28.11.2018, S. 69–92.

1080 So die h.M., siehe beispielhaft *Mankowski*, in: Heermann/Schlingloff (Hrsg.), MüKo (UWG), 32020, IntWettbR Rn. 56 und 98 ff. und *Mazziotti*, Colum. J.L. & Arts 2018, 533, 533, 536..

1081 Nach Art. 2 Abs. 2 unterliegen diejenigen Mediendiensteanbieter der Rechtshoheit eines Mitgliedstaats, die gemäß Absatz 3 in diesem Mitgliedstaat niedergelassen sind (lit. a). Lit. b bezieht Ausnahmen nach Absatz 4 mit ein, wonach es um die Nutzung von Satellitenstationen in Mitgliedstaaten geht.

1082 *Mankowski*, in: Heermann/Schlingloff (Hrsg.), MüKo (UWG), ³2020, IntWettbR Rn. 98

den grenzüberschreitenden Verkehr aufzuheben versucht. Anders lassen sich die widersprüchlichen Aussagen zwischen Art. 3 Abs. 1 und 2 sowie Art. 1 Abs. 4 ECRL kaum erklären. Dies bedeutet allerdings nicht, dass die ECRL die konkrete Anwendung des jeweiligen nationalen Privatrechts tatsächlich unberührt lässt. Ganz im Gegenteil, sind doch die Rechtsverhältnisse des E-Commerce maßgeblich von Privatrechtsbeziehungen geprägt und diese wiederum Gegenstand nationaler Rechtssetzung, die sich im Binnenmarkt als Verkehrshindernis darstellen kann.

Die inhaltliche Ähnlichkeit zu einem kollisionsrechtlichen *favor* liegt auf der Hand, doch ist dieser Rückgriff auf das Internationale Privatrecht nicht nur systemstörend, sondern auch unnötig. Er ist systemstörend, weil das kollisionsrechtliche Modell im harmonisierten Internationalen Privatrecht der Union selbst keine Grundlage gefunden hat. Er ist systemstörend, weil auch die anerkannten Ausnahmen für die „Geltung des Herkunftslandrechts“ dann einen unnötigen Umweg über Rechtsmodelle, wie dasjenige der Eingriffsnorm, nehmen müssten, was den Bruch mit der „Neutralität des Internationalen Privatrecht“ vertiefen würde. Er ist schließlich allein schon deshalb systemstörend, weil er bereits innerhalb der ECRL ausdrücklich nicht vorgesehen ist (Art. 1 Abs. 4 ECRL). Unnötig ist der Rückgriff auf das Kollisionsrecht, weil ein ähnlicher Effekt über eine Anpassung des nationalen, materiell-rechtlichen Regelungsmaßstabes bewirkt werden kann. Dies schafft auch Erleichterung für den Richter, der grundsätzlich sein eigenes Recht anwenden kann und lediglich mit einer möglichen Anpassung in der Rechtsanwendung konfrontiert ist.

Die sachrechtliche Interpretation des Herkunftslandprinzips der ECRL wurde schließlich vom EuGH in der Rechtssache *eDate und Martínez* bestätigt. Das Herkunftslandprinzip stellt sich so als ein zu berücksichtigendes Faktum dar, welches die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Anwendung strengerer nationaler Regelungen maßgeblich beeinflusst. Es fungiert als sachrechtliche Rechtsanwendungsschranke und steht so in der Tradition des „Anwendungsvorrangs“ europäischen Rechts.

Was die Dienstleistungsrichtlinie angeht, ist Art. 16 die zentrale Vorschrift. Nachdem im ursprüngliche Richtlinienentwurf in der Tat ein kollisionsrechtliches Konzept vorgesehen war, wonach „Dienstleistungserbringer lediglich den Bestimmungen ihres Herkunftsstaates unterliegen“ sollten, wurde die Vorschrift im Laufe des Gesetzgebungsprozess deut-

lich entschärft.¹⁰⁸³ Mit der generellen Pflicht des Mitgliedstaates, in dem die Dienstleistung erbracht wird, zur Gewährleistung der freien Aufnahme und freien Ausübung der Dienstleistungstätigkeit unterscheidet sich Art. 16 Abs. 1 der Dienstleistungsrichtlinie nicht strukturell von der primärrechtlichen Dienstleistungsfreiheit. Hervorzuheben sind die eingeschränkten Rechtfertigungsmöglichkeiten von beschränkenden Anforderungen, die nach Art. 16 Abs. 1 S. 3 nicht gegen die Grundsätze der Nichtdiskriminierung (lit. a), der Erforderlichkeit (lit. b) und der Verhältnismäßigkeit (lit. c) verstoßen dürfen. Schließlich umreißt Absatz 3 die residualen Spielräume des Bestimmungslandes. Insgesamt bleibt die Perspektive jene des Bestimmungslandes und zielt auf den Abbau dortiger Beschränkungen.

Dass es auch Sekundärrechtsakte gibt, die ein Herkunftslandprinzip mit kollisionsrechtlicher Wirkung enthalten, zeigte das Beispiel der AVMD-RL. Die Konzentration der Kontrolle im Sitzland des Mediendienstanbieters wird mehrheitlich kollisionsrechtlich verstanden.

3) Gemeinsame Prinzipien

Trotz aller Unterschiede zwischen dem primärrechtlichen Herkunftslandprinzip einerseits und dem Herkunftslandprinzip innerhalb der jeweiligen Sekundärrechtsakte andererseits sowie der Heterogenität letzterer untereinander lassen sich grundlegende Gemeinsamkeiten erkennen. Stets dient das Herkunftslandprinzip einer mehr oder weniger weitreichenden Liberalisierung und der Förderung des Freiverkehrs im Binnenmarkt. Dazu wird die Rechtsanwendung des Bestimmungslandes auf verschiedene Arten beschränkt. Zunächst mag dies das öffentliche Recht betreffen, die Beschränkung der Rechtsanwendung erstreckt sich jedoch schnell auf das Privatrecht, was sich besonders in jenen Rechtsbereichen zeigt, die zwar die Durchsetzungsmechanismen des Privatrechts wählen, in ihrem Kern aber – wie das Lauterkeitsrecht – (Markt-)Verhaltensregeln einführen, die gleichfalls dem öffentlichen Recht zugeordnet werden könnten.¹⁰⁸⁴

Diesem Liberalisierungsgedanken ist gleichzeitig immanent, dass er nur dann Geltung beansprucht, wenn das (klassische) Kollisionsrecht, das Recht des Marktortes oder zumindest ein vom Herkunftsland abweichendes

1083 Anschaulich zum Gesetzgebungsprozess *ders.*, in: Heermann/Schlingloff (Hrsg.), MüKo (UWG), ³2020, Grundlagen, Teil II, Rn. 112 ff.

1084 *Ohly*, in: Ohly/Sosnitza/Köhler u.a. (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, ⁸2023, A. Entwicklung, Rn. 5 ff.

des nationales Recht zur Regelung eines Sachverhalts für anwendbar erklärt. Nur dann können vom „(Bestimmungsland-)Recht“ den Freiverkehr hemmende Wirkungen ausgehen. In der Diskussion um die Interpretation des Herkunftslandprinzips als kollisionsrechtlichen *favor* wurde dies deutlich. Sie hilft insoweit zum grundlegenden Verständnis des Prinzips, als dieser *favor* erst nach einer „vorgelagerten kollisionsrechtlichen Prüfung“ Geltung beansprucht, und zwar dann, wenn das Markttortrecht berufen wäre und sodann, wenn dieses strenger ausfällt als das Herkunftslandrecht.

4) Rückschlüsse auf das Sitzlandprinzip der VG-RL

Bereits zuvor, am Beginn von *Teil 3, Kapitel 1*, wurde festgestellt, dass die VG-RL selbst kein kollisionsrechtliches Konzept verfolgt. Insoweit spricht Erwägungsgrund 56 der VG-RL eine eindeutige Sprache: „Die Bestimmungen [der] Richtlinie lassen die Anwendung des [...] Internationalen Privatrechts [...] unberührt“. Auch im Zusammenhang mit der ECRL hat eine ganz ähnliche Formulierung dazu geführt, dass der EuGH eine kollisionsrechtliche Umsetzung für nicht erforderlich hielt.¹⁰⁸⁵ Gleichwohl ist das Sitzlandprinzip in der VG-RL deutlich ausgeprägt und es wurde bislang nicht geklärt, inwieweit sich dieses auf die privatrechtlichen Rechte und Pflichten der Verwertungsgesellschaften im Binnenmarkt auswirkt. Klar ist, dass eine unmittelbar kollisionsrechtliche Wirkung nicht in Betracht kommt, nicht klar ist hingegen die Wirkung auf die Korrektur des sachrechtlichen Kontrollmaßstabes, also eine Korrektur der Rechtsanwendung sozusagen auf zweiter Ebene, namentlich zur besagten Förderung des Freiverkehrs.

Das Sitzlandprinzip der VG-RL ist, wie die Konzeption in Art. 36 Abs. 1 und Art. 37 Abs. 2 zeigt, zunächst verwaltungsrechtlich geprägt.¹⁰⁸⁶ So gingen in der Vergangenheit die territorialen Beschränkungen der Verwertungsgesellschaften auch zu allererst vom Verwaltungsrecht aus. Dies einerseits dadurch, dass eine Zulassung durch die nationale Verwaltungsbehörde erforderlich war und diese den ausländischen Verwertungsgesellschaften entweder nicht gewährt wurde oder die Verwertungsgesellschaften gar nicht erst versuchten, eine Erlaubnis zu erlangen; andererseits bewirkte

1085 EuGH, Verb. Rs. C-509/09 und C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685 – *eDate und Martínez*, Rz. 61 f.

1086 So auch *Drexl*, MPI Stellungnahme VGG, 2015, Rz. 18 ff.

die zunächst verwaltungsrechtliche Zulassungspflicht mittelbare Tätigkeitshindernisse mit Wirkung für das Privatrecht, wenn den Verwertungsgesellschaften bei der Geltendmachung von Ansprüchen etwa die Aktivlegitimation aberkannt wurde.¹⁰⁸⁷

Ein Vergleich zur Interpretation des Herkunftslandprinzips der ECRL verstärkt diesen Eindruck, denn kaum ein Bereich hat ein derartiges Potential zur Verwirklichung des Binnenmarkts in Bezug auf den Waren- und Dienstleistungsverkehr wie der E-Commerce. Als Hindernis für die grenzüberschreitende Entwicklung des E-Commerce erweisen sich dabei verschiedenste Arten von Rechtsvorschriften, seien diese öffentlich-rechtlich – mit zusätzlichen Aufsichtsmaßnahmen verbunden – oder auch rein privatrechtlich. In beiden Fällen können Unterschiede im Recht die länderspezifische Anpassung etwa eines Webshops erforderlich machen.¹⁰⁸⁸ Obwohl der hemmende Einfluss privatrechtlicher Standards offensichtlich ist, entschied der EuGH, dass die ECRL keinen unmittelbaren Einfluss auf das Internationale Privatrecht nimmt.¹⁰⁸⁹ Dabei sind die vom Recht ausgehenden Hindernisse im Bereich des E-Commerce doch wesentlich unmittelbarer und zugleich unübersichtlicher als dies im Verwertungsgesellschaftsrecht der Fall ist. Das Verwertungsgesellschaftsrecht beschränkt sich notwendigerweise auf einen eng umgrenzten Bereich. Der „koordinierte Bereich“ der ECRL dagegen umfasst nach Art. 2 lit. h) ein kaum abgrenz-

1087 Zu den nationalen Wahrnehmungsmonopolen, siehe *Teil 1, Kapitel 2, B*; zur fehlenden Aktivlegitimation, *Teil 1, Kapitel 2, D*.

1088 Dafür ist eine Vereinheitlichung der Kontrollmaßstäbe besonders erforderlich. Schon früh wurden unterschiedliche rechtliche Anforderungen an den E-Commerce als wesentliches Entwicklungshindernis für einen Binnenmarkt in diesem Bereich erkannt. Dies hat die Kommission in ihrer Strategie für den digitalen Binnenmarkt in Europa ausdrücklich festgestellt (COM(2015) 192 final): „Um die richtigen Bedingungen für einen EU-weiten, florierenden Online-Handel zu schaffen, wird die Kommission, wie in ihrem Arbeitsprogramm für 2015 angekündigt, einen geänderten Rechtsetzungsvorschlag vorlegen, der es den Verkäufern erlaubt, auf ihr innerstaatliches Recht zurückzugreifen, und der die wesentlichen Rechte und Pflichten der Vertragsparteien eines Kaufvertrags weiter harmonisiert. Erreicht wird dies vor allem durch die Einführung von Abhilfen für den Fall der Nichterfüllung und durch eine angemessene gesetzliche Mindestgewährleistungsfrist. Auf diese Weise soll sichergestellt werden, dass Händler im Binnenmarkt nicht durch Unterschiede zwischen den nationalen verbindlichen Normen des Verbrauchervertragsrechts oder durch Unterschiede bei den warespezifischen Vorschriften (z. B. Kennzeichnung) von grenzüberschreitenden Geschäften abgehalten werden.“

1089 Bzw. keine kollisionsrechtliche Umsetzung erfordert.

bares Spektrum an Tätigkeiten, wobei diese Tätigkeiten wiederum von zahlreichen, verstreuten rechtlichen „Anforderungen“ geprägt werden.¹⁰⁹⁰ So können nationale privatrechtliche Bestimmungen aus gänzlich verschiedenen Bereichen des Rechts einen Anbieter von Waren oder Dienstleistungen dazu zwingen, seinen Webshop landesspezifisch auszugestalten. Aus Verbrauchersicht droht damit zugleich eine negative Anpassung des Angebots und der Preise.¹⁰⁹¹ Im Verwertungsgesellschaftsrecht scheinen die Anpassungsschwierigkeiten weniger drängend. Das Verwertungsgesellschaftsrecht richtet sich an sehr spezielle bzw. spezialisierte Akteure, die ohnehin in einem stark regulierten Umfeld tätig sind. Dabei ergeben sich ähnliche Organisationsstrukturen der Akteure nicht zuletzt aufgrund der Ähnlichkeit ihrer Betätigung und aufgrund der langen Tradition internationaler Zusammenarbeit. Erkennbare Unterschiede im Recht hingegen sind insbesondere auf unterschiedliche Traditionen und Wertungen in angrenzenden Rechtsbereichen, namentlich dem Urheber- und Kartellrecht, zurückzuführen.¹⁰⁹² Eine Verwertungsgesellschaft, die grenzüberschreitend tätig ist, kann wohl mit größerer Leichtigkeit strengere Bestimmungen des „Ziellandes“ beispielsweise hinsichtlich Repertoiretransparenz umsetzen, als dies ein (mittelständisches) Handelsunternehmen hinsichtlich seines Webshops leisten könnte.

Auch ein Vergleich mit dem Herkunftslandprinzip der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (RL 2010/13/EU – AVMD-RL) kann für das Verständnis des Sitzlandprinzips der VG-RL hilfreich sein. Das Herkunftslandprinzip der AVMD-RL wird in der Tat mehrheitlich kollisionsrechtlich verstanden.¹⁰⁹³ Gegenstand der AVMD-RL sind einerseits klassische,

1090 So umfasst der E-Commerce verschiedenste Tätigkeiten wie den elektronischen Handel mit Waren und Dienstleistungen, Online-Lieferungen digitaler Inhalte, den elektronischen Zahlungsverkehr, kommerzielle Auktionen, öffentliche Auftragsvergabe und verschiedene Formen der Absatzförderung (siehe beispielsweise *Blasi*, Das Herkunftslandprinzip der Fernseh- und der E-Commerce-Richtlinie, 2004, S. 276; *Brettschneider*, Das Herkunftslandprinzip und mögliche Alternativen aus ökonomischer Sicht, 2015, S. 448 ff.).

1091 Siehe etwa *Brettschneider*, Das Herkunftslandprinzip und mögliche Alternativen aus ökonomischer Sicht, 2015, S. 452 ff.

1092 Siehe umfassend *Drexl*, Copyright, Competition and Development, 2013, unter Abschnitt II.

1093 So beispielhaft *Mankowski*, in: Heermann/Schlingloff (Hrsg.), MüKo (UWG), ³2020, IntWettbR Rn. 56 und 98 ff. und *Mazziotti*, Colum. J.L. & Arts 2018, 533, 536. In Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie heißt es: „Die Mitgliedstaaten gewährleisten den freien Empfang und behindern nicht die Weiterverbreitung von audiovisuellen

linear gestaltete Fernsehprogramme, andererseits Mediendienste auf Abruf und ähnliche Formate (Art. 1 Abs. 1 lit. a i)). Nun zeigt sich gerade bei den programmartigen, kuratierten Beiträgen, dass eine Berücksichtigung länderspezifischer Besonderheiten und Anforderungen aus verschiedenen Bereichen des Rechts kaum möglich ist. Denn eine Fernsehsendung ist ihrem Wesen nach unteilbar.¹⁰⁹⁴ Soll sie grenzüberschreitend ausgestrahlt werden und gelten dabei jeweils national unterschiedliche Rechtsstandards, so muss der gesamten Sendung notwendigerweise der strengste Standard zugrunde gelegt werden.¹⁰⁹⁵ Im Bereich der Verwertungsgesellschaften ist dies nicht der Fall. Ihre Dienstleistungen können durchaus national unterschiedlich ausgerichtet werden. Entsprechend lässt sich folgern, dass zur Verwirklichung grenzüberschreitender „Sendungen“ eine kollisionsrechtliche Lösung, welche dem Herkunfts- oder Ursprungslandprinzip folgt, dringender erforderlich ist als im Bereich der kollektiven Rechtswahrnehmung. Sie ist geradezu eine Voraussetzung für die Entstehung grenzüberschreitender (Programm-)Dienstleistungen, während die Anwendung nur eines Rechts die grenzüberschreitende Betätigung der Verwertungsgesellschaften zwar erleichtern würde, jedoch nicht deren unbedingte Voraussetzung ist. Im Gegenteil, ganz andere Gründe wurden für die territoriale Tätigkeitsbegrenzung der Verwertungsgesellschaften identifiziert. Sie erfolgte teilweise freiwillig bzw. aufgrund der besonderen Marktgegebenheiten, indem sich Verwertungsgesellschaften bewusst auf das System der Gegenseitigkeitsverträge zurückzogen. Vor allem war es jedoch das Verwertungsgesellschaftsrecht in seiner öffentlich-rechtlichen Dimension, welches ausländische Verwertungsgesellschaften oder überhaupt ein Nebeneinander mehrerer Verwertungsgesellschaften in einem sich überlagernden Bereich direkt oder indirekt ausschloss.¹⁰⁹⁶

Diese Komponente des öffentlichen Aufsichtsregimes ist in der VG-RL klar angesprochen und in Art. 36 Abs. 1 sowie Art. 37 Abs. 2 VG-RL Gegenstand des Sitzlandprinzips. Damit ist der bedeutendste Schritt hin zu

Mediendiensten aus anderen Mitgliedstaaten in ihrem Hoheitsgebiet aus Gründen, die Bereiche betreffen, die durch diese Richtlinie koordiniert sind.“

1094 Dies gilt zumindest für klassische TV-Sendungen und mag im Bereich des „Smart-TV“ anders zu beurteilen sein.

1095 Sofern dies überhaupt möglich ist, denkbar sind auch widersprüchliche, also miteinander unvereinbare nationale Rechtsstandards. Zur Unteilbarkeit von Fernsehprogrammen siehe etwa *Blasi*, Das Herkunftslandprinzip der Fernseh- und der E-Commerce-Richtlinie, 2004, S. 56 ff.

1096 Siehe insgesamt hierzu *Teil 1, Kapitel 2*.

einem Binnenmarkt für Dienstleistungen der kollektiven Rechtswahrnehmung getan. Dieser Ansatz trägt der Gesamtkomposition des harmonisierten Wahrnehmungsrechts Rechnung, in welchem erstens, das Internationale Privatrecht explizit unberührt bleibt (Erwägungsgrund 56), zweitens, die Kontrollerleichterungen konzeptionell auf die öffentliche Aufsicht bezogen sind (Art. 36 ff VG-RL) und drittens, ein komplexes Zusammenspiel zwischen Urheberrecht, Verwertungsgesellschaftsrecht und Wettbewerbsrecht zu erkennen ist.

Zuletzt wird dieser Ansatz auch durch den Vergleich mit der Dienstleistungsrichtlinie bestätigt. Diese verfolgt ein zweispuriges Konzept, in welchem in Art. 9 Dienstleistungsrichtlinie zunächst nationale Genehmigungsregelungen eingeschränkt werden und in Art. 16 eine weitergehende Gewährleistung der Aufnahme und Ausübung ausländischer Dienstleistungsaktivitäten mit Wirkungen für das Privatrecht erfolgt. Diese Zweispurigkeit fehlt der VG-RL gerade, welche das Sitzlandprinzip ausdrücklich nur auf die verwaltungsrechtliche Kontrolle bezieht. Die Dienstleistungsrichtlinie schafft darüber hinaus in Art. 16 Abs. 3 ein abgestuftes Konzept der Rechtfertigung für die Anwendung nationaler Anforderungen auf Dienstleistungen mit Binnenmarktbezug, welches die Rechtsprechung zum Beschränkungsverbot des freien Dienstleistungsverbot aus Art. 56 Abs. 1 AEUV aufnimmt und konkretisiert. Eine derartige Regelung findet sich in der VG-RL nicht. Damit würde die Annahme eines richtlinienimmanenten Sitzlandprinzip mit Wirkungen für das Privatrecht gerade kein ausgewogenes Konzept ermöglichen, in welchem nationale Besonderheiten berücksichtigt werden könnten, soweit sie sich rechtfertigen lassen.¹⁰⁹⁷

5) Bedeutung des Harmonisierungsgrades der VG-RL für die Rechtfertigung von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit

Die Harmonisierung durch die VG-RL kann aber auch dann berücksichtigt werden, wenn die Überprüfung der Anwendung nationaler Standards des Privatrechts gegenüber ausländischen Verwertungsgesellschaften nicht unmittelbar anhand der VG-RL – und einem hier zu suchenden Sitzlandprin-

¹⁰⁹⁷ Auch die AVMD-RL enthält in Art. 3 Abs. 2 und 4 Ausnahmen, welche es dem Aufnahmestaat erlauben den Empfang eines ausländischen Mediendienstes einzuschränken. Sie umfassen insbesondere die klassischen Rechtfertigungsgründe des Schutzes der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Gesundheit, Sicherheit und des Verbraucherschutzes, wenn auch in eingeschränktem Maße.

zip – erfolgt, sondern nur anhand der Grundfreiheiten. Denn dem Harmonisierungsstand in einem Rechtsbereich kann durchaus eine allgemeine Bedeutung für das Sitzlandprinzip in Form der gegenseitigen Anerkennung ausländischen Rechts und ausländischer Standards entnommen werden.¹⁰⁹⁸ In diesem Modell erweist sich die Rechtsangleichung als Voraussetzung der Liberalisierung in Form gegenseitiger Anerkennung. Denn dort, wo Standards einander angeglichen sind, ist der Weg zur Anerkennung des ausländischen Standards naturgemäß kürzer und der Effekt der Anerkennung eines ausländischen Standards wirkt weniger verzerrend. Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung verlangt gerade nach einem im Mindestmaß harmonisierten Rechtsrahmen und die Annäherung der Rechtsordnungen wird so zu seiner Voraussetzung.¹⁰⁹⁹ Davon ausgehend führt das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung zu einem der Rechtsvereinheitlichung ebenbürtigem Niveau der Binnenmarktdynamik.¹¹⁰⁰

1098 So entschied der EuGH schon früh, dass ein zusätzliches Genehmigungserfordernis nicht notwendig ist, „wenn der in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Leistende dort eine Genehmigung besitzt, die unter Voraussetzungen erteilt worden ist, welche mit denen des Staates, in dem die Leistung erbracht wird, vergleichbar sind, und in jenem Staat die gesamte Vermittlungstätigkeit des Büros ohne Rücksicht darauf, in welchem Mitgliedstaat die Leistung erbracht werden soll, einer angemessenen Beaufsichtigung unterstellt ist.“ (EuGH, 18.1.1979, C-110/78, ECLI:EU:C:1979:8 – *Ministère public u.a./Van Wesemael*, Rz. 30). Die Vergleichbarkeit der angesprochenen Voraussetzungen kann grundsätzlich spätestens dann angenommen werden, wenn eine europäische (Mindest-)Harmonisierung gemeinsame Standards herbeigeführt hat. Ähnlich auch *Leistner*, Konsolidierung und Entwicklungsperspektive des europäischen Urheberrechts, 2008, S. 8 f.

1099 *Basedow*, *RabelsZ* 1995, 1, 4 f. Sekundärrechtsakte bezwecken dabei nicht zwingend eine Vollharmonisierung, vielmehr genügt oft ein Mindestmaß an Rechtsangleichung. Zugleich erleichtert die Abstandnahme von einer Vollharmonisierung es dem europäischen Gesetzgeber, trotz forcierter Binnenmarktstrategie dem in Art. 5 EUV festgeschriebenen Subsidiaritätsgrundsatz gerecht zu werden (*Baere*, *MJ* 2004, 287, 288).

1100 Als Vorteil dieser Vorgehensweise gegenüber dem Erlass unmittelbar wirkender Verordnungen wird unter anderem die größere Rücksichtnahme auf nationale Traditionen genannt. So bleibt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, bei Umsetzung von Richtlinien die Regelungsziele in ihr nationales dogmatisches System einzubetten (*Köndgen/Mörsdorf*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *European Legal Methodology*, 2021, § 6 Rn. 44). Als weitere Vorteile dezentraler Rechtssetzung werden genannt: die bessere Berücksichtigung heterogener Präferenzen und Bedingungen durch räumlich differenzierende Regelungen; Dezentralität erleichtere es, lokales Wissen für die Rechtssetzung fruchtbar zu machen; Dezentralität im Recht fördere aufgrund des Wettbewerbs der Regelungssysteme die Innovationskraft der Rechtssysteme (*Franck*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *European Legal Methodology*,

Mittel der Rechtsangleichung ist also die Einebnung mehr oder weniger großer Unterschiede auf ein mehr oder weniger einheitliches Niveau. Ziel ist die Angleichung auf ein Maß, welches es den Mitgliedstaaten erlaubt, gegenüber weiterhin abweichenden Standards und Wettbewerbsbedingungen anderer Mitgliedsstaaten Toleranz zu üben.¹¹⁰¹ Die Anwendung strengerer nationaler Vorschriften mit beschränkender Wirkung ist dann nicht ausgeschlossen, sie erweist sich jedoch häufig als unnötig bzw. als nicht erforderlich. Mindestharmonisierung schließt die Beschränkungsmöglichkeit der Grundfreiheiten also nicht aus. Das Maß der Harmonisierung ist jedoch auf Rechtfertigungsebene zu berücksichtigen, indem die Erforderlichkeit der Durchsetzung strengerer Regelungen vor dem Hintergrund eines bestehenden Mindestschutzes zu hinterfragen ist. So entsteht ein flexibles System, in welchem zwischen Voll- und Mindestharmonisierung unterschieden werden kann und der Harmonisierungsgrad zugleich auf Ebene der Grundfreiheiten Berücksichtigung findet.¹¹⁰²

III. Zusammenfassung

Ein einheitliches europäisches Herkunftslandprinzip gibt es nicht. Vielmehr ist zunächst zwischen dem primärrechtlichen und dem sekundärrechtlichen Herkunftslandprinzip zu unterscheiden, wobei auch innerhalb der Sekundärrechtsakte der Europäischen Union differenziert werden muss. Einige wirken sich kollisionsrechtlich aus, andere nicht.¹¹⁰³ Zu den

²2021, § 5 Rn. 24 ff.); Prozesse des Experimentierens sollen dabei helfen, das Problem mangelnden Wissens – welches den Gesetzgeber wie jeden Marktteilnehmer betrifft – zu überwinden (Hayek, Die Irrtümer des Konstruktivismus und die Grundlagen legitimer Kritik gesellschaftlicher Gebilde, 1975.); kleinere Einheiten sollen schließlich eine einfachere und schnellere Anpassung an sich wandelnde Gegebenheiten ermöglichen (Franck, in: Riesenhuber (Hrsg.), European Legal Methodology, ²2021, § 5 Rn. 27).

1101 Basedow, in: Schnyder/Reichert-Facilides (Hrsg.), Internationales Verbraucherschutzrecht, 1995, S. II, 18.

1102 Der Harmonisierungsstand kann in diesem System auf Rechtfertigungsebene berücksichtigt werden, indem ihm ein besonderes Begründungsbedürfnis für die Erforderlichkeit der Anwendung und Durchsetzung strengerer nationaler Standards gegenüber ausländischen Dienstleistungserbringern im Binnenmarkt entnommen wird. Ähnlich auch Körber, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, 90 ff.

1103 Positivbeispiele für ein kollisionsrechtlich verstandenes Herkunftslandprinzip wurden nicht näher beschrieben. Sie sind selten und keinesfalls unumstritten. Angesprochen wurde lediglich Art. 3 Abs. 1 AVMD-RL.

Grundfreiheiten lässt sich sagen, dass sie keinen kollisionsrechtlichen Gehalt aufweisen. Ihre Aufgabe liegt in der Korrektur des inländischen Rechts im Wege der gegenseitigen Anerkennung. Eine Rechtfertigung abweichender Vorschriften ist stets möglich. Gleiches gilt für die Mehrheit der Sekundärrechtsakte. Näher untersucht wurden die Dienstleistungsrichtlinie und die ECRL. Die Dienstleistungsrichtlinie kodifiziert in Art. 16 lediglich Grundsätze der Dienstleistungsfreiheit, die sich an die Rechtsprechung zur Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV anlehnen, diese fortführen und eine Rechtfertigung der Beschränkung jedenfalls im Grundsatz nicht ausschließen. Entsprechend gilt bei ihr, wie bei den Grundfreiheiten, das Herkunftslandprinzip sachrechtlich. Schwieriger ist die Beurteilung der ECRL. Trotz stark eingeschränkter Rechtfertigungsmöglichkeit im koordinierten Bereich und der verwirrenden Terminologie in Art. 3 ECRL lässt sich das Herkunftslandprinzip aber auch hier nach dem Vorbild des primärrechtlichen Herkunftslandprinzips als Grundsatz des Freiverkehrs verstehen. Entscheidend ist auch bei der Verankerung des Herkunftslandprinzips im Sekundärrecht, dass es nicht in der Tradition des Internationalen Privatrechts eine Rechtsordnung zur Lösung einer juristischen Frage beruft, sondern den Freiverkehr durch das Verbot doppelter Kontrollen fördern möchte. Wer eine Tätigkeit im koordinierten Bereich aufnimmt, soll nur die Anforderungen einhalten müssen, die sein Heimatrecht an ihn stellt. Ist das Recht des Bestimmungslands hingegen günstiger, so bedarf es keiner Korrektur und kann unangepasst auf die Tätigkeit aus dem Ausland angewandt werden. Bestätigung hat diese Auffassung durch den EuGH in der Rechtssache *eDate und Martínez* erfahren.

Auch wenn der VG-RL eindeutig keine unmittelbar kollisionsrechtliche Wirkung zukommt, kann sie das zuvor entwickelte kollisionsrechtliche Ergebnis für den Binnenmarkt mittelbar beeinflussen. Dabei verengt der erreichte Harmonisierungsstand im Bereich der kollektiven Rechtswahrnehmung die Rechtfertigungsmöglichkeiten von Beschränkungen, welche über die Anwendung nationaler Privatrechtsstandards für die Dienstleistungstätigkeit der Verwertungsgesellschaften im Binnenmarkt ausgehen.¹¹⁰⁴ Einwirkungen auf das Sachrecht sind damit möglich und naheliegend. Die Frage wie diese Wirkungen sich konkret entfalten, lässt sich in der

1104 Zur Harmonisierungstiefe siehe insbes. *Teil 2, Kapitel 1*. Die meisten Teile der Richtlinie unterliegen nur einer Mindestharmonisierung, siehe insbes. ErwG 9 für Teil II der VG-RL. Außerdem ErwG 27, 29 und ErwG 40 für die Mehrgebietslizenzen im Online-Musikbereich.

abstrakten Untersuchung kaum beantworten. Sie ist am ehesten anhand der einzelnen Betätigungen und der Rechte und Pflichten, welche diese Betätigungen bestimmen, zu beurteilen. Bereits jetzt lässt sich aber sagen, dass nur jene Rechte und Pflichten betroffen sind, für die nicht bereits kollisionsrechtlich das Sitzlandrecht gilt.

IV. Zwischenergebnis: Vom Sitz- bzw. Herkunftslandprinzip (potentiell) betroffene Rechte und Pflichten

Dies bedeutet, dass der Einfluss des Sitzlandprinzips der VG-RL und des Primärrechts allein für jene Rechte und Pflichten untersucht werden muss, die zuvor an das Recht des Schutzlandes angeknüpft wurden. Von Bedeutung sind die Folgenden:

- (1) Die Berechnung und Verteilung der Einnahmen der Verwertungsgesellschaft aus gesetzlichen Vergütungsansprüchen oder verwertungsgesellschaftspflichtigen Rechten, an deren Einziehung eine Verwertungsgesellschaft unmittelbar mitgewirkt hat, sofern das Recht des Landes aus dessen Urheberrecht die Einnahmen entstanden sind, eine zwingende Verteilungsregelung vorsieht von der die Parteien nicht durch Vereinbarung abweichen können und deren internationale Durchsetzung aus der Sicht dieses Rechts zwingend erforderlich ist.
- (2) Die Bedingungen der Wahrnehmung eines gesetzlichen Vergütungsanspruches oder eines in sonstiger Weise eingeschränkten Rechts, dessen Wahrnehmung zwingend durch Verwertungsgesellschaften zu erfolgen hat.
- (3) Die Bedingungen des Zugangs zu Urheberrechten und verwandten Schutzrechten, die von Verwertungsgesellschaften wahrgenommen werden.
- (4) Die Befugnis zur und die Bedingungen der Nutzung ohne Lizenz.
- (5) Die (werkbezogenen) Informationspflichten der Verwertungsgesellschaften gegenüber den Rechteinutzern, insbesondere im Hinblick auf die wahrgenommenen Rechte oder die bereitgestellten Tarife.
- (6) Gesetzliche oder tatsächliche Vermutungen der (werkbezogenen) Wahrnehmungsbefugnis von Verwertungsgesellschaften sowie die Möglichkeit und die Voraussetzungen der Wahrnehmung von Rechten ohne Zustimmung der Rechteinhaber.

C. Konkrete Einwirkungen von Sitz- und Herkunftslandprinzip auf die Rechte und Pflichten der Verwertungsgesellschaften im Binnenmarkt

I. Ausgangspunkt der Untersuchung

1) Leitende Prinzipien für die Untersuchung der Reichweite des Sitz- und Herkunftslandprinzips

Grundlage der Betrachtung ist zunächst die VG-RL selbst, und insoweit ist festzustellen, dass der europäische Rechtsrahmen beeindruckende Regeltiefe erfahren hat. Die VG-RL sieht bereits umfassende und detaillierte Maßstäbe der Regulierung verwertungsgesellschaftlichen Handelns vor. Sie bildet damit grundsätzlich ein Fundament, auf welches die Anwendung des Sitzlandprinzips aufbauen kann – inwieweit im Detail bleibt zu untersuchen.

Gleichzeitig – und dies ist mindestens ebenso bedeutend – ist der Harmonisierungsstand in angrenzenden Bereichen zu berücksichtigen. Die diesem Kapitel vorausgegangene Entwicklung eines allgemeinen Kollisionsrechts der kollektiven Rechtswahrnehmung beruhte vor allem auf einer funktionalen Analyse des Verwertungsgesellschaftsrechts. Sie stand unter folgender Prämisse: Genauso wenig wie Verwertungsgesellschaften eine unabhängige Funktion erfüllen, lässt sich dem Verwertungsgesellschaftsrecht eine solche entnehmen. Damit sind nicht etwa die in den Erwägungsgründen 8 und 9 der VG-RL genannten Ziele gemeint,¹¹⁰⁵ sie mag man formell als „Zweck“ oder eben „Ziel“ des Gesetzes ansehen (die VG-RL ist der Rechtsrahmen, welcher die Regulierung der Betätigung von Verwertungsgesellschaften zur Aufgabe hat), wichtiger erscheint aber, dass stets, wenn die Regulierungsmaterie des Wahrnehmungsrechts angesprochen wird, ihr eigentlicher Bezug zu angrenzenden Gebieten, namentlich dem Urheberrecht, hervorgehoben wird. So zeigt schon Erwägungsgrund 1 der VG-RL, dass es im Kern um Urheberrecht und Wettbewerbsrecht geht, wenn es ganz am Beginn des Rechtsakts heißt: „Die bestehenden Unionsrichtlinien zu den Urheber- und verwandten Schutzrechten gewähren Rechtsinhabern schon jetzt ein hohes Maß an Schutz und bieten einen Regelungsrahmen, in dem die Verwertung von durch diese Rechte geschützten Inhalten statt-

1105 So spricht Erwägungsgrund 9 davon, dass es Ziel der Richtlinie sei, die „Anforderungen an Organisationen für die kollektive Rechtswahrnehmung festzulegen, um hohe Standards für die Leistungsstrukturen, das Finanzmanagement, die Transparenz und das Berichtswesen zu gewährleisten“.

finden kann. Diese Richtlinien tragen zur Förderung und Bewahrung der Kreativität bei. In einem Binnenmarkt, in dem es keine Wettbewerbsverzerrungen gibt, stößt der Schutz von Innovationen und geistiger Schöpfung auch Investitionen in innovative Dienstleistungen und Produkte an.“

Entsprechend wurde am Beginn der Arbeit aufgezeigt, dass Verwertungsgesellschaften kein in sich geschlossenes System bilden und entsprechend auch das Verwertungsgesellschaftsrecht nicht als geschlossenes Rechtssystem verstanden werden kann. Es steht nicht nur in Interaktion mit angrenzenden Rechtsbereichen – wie dies im Recht stets der Fall ist –, sondern hat seine eigentliche Funktion in der Effektivierung angrenzender Rechtssysteme, welche vor allem das Urheberrecht und das Kartellrecht sind. Darauf – im Wesentlichen – stützte sich die vorangegangene Untersuchung und führte so in Anlehnung an das kartellrechtliche Auswirkungsprinzip und an die urheberrechtliche *lex loci protectionis* zu einem Kollisionsrecht, welches nur in umgrenzten Teilen das Sitzlandrecht zur Anwendung bringen kann.

Für Binnenmarktsachverhalte bedeutet dies entsprechend, dass nicht nur gemeinsame Standards des Verwertungsgesellschaftsrechts zu berücksichtigen sind, sondern vor allem auch die gemeinsamen Standards im Urheberrecht Gründe für das „Prinzip der gegenseitigen Anerkennung“ oder fehlende gemeinsame Standards Rechtfertigungen für ein gegenteiliges Prinzip der „Nichtanerkennung“ bieten können.

2) Geltung der Dienstleistungsrichtlinie

Bevor mit der eigentlichen Prüfung der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit in Bezug auf einzelne Tätigkeiten der Verwertungsgesellschaften innerhalb des rechtlichen Systems der kollektiven Rechtswahrnehmung begonnen werden kann, ist zu prüfen, ob die Dienstleistungsrichtlinie mit ihren bereits formell engeren Möglichkeiten der Rechtfertigung von beschränkenden Anforderungen auf die Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften anwendbar ist.

Die VG-Richtlinie schweigt zu dieser Frage, was zu erheblichen Unsicherheiten geführt hat. Nach Ansicht der Kommission stand die Anwendung von Art. 16 der Dienstleistungsrichtlinie auf die Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften zunächst außer Zweifel.¹¹⁰⁶ Eine Bezugnahme auf die

1106 Europäische Kommission, Handbuch zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, S. 49; Drexl, MPI Stellungnahme VGG, 2015, Rn. 14.

Dienstleistungsrichtlinie in den Erwägungsgründen der VG-RL war nach den Vorstellungen der Kommission ursprünglich vorgesehen, hätte aber nach ihrer Auffassung nur klarstellenden Charakter gehabt.¹¹⁰⁷ Nachdem im Laufe des Gesetzgebungsprozesses an der Anwendung der Dienstleistungsrichtlinie auf Verwertungsgesellschaften erhebliche Kritik geäußert wurde, einigte man sich darauf, den entsprechenden Passus aus den Erwägungsgründen zu streichen bzw. nicht zu übernehmen.

Kurz nach Annahme der Richtlinie durch den europäischen Gesetzgeber hatte der EuGH allerdings in der Rechtssache *OSA*¹¹⁰⁸ die Frage zu klären, ob insbesondere Art. 16 der Dienstleistungsrichtlinie einer Regelung eines Mitgliedstaates entgegensteht, die die kollektive Wahrnehmung der Urheberrechte an bestimmten geschützten Werken im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaates einer einzigen Verwertungsgesellschaft vorbehält und dadurch Nutzer dieser Werke, wie die im Ausgangsverfahren betroffene Kureinrichtung, daran hindert, die Dienstleistungen einer in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Verwertungsgesellschaft in Anspruch zu nehmen.¹¹⁰⁹ Dies verneinte der Gerichtshof kurz und knapp mit der Begründung, dass Art. 16 der Dienstleistungsrichtlinie auf urheberrechtsbezogene Dienstleistungen gemäß Art. 17 Nr. 11 der Richtlinie keine Anwendung finde.¹¹¹⁰ Der EuGH entzieht damit die Tätigkeiten der Verwertungsgesellschaften insgesamt dem Anwendungsbereich von Art. 16 der Dienstleistungsrichtlinie, denn alle Aufgaben der Verwertungsgesellschaften sind urheberrechtsbezogen. Namentlich gilt dies für die im Fall *OSA* angesprochenen Lizenzdienstleistungen. Doch auch die Wahrnehmungsdienstleistungen der Verwertungsgesellschaften sind urheberrechtsbezogen, da sie den Rechteinhabern die Ausübung ihrer Urheberrechte ermöglichen und in vielen

1107 Ein entsprechender Hinweis auf die Anwendbarkeit der Dienstleistungsrichtlinie fand sich in Erwägungsgrund 3 des Kommissionsvorschlages von 2012.

1108 EuGH, C-351/12, ECLI:EU:C:2014:110 – *OSA*.

1109 So die 3. Vorlagefrage.

1110 EuGH, *OSA*, Rz. 64 ff. So auch die Schlussanträge der Generalanwältin *Sharpston*: „Jedenfalls muss diese Tätigkeit meiner Ansicht nach vom Anwendungsbereich des Art. 16 der Richtlinie 2006/123 (der Bestimmung, zu deren Auslegung das vorliegende Gericht Hinweise erbittet) ausgenommen sein, soweit sie in den Bereich der Urheberrechte und verwandten Schutzrechte fällt, die in Art. 17 Nr. 11 der Richtlinie aufgeführt sind. Obgleich die Vorschrift ihrem Wortlaut nach nur Rechte erfasst, ist offenkundig, dass sie sich tatsächlich auf Dienstleistungen im Zusammenhang mit solchen Rechten beziehen muss, da nur Dienstleistungen von der Anwendbarkeit des Art. 16 ausgenommen sein können. Darüber hinaus bestimmt Art. 1 Abs. 3, dass die Richtlinie nicht die Abschaffung von Monopolen betrifft.“ Schlussanträge, C-351/12, ECLI:EU:C:2013:749 – *OSA*.

Bereichen die urheberrechtliche Wertschöpfung und Vergütungssicherung herstellen. Gegenstand der Rechtsbeziehung zwischen Rechteinhabern und Verwertungsgesellschaften sind schließlich ebenfalls Urheberrechte.

Im Fall OSA beschäftigte sich der EuGH darüber hinaus mit der Frage, ob die oben dargestellte tschechische Regelung mit der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV in Einklang steht. Der Gerichtshof bejahte dies im Anschluss an eine umfassende Rechtfertigungsprüfung.¹¹¹¹ Dieses Ergebnis verdient durchaus Beachtung für die nun anstehende Prüfung. Dabei ist jedoch zu bedenken, dass das Urteil auf die nun zu prüfenden Betätigungen der Verwertungsgesellschaften in doppelter Hinsicht nur begrenzt übertragbar ist. Erstens handelt es sich bei der OSA-Entscheidung hinsichtlich der Vereinbarkeit mit Art. 56 AEUV lediglich um eine Momentaufnahme.¹¹¹² Ein anderes Ergebnis bzgl. der Tätigkeiten von Verwertungsgesellschaften ist nach der erfolgten Harmonisierung und den oben dargestellten Prinzipien gerade nicht ausgeschlossen. Zweitens bezog sich das Urteil lediglich auf Lizenzdienstleistungen der Verwertungsgesellschaften.¹¹¹³ Für Wahrnehmungsdienstleistungen wurde aber bereits im allgemeinen Kollisionsrecht grundsätzlich ein liberalerer Ansatz gewählt.¹¹¹⁴

3) Der Rahmen der Dienstleistungsfreiheit

a) Anwendungsbereich

Ohne Weiteres ist der Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 ff. AEUV eröffnet.¹¹¹⁵ Gemäß Artikel 57 Abs.1 AEUV fallen unter

1111 EuGH, OSA, Rz. 72 ff.

1112 EuGH, OSA, Rz. 76; der EuGH bezog seine Ausführungen ausdrücklich auf den gegenwärtigen Stand des Unionsrechts.

1113 Deklaratorisch bezog sich der EuGH aber auch auf Wahrnehmungsdienstleistungen (EuGH, OSA, Rz. 59 f.)

1114 Siehe hierzu das vorherige Kapitel.

1115 In OSA machte der EuGH sehr deutlich, dass die Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften insgesamt eine Dienstleistung im Sinne des Primärrechts darstellt, was ausdrücklich ihre Tätigkeit gegenüber den Rechteinhabern einschließe (Rz. 59 und 60). „Die Tätigkeiten von Verwertungsgesellschaften unterliegen den Bestimmungen der Art. 56 ff. AEUV über den freien Dienstleistungsverkehr (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 25. Oktober 1979, Greenwich Film Production, 22/79, Slg. 1979, 3275, Rn. 12, vom 2. März 1983, GVL/Kommission, 7/82, Slg. 1983, 483, Rn. 38, sowie vom 20. Oktober 1993, Phil Collins u. a., C-92/92 und C-326/92, Slg. 1993, I-5145, Rn. 24) Dies gilt nicht nur für die Beziehungen zwischen einer

den Dienstleistungsbegriff Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen. Problematisch mag dabei die Frage der Entgeltlichkeit sein, speziell wenn es um die Betrachtung der rechteinhaberbezogenen Leistungen geht. Denn es gehört zu den Wesensmerkmalen der Verwertungsgesellschaften, dass sie „nicht auf Gewinnerzielung ausgerichtet“ sind (Art. 3(a)(ii) VG-RL und § 2 Abs. 2 Nr. 1 VGG). Doch wird das Tatbestandsmerkmal in Art. 57 Abs. 1 AEUV weit ausgelegt und die Entgeltlichkeit der Leistung wird nur „in der Regel“ verlangt.¹¹¹⁶ Entscheidend ist der Charakter einer wirtschaftlich bedeutsamen Leistung, mithin einer Leistung mit wirtschaftlichem Wert für die Rechteinhaber (oder Nutzer) als Dienstleistungsempfänger.¹¹¹⁷

Für die Betätigungen der Verwertungsgesellschaften bedeutet dies, dass sie generell der Dienstleistungsfreiheit unterfallen, sofern ihre Tätigkeit – zumindest potentiell – grenzüberschreitend erfolgt.¹¹¹⁸ Vier Varianten der Grenzüberschreitung sind denkbar, erstens die Grenzüberschreitung des Leistenden (aktive Dienstleistungsfreiheit), zweitens die Grenzüberschreitung des Leistungsempfängers (passive Dienstleistungsfreiheit), drittens die auslandsbezogene Dienstleistung und viertens die Grenzüberschreitung der Leistung selbst (Korrespondenzdienstleistung).¹¹¹⁹ Im Falle der Verwer-

Verwertungsgesellschaft und einem Inhaber von Urheberrechten, wie sich dies aus der in der vorigen Randnummer angeführten Rechtsprechung ergibt, sondern auch für die Beziehungen zwischen einer Verwertungsgesellschaft, wie OSA, und einem Nutzer geschützter Werke, wie der Kureinrichtung, um die es im Ausgangsverfahren geht.“ EuGH, C-351/12, ECLI:EU:C:2014:110 – OSA, Rz. 59 f. mit Verweis auf die weiteren Entscheidungen.

1116 Zu dieser Problematik ausführlich Heyde, Die grenzüberschreitende Lizenzierung von Online-Musikrechten in Europa, 2011, 349 ff. Siehe außerdem Drexl, MPI Stellungnahme VGG, 2015, Rn. 7 ff.

1117 Holoubek, in: Schwarze/Becker/Hatje u.a. (Hrsg.), EU-Kommentar, ⁴2019, Art. 56, 57 AEUV, Rn. 19 f.

1118 Müller-Graff, in: Streinz/Michl/Bings u.a. (Hrsg.), EUV/AEUV, ³2018, Art. 56, Rn. 31 f.

1119 Holoubek, in: Schwarze/Becker/Hatje u.a. (Hrsg.), EU-Kommentar, ⁴2019, Art. 56, 57 AEUV, Rn. 38 ff. Teilweise wird auch nur zwischen aktiver, passiver und Korrespondenzdienstleistung unterschieden, so bspw. Müller-Graff, in: Streinz/Michl/Bings u.a. (Hrsg.), EUV/AEUV, ³2018, Art. 56, Rn. 33 f. EuGH, C-198/89, ECLI:EU:C:1991:79 – Kommission / Griechenland, Rz. 9 f. („Artikel 59 [greift] immer dann ein, wenn ein Leistungserbringer Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen anbietet, in dem er niedergelassen ist, und zwar unabhängig vom Niederlassungsort der Empfänger dieser Dienstleistungen“ (Rz. 10)).

tungsgesellschaften steht bei der grenzüberschreitenden Lizenzierung oder der Wahrnehmung ausländischer Rechte die Korrespondenzdienstleistung im Vordergrund.

b) Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot

Art. 56 AEUV statuiert sowohl ein Diskriminierungs- als auch ein Beschränkungsverbot.¹¹²⁰ Während es beim Diskriminierungsverbot um offene Diskriminierungen anhand der Staatsangehörigkeit und um versteckte oder mittelbare Diskriminierungen aufgrund von Merkmalen geht, die typischerweise mit der Staatsangehörigkeit verbunden sind, bezieht sich das Beschränkungsverbot allgemein auf Maßnahmen, die geeignet sind, die Ausübung einer grenzüberschreitenden Dienstleistung zu „unterbinden, behindern oder weniger attraktiv zu machen“.¹¹²¹ Relevanz erfährt diese Unterscheidung vor allem für die Anforderungen an die Rechtfertigung, da offene Diskriminierungen nur gemäß Art. 62 i.V.m. Art. 52 AEUV legitimiert werden können, während eine Rechtfertigung versteckter Diskriminierungen und besonders der unterschiedslosen Beschränkungen auch unter dem Aspekt der „zwingenden Gründe des Allgemeinwohls“ möglich ist.¹¹²² Verdeckte Diskriminierungen enthalten typischerweise Wohnsitzkriterien, Sprachkriterien oder im Wirtschaftsrecht Niederlassungskriterien.¹¹²³ Bezogen auf das Feld der Verwertungsgesellschaften liegen sie typischerweise vor, wenn ein nationales Zulassungssystem eine Niederlassung oder gar eine Verlegung des Hauptsitzes ins Inland erfordert.¹¹²⁴ Da es in dieser

1120 Siehe nur Müller-Graff, in: Streinz/Michl/Bings u.a. (Hrsg.), EUV/AEUV, ³2018, Art. 56, Rn. 70 ff.

1121 Gängige Rechtsprechung des EuGH, siehe beispielsweise EuGH, 25.6.1991, C-76/90, ECLI:EU:C:1991:331 – *Säger*, Rz.12; EuGH, 30.11.1995, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 – *Gebhard*, Rz. 37 und EuGH, 20.2.2001, C-205/99, ECLI:EU:C:2001:107 – *Analir*, Rz. 21

1122 Siehe exemplarisch Müller-Graff, in: Streinz/Michl/Bings u.a. (Hrsg.), EUV/AEUV, ³2018, Art.56, Rz. 76.

1123 *Ders.*, in: Streinz/Michl/Bings u.a. (Hrsg.), EUV/AEUV, ³2018, Art. 57, Rn. 77 f.

1124 Zu der Frage, ob ein gesetzliches Monopol (weiterhin zu Niederlassungs- und Rechtsformerfordernissen sowie Erlaubnisvorbehalten) der Verwertungsgesellschaften unter dem Aspekt der Dienstleistungsfreiheit zulässig ist, ausführlich z.B. *Heyde*, Die grenzüberschreitende Lizenzierung von Online-Musikrechten in Europa, 2011, 357 ff. *Heyde* steht diesem Modell ablehnend gegenüber, eine nationale Monopolstellung der Verwertungsgesellschaften lasse sich nicht rechtfertigen. Seine Ausführungen beziehen sich auf die Rechtslage vor Inkrafttreten der VG-

Arbeit um die privatrechtlichen Rechte und Pflichten der Verwertungsgesellschaften und deren Auswirkungen auf Betätigungsfreiheiten im Binnenmarkt geht, spielen solche Beschränkungen keine Rolle. Grundsätzlich ist das nationale Zulassungssystem gegenüber ausländischen Binnenmarktgesellschaften im deutschen Recht aufgehoben (§ 77 Abs. 2 VGG). Eine Ausnahme besteht für die Wahrnehmung gesetzlicher Vergütungsansprüche und anderer beschränkter Rechte (§ 77 Abs. 2 Nr. 1–3 VGG). Von einem inländischen Sitz ist sie generell nicht abhängig.

Für diese Arbeit entscheidend sind die Beschränkungen, die von national unterschiedlichen privatrechtlichen Standards ausgehen, soweit sie nach dem Internationalen Privatrecht abweichend vom Sitzlandrecht anwendbar sind und die Verwertungsgesellschaften so grundsätzlich zur Anpassung an unterschiedliche Regelungssysteme zwingen. Das Beschränkungsverbot des Art. 56 AEUV umfasst grundsätzlich alle Maßnahmen, die geeignet sind, eine grenzüberschreitende Leistungserbringung weniger attraktiv zu machen¹¹²⁵ oder die Erbringung von Dienstleistungen zwischen Mitgliedstaaten im Ergebnis gegenüber Leistungen innerhalb eines Landes zu erschweren.¹¹²⁶ Es bedarf dabei weder eines bestimmten Ausmaßes der Behinderung noch eines Spürbarkeitserfordernisses, jedoch muss die Behinderungseignung einer Maßnahme hinreichend substantiiert sein, was gänzlich ungewisse und mittelbare Behinderungen ausnimmt.¹¹²⁷ Nicht per se unter das Beschränkungsverbot fällt die bloße Existenz unterschiedlicher Regelungsniveaus zwischen den Mitgliedstaaten,¹¹²⁸ wobei hier eine Abgrenzung schwierig ist, denn durchaus beschränkend wirken sich Doppelbelastungen aus, die typischerweise auf unterschiedlichen Regelungs-

RL. Dies lässt im Hinblick auf die Argumentation einen Erst-Recht-Schluss zu – sofern man ihr folgen mag. Anders entschied der EuGH jedoch im Fall OSA – ebenfalls vor Inkrafttreten der VG-RL – im Hinblick auf ein nationales Wahrnehmungsmonopol, welches die kollektive Wahrnehmung von Urheberrechten an bestimmten geschützten Werken im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates (hier Tschechien) einer einzigen Verwertungsgesellschaft vorbehält (EuGH, C-351/12, ECLI:EU:C:2014:110 – OSA).

1125 Siehe exemplarisch EuGH, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 – *Gebhard*, Rz. 37.

1126 Exemplarisch EuGH, C-381/93, ECLI:EU:C:1994:370 – *Kommission/Frankreich* (Hafengebühren), Rz. 17.

1127 M.w.N. *Müller-Graff*, in: Streinz/Michl/Bings u.a. (Hrsg.), EUV/AEUV, ³2018, Art. 56, Rn. 87.

1128 EuGH, C-379/92, ECLI:EU:C:1994:296 – *Peralta*, Rz. 48, 50 und EuGH, C-384/93, ECLI:EU:C:1995:126 – *Alpine Investments*, Rz. 27.

niveaus basieren.¹¹²⁹ Klassische Fälle jenseits der Zulassungserfordernisse waren in der Vergangenheit im Bereich der Ausübungsmodalitäten die speziellen und unterschiedlichen Werberegulungen bzw. -verbote der Mitgliedstaaten.¹¹³⁰

Grundsätzlich sind mitgliedstaatliche Bestimmungen, die erstens den spezifischen Marktzugang für ausländische Dienstleistungen nicht behindern, zweitens für alle Wirtschaftsteilnehmer nach erfolgtem Marktzutritt unterschiedslos gelten und drittens inländische Dienstleistungen und ausländische (Binnenmarkt-)Dienstleistungen auch tatsächlich in gleicher Weise betreffen, keine verbotenen Dienstleistungsbeschränkungen.¹¹³¹ Gleichwohl kann eine Behinderung des Dienstleistungsverkehrs selbst in Konstellationen gefunden werden, die den Marktzutritt mittelbar erschweren. Hierzu zählen insbesondere nationale Anforderungen an die Ausübung und den Inhalt einer Dienstleistung im Aufnahmestaat, sofern sie dazu führen, dass der Dienstleistungserbringer seine Dienstleistung zu modifizieren hätte, wollte er an diesem Markt teilnehmen.¹¹³² Dabei scheint es sich wiederum um die typischen Fälle zu handeln, welche mit dem Begriff der Doppelbelastung verbunden werden. Die Unterschiedlichkeit der nationalen Regulierung von Verwertungsgesellschaften – auch in Bereichen jenseits der öffentlichen Aufsicht und besonderer Zulassungserfordernisse – identifizierte der europäische Gesetzgeber als Binnenmarkthindernisse – identifiziert der europäische Gesetzgeber als Binnenmarkthindernisse und zugleich als Gewährleistungsproblem hinreichender Schutzstandards, wobei der Fokus des Binnenmarktproblems teilweise weniger auf die aktive grenzüberschreitende Betätigung der Verwertungsgesellschaften gelegt

1129 Müller-Graff, in: Streinz/Michl/Bings u.a. (Hrsg.), EUV/AEUV, ³2018, Art. 56, Rn. 87 und 91. Die Grundfreiheiten haben nicht den Zweck, die Träger jener Freiheiten grundsätzlich von jeglichen Mitgliedstaatlichen Belastungen freizustellen, sie sollen den Wirtschaftsteilnehmern im Binnenmarkt vielmehr einen ungehinderten Zugang zu den nationalen Märkten verschaffen (Heyde, Die grenzüberschreitende Lizenzierung von Online-Musikrechten in Europa, 2011, 353 f.).

1130 Mit übersichtlicher Darstellung des Entscheidungskanons, Müller-Graff, in: Streinz/Michl/Bings u.a. (Hrsg.), EUV/AEUV, ³2018, Art. 56 Rn. 94.

1131 Heyde, Die grenzüberschreitende Lizenzierung von Online-Musikrechten in Europa, 2011, 354 f.; So auch GA Lenz, in EuGH, C-379/92, ECLI:EU:C:1994:191 – Peralta, Rz. 88.

1132 Ders., Die grenzüberschreitende Lizenzierung von Online-Musikrechten in Europa, 2011, S. 354.

wurde, sondern eher auf die Schwierigkeit der Rechteinhaber ihre Rechte (grenzüberschreitend) auszuüben.¹¹³³

Welche der Regelungen im Verwertungsgesellschaftssystem konkret eine die Dienstleistungsfreiheit beschränkende Doppelbelastung darstellen, lässt sich im Abstrakten nicht bestimmen. Es ist vielmehr eine Überprüfung der konkreten Regelungen vorzunehmen, wobei eine Beschränkung zunächst naheliegend erscheint. Denn es lässt sich grundsätzlich festhalten, dass der EuGH an die Frage, ob eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit vorliegt, keine allzu hohen Anforderungen stellt. Im Zweifel liegt diese vor und ihre Zulässigkeit ist dann eine Frage der konkreten Rechtfertigung.

c) Maßgaben an die Rechtfertigung

Bereits jetzt lässt sich festhalten, dass keine der möglichen Beschränkungen in den Bereich der Diskriminierung ausländischer Dienstleistungsanbieter fällt. Es handelt sich – hier geht es ausschließlich um die privatrechtlichen Rechte und Pflichten der Verwertungsgesellschaften – um Ausübungsregelungen, die zwar unterschiedslos gelten, die Verwertungsgesellschaften jedoch möglicherweise zur Anpassung ihrer Tätigkeit zwingen, je nachdem auf welches Land sie ihre Dienstleistungstätigkeit ausrichten.¹¹³⁴ Für derartige Beschränkungen sieht das Unionsrecht die Möglichkeit der Rechtfertigung auch durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls vor.¹¹³⁵ Hierzu zählen insbesondere die Grundrechte, die Lauterkeit des Handelsverkehrs, der Grundsatz der Rechtsicherheit, der Schutz der Verbraucher

1133 Siehe hierzu insbesondere Erwägungsgrund 5 der VG-RL: „Die nationalen Regelungen über die Funktionsweise von Organisationen für die kollektive Rechtewahrnehmung weichen stark voneinander ab, insbesondere was deren Transparenz und Rechenschaftspflicht gegenüber Mitgliedern und Rechteinhabern betrifft. Dies hat in mehreren Fällen zu Schwierigkeiten – vor allem für ausländische Rechteinhaber, wenn diese versuchen, ihre Rechte auszuüben – [...] geführt. Mängel in der Funktionsweise von Organisationen für die kollektive Rechtewahrnehmung führen zu einer ineffizienten Verwertung von Urheber- und verwandten Schutzrechten im gesamten Binnenmarkt mit nachteiligen Folgen für die Mitglieder von Organisationen für die kollektive Rechtewahrnehmung, Rechteinhaber und Nutzer.“

1134 Freilich kommt dies auf die konkrete Ausgestaltung der nationalen Vorschrift an. Die Prüfung orientiert sich hier am VGG.

1135 *Holoubek*, in: Schwarze/Becker/Hatje u.a. (Hrsg.), EU-Kommentar, ⁴2019, Art. 56, 57, Rn. III f.

und der Schutz des geistigen Eigentums.¹¹³⁶ Außerdem wurde die Kulturpolitik als Rechtfertigungsgrund anerkannt, was insbesondere die Erhaltung des nationalen, historischen und künstlerischen Erbes,¹¹³⁷ den Schutz der Meinungsfreiheit¹¹³⁸ und den Schutz der Medienvielfalt¹¹³⁹ sowie der Programmqualität des Rundfunks¹¹⁴⁰ umfasst.¹¹⁴¹ Der Katalog der Rechtfertigungsgründe ist nicht abschließend; nicht zu ihnen gehört allerdings der gesamte Kreis der Wirtschaftspolitik im engeren Sinne.¹¹⁴²

Grundsätzlich ist ein Mitgliedstaat in einem gewissen Rahmen frei, auf der Rechtsfolgenseite das Schutzformat nach seinem angestrebten Schutzziel zu wählen, soweit er zuvor auf der Tatbestandsseite die Gefahr- und Risikolage zutreffend ermittelt und beurteilt hat. Der Spielraum der Mitgliedstaaten bei der Wahl der Schutzform eines angestrebten Ziels ist dabei tendenziell umso größer, je eher Sachverhalte betroffen sind, die über den Kreis der Wirtschaftspolitik im engeren Sinne hinausgehen. Allein der Umstand, dass in einem anderen Mitgliedstaat weniger strenge Vorschriften gelten, bedeutet nicht per se, dass die in Rede stehenden Vorschriften unverhältnismäßig sind.¹¹⁴³ Wie bereits zuvor betont, verengt aber eine Harmonisierung die Möglichkeit zur Rechtfertigung der Anwendung darüber hinausgehender Standards auf ausländische Binnenmarktdienstleister, und zwar selbst dann, wenn die harmonisierende Richtlinie abweichende nationale Vorschriften grundsätzlich zulässt. Denn insoweit wurde bereits ein

1136 Ders., in: Schwarze/Becker/Hatje u.a. (Hrsg.), EU-Kommentar, ⁴2019, Art. 56, 57, Rn. 114 f. Müller-Graff, in: Streinz/Michl/Bings u.a. (Hrsg.), EUV/AEUV, ³2018, Art. 56, Rn. 107.

1137 EuGH, C-154/89, ECLI:EU:C:1991:76 – *Kommission/Frankreich* (Fremdenführerurteile), Rz. 17.

1138 EuGH, C-353/89, ECLI:EU:C:1991:325 – *Kommission/Niederlande* (Mediawet), Rz. 30; EuGH, C-11/95, ECLI:EU:C:1996:316 – *Kommission/Belgien*, Rz. 54 und EuGH, C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254 – *ERT/DEP*, Rz. 44.

1139 EuGH, C-368/95, ECLI:EU:C:1997:325 – *Familiapress* (allerdings den Warenverkehr betreffend).

1140 EuGH, C-288/89, ECLI:EU:C:1991:323 – *Gauda*, Rz. 23.

1141 Holoubek, in: Schwarze/Becker/Hatje u.a. (Hrsg.), EU-Kommentar, ⁴2019, Art. 56, 57, Rn. 115.

1142 Müller-Graff, in: Streinz/Michl/Bings u.a. (Hrsg.), EUV/AEUV, ³2018, Art. 56, Rn. 108.

1143 Heyde, Die grenzüberschreitende Lizenzierung von Online-Musikrechten in Europa, 2011, S. 356; EuGH, C-384/93, ECLI:EU:C:1995:126 – *Alpine Investments*, Rz. 51.

gemeinsamer Schutzstandard geschaffen, der einen hinreichenden Schutz zu indizieren vermag.¹¹⁴⁴

4) Zwischenfazit

Art 16 der Dienstleistungsrichtlinie ist gegenüber dem Handeln von Verwertungsgesellschaften nicht anwendbar. Die Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften ist in allen Bereich urheberrechtsbezogen und der EuGH entschied, dass die Ausnahme von der Geltung des Art. 16 der Dienstleistungsrichtlinie, welche sich nach Art. 17 Nr. 11 auf Urheberrechte und verwandte Schutzrechte bezieht, notwendigerweise urheberrechtsbezogene Dienstleistungen meint.

Anwendbar ist hingegen die primärrechtliche Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 ff. AEUV). Sie erfasst die gesamte Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften im Binnenmarkt. Die einzelnen Rechte und Pflichten, welche nach der vorangegangenen Prüfung nicht bereits dem Sitzlandrecht unterfallen, sind daher auf ihre beschränkende Wirkung hin zu überprüfen. Der Beschränkungsbegriff der Dienstleistungsfreiheit ist äußerst weit zu verstehen und umfasst gerade auch Doppelbelastungen, die unterschiedslos gelten. Entscheidend ist eine Erschwerung des Marktzutritts und so scheint es naheliegend, dass allein die drohende Anpassung an mehrere Rechtsstandards die Ausübung der grenzüberschreitenden Dienstleistungsfreiheit weniger attraktiv macht.

Auf Rechtfertigungsebene ist zunächst das Maß des konkreten Eingriffs zu berücksichtigen. Da die möglichen Beschränkungen des nationalen Verwertungsgesellschaftsrechts jedenfalls nicht offen diskriminierend sind, ist eine Rechtfertigung unter den ergänzenden Gründen des zwingenden Allgemeinwohls möglich, wozu insbesondere das geistige Eigentum und kulturelle Fragen zählen. Innerhalb der Prüfung einer etwaigen Rechtfertigung ist die Berücksichtigung des Harmonisierungsstands entscheidend. Denn dort, wo der europäische Gesetzgeber bereits einen gemeinsamen (Mindest-)Standard geschaffen hat, ist grundsätzlich auch davon auszugehen, dass ein nationales Abweichen mit Wirkung gegenüber ausländischen Gesellschaften nicht zwingend erforderlich ist – zumindest aber einem erhöhten Begründungsaufwand unterliegt.

Die Untersuchung im ersten und zweiten Teil dieser Arbeit sollte das Wesen der kollektiven Rechtswahrnehmung und ihrer zentralen Institutio-

1144 So in diesem Kapitel unter B. II. 6.).

nen, den Verwertungsgesellschaften offenlegen. Hierbei zeigte sich, dass das Verwertungsgesellschaftsrecht mit den Bereichen des Kartell- und Urheberrechts nicht nur eng verknüpft ist, sondern einen abhängigen Teil jener Systeme bildet. Daher ist im Rahmen einer Rechtfertigungsprüfung nicht nur der Harmonisierungsstand im Verwertungsgesellschaftsrecht – also die VG-RL –, sondern vor allem auch im Urheberrecht zu berücksichtigen.

II. Verteilung der Einnahmen der Verwertungsgesellschaften aus gesetzlichen Vergütungsansprüchen und verwertungsgesellschaftspflichtigen Rechten

1) Ergebnis der kollisionsrechtlichen Untersuchung und Fragestellung für Binnenmarktsachverhalte

Als typische Regulierung des Innenverhältnisses der Verwertungsgesellschaften wurden allgemeine Verteilungsfragen kollisionsrechtlich mit dem Wahrnehmungsstatut verbunden. Das Wahrnehmungsstatut beruft das Sitzlandrecht der Verwertungsgesellschaften und berücksichtigt dabei die Nähe einer Rechtsordnung zu dem konkreten Wahrnehmungsverhältnis.¹¹⁴⁵ Zugleich verschafft es den Verwertungsgesellschaften den notwendigen Raum für internationale Betätigungen und führt zu einer vorhersehbaren Anwendung des Rechts. Über die Verkehrsinteressen hinaus erfahren auch die Ordnungs- und Parteiinteressen hinreichende Berücksichtigung. Die Anbindung an das Wahrnehmungsstatut entspricht dem Gedanken der Vereinfachung grenzüberschreitender Tätigkeit, wie er auch im Sitzlandprinzip der VG-Richtlinie zum Ausdruck kommt.

Dieses kollisionsrechtliche Ergebnis konnte für die Verteilung von Einnahmen aus gesetzlichen Vergütungsansprüchen (oder verwertungsgesellschaftspflichtigen Rechten) jedoch nicht aufrechterhalten werden.¹¹⁴⁶ Eingeschränkt wurde die Durchbrechung der Geltung des Wahrnehmungsstatus insbesondere durch ein Unmittelbarkeitskriterium, wonach die Verteilungs-

1145 Der Anknüpfungsgegenstand (Verteilung von Einnahmen durch Verwertungsgesellschaften) unterliegt also grundsätzlich dem Recht des Staates, in dem die Verwertungsgesellschaft ihren Sitz hat.

1146 Dies gilt zumindest für jene Fälle, in denen die Schranke, aus der die Vergütung resultiert, selbst zwingende Vorgaben zur Verteilung der Einnahmen macht, von denen die Parteien nicht durch Vertrag abweichen können und deren internationale Durchsetzung aus Sicht des Schutzlandes zwingend erforderlich ist.

standards nur gegenüber einer ausländischen Verwertungsgesellschaft gelten, die unmittelbar die Wahrnehmung jener Rechte im Ausland vornimmt.

Als Konsequenz müssen Verwertungsgesellschaften, die unmittelbar im Ausland verwertungsgesellschaftspflichtige Rechte und gesetzliche Vergütungsansprüche wahrnehmen, die dort zwingend geltenden Verteilungsstandards beachten. Sowohl die Dienstleistungsfreiheit als auch die VG-RL haben jedoch die freie Ausübung wirtschaftlicher Tätigkeiten im Binnenmarkt zum Ziel. Das Sitz- oder Herkunftslandprinzip setzt auf eine gegenseitige Anerkennung der Rechts- und Kontrollstandards der Mitgliedstaaten, mit dem Ziel der Vermeidung doppelter Kontrollen. Es stellt sich daher die Frage, ob sich Verwertungsgesellschaften im Binnenmarkt nicht auf die bereits bestehenden Verpflichtungen (und Kontrollen) in ihrem Sitzland berufen können, um die Durchsetzung strengerer Standards des Bestimmungslandes¹¹⁴⁷ ihnen gegenüber zu verhindern.

2) Beschränkung

Entwickelt wurde dieses kollisionsrechtliche Modell maßgeblich auf Grundlage einer Analyse der *Reprographie-* und *Privatkopieschranke* nach Art. 5 Abs. 2 lit. a) und b) InfoSoc-RL. Die vom EuGH begründete *Ergebnispflicht* führte – nach der vorgenommenen Analyse – zu einer Verbindung von Vergütungserhebung und Vergütungsausschüttung bzw. -verteilung. Dieser inhaltliche Zusammenhang zwischen der Beschränkung des Ausschließlichkeitsrechts und dem Vergütungs- bzw. Kompensationsergebnis wurde gerade aus dem europäischen Recht und der Rechtsprechung des EuGH zu typischen Binnenmarktsachverhalten abgeleitet. Es fragt sich gleichwohl, ob eine nationale Vorschrift, die besondere Vorgaben an die Verteilung macht und gegenüber einer ausländischen Verwertungsgesellschaft durchgesetzt werden soll, die andernfalls einen einheitlichen Verteilungsstandard anwenden könnte, eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit der Verwertungsgesellschaften bewirkt.

Ausgehend von dem zuvor beschriebenen weiten Beschränkungsbe-griff innerhalb der primärrechtlich garantierten Dienstleistungsfreiheit werden grundsätzlich alle Maßnahmen erfasst, die geeignet sind, eine grenzüberschreitende Leistungserbringung weniger attraktiv zu machen.¹¹⁴⁸

1147 Hier das Land, dem das wahrgenommene Urheberrecht unterfällt.

1148 EuGH, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 – *Gebhard*, Rz. 37.

Dazu gehören namentlich Doppelstandards, die dazu führen, dass ein grenzüberschreitender Dienstleistungserbringer mehrere unterschiedliche Rechtsstandards einhalten muss, was zu höheren Rechtsanpassungs- und damit zu höheren Verwaltungskosten führt.¹¹⁴⁹ Entscheidend ist also, ob von einer nationalen Verteilungsregelung, die in Anwendung der *lex loci protectionis* auf Fragen der Verteilung von gesetzlichen Vergütungsansprüchen auch gegenüber einer ausländischen Verwertungsgesellschaft gelten soll, eine Erschwerung des Marktzugangs ausgehen kann.

Tatsächlich führt das Nebeneinander verschiedener Regelungen der Einnahmenverteilung zu einem erheblichem Verwaltungsaufwand. Die kollisionsrechtliche Prüfung und die Darstellung anhand unterschiedlicher Verteilungsszenarien zeigte ein komplexes System, in welchem sich die Komplexität durch Überschneidung anzuwendender Rechtsmaßstäbe weiter erhöht. Die kumulative Anwendung der nationalen Verteilungsregimes wurde als Hindernis für eine gewünschte Internationalisierung der Verwertungsgesellschaften identifiziert, was sich auch auf ihre Betätigung im Binnenmarkt negativ auswirkt, sofern trotz Harmonisierung unterschiedliche Standards tatsächlich bestehen bleiben.¹¹⁵⁰

Die Anforderungen an die Rechtfertigung sind dabei nicht zuletzt abhängig vom Maß der Beschränkung. Insoweit ist zu sehen, dass Verwertungsgesellschaften zwar nach den Maßgaben von Art. 8 Abs. 5 der VG-RL ohnehin dazu verpflichtet sind, die Grundsätze der Verteilung von der Mitgliederversammlung beschließen zu lassen, was letztlich auf die Aufstellung eines Verteilungsplans hinauslaufen dürfte. Die Einnahmen einer im Binnenmarkt tätigen Verwertungsgesellschaft könnten dann jedoch – vorausgesetzt das jeweils berufene nationale Recht macht besondere Vorgaben – nicht mehr aus einem gemeinsamen Topf nach einheitlichen Regelungen ausgeschüttet werden. Sie müssten getrennt verbucht werden und es müssten unterschiedliche Verteilungspläne beschlossen werden, welche die Herkunft der Einnahmen und die jeweils geltenden Rechtsstandards berücksichtigen. Hinzu kommt, dass die Verteilungsquoten in der Regel gesetzlich nicht klar definiert sind und so den Verwertungsgesellschaften einerseits ein Handlungs- und Ermessensspielraum zustehen mag, diese Unklarheit jedoch andererseits das Risiko einer Verteilung entgegen der gesetzlichen Vorschriften erhöht. Die Fälle *Reprobel* und *Verlegerbeteiligung*

1149 So bspw. *Dietz/Strein*, EuR 50 (2015), 50, 68; *Müller-Graff*, in: *Strein/Michl/Bings* u.a. (Hrsg.), EUV/AEUV, ³2018, Art. 56, Rn. 91.

1150 *Teil 3, Kapitel I, E, I., 5., e.*

haben gezeigt, dass eine langjährige Rechtspraxis (mehr oder weniger) überraschend gekippt werden kann, wenn einzelne Rechteinhaber konsequent hiergegen vorgehen. Dieses Risiko der Verteilung nach rechtlich unzulässigen Quoten steigt mit der Anzahl der zu berücksichtigenden Rechtsordnungen. Die vom Privatrecht ausgehenden Beschränkungen sind daher nicht von der Hand zu weisen und als Beschränkung der Ausübung der Binnenmarktfreiheit der Verwertungsgesellschaft keinesfalls marginal, sondern tatsächlich dazu geeignet, insbesondere kleinere Verwertungsgesellschaften, welche sich weder eine zusätzliche Komplexität in der Buchhaltung noch ein zusätzliches Haftungsrisiko leisten können, von der Ausübung ihrer Dienstleistungsfreiheit im Binnenmarkt abzuhalten.¹¹⁵¹

Die Durchsetzung bspw. der deutschen Verteilungsvorschriften¹¹⁵² gegenüber einer ausländischen Verwertungsgesellschaft würde sich damit als ein nicht unerheblicher Eingriff in die Selbstregulierung der Wahrnehmungssubjekte darstellen. Sie würde die einheitliche Anwendung von Verteilungsstandards unterbinden und die betroffene Verwertungsgesellschaft dazu zwingen, parallele Abrechnungssysteme einzuführen. Einer Verwertungsgesellschaft würde dies die grenzüberschreitende Betätigung im Binnenmarkt erschweren, selbst wenn sie sich auf die Verteilung der Einnahmen bei unmittelbarer Wahrnehmung eines ausländischen gesetzlichen Vergütungsanspruchs beschränkt. Dies bedeutet einen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit, der nicht nur marginal ist, sondern Verwertungsgesellschaften von der Ausübung ihrer Dienstleistungsfreiheit tatsächlich abhalten kann.

3) Rechtfertigung

Die Beschränkung kann nur gerechtfertigt sein, wenn sie zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entspricht, geeignet ist, die Erreichung des mit ihr verfolgten, im Allgemeininteresse liegenden Ziels zu gewährleisten, und nicht über das hinausgeht was zur Erreichung dieses Ziels erforder-

1151 Es ist jedoch gleichzeitig zu sehen, dass die Durchbrechung des Wahrnehmungsstatuts nur für eng umgrenzte Fälle und vor allem nur bei unmittelbarer Betätigung im Ausland erfolgt. Gerade die unmittelbare Auslandsbetätigung ist von kleinen Verwertungsgesellschaften jedoch ohnehin nicht zu erwarten. Im Gegenteil, eher noch wurde das Kollisionsrecht so ausgestaltet, weil große, marktmächtige Verwertungsgesellschaften ihre Pendants in kleinen Mitgliedstaaten verdrängen könnten, womit ein Regulierungsinteresse gegenüber der ausländischen Verwertungsgesellschaft entsteht.

1152 Zumal vor der Liberalisierung in Umsetzung von Art. 16 DSM-RL.

derlich ist.¹¹⁵³ Als Rechtfertigungsgründe eignen sich wie gesehen insbesondere die Rechte des geistigen Eigentums, der Schutz kultureller Vielfalt, die Grundrechte, die Lauterkeit des Handelsverkehrs und der Grundsatz der Rechtsicherheit.

a) Legitimer Zweck: Der Schutz der Rechte des geistigen Eigentums als Rechtfertigungsgrund

Der Rechtfertigungsgrund der Schutzrechte des geistigen Eigentums stellt zumeist auf klassische Fälle der Ausschließlichkeit im Hinblick auf die Vermarktung geistiger Leistungen ab. Ihnen wird seit langem, etwa über den Grundsatz der europäischen Erschöpfung eine Grenze gesetzt. Der EuGH reduziert die Anwendung des Rechtfertigungsgrundes dabei auf den Schutz jener Aspekte des Immaterialgüterrechts eines Rechteinhabers, die den spezifischen Gegenstand des jeweiligen Schutzrechts ausmachen.¹¹⁵⁴ Dabei wird der spezifische Gegenstand der Schutzrechte primär in ihrer Kommerzialisierung gesehen und beim Urheberrecht zusätzlich in Bereichen des Urheberpersönlichkeitsrechts. Unterschieden wurde nach der Rechtsprechung des EuGH zunächst zwischen dem *Bestand* und der *Ausübung* der Schutzrechte, während ersterer von den unionsrechtlichen Regelungen unberührt bleiben soll, fällt die Ausübung durchaus in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten und des Wettbewerbsrechts.¹¹⁵⁵ Eine Abgrenzung erscheint in der Tat schwierig. *Heinemann* sieht in diesem Abgrenzungskriterium vor allem eine politische Funktion, die darin liege, die grundsätzliche Erfassung der Schutzrechtsausübung unter die europäischen Wettbewerbsregelungen abzusichern, ohne dabei die Gestaltungskompetenz der Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung ihrer Schutzrechtssysteme grundsätzlich in Frage zu stellen.¹¹⁵⁶ Die unscharfen Begriffspaare des *Bestands* und der *Ausübung* der Immaterialgüterrechte rücken in der neueren Rechtsprechung in den Hintergrund. Nach wie vor wird allerdings

1153 Siehe nur EuGH, C-351/12, ECLI:EU:C:2014:110 – OSA, Rz. 70 und EuGH, C-403/08 und C-429/08, ECLI:EU:C:2011:631 – *FAPL und Murphy*, Rz. 93.

1154 EuGH, C-78/70, ECLI:EU:C:1971:59 – *Deutsche Grammophon*, Rn. 11 f.

1155 EuGH, C-78/70, ECLI:EU:C:1971:59 – *Deutsche Grammophon*, Rn. 11 f.; siehe auch *Jaeger*, Materielles Europarecht, 2017, 80 f. und vor allem *Engels*, Die Vereinbarkeit der territorialen Aufspaltung von Verwertungsrechten mit den europäischen Binnenmarktregeln, 2016, 104 ff. mit weiteren Ausführungen und Verweisen.

1156 *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, 2002, S. 197.

an dem ebenso wenig trennscharfen Begriff des spezifischen Gegenstands der Immaterialgüterrechte festgehalten.¹¹⁵⁷ Für das Urheberrecht hat der EuGH festgestellt, dass der spezifische Gegenstand des Schutzrechts darin bestehe, „den Schutz der Persönlichkeitsrechte und der wirtschaftlichen Rechte ihrer Inhaber zu gewährleisten.“¹¹⁵⁸ Auf wirtschaftlicher Ebene wird dabei speziell das Interesse der Urheber an der Sicherstellung einer angemessenen Vergütung für die Bereitstellung bzw. Nutzung ihrer Werke angesehen.¹¹⁵⁹

Auch wenn die Frage der Verteilung von Einnahmen aus gesetzlichen Vergütungsansprüchen durch die Verwertungsgesellschaften kaum den klassischen Fällen von *Bestand* und *Ausübung* entspricht – da beide meist auf die Vermarktung und Vermarktungsfähigkeit ausschließlicher Schutzrechte abzielen –, scheinen die speziellen Verteilungsregelungen doch einen Platz im Rechtfertigungstatbestand des Schutzes des geistigen Eigentums zu finden. Zwar ist das Schutzrecht hier bereits beschränkt, indem es einer individuellen *Ausübung* entzogen wird, doch liegt in der Beschränkung gerade eine gesetzliche Ausgestaltung des Urheberrechts, also eine Regelung über den *Bestand* des Urheberrechts. Genauso wie hierunter die Begründung der Schutzrechte fällt, müssen auch deren Einschränkungen darunterfallen. Nicht umsonst ist die Anwendung der *lex loci protectionis* nirgends so unumstritten, wie im Bereich der Schranken, welche ein maßgebliches Instrument der gesellschaftlichen Ausgestaltung des Urheberrechts darstellen.

Die vorangegangene Analyse des Kollisionsrechts legte für die Verteilungsfragen gerade offen, dass die Verteilung der Einnahmen aus gesetzlichen Vergütungsansprüchen – besonders auch nach der Rechtsprechung des EuGH – als eine Frage der Schranke selbst verstanden werden kann. Die Beschränkung im klassischen Sinne einer Zugangsregelung verbindet sich hier mit der Vergütungssicherung – Beschränkung und Vergütungssicherung erweisen sich als zwei Seiten derselben Medaille. Dabei wird die Vergütungssicherung über eine zwingende Verteilungsregelung im Verwertungsgesellschaftssystem gewährleistet.¹¹⁶⁰ Zuletzt spielen die Begriffspaare

1157 So EuGH, C-403/08 und C-429/08, ECLI:EU:C:2011:631 – *FAPL und Murphy*, Rz. 106 ff.

1158 EuGH, C-92/92, ECLI:EU:C:1993:847 – *Collins*, Rz. 20.

1159 Dazu ausführlich, *Engels*, Die Vereinbarkeit der territorialen Aufspaltung von Verwertungsrechten mit den europäischen Binnenmarktregeln, 2016, 114 ff.

1160 *Teil 3, Kapitel 1, E, I., 6.), b.)*.

Bestand und *Inhalt* der Schutzrechte auch im allgemeinen Kollisionsrecht eine tragende Rolle und werden zur Definition des Territorialitätsgrundsatzes herangezogen, der auch vom EuGH anerkannt wird.¹¹⁶¹ Zu vermuten ist daher, dass der EuGH sich in seiner Konzeption von *Bestand* und *Ausübung* bzw. des *spezifischen Gegenstands der Immaterialgüterrechte*, implizit auch auf die Kernfragen der Territorialität bezieht. Jene Verteilungsfragen, die hier eine Rolle spielen, wurden jedoch auch zuvor dem Urheberrechtsstatut unterstellt. Die Interpretation des spezifischen Gegenstands des Urheberrechts durch den EuGH als Interesse an der Sicherstellung einer angemessenen Vergütung für die Bereitstellung geschützter Werke bestätigt schließlich diesen Gedanken.

Ist das Ziel einer nationalen Regelung, die über die Kollisionsnorm zur Anwendung gebracht wird, die Vergütungssicherung der Urheber, so stellt dies grundsätzlich einen anerkannten unionsrechtlichen Schutzzweck dar, der insbesondere im Ziel der Sicherung einer angemessenen Vergütung in Erwägungsgrund 10 der InfoSoc-RL zum Ausdruck kommt. Geht es um verwertungsgesellschaftspflichtige Rechte und gesetzliche Vergütungsansprüche, kommt den Verwertungsgesellschaften nicht nur die Aufgabe zu, Werkzugang zu ermöglichen, sondern auch die Sicherstellung der Einkommen der Urheber (oder Berechtigten) zu gewährleisten (Einkommensicherungsfunktion).¹¹⁶²

b) Geeignetheit

Die Anwendung der nationalen Rechtsstandards des Schutzlandes ist dazu geeignet, die Wirksamkeit der urheberrechtlichen Wertungen – mithin den *Gegenstand* des Urheberrechts – und die Vergütung jener Berechtig-

1161 Demnach besagt der immaterialgüterrechtliche Territorialitätsgrundsatz, dass *Bestand* und *Inhalt* der Immaterialgüterrechte nach den Gesetzen des Landes bestimmt werden, auf dessen Gebiet der Berechtigte alle anderen Personen von der Nutzung des Immaterialgutes ausschließen kann (Def. nach *Troller*, Das Internationale Privat- und Zivilprozessrecht im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, ²1952, S. 48). Zur Anerkennung des Territorialitätsgrundsatzes durch den EuGH vgl. nur EuGH, C-192/04, ECLI:EU:C:2005:475 – *Lagardère/SPRE*, Rz. 46.

1162 Vgl. beispielhaft zur Vermiet- und Verleihrichtlinie (Richtlinie 92/100/EWG, ABl. L 346 vom 27.11.1992, S. 61–66) EuGH, C-36/05, ECLI:EU:C:2006:672 – *Kommission / Spanien*, Rz. 26: „Die Richtlinie soll nach ihrem Hauptziel [...] gewährleisten, dass Urheber und ausübende Künstler ein angemessenes Einkommen erhalten[...]“.

ter sicherzustellen, die vom Vergütungsanspruch profitieren sollen.¹¹⁶³ Dies zeigten gerade die im vorangegangenen Kapitel angestellten Überlegungen, welche zu einer Ausnahme von der Geltung des Wahrnehmungsstatuts geführt haben, und insoweit lassen sich kollisionsrechtliche Überlegungen, die auf der Sicherung der Partei- und Ordnungsinteressen beruhen, auch auf Binnenmarktfragen übertragen, deren Beschränkung sich aus ähnlichen Gründen rechtfertigen lässt.¹¹⁶⁴ Soweit urheberrechtliche Distributionsentscheidungen (Verteilungswertungen) über das Wahrnehmungsrecht verwirklicht werden, kann die Anwendung des Wahrnehmungsstatuts auch bei unmittelbarer Betätigung einer Verwertungsgesellschaft im Ausland disruptive Wirkungen entfalten. Für das Schutzland wäre es effektiv nicht mehr möglich, eigene Verteilungsentscheidungen zu treffen, die nicht nur wahrnehmungsrechtlich relevant sind, sondern ein wesentliches Einflussmittel zur Herstellung des urheberrechtlichen Interessenausgleichs darstellen. Gerade in diesen Fragen sind Wahrnehmungsrecht und materielles Urheberrecht eng aufeinander abgestimmte Systeme einer einheitlichen Regulierung. Die Durchsetzung einer inländischen Verteilungsregelung gegenüber einer ausländischen Verwertungsgesellschaft kann geeignet sein, den urheberrechtlichen Interessenausgleich zu fördern und die Vergütungssicherung einzelner urheberrechtlicher Gruppen zu gewährleisten.¹¹⁶⁵

c) Erforderlichkeit

Was die Erforderlichkeit betrifft, so findet sich eine Einschränkung bereits in der Kollisionsregel selbst, die voraussetzt, dass die Durchsetzung der nationalen Verteilungsregelung „aus Sicht des Staates, nach dessen Recht die Vergütung entstanden ist, zwingend erforderlich ist“. Die Anwendung einer

1163 Zum Anspruch auf angemessene Vergütung als Kern des „spezifischen Gegenstands des Urheberrechts“ Engels, Die Vereinbarkeit der territorialen Aufspaltung von Verwertungsrechten mit den europäischen Binnenmarktregeln, 2016, S. 114 ff.

1164 Teil 3, Kapitel 1, E, I., 6.), c.).

1165 Zu beachten ist insoweit aber die Qualifikation der Rechteinhaberschaft als Vorfrage Teil 3, Kapitel 1, E, I., 5.), e.), (2), (c) und 6.), b.), (2). Siehe auch die Ausführungen des EuGH in der Rechtssache OSA hinsichtlich der nationalen Lizenztätigkeit der Verwertungsgesellschaften. Demnach gebe es keine andere „Methode, mit der das gleiche Schutzniveau für die Urheberrechte erreicht werden könnte, als diejenige [...], die auf einem territorial aufgeteilten Schutz und damit auch einer territorial aufgeteilten Kontrolle dieser Rechte beruht und in deren Rahmen sich eine Regelung wie die im Ausgangsverfahren fragliche einfügt.“ (EuGH, C-351/12, ECLI:EU:C:2014:110 – OSA, Rz. 76).

mitgliedstaatlichen Sachnorm zur Bestimmung der Einnahmenverteilung gegenüber einer ausländischen Verwertungsgesellschaft ist also ihrerseits bereits durch ein Kriterium der Erforderlichkeit begrenzt. Eine weitere Selbstbeschränkung folgt aus dem Unmittelbarkeitserfordernis.

Zweifel an der unionsrechtlichen Erforderlichkeit begründet aber vor allem der fortgeschrittene Harmonisierungsgrad sowohl im Verwertungsgesellschaftsrecht¹¹⁶⁶ als auch im Urheberrecht¹¹⁶⁷. Harmonisierungsmaßnahmen in beiden Bereichen könnten die Erforderlichkeit der Durchsetzung eines nationalen Verteilungsstandards entfallen lassen. Schließlich hatten eben jene Harmonisierungsmaßnahmen nicht zuletzt die Steigerung der Verkehrsfähigkeit der Urheberrechte zum Ziel. Die vorangegangene Analyse des kollisionsrechtlichen Umgangs mit verwertungsgesellschaftsrechtlichen Verteilungsfragen zeigte jedoch, dass gerade die Verkehrsinteressen, die im Binnenmarkt von überragender Bedeutung sind, gegen eine Anwendung und Durchsetzung nationaler Rechtsstandards sprechen, was insbesondere ihre Angemessenheit in Frage stellen kann.

(1) Der Harmonisierungsstand zur Verteilung der Einnahmen im Wahrnehmungsrecht

Vor diesem Hintergrund und vor dem Hintergrund der gesamten Regelungstiefe der VG-RL scheint es daher überraschend, dass der europäische Gesetzgeber den Fragen der Einnahmenverteilung nicht mehr Raum gegeben hat. Die VG-RL selbst enthält kaum inhaltliche Vorgaben zur Verteilung der Einnahmen durch Verwertungsgesellschaften – zumindest soweit es nicht um spezielle Fragen etwa der Verteilungsfrist oder der Pflicht zur Ermittlung der Rechteinhaber geht. Art. 13 Abs. 1 der VG-RL verweist hinsichtlich der Einnahmenverteilung auf Art. 8 Abs. 5 lit. a) VG-RL, wonach die Mitgliederhauptversammlung über die allgemeinen Grundsätze der Verteilung der den Rechteinhabern zustehenden Beträge entscheidet. Diese Regelungskonzeption ist denkbar offen und aus ihr lässt sich kaum eine besondere Pflicht zur Beteiligung bestimmter Gruppen an den Einnahmen aus gesetzlichen Vergütungsansprüchen ableiten. Lediglich implizit macht

1166 Siehe insbesondere Erwägungsgründe 1, 18 und 38 der VG-RL.

1167 Bzgl. des Urheberrechts siehe etwa Erwägungsgründe 1–3, 6 und 7 der InfoSo-cRL. Außerdem sieht nunmehr Art. 16 der DSM-RL die Möglichkeit zur nationalen Regelung vor (s.o.).

die Richtlinie deutlich, dass die Einnahmen (allein?) den Rechteinhabern zustehen. Unterschiedlich fällt sodann die jeweilige Umsetzung ins nationale Recht aus. So findet sich beispielsweise in Österreich eine Regelung, die es den Verwertungsgesellschaften explizit erlaubt, bei der Verteilung der Einnahmen auch Inhaber lediglich abgeleiteter Rechte zu berücksichtigen, unabhängig davon, wer die Rechte in die Verwertungsgesellschaft eingebracht hat (§ 34 Abs. 1 des österreichischen VerwGesG). Im Anschluss an die EuGH-Rechtsprechung zur Beteiligung der Verleger an gesetzlichen Vergütungsansprüchen wird die Vorschrift teilweise als eine Legitimation zur vertraglichen Abtretung der gesetzlichen Vergütungsansprüche gelesen.¹¹⁶⁸

Zuletzt werden die Verteilungsfragen hinsichtlich der Einnahmen aus den Ausgleichsregelungen der InfoSoc-RL auch direkt in Erwägungsgrund 13 der VG-RL angesprochen. Obwohl Erwägungsgrund 9 der Richtlinie die Festlegung strengerer Vorschriften für Verwertungsgesellschaften grundsätzlich nur für die jeweils ortsansässigen Gesellschaften zulässt, überlässt es die Richtlinie den Mitgliedstaaten, selbstständig Regelungen für die Verteilung der Einnahmen aus dem angemessenen Ausgleich mit Wirkung in ihrem Hoheitsgebiet festzulegen. Auch hierin bestätigt sich die Rechtsprechung des EuGH zu den Fragen des angemessenen Ausgleichs, mithin der territoriale und schrankenbezogene Ansatz der Verteilungsfrage selbst. Die Verteilungsfrage im Bereich der Schranken entzieht sich also weitestgehend dem Regelungsbereich der Verwertungsgesellschaftsrichtlinie.

(2) Der Harmonisierungsstand der urheberrechtlichen Schranken

Zunächst ist festzustellen, dass die europäische Harmonisierung im Bereich des materiellen Urheberrechts – abgesehen von wenigen Ausnahmen, die, wie die SatKab-RL (Richtlinie 93/83/EWG), die Anwendung des urheberrechtlichen Kollisionsrechts zumindest mittelbar beeinflussten –¹¹⁶⁹ zu keiner Änderung des urheberrechtlichen Kollisionsrechts geführt hat und

1168 So *Fischer*, in: Wittmann (Hrsg.), Verwertungsgesellschaftengesetz 2016, 2018, § 34, Rn. 8.

1169 *Sutterer*, in: Hennemann/Sattler (Hrsg.), Immaterialgüter und Digitalisierung, 2017, S. 145 ff.;

auch das Herkunftslandprinzip nur sehr begrenzt zur Geltung brachte.¹¹⁷⁰ Klar ist aber, dass dort, wo eine europäische Vorschrift – und sei dies auch nur eine umsetzungsbedürftige Vorschrift – Vorgaben zur Verteilung der Einnahmen macht, diese zu berücksichtigen sind.

Speziell was die urheberrechtlichen Schranken anbelangt, führte die InfoSoc-RL zu einer weitreichenden Harmonisierung. Auf ihr beruht auch die hier interessierende Reprographie- und Privatkopievergütung. Inwieweit die Harmonisierung in diesem Bereich abschließend bzw. vollständig erfolgte, ist unklar.¹¹⁷¹ Klar ist lediglich, dass die InfoSoc-RL die in ihr geregelten Verwertungsrechte vollharmonisierte und die Auflistung der möglichen Ausnahmen und Beschränkungen der Rechte in Art. 5 der Richtlinie abschließend ist (Erwägungsgrund 32). Außerdem bleibt es, abgesehen von der Ausnahme in Art. 5 Abs. 1 InfoSoc-RL, den Mitgliedstaaten überlassen, ob und welche der zulässigen Schrankenregelungen sie umsetzen.¹¹⁷² Entscheidet sich ein Mitgliedstaat aber für die Umsetzung, so muss diese grundsätzlich vollständig und in kohärenter Weise erfolgen.¹¹⁷³ Im Umkehrschluss folgt daraus aber nicht, dass es nur eine mögliche Art und Weise der Umsetzung gibt und damit ein einheitliches Regelungsregime unter jenen Mitgliedstaaten besteht, die sich zur Umsetzung einer Schranke entschieden haben.¹¹⁷⁴ Vielmehr zeigten und zeigen sich nach wie vor bei der

1170 So wird die Praxis der Marktabschottung auf Basis von Schutzrechten weitgehend hingenommen, wobei die wohl bedeutendste Ausnahme hier im Grundsatz der europäischen Erschöpfung gesehen werden kann (siehe Überblickshaft *Dreier*, in: *Dreier/Schulze* (Hrsg.), *Urheberrechtsgesetz*, 72022, Einl., Rn. 49; zu weiteren Mitteln der Binnenmarktförderung „gegen die Territorialität der Schutzrechte“, *Sutterer*, in: *Hennemann/Sattler* (Hrsg.), *Immaterialgüter und Digitalisierung*, 2017, S. 145 ff.)

1171 Zum europäischen Konzept des gerechten Ausgleichs und der angemessenen Vergütung sowie nach wie vor bestehenden Unklarheiten und nationalen Spielräumen ausführlich *Riis*, IIC 51 (2020), 446, 457 ff.

1172 *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger* (Hrsg.), *Praxiskommentar Urheberrecht*, 62022, Vor §§ 44a ff., Rn. 5.

1173 Siehe etwa EuGH, C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132 – *Deckmyn und Vrijheidsfonds*; BGH, Vorlagebeschluss v. 27.7.2017 – I ZR 228/15 – *Reformistischer Aufbruch*, Rz. 24 = GRUR 2017, 1027.

1174 Hier scheint nach wie vor keine hinreichende Rechtssicherheit zu bestehen, siehe z.B. *Dreier*, in: *Dreier/Schulze* (Hrsg.), *Urheberrechtsgesetz*, 72022, Vor § 44a, Rn. 4; *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger* (Hrsg.), *Praxiskommentar Urheberrecht*, 62022, Vor §§ 44a ff., Rn. 5 f.; siehe auch EuGH, C-462/09, ECLI:EU:C:2011:397 – *Stichting de Thuiskopie*, wo es in Rz. 23 heißt: „Zur Beantwortung der Frage, wer als Schuldner des gerechten Ausgleichs zu betrachten ist, ist festzustellen, dass die Bestimmungen der Richtlinie 2001/29 nicht ausdrücklich die Frage regeln, wer

Erhebung und Verteilung von Einnahmen aus gesetzlichen Vergütungsansprüchen erhebliche Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten.¹¹⁷⁵

(3) Art. 16 DSM-RL

Konkret wurde die Frage der Verlegerbeteiligung nun in Art. 16 DSM-RL aufgegriffen. Hierdurch sollen (empfundene) Fehlstellungen, welche aus der Rechtsprechung des EuGH in *Reprobel* resultierten, korrigiert werden können. Die Umsetzung von Art. 16 DSM-RL ist jedoch nur fakultativ.¹¹⁷⁶ Deutschland hat von der Umsetzungsmöglichkeit Gebrauch gemacht, nicht zuletzt um das System einheitlicher Verwertungsgesellschaften, in denen

diesen Ausgleich zu zahlen hat, so dass die Mitgliedstaaten bei der Bestimmung der Person, die diesen angemessenen Ausgleich zu zahlen hat, über ein weites Ermessen verfügen.“

1175 Die Rechtsangleichung erfolgt zumindest schrittweise durch harmonisierende Rechtsprechung des EuGH, so hat sich dieser bspw. gegen die Finanzierung des gerechten Ausgleichs aus Steuermitteln gestellt (EuGH, C-470/14, ECLI:EU:C:2016:418 – *EGEDA/ Administración del Estado u.a.*), gleichzeitig ist aber bspw. die Erhebung bei multifunktionalen Datenträgern nicht zwingend einheitlich, vielmehr „können [die Mitgliedstaaten] eine Befreiung von der Zahlung des gerechten Ausgleichs für Art. 5 Abs. 2 Buchst. b RL 2001/29/EG für bestimmte Situationen vorsehen, sofern den Rechtsinhabern in diesen Situationen nur ein geringfügiger Nachteil entsteht“ (EuGH, Urt. v. 05.3.2015, C-463/12, ECLI:EU:C:2015:144 – *Copydan Båndkopi*, Rz. 62). Individuellen Spielraum bei der Umsetzung von Art. 5 Abs. 2 lit. b) der InfoSoc-RL sah der EuGH auch in der Entscheidung, EuGH, C-521/11, ECLI:EU:C:2013:515 – *Amazon.com International Sales* (und zur Verteilung führte er innerhalb dieser Entscheidung aus: „Die Hälfte des Erlöses des gerechten Ausgleichs darf an zu Gunsten der Bezugsberechtigten geschaffenen soziale und kulturelle Einrichtungen ausgezahlt werden, sofern diese sozialen und kulturellen Einrichtungen tatsächlich den Berechtigten zugutekommen und die Funktionsmodalitäten dieser Einrichtungen nicht diskriminierend sind.“), gleichwohl betonte er in der Entscheidung C-467/08, ECLI:EU:C:2010:620 – *Padawan SL/ SGAE*, dass „der Begriff gerechter Ausgleich in Art. 5 Abs. 2 Buchst. b RL 2001/29/EG [...] ein autonomer Begriff des Unionsrechts [sei], der in allen Mitgliedstaaten, die eine Ausnahme für Privatkopien eingeführt haben, einheitlich auszulegen ist, unabhängig von deren Befugnis, innerhalb der vom Unionsrecht, insbesondere von dieser Richtlinie, auferlegten Grenzen die Form, die Art und Weise der Zahlung und Erhebung sowie die Höhe dieses gerechten Ausgleichs festzulegen“.

1176 Art. 16 Abs. 1: „Die Mitgliedstaaten können festlegen [...]“.

Urheber und Verleger gleichermaßen vertreten sind, zukunftsfähig zu machen.¹¹⁷⁷

Der europäische Gesetzgeber hat das Problem (zumindest das offensichtliche nach *Reprobel*) erkannt und sich dafür entschieden, nicht den Weg einer einheitlichen Lösung zu gehen, sondern den Mitgliedstaaten die Wahl der Umsetzung zu überlassen. Ein einheitliches Harmonisierungsniveau wurde hierdurch jedenfalls nicht geschaffen, vielmehr spricht aus Art. 16 die Anerkennung der Unterschiedlichkeit der mitgliedstaatlichen Lösungen.

(4) Ableitungen zur Erstreckung des Sitzlandprinzips auf originär urheberrechtliche Verteilungsfragen im Binnenmarkt

Soweit eine Verteilungsanordnung auf zwingende Vorgaben des europäischen Rechts zurückzuführen ist, ist ihre Berücksichtigung auch auf nationaler Ebene obligatorisch. Interessant war insoweit vor allem die *Reprobel* Entscheidung aus dem Jahr 2015. Dort entschied der EuGH, dass Art. 5 Abs. 2 lit. a) und b) InfoSoc-RL nationalen Rechtsvorschriften entgegenstehen, „die es dem Mitgliedstaat gestatten, einen Teil des den Rechteinhabern zustehenden gerechten Ausgleichs den Verlegern der von den Urhebern geschaffenen Werke zu gewähren, ohne dass die Verleger verpflichtet sind, die Urheber auch nur indirekt in den Genuss des ihnen vorenthaltenen Teils des Ausgleichs kommen zu lassen.“ Für den gerechten Ausgleich, wie er Gegenstand der *Reprobel* Entscheidung war, bedeutete dies, dass die Verteilungsentscheidung durch eine jede Verwertungsgesellschaft zu vollziehen ist, welche Einnahmen aus dem belgischen gesetzlichen Vergütungsanspruch zu verteilen hat.¹¹⁷⁸ Doch ist diese Situation auf Grund

1177 Noch sind nicht alle Mitgliedstaaten ihrer Umsetzungsverpflichtung der DSM-RL nachgekommen. Es ist daher unklar, inwiefern die Mitgliedstaaten auch von der Möglichkeit der Verlegerbeteiligung Gebrauch machen werden. Siehe hierzu die Pressemitteilung der Kommission vom 16.5.2022 zur verspäteten Umsetzung einiger Mitgliedstaaten: „Copyright: Commission urges Member States to fully transpose EU copyright rules into national law“ (online abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/EN/IP_22_2692, zuletzt abgerufen am 7.6.2022).

1178 EuGH, C-572/13, ECLI:EU:C:2015:750 – *Reprobel*. Als allgemeingültige Aussage zu Art. 5 Abs. 2 InfoSoc-RL sind genauer gesagt die rechtlichen Wertungen der InfoSoc-RL, wie sie vom EuGH u.a. in *Reprobel* herausgearbeitet wurden, überall dort umzusetzen und einzuhalten, wo die Schranke eingeführt wurde.

der ausdrücklichen Möglichkeit zur Beteiligung der Verleger durch Art. 16 DSM-RL nun aufgelöst.

Fraglich ist allein, wie mit nationalen Regelungen umzugehen ist, die sich als überschießend erweisen und so den Bereich der zwingenden europäischen Vorgaben – in diesem Fall von Art. 5 Abs. 2 lit. a) und b) InfoSoc-RL – verlassen. Zunächst ist dies eine materiell-rechtliche Frage der Auslegung des europäischen Rechts. Für die Schranken der InfoSoc-RL scheint das nicht abschließend geklärt. Insbesondere zur Privatkopie wurde teilweise angenommen, dass allein das belgische Modell der gesetzlichen Beteiligung europarechtswidrig war, wohingegen das deutsche Modell der „privatautonom legitimierten Verlegerbeteiligung“ im Einklang mit den Vorgaben der InfoSoc-RL erfolgte.¹¹⁷⁹ Angenommen dies wäre der Fall und das vom BGH ausgesprochene Verbot wäre deshalb seinerseits nicht gleich europarechtswidrig,¹¹⁸⁰ müsste dann dieser strengere Maßstab des deutschen Rechts auch für eine Verwertungsgesellschaft mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat gelten, die unmittelbar Einnahmen aus dem gesetzlichen Vergütungsanspruch nach deutschem Recht erhält und zu verteilen hat?

(a) Rückschlüsse aus der OSA-Entscheidung

Aufschlussreich ist insoweit die OSA-Entscheidung des EuGH von 2014. Denn auch hier hob der EuGH den Gleichlauf des Wahrnehmungsrechts, konkret eines gesetzlichen Wahrnehmungsmonopols, mit dem internationalem Urheberrecht indirekt hervor, indem er die nationale Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften mit der Territorialität des Urheberrechts

1179 So wohl *Riesenhuber*, EuZW 2016, 16 ff.; *ders.*, ZUM 2018, 407 ff. Auf diesen Streit kommt es für die Zukunft nicht mehr an, weil es Art. 16 der DSM-RL (RL 2019/790/EU) den Mitgliedstaaten nun ausdrücklich ermöglicht, gesetzlich eine Verlegerbeteiligung einzuführen. Da die Einführung der Verlegerbeteiligung aber fakultativ ist, erlangen rechtliche Unterschiede der Verlegerbeteiligung neue Bedeutung. Die Grundsatzfrage, inwieweit die Möglichkeit der Beteiligung von Verlegern an gesetzlichen Vergütungsansprüchen oder deren Verbot von ausländischen Verwertungsgesellschaften bei der Verteilung der Einnahmen zu berücksichtigen ist, bleibt also relevant.

1180 BGH, Urteil vom 21.4.2016 – I ZR 198/13 – *Verlegerbeteiligung* (BGHZ 210, 77–113); gemeint ist, dass beides, sowohl die Verlegerbeteiligung wie sie in Deutschland traditionell erfolgte als auch das in der Entscheidung ausgesprochene Verbot der Beteiligung, im Einklang mit der InfoSoc-RL stehen könnte.

begründete und letztlich auch rechtfertigte.¹¹⁸¹ Zwar bezog sich die OSA-Entscheidung auf die Fragen, ob Art. 16 der Dienstleistungsrichtlinie auf Lizenzdienstleistungen von Verwertungsgesellschaften anwendbar ist und ob ein nationales Wahrnehmungsmonopol im Einklang mit der Dienstleistungsfreiheit stehen kann, die Überlegungen lassen sich jedoch zumindest auf jene Wahrnehmungsdienstleistungen übertragen, die zuvor urheberrechtlich qualifiziert wurden. Denn auch hier kommt es zu einer untrennbaren Verschränkung von Urheberrecht und Verwertungsgesellschaftsrecht. Mehr noch, wie dargestellt, dient das Verwertungsgesellschaftsrecht in diesem Bereich allein der Umsetzung einer urheberrechtlichen Wertung und ist damit nicht nur „urheberrechtsbezogen“¹¹⁸², sondern ließe sich besser als „urheberrechtvollziehende“ Dienstleistung beschreiben. So gesehen müssen diese Wahrnehmungstätigkeiten ebenfalls – oder erst recht – über Art. 17 Nr. 11 dem Anwendungsbereich von Art. 16 der Dienstleistungsrichtlinie entzogen sein und eine nationale Vorschrift, welche einen Verteilungsstandard auch gegenüber einer ausländischen Verwertungsgesellschaft durchsetzt, verstößt nicht gegen Art. 16 der Dienstleistungsrichtlinie.

(b) Auswirkungen

Ein Binnenmarktvorteil lässt sich einer großzügigeren Anwendung des Sitzlandprinzips schließlich kaum entnehmen. Die Mitgliedstaaten sind bei der Erlaubnis zur Einziehung gesetzlicher Vergütungsansprüche gegenüber den Verwertungsgesellschaften strenger als bei der Wahrnehmung der Ausschließlichkeitsrechte. In Deutschland benötigen gemäß Art. 77 Abs. 2 VGG auch Verwertungsgesellschaften mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union (insbesondere) für die Wahrnehmung der in § 49 Abs. 1 VGG genannten gesetzlichen Vergütungsansprüche eine Erlaubnis.¹¹⁸³ Nimmt man hingegen an, dass auch der Aufsicht die Durchset-

1181 EuGH, C-351/12, ECLI:EU:C:2014:110 – OSA, Rz. 73. Damals war die VG-RL zwar noch nicht in Kraft, die Ziele und die Konzeption des europäischen Wahrnehmungsrechts war hingegen bereits deutlich erkennbar.

1182 So der EuGH in C-351/12, ECLI:EU:C:2014:110 – OSA, Rz. 65.

1183 Nähere Ausführungen bei *Schulze*, in: *Dreier/Schulze* (Hrsg.), *Urheberrechtsgesetz*, 62018, VGG § 77, Rn. 6 f.; *Staats*, in: *Wandtke/Bullinger* (Hrsg.), *Praxiskommentar Urheberrecht*, 62022, VGG, § 77, Rn. 12 ff. In Österreich geht die Erlaubnispflicht – dort Genehmigungspflicht genannt – insgesamt deutlich weiter. Dort benötigen gemäß § 3 Abs. 1 des österreichischen *VerwGesG* alle Verwertungsgesell-

zung eines nationalen Verteilungsstandards gegenüber einer ausländischen Verwertungsgesellschaft, die im Inland unmittelbar gesetzliche Vergütungsansprüche einzieht, versagt wäre, würde vor allem ein Verlust der ausgleichenden Mechanismen des Urheberrechts drohen und so könnten die urheberrechtlichen Bewertungen dessen, was als „faire Vergütung“ anzusehen ist und wem diese gebührt, unterlaufen werden.¹¹⁸⁴ Art. 16 DSM-RL bestätigt insofern eher die Entscheidungshoheit der Mitgliedstaaten in Distributionsfragen und schafft gerade kein zusätzliches Harmonisierungsniveau mit Binnenmarkteffekt. Fragen der Distribution können für den urheberrechtlichen Interessenausgleich, der nicht nur zwischen Rechtenutzern und Rechteinhabern stattfindet, sondern gleichfalls verschiedene Kategorien von Rechteinhabern in den Blick nimmt, entscheidend sein. Die Durchsetzung eines solchen nationalen Standards kann dann jedoch auch gegenüber ausländischen Verwertungsgesellschaften erforderlich sein, da andernfalls die aufeinander abgestimmten gesetzlichen Distributionsentscheidung des Urheberrechts nicht greifen können.

(c) Rückwirkungen auf das Richtlinienkonzept

In der Richtlinie klingt die urheberrechtsbegründete Ausnahme für den Bereich der gesetzlichen Vergütungsansprüche daher ebenfalls an: Gemäß Erwägungsgrund 12 der VG-RL gilt diese zwar für alle Organisationen für die kollektive Rechtswahrnehmung, sie „lässt jedoch die Regelungen für die Wahrnehmung von Rechten in den Mitgliedstaaten, wie [...] die verpflichtende kollektive Rechtswahrnehmung und die gesetzlichen Vermutungen in Bezug auf die Vertretung und Übertragung von Rechten an Organisationen

schaften, die Rechte nach dem österreichischen Urheberrecht wahrnehmen einer Genehmigung – ausgeschlossen sind nach Abs. 3 allein europäische Gesellschaften, für die Rechtswahrnehmung im Bereich von Mehrgebietslizenzen für Online-Musik-Rechte (Walter, *VerwGesG '16*, 2017, § 3, II.); Staats, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), *Praxiskommentar Urheberrecht*, 62022, VGG, § 77, Rn. 15).

1184 Zu den unterschiedlichen Begriffen „angemessene Vergütung“ und „gerechter Ausgleich“ sowie der unterschiedlichen Berechnungsmethoden innerhalb dieser Konzepte Riis, IIC 51 (2020), 446, 457 ff. Hier geht es nicht darum, dass der Ausschluss der Verleger als interessengerecht angesehen wird, sondern allein darum, dass die Mechanismen des Urheberrechts auf nationaler Ebene im Idealfall so angepasst sind, dass ein Interessenausgleich stattfinden kann.

für die kollektive Rechtswahrnehmung, unberührt“¹¹⁸⁵ Der europäische Gesetzgeber versucht also zu vermeiden, dass urheberrechtliche Fragestellungen von verwertungsgesellschaftsrechtlichen Fragestellungen überlagert werden. Diese Gefahr geht aber besonders von den Wirkungen des Sitzlandprinzips aus, dessen Übertragung auf das Urheberrecht systemstörend wirken könnte.

Zuletzt werden die Verteilungsfragen hinsichtlich der Einnahmen aus den eingeschränkten Rechten in Erwägungsgrund 13 der VG-RL direkt angesprochen. Die Richtlinie überlässt es den Mitgliedstaaten, Regelungen für die Verteilung der Einnahmen aus dem angemessenen Ausgleich mit Wirkung in ihrem Hoheitsgebiet festzulegen. Auch hierin bestätigt sich die Rechtsprechung des EuGH zu den Fragen des angemessenen Ausgleichs und der territoriale und schrankenbezogene Ansatz der Verteilungsfrage selbst. Wobei sich die Einschränkung „mit Wirkung in ihrem Hoheitsgebiet“ notwendigerweise auf die urheberrechtlichen Wirkungen bezieht.

Vor dem Hintergrund des Schutzes der Funktionsfähigkeit des Urheberrechts und der Vergütungssicherung derjenigen Rechteinhaber, welche das Urheberrecht bestimmt, erweist sich die Anwendung der jeweiligen nationalen Standards auf die speziellen Verteilungsfragen innerhalb der gesetzlichen Vergütungsansprüche als gerechtfertigte Beschränkung eines zwar merklichen, jedoch sachlich eng umgrenzten Eingriffs in die Dienstleistungsfreiheit der Verwertungsgesellschaften.

4) Zusammenfassung

Die VG-RL regelt Fragen der Einnahmenverteilung von Verwertungsgesellschaften nur oberflächlich und berücksichtigt urheberrechtliche Besonderheiten überhaupt nicht. Im Gegenteil, in Erwägungsgrund 12 klingt an, dass die nationalen Regelungen zur verpflichtenden kollektiven Rechtswahrnehmung und für die Wahrnehmung von Rechten in den Mitgliedstaaten, die sich auf gesetzliche Vermutungsregelungen beziehen, unberührt bleiben.

Das Sitzlandprinzip mit seiner Anpassung der rechtlichen Standards auf ein niedrigeres Niveau passt bereits deshalb nicht auf urheberrechtliche Sachverhalte, weil sich ein einseitig begünstigender Faktor bzw. Rechtsmaßstab, auf welchen das jeweilige Recht abgesenkt werden könnte, im Urheberrecht kaum finden lässt. Entsprechend lässt sich auch sonst keine

1185 Hierzu auch *Staats*, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), *Praxiskommentar Urheberrecht*, 62022, VGG, § 77, Rn. 14.

eindeutige Geltung des Sitz- oder Herkunftslandprinzips im Urheberrecht erkennen und die Verteilungsfragen, um die es hier geht, wurden zuvor urheberrechtlich qualifiziert. Auch in der OSA-Entscheidung gab der EuGH der urheberrechtlichen Territorialität den Vorrang gegenüber der Liberalisierung durch die Dienstleistungsrichtlinie und die Dienstleistungsfreiheit. Diese Gedanken lassen sich auf die VG-RL übertragen. Zuletzt wurden positive Binnenmarkteffekte, welche von der Geltung des Sitzlandprinzips ausgehen könnten, für die Frage der Einnahmenverteilung angezweifelt.

Die Anwendung eines strengeren oder abweichenden inländischen Verteilungsmaßstabs auf eine ausländischen Verwertungsgesellschaft, die im Inland gesetzliche Vergütungsansprüche einzieht, bewirkt eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit. Die Pflicht zur Beachtung unterschiedlicher Verteilungsstandards ist für Verwertungsgesellschaften mit einem erheblichen organisatorischen Mehraufwand verbunden (Rechtsanpassungskosten), wodurch Verwertungsgesellschaft praktisch vom Gebrauch ihrer Grundfreiheiten im Binnenmarkt abgehalten werden können. Eine solche Beschränkung kann sich jedoch unter dem Gesichtspunkt des Schutzes des geistigen Eigentums als gerechtfertigt erweisen, wenn sie sachlich eng umgrenzt ist und sich nur auf solche Verteilungsanordnungen bezieht, die sich aus (gesetzlichen) Vergütungsansprüchen (und verwertungsgesellschaftspflichtigen Rechten) ergeben und vom Urheberrecht selbst zwingend vorgesehen sind. Sie dient dabei dem Schutz wesentlicher urheberrechtlicher Wertungen, mithin dem Bestand des Urheberrechts und der Vergütungssicherung der Rechteinhaber. Die VG-RL lässt eine sachliche Regelung der Frage vermissen und schafft daher keinen gemeinsamen Rahmen, der Grundlage einer weitreichenderen Anerkennung ausländischer Rechtsstandards sein kann.

Ist eine Verteilungsregelung also erst einmal im Kern als urheberrechtlich qualifiziert worden, so kann auch das Sitzlandprinzip der VG-Richtlinie nicht zur Absenkung der materiell-rechtlichen Standards des Urheberrechts bezogen auf Verteilungsfragen führen. Obwohl die Anwendung eines nationalen Verteilungsstandards auf eine ausländische Verwertungsgesellschaft eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit bewirkt, kann sie sich als gerechtfertigt erweisen. Vorausgesetzt sie ist sachlich eng umgrenzt und dazu geeignet, negative Effekte auf die Vergütungssicherung der Rechteinhaber zu verhindern und so das Urheberrecht in seiner Funktionsfähigkeit zu wahren.

5) Ergebnis

Das Sitzlandprinzip der VG-RL sowie die Grundfreiheiten stehen der Durchsetzung zwingender nationaler Verteilungsstandards gegenüber ausländischen Verwertungsgesellschaften, die unmittelbar zur Einziehung gesetzlicher Vergütungsansprüche (oder Lizenzierung verwertungsgesellschaftspflichtiger Rechte) im Inland tätig werden, grundsätzlich nicht entgegen. Es besteht keine generelle Pflicht zur Anerkennung ausländischer Rechtsstandards.

III. Die Bedingungen der Wahrnehmung eines gesetzlichen Vergütungsanspruchs oder eines in sonstiger Weise eingeschränkten Rechts

1) Ergebnis der kollisionsrechtlichen Untersuchung

Die vorangegangene Analyse des allgemeinen Kollisionsrechts hat zu einem differenzierenden Ansatz geführt. Während die Bedingungen der Wahrnehmung des Ausschließlichkeitsrechts dem Wahrnehmungsstatut unterfallen, gilt für die Wahrnehmung gesetzlicher Vergütungsansprüche das Recht, welchem der gesetzliche Vergütungsanspruch selbst unterfällt, mithin das Urheberrechtsstatut. Die Parallele zur kollisionsrechtlichen Behandlung der Verteilungsfragen ist offensichtlich und der kollisionsrechtliche Gleichlauf mit den Verteilungsfragen erfolgte auch nicht zufällig, er stützte sich auf ähnliche Argumente. So wurde zunächst eine besondere Abhängigkeit der Rechteinhaber von den Verwertungsgesellschaften im Bereich der verwertungsgesellschaftspflichtigen Rechte identifiziert. Eine Alternative in Form der individuellen Rechtswahrnehmung besteht für die Rechteinhaber nicht. Die Funktionsfähigkeit der Schranke hängt nicht zuletzt von der Konzentration auf wenige Akteure ab, da die urheberrechtstypische Diffusion gerade überwunden werden soll. Schließlich wurde die staatsnahe Rolle betont, welche Verwertungsgesellschaften im Bereich des beschränkten Rechts einnehmen.¹¹⁸⁶

¹¹⁸⁶ Teil 3, Kapitel 1, D, IV., 1.), c.).

2) Beschränkung

Die Anwendung einer inländischen Wahrnehmungsverpflichtung auf eine ausländische Verwertungsgesellschaft stellt auch im Bereich der verwertungsgesellschaftspflichtigen Rechte eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit der Verwertungsgesellschaften dar. Ausgehend von dem zuvor beschriebenen weiten Beschränkungs begriff innerhalb der primärrechtlich garantierten Dienstleistungsfreiheit werden grundsätzlich alle Maßnahmen erfasst, die geeignet sind, eine grenzüberschreitende Leistungserbringung weniger attraktiv zu machen.¹¹⁸⁷ Dazu gehören namentlich Doppelstandards, die dazu führen, dass ein Dienstleistungserbringer – will er grenzüberschreitend tätig werden – mehrere unterschiedliche Rechtsstandards einhalten muss, was zu höheren Rechtsanpassungs- und damit zu höheren Verwaltungskosten führt.¹¹⁸⁸ Weichen die Verpflichtungen zur Wahrnehmung der gesetzlichen Vergütungsansprüche der Rechteinhaber national voneinander ab, so hat dies Rechtsanpassungskosten für jene Verwertungsgesellschaften zur Folge, die Dienstleistungen in verschiedenen Mitgliedstaaten ausüben möchten.¹¹⁸⁹

3) Rechtfertigung

Als anerkannter Rechtfertigungsgrund kommt erneut der Schutz der Rechte des geistigen Eigentums in Betracht. In der Tat ist die kollektive Rechte wahrnehmung im Bereich der gesetzlichen Vergütungsansprüche selbst Teil des Urheberrechts und gehört damit zum *Bestand* bzw. zur *Ausgestaltung* der Schutzrechte. Insoweit kann auf die Ausführungen im allgemeinen Kollisionsrecht¹¹⁹⁰ und auf die Ausführungen zum legitimen Zweck bei den Verteilungsfragen¹¹⁹¹ verwiesen werden. In der Vergangenheit wurden die

1187 EuGH, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 – *Gebhard*, Rz. 37.

1188 *Müller-Graff*, in: Streinz/Michl/Bings u.a. (Hrsg.), EUV/AEUV, ³2018, Art. 56, Rn. 91.

1189 Zugegebenermaßen lässt sich hier auf Grund des klar formulierten Kontrahierungszwangs der VG-RL bereits eine mögliche Beschränkung anzweifeln. Denn Art. 5 Abs. 2 VG-RL ist klar gefasst und lässt wenig Umsetzungsspielraum, mithin wenig Raum für die Belastung mit Doppelstandards. Derselbe Grund lässt nach der hier verfolgten Prüfung die Erforderlichkeit der Durchsetzung abweichender Standards des Schutzlandes entfallen (dazu sogleich).

1190 *Teil 3, Kapitel 1, E, I., 6., b.*

1191 In diesem Kapitel: *V., 2., b.*, (1).

Zugansprüche der Rechteinhaber zum System der kollektiven Rechtewahrnehmung in Europa überdies vor allem über das Kartellrecht begründet.¹¹⁹²

Hinsichtlich der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit sind jedoch einige Besonderheiten zu berücksichtigen. Die erste Besonderheit liegt gerade im besagten kartellrechtlichen Ursprung des Wahrnehmungszwangs und so hat sich auch auf dem Boden europäischer Rechtsprechung bereits eine recht klare europäische Linie zur Verpflichtung der Verwertungsgesellschaften zur Aufnahme ausländischer Rechteinhaber und zur Wahrnehmung ihres Repertoires entwickelt.¹¹⁹³ Diese Rechtsgrundsätze bilden bereits ein Vehikel, welches grundsätzlich geeignet ist, individuelle Ansprüche zu begründen.¹¹⁹⁴

a) Hinreichender Schutz durch Harmonisierung

Vor allem spricht die VG-RL den Wahrnehmungszwang aber selbst in Art. 5 Abs. 2 sehr deutlich an und schafft so einen Rahmen für die einheitliche oder zumindest hinreichende Berücksichtigung eines europäischen Wahrnehmungszwangs. Gemäß Art. 5 Abs. 2 VG-RL haben die Rechteinhaber das Recht, „eine Organisation für die kollektive Rechtewahrnehmung ihrer Wahl mit der Wahrnehmung von Rechten, von Kategorien von Rechten oder von Arten von Werken und sonstigen Schutzgegenständen ihrer Wahl in den Gebieten ihrer Wahl ungeachtet des Mitgliedstaats der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder der Niederlassung der Organisation für die kollektive Rechtewahrnehmung beziehungsweise des Rechtsinhabers zu

1192 So bspw.: EuGH, C-127/73, ECLI:EU:C:1974:25 – *BRT II*; EuGH, C-22/79, ECLI:EU:C:1979:245 – *Greenwich Film Production/SACEM*; EuGH, C-7/82, ECLI:EU:C:1983:52 – *GVL/Kommission*.

1193 Siehe die zuvor genannt Entscheidungen. Außerdem *Drexler*, in: Götz von Olenhusen/Gergen/Vogel (Hrsg.), *Kreativität und Charakter*, 2017, S. 227, 234 ff.

1194 Zweifel mögen aufgrund des neuen Wettbewerbsmodells des europäischen Wahrnehmungsrechts bestehen (*Teil 2, C, III*). Gleichwohl wird man kaum generell die Notwendigkeit einer Kontrahierungspflicht der Verwertungsgesellschaften gegenüber den Rechteinhabern in Frage stellen können (so scheinbar *Gerlach*, in: *Wandtke/Bullinger* (Hrsg.), *Praxiskommentar Urheberrecht*, 62022, VGG, § 9, Rn. 2). Vielmehr bleiben grundsätzliche Abhängigkeiten bestehen und wenn die kartellrechtlichen Durchsetzungsmechanismen aufgrund des Wettbewerbsmodells zweifelhaft werden, gewinnen spezielle Ansprüche des sektorspezifischen Regulierungsrechts eher noch an Bedeutung.

beauftragen.“ Die Verwertungsgesellschaften dürfen solche Anfragen nur aus „objektiv nachvollziehbaren Gründen ablehnen“ und sind andernfalls „verpflichtet, Rechte, Kategorien von Rechten oder Arten von Werken und sonstige Schutzgegenstände, die in ihren Tätigkeitsbereich fallen, wahrzunehmen.“ Art. 5 Abs. 2 trägt damit bereits alle Merkmale eines Wahrnehmungszwangs in sich. Zweifelhaft könnte allein die Frage sein, ob die Richtlinie auch einen privatrechtlichen Anspruch der Rechteinhaber gegenüber den Verwertungsgesellschaften schafft.¹¹⁹⁵ Doch spricht die Vorschrift auch insoweit eine eindeutige Sprache. Es gehört überdies zu den anerkannten Grundsätzen des Unionsrechts, dass ein Recht des Begünstigten, die Einhaltung der Verpflichtung einzuklagen, anzuerkennen ist, wenn das Unionsrecht eine eindeutige Verpflichtung enthält.¹¹⁹⁶

Zwar mag insoweit immer noch Spielraum für eine individuelle und in Teilen abweichende Umsetzung des Wahrnehmungszwangs bestehen, dieser kann aber die grundsätzliche Konzeption von Art. 5 Abs. 2 VG-RL und seine Verdichtung zu einem Wahrnehmungszwang nicht in Frage stellen. So weicht die deutsche Vorschrift in Art. 9 VGG im Wortlaut zwar stark von Art. 5 Abs. 2 VG-RL ab, und sie mag überschießend sein, Art. 5 Abs. 2 VG-RL schafft jedoch bereits einen gemeinsamen Rechtsstandard unter den die Mitgliedstaaten nicht abfallen dürfen.¹¹⁹⁷ Die Rechte der Rechteinhaber sind also hinreichend abgesichert und die Verpflichtungen der Verwertungsgesellschaften tragen auch ihrer „staatsnahen Rolle“ im Bereich der gesetzlichen Vergütungsansprüche Rechnung.

b) Rechtliche Einheit von Schranke und Wahrnehmungsverpflichtung

Zuletzt bleibt noch das dogmatische Argument der Einheit von Schranke und Wahrnehmungsverpflichtung. Es kann zwar nicht völlig außer Acht gelassen werden, doch sprechen zwei Gründe gegen seine strikte Umsetzung. Zunächst ist der Zusammenhang von Schranke und Wahrnehmungsverpflichtung nicht so eng und unmittelbar wie zwischen einem gesetzlichem Vergütungsanspruch und dessen Verteilung. Denn der Wahr-

1195 Zur privatrechtlichen Ausgestaltung des Wahrnehmungsrechts *Teil 2, Kapitel 2, D, I*.

1196 Mit weiteren Argumenten: *Drexl*, in: Götz von Olenhusen/Gergen/Vogel (Hrsg.), *Kreativität und Charakter*, 2017, S. 227, 241.

1197 Siehe Erwägungsgrund 9 der VG-RL.

nehmungszwang stellt in erster Linie eine Reaktion auf ein allgemeines Wettbewerbsproblem dar, welches sich im Bereich der Schranken aufgrund der urheberrechtlichen Besonderheiten verstärkt.¹¹⁹⁸ Hinzu kommt zugegebenermaßen die gewünschte Konzentration bei der Wahrnehmung gesetzlicher Vergütungsansprüche, die letztlich auch Voraussetzung für deren Wirksamkeit ist und sich in Regelungen wie § 49 VGG manifestiert.¹¹⁹⁹ Doch lässt sich auch hier die Grundkonzeption wettbewerbsrechtlich verstehen.¹²⁰⁰

Die maßgebliche Frage, ob die Durchsetzung des nationalen Wahrnehmungszwangs gegenüber ausländischen EU-Verwertungsgesellschaften notwendig ist, um das System der gesetzlichen Vergütungsansprüche aufrechtzuerhalten, ist vor allem eine praktische und ergebnisorientierte Frage. Die Notwendigkeit oder Erforderlichkeit entfällt nämlich grundsätzlich dann, wenn die Absicherung durch einen europäischen Mindeststandard tatsächlich ausreicht, um einerseits die individuellen Rechtspositionen zu schützen und andererseits das Gesamtsystem der Urheberrechtsschranken nicht zu gefährden (beides lässt sich dem Schutzzweck „Schutz der Rechte des geistigen Eigentums“ zuordnen). Im Falle des Wahrnehmungszwangs lässt sich das annehmen, denn jede Verwertungsgesellschaft in der EU unterliegt bereits den zwingenden Standards des Wahrnehmungszwangs aus Art. 5 Abs. 2 VG-RL, der sich als individueller Anspruch auch von jedem Rechteinhaber gegen eine Verwertungsgesellschaft durchsetzen lässt.¹²⁰¹ Eine darüber hinausgehende Absicherung der Rechtspositionen durch die Verpflichtung einer ausländischen Verwertungsgesellschaft sich an inländische Wahrnehmungsverpflichtungen zu halten, sofern dies die Wahrnehmung eines inländischen Vergütungsanspruchs (oder eines verwertungsge-

1198 Was die „staatnahen Aufgaben“ der Verwertungsgesellschaften im Bereich der Schranken betrifft, können diese letztlich auch auf europäischer Ebene berücksichtigt werden und insoweit zeigt die Richtlinie eine hinreichende Berücksichtigung.

1199 § 49 VGG betrifft die Vermutung zur Wahrnehmung der Rechte bei gesetzlichen Vergütungsansprüchen und setzt Konzentration voraus.

1200 *Drexl*, in: Götz von Olenhusen/Gergen/Vogel (Hrsg.), *Kreativität und Charakter*, 2017, S. 227, 241.

1201 Entscheidend für die Verpflichtung der Verwertungsgesellschaften zur Rechte-wahrnehmung ist, ob objektiv nachvollziehbare Gründe für die Ablehnung vorliegen oder nicht. Diese sind vor allem in der tatsächlichen Wahrnehmungsreichweite im Hinblick auf die Kategorien der Rechte und ihre räumliche Reichweite zu verstehen. Damit unterliegt bereits jede Verwertungsgesellschaft entsprechend der Ausrichtung ihrer Handlung einer hinreichenden Verpflichtung zur Wahrnehmung der Rechte.

sellschaftspflichtigen Rechts) betrifft, ist zum Schutz des geistigen Eigentums nicht erforderlich. Ihre Durchsetzung gegenüber einer ausländischen (Unions-)Gesellschaft stünde daher nicht mit der primärrechtlich garantierten Dienstleistungsfreiheit der Verwertungsgesellschaften in Einklang.

4) Zusammenfassung und Ergebnis

Die Durchsetzung des nationalen Wahrnehmungszwangs ist auch im Bereich der Schranken nicht erforderlich. Zwar besteht ein grundsätzlicher Gleichlauf von Schranke und Wahrnehmungsverpflichtung, da die Verwertungsgesellschaften in diesem Bereich besondere Aufgaben des Urheberrechts übernehmen, die auch als staatsnahe Aufgaben bezeichnet werden könnten. Die VG-RL sorgt jedoch bereits für ein hinreichendes Schutzniveau. Art. 5 Abs. 2 der VG-RL schafft konkret bezeichnete und eng umschriebene individuelle Ansprüche, die als solche umzusetzen sind. Eine davon abweichende, überschießende nationale Regelung ist zwar möglich, ihre grenzüberschreitende Durchsetzung ist jedoch nicht erforderlich, da der europäische Maßstab hinreichenden Individualschutz und zugleich hinreichenden Systemschutz im Hinblick auf das Urheberrecht schafft.

Das Herkunftslandprinzip der Dienstleistungsfreiheit steht – bei der Frage der Anwendung eines inländischen Wahrnehmungszwangs – der Durchsetzung nationaler überschießender Schutzstandards gegenüber ausländischen EU-Gesellschaften daher entgegen. Soweit das Recht des „Bestimmungslands“ (bzw. das Recht, aus dem sich der Vergütungsanspruch ergibt) strenger ist als das Recht des Sitzlands der Verwertungsgesellschaft, ist der Regulierungsmaßstab des anwendbaren Rechts auf denjenigen des Sitzlandrechts herabzusetzen. Es besteht damit die grundsätzliche Pflicht zur Anerkennung ausländischer Rechtsstandards.

IV. Der Rechtezugang

1) Einheitlichkeit der wesentlichen Verpflichtungen im Lizenzverhältnis

Bereits im vorhergehenden Kapitel bei der Analyse des allgemeinen Kollisionsrechts der kollektiven Rechtswahrnehmung zeigte sich der inhaltliche Zusammenhang der speziellen Verpflichtungen im Lizenzverhältnis. Zentral ist der Abschlusszwang bzw. im europäischen Recht das Diskriminie-

rungsverbot und die Pflicht, Lizenzbedingungen auf objektive Kriterien zu stützen (Art. 16 Abs. 2 VG-RL) sowie die Verhandlungspflichten der Verwertungsgesellschaften mit den Nutzern. Im europäischen Recht werden die Tarife sodann ebenfalls im Gesamtzusammenhang mit den Regelungen zur Lizenzvergabe in Art. 16 VG-RL angesprochen. Nach Art. 16 Abs. 2 UAbs. 2 müssen Tarife in einem angemessenen Verhältnis zu dem wirtschaftlichen Wert der Nutzung stehen und die Nutzer sind über die Kriterien der Tarifaufstellung zu informieren. Im deutschen Recht steht der Abschlusszwang in § 34 VGG am Beginn des Unterabschnitts zu den Verträgen und Tarifen; in der Umklammerung durch Abschnitt 2, Unterabschnitt 1 zeigt sich auch hier der Zusammenhang der Regelungen.¹²⁰²

Der Abschlusszwang ist im deutschen Recht konkreter ausgestaltet als in der Richtlinie, so ist jede Verwertungsgesellschaft „verpflichtet, aufgrund der von ihr wahrgenommenen Rechte jedermann auf Verlangen zu angemessenen Bedingungen Nutzungsrechte einzuräumen“ (§ 34 Abs. 1 S. 1 VGG). Dabei ist unschwer zu erkennen, dass die Frage der Angemessenheit der Bedingungen zum zentralen Beurteilungskriterium wird, welches sich wiederum primär aus der Tarifhöhe ergibt. Die Grundfrage der Angemessenheit erfährt also eine nähere Beschreibung durch die weiteren Pflichten der Verwertungsgesellschaften in diesem Abschnitt und zu diesen zählt zuvorderst die Frage nach der Tarifhöhe.¹²⁰³ Nach h.M. gewährt das deutsche Recht keinen individuellen Anspruch auf die Aufstellung von Tarifen. Der Werknutzer könne lediglich die Einräumung von Rechten zu angemessenen Bedingungen verlangen, wobei einige spezielle Nutzerrechte bestehen, wie bspw. das Recht auf Hinterlegung oder Zahlung unter Vorbehalt (§ 37

1202 Eine ausführliche Darstellung der Lizenzbedingungen und Tarife der GEMA in den verschiedenen Bereichen von Tonträgerherstellung bis Online-Nutzungen findet sich bei *Langhoff/Radloff/Schmidt u.a.*, in: Heker/Riesenhuber (Hrsg.), *Recht und Praxis der GEMA*, 32018,

1203 Die Rechte und Pflichten der Verwertungsgesellschaften im Lizenzverhältnis wurden urheberrechtlich qualifiziert, da ihnen eine spezifische Ausgestaltung des Urheberrechts zugrunde liegt, wie sie sich in ganz ähnlicher Weise in den Schranken des Urheberrechts zeigt. (Siehe ausführlich *Teil 3, Kapitel 1, F, I., 3., a.*). Kartellrecht und Urheberrecht ergänzen sich in diesem Bereich, wobei eine Unterscheidung zwischen dem Schrankenbereich und der Wahrnehmung des Ausschließlichkeitsrechts sinnvoll erscheint. (Rechtsvergleichend zur verfahrens- und materiell-rechtlichen Ausgestaltung der Tarifkontrolle in Zentral- und Osteuropa *Vučković*, IIC 2016, 28 ff.).

VGG), die von besonderer praktischer Relevanz sein können.¹²⁰⁴ Andere Mitgliedstaaten mögen einen individuellen Anspruch auf Tarifaufstellung anerkennen, doch letztlich ist dies nicht von Bedeutung. Hier geht es allgemein um Lizenz Zugangsregeln, ihre konkrete Ausgestaltung ist eben Frage des nationalen Rechts. Das deutsche Recht gewährt den zentralen Anspruch auf „Einräumung von Rechten zu angemessenen Bedingungen“ und dieser individuelle Anspruch umklammert letztlich alle Detailfragen. Wird nachfolgend von „Tarifen“ gesprochen, meint dies die Vergütungshöhe als wesentliche Lizenzbedingung.

Aus der sachlichen Einheitlichkeit der Pflichten folgt sodann auch ihre kollisionsrechtliche Einheitlichkeit, denn alle diese Pflichten prägen ein konkretes Rechtsverhältnis, welches in seiner Gesamtheit regulatorisch geformt ist und sich insgesamt dem Lizenzverhältnis oder den Bedingungen der Lizenzierung zuordnen lässt.¹²⁰⁵ Ausgeklammert wurden hier lediglich die werkbezogenen Informationspflichten, da ihnen erstens in der Richtlinie besondere Aufmerksamkeit geschenkt wird und sie zweitens als eine vorgelagerte Stufe der „Bedingungen der Lizenzierung“ verstanden werden können.

2) Das Diskriminierungsverbot der VG-RL im Lizenzverhältnis

Die europäische Regulierung des Wahrnehmungsrechts sieht eine (eher vage) Verpflichtung der Verwertungsgesellschaften vor, ihre Lizenzdienstleistungen zu angemessenen Tarifen anzubieten, wobei der Referenzpunkt in erster Linie der wirtschaftliche Wert der Nutzung der Rechte unter Berücksichtigung der Art und des Umfangs der Nutzung ist (Art. 16 Abs. 2 UAbs. 2 VG-RL).¹²⁰⁶ Daraus lässt sich zunächst wenig für eine erweiterte Geltung des Herkunftslandprinzips in Tariffragen ableiten. Im Gegenteil lässt sich dieser Ansatz eher für eine marktorientierte Betrachtung heranziehen.¹²⁰⁷

Mit Art. 16 Abs. 2 UAbs. 1 VG-RL wird jedoch auch das Merkmal der Diskriminierungsfreiheit der Kriterien für die Lizenzbedingungen eingeführt.

1204 Schulze, in: Dreier/Schulze (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, 62018, VGG, § 38, Rn. 3. Mit Verweis auf Schiedsstelle Schulze SchSt 9, 43 ff. – *PC-Vergütung*.

1205 Im Detail siehe am Beginn des Abschnitts „Bewertung der besonderen Verpflichtungen aus dem Lizenzverhältnis“ im vorhergehenden Kapitel (*Teil 3, Kapitel 1, F*).

1206 Zum europäischen Rechtsrahmen zur „Regelung der Lizenzierungstätigkeit“ der Verwertungsgesellschaften siehe in *Teil 2, Kapitel 1, B, II*.

1207 Dazu sogleich.

Es stellt sich damit die Frage, was genau der Gegenstand der Diskriminierung sein soll. Denn einerseits könnte sich das Diskriminierungsverbot ganz allgemein auf potentielle Lizenznehmer beziehen, wobei der Marktort ein legitimes Unterscheidungskriterium darstellt, andererseits sind Diskriminierungsverbote aus den Grundfreiheiten bekannt und dienen dort der Förderung des Binnenmarkts.

a) Die Tarifkontrolle nach dem europäischen Kartellrecht

Unbekannt ist die Frage der Diskriminierung durch Verwertungsgesellschaften auf europäischer Ebene im Lizenzverhältnis nicht. Aufgenommen wurde sie in der Vergangenheit durch das Kartellrecht, wobei sich zwei Richtungen unterscheiden lassen. Erstens wurde das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot im Sinne eines Gleichbehandlungsgebots auf rein innerstaatliche Sachverhalte angewandt; zweitens gab es Verfahren, in welchen die Unterteilung der verwertungsgesellschaftlichen Lizenzierungspraxis nach nationalen Märkten aufgegriffen wurde. Daneben gibt es inzwischen eine Reihe von Entscheidungen, in welchen der EuGH sich allgemein mit der Angemessenheit der Lizenzbedingungen befasst, wobei sich diese Frage zumeist im Zusammenhang mit der Frage nach der Zulässigkeit einer territorialen Abschottung stellte.

(1) Die sachliche Ungleichbehandlung

Beispielhaft für die erste Fallvariante steht die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Kanal 5 und TV 4 gegen STIM*¹²⁰⁸. In der schwedischen Vorlage ging es unter anderem darum, ob es einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellt, wenn eine Verwertungsgesellschaft die Gebühren, die sie als Vergütung für die Übertragung urheberrechtlich geschützter Musikwerke erhebt, unterschiedlich berechnet, je nachdem, ob es sich um private oder öffentlich-rechtliche Fernsehanstalten handelt.¹²⁰⁹ Im Vordergrund stand also ein typischer Fall von Art. 102 Abs. 2 lit. c) AEUV ohne direkten Binnenmarktbezug. Es komme, so der EuGH, darauf an, ob die Verwertungsgesellschaft unterschiedliche Bedingungen bei gleichwerti-

1208 EuGH, C-52/07, ECLI:EU:C:2008:703 – *Kanal 5/STIM*.

1209 Frage vier im Verfahren *Kanal 5 und TV 4 gegen STIM*.

ger Leistung anwendet und ob hierdurch zweitens ein Wettbewerbsnachteil entsteht. Im Grunde ging es also um eine klassische Frage der Ungleichbehandlung von im wesentlichen Gleichem, wobei die Benachteiligung im Wettbewerb als zusätzliches Kriterium hinzutritt, dabei aber zugleich als Konkretisierung des Kriteriums der „Vergleichbarkeit der Sachverhalte“ verstanden werden kann.¹²¹⁰ Der EuGH blieb eine klare Antwort schuldig und begnügte sich mit der wenig überraschenden Feststellung, dass „Art. 82 EG [102 AEUV] dahin auszulegen ist, dass [eine Verwertungsgesellschaft] ihre beherrschende Stellung im Sinne des genannten Artikels missbrauchen kann, wenn sie gegenüber diesen Gesellschaften unterschiedliche Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen anwendet und sie dadurch im Wettbewerb benachteiligt, es sei denn, dass sich eine derartige Praxis objektiv rechtfertigen lässt.“¹²¹¹

In einem noch jungen und ganz ähnlich gelagerten Fall, entschied der EuGH entsprechend, führte dabei aber konkretisierend zum Zweck des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbots aus, dass „der Begriff ‚im Wettbewerb benachteiligt werden‘ im Sinne von Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV [...] dahin auszulegen [ist], dass er, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen eine preisliche Diskriminierung zwischen Handelspartnern auf dem nachgelagerten Markt vornimmt, den Fall betrifft, dass dieses Verhalten eine Wettbewerbsverzerrung zwischen den Handelspartnern bewirken kann.“¹²¹²

Damit kommt in dieser Entscheidung eine der wesentlichen Funktionen des Verwertungsgesellschaftssystems und des Kontrahierungszwangs bzw.

1210 Denn die Frage danach, ob ein Wettbewerbsverhältnis auf dieser Ebene besteht, richtet sich nach einer Marktabgrenzung in räumlicher, ggf. zeitlicher und vor allem sachlicher Hinsicht. Dabei wird nach der Substituierbarkeit der Güter gefragt, was ihre „Vergleichbarkeit“ mit einschließt (zu den Kriterien der Bestimmung des relevanten Markts, statt vieler *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, ³2014, § 17, Rn. 19 ff.). Zum Diskriminierungsverbot in Art. 102 Abs. 2 lit. c AEUV ausführlich *Huttenlauch/Lübbig*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampf u.a. (Hrsg.), Kartellrecht, ⁴2020, Art. 102, Rn. 203 ff.

1211 EuGH, C-52/07, ECLI:EU:C:2008:703 – *Kanal 5/STIM*, Rz. 42–48.

1212 Tenor EuGH, C-525/16, ECLI:EU:C:2018:270 – *Meo*; und weiter „Die Feststellung, ob ein Handelspartner ‚im Wettbewerb benachteiligt‘ wird, erfordert nicht den Nachweis einer tatsächlichen und messbaren Verschlechterung der Wettbewerbsposition, sondern ist auf eine Analyse aller relevanten Umstände des Einzelfalls zu stützen, die den Schluss zulässt, dass dieses Verhalten einen Einfluss auf die Kosten, auf die Gewinne oder auf ein anderes maßgebliches Interesse eines oder mehrerer dieser Partner hat, so dass dieses Verhalten geeignet ist, diese Position zu beeinträchtigen.“

Diskriminierungsverbots zum Ausdruck. Um den Preis einer Beschränkung des Wettbewerbs auf Ebene der Verwertungsgesellschaften wird der Wettbewerb auf nachgelagerter Ebene gefördert.¹²¹³ Dabei handelt es sich weniger um einen Preiswettbewerb als vielmehr um einen Kreativwettbewerb, welcher auf einem umfassenden Repertoirezugang aufbaut.¹²¹⁴ Diese Form des Diskriminierungsverbots lässt sich ohne Weiteres in Art. 16 Abs. 2 UAbs. 1 der VG-RL hineinlesen. Insoweit wirkt die Vorschrift wie eine Kodifizierung der Rechtsprechung und eine Absicherung der in ihr formulierten Grundsätze gegen eine eventuelle Schwächung der Anwendbarkeit des Kartellrechts aufgrund des angestrebten Wettbewerbs der Verwertungsgesellschaften.¹²¹⁵

(2) Die territoriale Ungleichbehandlung

Schwieriger zu beurteilen ist der zweite Interpretationsansatz des Diskriminierungsverbots, in welchem der Binnenmarktbezug hervorgehoben werden soll. Die vorherigen Ausführungen machten deutlich, dass Verwertungsgesellschaften ihre Lizenzen grundsätzlich zu gleichen, das heißt nichtdiskriminierenden Bedingungen anbieten müssen, was zunächst einmal räumlich neutral ist.¹²¹⁶ Fraglich ist jedoch, ob sich aus Art. 16 der VG-RL auch ein Anspruch auf eine Lizenz für Land Y zu den Bedingungen von Land X herleiten lässt.¹²¹⁷ Ergibt sich aus Art. 16 Abs. 2 VG-RL mithin eine Pflicht zur (tarifmäßigen) Gleichbehandlung von räumlichen Märkten?

1213 Auch auf Ebene der Verwertungsgesellschaften gibt es dabei einen (eingeschränkten) Wettbewerb. Die Abzüge der Verwaltungsgebühren gehen bei festen Tarifen zulasten der Rechteinhaber. Effiziente Verwaltungsstrukturen sind daher in ihrem Interesse und mit dem „Wahlrecht“ steht ihnen auch ein Mittel zur Verfügung, um ihre Effizienzinteressen durchzusetzen.

1214 *Teil 3, Kapitel 1, F, I., 3.), a.)*. Für einen Kreativwettbewerb i.S.d. Urheberrechts auch *Drexl*, in: *Torremans (Hrsg.), Copyright Law, 2007, S. 255, 273 ff.*

1215 Siehe dazu auch *Teil 2, Kapitel 2, C, III.*

1216 Art. 16 Abs. 2 u.A. 2 stellt zunächst auf das Verhältnis der Vergütung zum wirtschaftlichen Wert der Nutzung ab. Den korrekten Handelswert hebt auch *Riis* hervor (*Riis*, IIC 51 (2020), 446, 463), wobei dieser sich territorial (u.a. je nach Kaufkraft) unterscheiden kann.

1217 Nimmt eine Verwertungsgesellschaft Rechte für Land X wahr und lizenziert dort an einen Rechtenutzer, so kann sich aus Art. 16 Abs. 2 VG-RL ein Anspruch des Konkurrenten auf Lizenzzugang für die Rechte in Land X zu den gleichen Bedingungen ergeben. Nimmt die Verwertungsgesellschaft ebenso Rechte für Land Y wahr und Lizenzierungshandlungen vor, so könnte sich ebenso der Anspruch auf eine inhaltsgleiche Lizenz ergeben.

Auch hierüber kann die vergangene Rechtsprechung des EuGH Aufschluss geben.

In den sogenannten *French disco cases* ging es unter anderem um die Frage, ob das System der Gegenseitigkeitsverträge eine faktische Ausschließlichkeit herstellt, die es den Verwertungsgesellschaften ermöglicht, in missbräuchlicher Weise eine pauschale Vergütung zur Nutzung der Repertoires ausländischer Rechteinhaber festzusetzen? Der EuGH sah dies nicht ohne Weiteres als gegeben an, vielmehr strebten die von den Verwertungsgesellschaften miteinander geschlossenen Verträge das Ziel an, „die Gesamtheit der geschützten Musikwerke ohne Rücksicht auf deren Herkunft einheitlichen Bedingungen für die in ein und demselben Staat ansässigen Benutzer zu unterwerfen [...]“¹²¹⁸ Der EuGH hob also die einheitliche Tarifindung innerhalb eines Staates als anzustrebendes Ziel hervor, welches einer Diskriminierung der Repertoires auf Grundlage ihrer Herkunft entgegenstehe. Damit wird in gewisser Hinsicht der Repertoiregleichbehandlung unabhängig von ihrer Herkunft Vorrang über die grenzüberschreitende Lizenzgebührengleichbehandlung gegeben.

Hinsichtlich der Frage der Tarifhöhe der französischen SACEM (in Frankreich) entschied der EuGH sodann, dass eine Verwertungsgesellschaft „[...] unangemessene Geschäftsbedingungen erzwingt, wenn die Gebühren, die sie von Diskotheken fordert, erheblich höher sind als die in den anderen Mitgliedstaaten erhobenen Gebühren, sofern die verschiedenen Tarife, was ihre Höhe betrifft, miteinander auf einheitlicher Grundlage verglichen wurden. Anders wäre es, wenn die in Rede stehende Verwertungsgesellschaft diese Differenz unter Hinweis auf objektive und relevante Unterschiede bei der Wahrnehmung der Urheberrechte in dem betroffenen Mitgliedstaat und in den übrigen Mitgliedstaaten rechtfertigen könnte.“¹²¹⁹ Auch hier werden nationale Unterschiede also prinzipiell als ein Grund für unterschiedliche Gebührensätze anerkannt, ein wesentlich höherer nationaler Gebührensatz sei lediglich als Indiz für einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung zu verstehen. Einen Anspruch auf einen ausländischen Gebührensatz gebe es hingegen nicht.

1218 EuGH, C-395/87, ECLI:EU:C:1989:319 – *Tournier*, Rz. 19 und wortgleich EuGH, verb. Rs. 110/88, 241/88 und 242/88, ECLI:EU:C:1989:326 – *Lucazeau*, Rz. 13.

1219 Siehe *Lucazeau*, Rz. 33 und wortgleich *Tournier*, Rz. 46.

Diese Rechtsprechung zur Lizenzgebührenkontrolle wurde in einigen jüngeren Entscheidungen konkretisiert und bestätigt.¹²²⁰ Dabei lohnt sich vor allem ein Blick auf die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *AKKA/LAA*, welche deutlich nach in Kraft treten der VG-RL erging, den Richtlinieninhalt jedoch gleichwohl nicht formal berücksichtigen konnte. Zunächst wiederholte der EuGH die in den Verfahren *Tournier* und *Lucazeau* gefundene Formel, wonach Tarife, die erheblich höher sind als in anderen (Vergleichs-)Mitgliedstaaten, als Indiz für einen Missbrauch der beherrschenden Stellung anzusehen sind. Sodann äußerte sich der EuGH in dieser Entscheidung jedoch erstmals differenzierter zum Maßstab der Vergleichsmethode und den Gründen, welche Unterschiede in den Tarifen rechtfertigen können. So seien die Referenzmitgliedstaaten nach „objektiven, geeigneten und überprüfbaren Kriterien“ auszuwählen und zu diesen Kriterien seien, insbesondere „die Verbrauchsgewohnheiten und andere ökonomische oder soziokulturelle Gesichtspunkte“ zu zählen, „wie das Bruttoinlandsprodukt pro Kopf und das kulturelle und historische Erbe“.¹²²¹

Damit stellt der EuGH die Höhe der urheberrechtlichen Vergütung ausdrücklich in ein Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gesellschaft, wobei er die Unterschiede in den Lebens- und Vermögensbedingungen zwischen den Mitgliedstaaten anerkennt. Auf diese Weise bereitet der EuGH einer differenzierten Betrachtung den Weg. Noch deutlicher in diese Richtung äußerte sich der EuGH sodann in Textziffer 46, wo er ausführt, dass „im Allgemeinen zwischen den Mitgliedstaaten erhebliche Preisunterschiede für identische Dienstleistungen bestehen, die mit den durch den KPI ausgedrückten Unterschieden in der Kaufkraft der Bürger eng zusammenhängen. Der Lebensstandard und die Kaufkraft beeinflussen dabei, inwieweit sich die Betreiber von Geschäften oder Dienstleistungszentren die Dienstleis-

1220 So etwa in der *OSA*-Entscheidung mit einem Verweis auf die grundlegende Entscheidung in *Tournier* und *Lucazeau*: „Sollte sich herausstellen, dass eine solche Verwertungsgesellschaft für die von ihr erbrachten Dienstleistungen Tarife erzwingt, die nach einem auf einheitlicher Grundlage vorgenommenen Vergleich erheblich höher sind als die in den übrigen Mitgliedstaaten angewandten Tarife, so ist diese Differenz als Anzeichen für einen Missbrauch der beherrschenden Stellung im Sinne von Art. 102 AEUV anzusehen. In diesem Fall obliegt es der betreffenden Verwertungsgesellschaft, die Differenz unter Hinweis auf etwaige objektive Unterschiede zwischen den Verhältnissen in dem in Rede stehenden Mitgliedstaat und denen in allen übrigen Mitgliedstaaten zu rechtfertigen (vgl. in diesem Sinne Urteile *Tournier*, Rz. 38, sowie *Lucazeau* u. a., Rz. 25)“ (EuGH, C-351/12, ECLI:EU:C:2014:110 – *OSA*, Rz. 87).

1221 EuGH, C-177/16, ECLI:EU:C:2017:689 – *AKKA/LAA*, Rz. 41, 42.

tungen der Verwertungsgesellschaft leisten können. Bei einem Vergleich der Tarife für identische Dienstleistungen in mehreren Mitgliedstaaten mit unterschiedlichen Lebensstandards ist der KPI deshalb zwingend zu berücksichtigen.“¹²²²

b) Rückbezug zur VG-RL

Inwiefern diese Rechtsprechung des EuGH eine Fortführung im Diskriminierungsverbot und Angemessenheitsgrundsatz der VG-RL findet, geht aus dem Richtlinienkonzept nicht eindeutig hervor. Vieles mag dafür sprechen, dass der entwickelte kartellrechtliche Überprüfungsrahmen in Art. 16 der VG-RL abgesichert werden sollte. Gleichwohl scheint der Binnenmarktbezug der Richtlinie gegen nationale Besonderheiten bei der Tariffindung zu sprechen. So hebt gleich schon Erwägungsgrund 1 der VG-RL den „Binnenmarkt ohne Wettbewerbsverzerrungen“ auf die Ebene eines übergeordneten Ziels. Zugleich wird die aufsichtsrechtliche Überprüfungsbefugnis über die Verwertungsgesellschaften am Marktort auch im Hinblick auf die Tarifkontrolle stark eingeschränkt. Dies sollte jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Argumente des EuGH weiterhin tragen.

Das Urheberrecht eignet sich ganz besonders für eine individuelle an der Leistungsfähigkeit ausgerichtete Bepreisung. Als nicht-rivales Gut vermindert der „Konsum“ eines Werks seinen Wert grundsätzlich nicht, zumal im Onlinebereich auch die Verbreitung mit keinen oder geringen zusätzlichen Kosten verbunden ist. Daher schafft ein „Mehr“ an Nutzung grundsätzlich auch einen „Mehrwert“. Um die Nutzung allerdings weiträumig zu ermöglichen, sind die Bedingungen der Nutzung an die Bedürfnisse bzw. die Leistungsfähigkeit der Nutzer anzupassen. Der Gedanke mag an den Marxschen Grundsatz „jeder nach seinen Fähigkeiten, jedem nach seinen Bedürfnissen“¹²²³ erinnern, tatsächlich liegen ihm aber gleichfalls Wettbewerbsprinzipien zugrunde – zumindest dann, wenn Gegenstand der Distribution nicht-rivale Güter sind. So geht der europäische Gesetzgeber in Erwägungsgrund 1 von einer falschen Prämisse aus, wenn er sich einen „Binnenmarkt ohne Wettbewerbsverzerrungen“ vorstellt. Denn die kartellrechtliche Analyse des Verwertungsgesellschaftssystems zeigte gerade, dass der Wettbewerb der Verwertungsgesellschaften im gewählten Modell nicht

1222 EuGH, C-177/16, ECLI:EU:C:2017:689 – AKKA/LAA, Rz. 46.

1223 Marx, in: Marx/Engels (Hrsg.), Werke, Bd. 19, ⁴1973, S. 13, 21.

auf Nutzerattraktivität ausgerichtet ist. In einem funktionierenden nutzerorientierten Wettbewerb wäre hingegen zu erwarten, dass sich das Angebot der Verwertungsgesellschaften (auch) an der Leistungsfähigkeit der Nutzer orientiert, also bedarfs- und bedürfnisgerecht ausgestaltet wird und dadurch eine möglichst weiträumige Verbreitung findet. Diese Form der individuellen oder zumindest regional typisierten Angemessenheit kann sich im gegenwärtigen Modell der *right-holders' option* hingegen kaum marktmäßig entwickeln.¹²²⁴

Diese Argumente sprechen für die Möglichkeit einer räumlichen Aufteilung in Tariffragen aufgrund einer differenzierenden Betrachtung der Frage der *Angemessenheit*. Ihre inhaltliche Bedeutung wird durch die VG-RL nicht in Frage gestellt und zugleich ergibt sich aus der Richtlinie kein alternatives Konzept zur Behandlung dieser Frage. Da die Rechtsprechung des EuGH zur Diskriminierung und Angemessenheit der Tarife im Kontext der Umstände eines Landes aber keinesfalls neu ist, wäre eine Klarstellung in der Richtlinie naheliegend gewesen – so denn eine Distanzierung von den bisherigen Grundsätzen gewünscht gewesen wäre.¹²²⁵ Diese erfolgte nicht; im Gegenteil, Erwägungsgrund 31 und Art. 16 Abs. 2 UAbs. 2 der Richtlinie bestätigen das EuGH-Konzept implizit, indem sie die Angemessenheit der Tarife von dem wirtschaftlichen Wert abhängig machen, „den die Nutzung der Rechte in einem bestimmten Zusammenhang hat“. Diese kontextbezogene Beurteilung der Angemessenheit spiegelt unmittelbar die Auffassung des EuGH mit einem Kriterium der räumlichen Angemessenheit wider. Entscheidendes Kriterium zur Beurteilung der Diskriminierung ist daher, wie vom EuGH in der Entscheidung *Meo* ausgeführt, dass keine Wettbewerbsverzerrungen auf dem nachgelagerten Markt entstehen.¹²²⁶ Da-

1224 Diese Gedankenführung ist nicht ganz unproblematisch. Funktionierender Wettbewerb sollte eigentlich auf einen möglichst niedrigen Preis hinauslaufen (bis nahe an die Grenzkosten, was dem Urheberrecht grundsätzlich fremd ist). Individuelle Bepreisung ist hingegen ein Phänomen, welches eher bei fehlendem Wettbewerb zu erwarten ist (dazu beispielsweise *Varian*, in: Schmalensee/Willing (Hrsg.), *Handbook of Industrial Organization – Volume 1*, 1989, S. 597 ff., Introduction).

1225 Zum damaligen Richtlinienvorschlag auch *Quintais*, EIPR 35 (2) (2013), 65, 66, der ebenfalls darauf hinweist, dass die Regulierung im Hinblick auf Lizenzfragen im Kern eine Statuierung der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung des EuGH bedeutet.

1226 EuGH, C-525/16, ECLI:EU:C:2018:270 – *Meo*, Rz. 37; unterschiedliche Tarife der Verwertungsgesellschaften – auch abhängig davon, wo sie ihren Sitz haben – können schnell zu einer Wettbewerbsverzerrung auf dem nachgelagerten Markt führen. Dies ist, wie der EuGH in der Rs. *Meo* ausführt, zu vermeiden.

bei sind die Vergleichsparameter richtig zu wählen, wobei der räumliche Markt grundsätzlich einen zulässigen Differenzierungsgrund darstellt, sofern er seine Ursache etwa in der jeweiligen Leistungsfähigkeit auf diesem Markt hat. Innerhalb dessen ist dann wiederum auf eine Gleichbehandlung zu achten.

Es ist daher davon auszugehen, dass das Diskriminierungskriterium in Art. 16 der VG-RL eine Absicherung der Rechtsprechung des EuGH zur kartellrechtlichen Tariffkontrolle gegenüber den Verwertungsgesellschaften darstellt und damit im Zusammenhang mit dieser Rechtsprechung zu lesen ist. Nationale Unterschiede in Tariffragen sind damit nicht per se nach Art. 16 Abs. 2 UAbs. 1 verbotene Diskriminierungen, vielmehr mögen sie ein Indiz für die Unangemessenheit eines Tarifs darstellen. Dieser Anschein lässt sich jedoch widerlegen, sofern die Unterschiede auf objektive Gründe zurückzuführen sind, welche vor allem in der finanziellen Leistungsfähigkeit der Gesellschaft bzw. der typischen Nutzer liegen können.¹²²⁷

Dieser Ansatz gewinnt auf Grund der Schwächen der aufsichtsrechtlichen Kontrolle an Bedeutung. Denn diese konzentriert sich institutionell im Sitzland des Aufsichtsobjekts (Art. 36 Abs. 1 VG-RL), was bedeutet, dass eine inländische Aufsichtsbehörde die Angemessenheit von Tarifen für das Ausland beurteilen und kontrollieren müsste. Der Behörde im Sitzland der Verwertungsgesellschaft wird jedoch regelmäßig die Kenntnis der Marktbedingungen eines ausländischen Lizenzstaates fehlen, was jedoch Voraussetzung einer effektiven Kontrolle der Lizenzbedingungen i.S. des Art. 16 VG-RL ist. Naheliegender ist insbesondere bei schlecht aufgestellten Aufsichtsbehörden eine Überforderung mit derart komplexen Fragen oder gar ein mangelndes Interesse, Art. 16 VG-RL in Bezug auf einen ausländischen Lizenzmarkt durchzusetzen.¹²²⁸

1227 Die Unterschiede in den Lizenzbedingungen werden erstens bei der Suche nach einem Vergleichsmaßstab relevant und zweitens auf Ebene der Rechtfertigung von Unterschieden durch objektive Gründe. Der EuGH trennt diese beiden Ebenen nicht eindeutig voneinander ab.

1228 So auch *Drexler*, in: Kubis/Peifer/Raue u.a. (Hrsg.), *Ius Vivum: Kunst - Internationales - Persönlichkeit*, 2022, S. 123 ff. und *ders.*, in: Götz von Olenhusen/Gergen/Vogel (Hrsg.), *Kreativität und Charakter*, 2017, S. 227, 249 f. auch der Mechanismus des Art. 37 Abs. 2 VG-RL scheint kaum geeignet ein drohendes institutionelles Versagen abwenden zu können. Siehe hierzu auch zuvor *Teil 2, Kapitel 2, B.*

3) Zusammenfassung

Art. 16 Abs. 2 der VG-RL führt die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und Angemessenheit der Bedingungen auf Lizenzierungsebene in das europäische Wahrnehmungsrecht ein. Diskriminierungskriterien sind dem europäischen Recht wohlbekannt und spielen insbesondere bei den Grundfreiheiten eine tragende Rolle. Dort dienen sie dazu, nationalen Maßnahmen, welche zur Abschottung der Märkte führen können, entgegenzuwirken. Eine ähnliche Rolle kann auch Art. 16 Abs. 2 UAbs. 1 VG-RL spielen, dabei sind jedoch einige Besonderheiten zu beachten. Die Vorschrift scheint zunächst der Absicherung der kartellrechtlichen Rechtsprechung des EuGH gegenüber „Verwertungsgesellschaften im Wettbewerb“ zu dienen. Der EuGH hat dabei eine wettbewerbliche Beurteilung vorgenommen, welche nationale Unterschiede nicht nivelliert. Art. 102 Abs. 2 lit. c) AEUV bezweckt im Kontext der kollektiven Rechtswahrnehmung zunächst die Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen auf dem nachgelagerten Markt der Diensteanbieter. Dazu ist ein „europäischer Einheitstarif“ aber nicht erforderlich, vielmehr können national angepasste Tarife die Unterschiede in der Leistungsfähigkeit der jeweiligen Gesellschaft als objektive Gründe für eine Differenzierung wesentlich besser berücksichtigen, wobei von dieser Form der Differenzierung grundsätzlich keine Wettbewerbsverzerrungen ausgehen.

4) Rechtezugang und Dienstleistungsfreiheit

Die vorangegangenen Ausführungen zum Diskriminierungsverbot und der Angemessenheitskontrolle von Art. 16 Abs. 2 der VG-RL mögen nicht zuletzt in ihrer Ausführlichkeit verwundern, schließlich beantworten sie die eigentliche Frage der Arbeit, inwieweit das Sitzlandprinzip der Richtlinie und die Dienstleistungsfreiheit der Verwertungsgesellschaften Einfluss auf die Anwendung eines strengeren nationalen Rechts gegenüber Verwertungsgesellschaften mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat haben, nicht. Dieser Eindruck täuscht jedoch, denn im Grunde lassen sich die Argumente und Überlegungen, welche zur Anerkennung nationaler Differenzierungen auf Grundlage von Art. 16 Abs. 2 VG-RL führten, auf die Frage der (gegenseitigen) Anerkennung nach ausländischen Standards festgesetzter Tarife übertragen. So ist es nun naheliegend, dass die Berücksichtigung von Unterschieden in der Leistungsfähigkeit auch auf Ebene der Rechtfertigung von unterschiedlichen nationalen Maßstäben bei der privatrechtlichen Li-

zennzugangs- bzw. Tarifkontrolle möglich ist. Doch wurden einige wesentliche Aspekte noch nicht beleuchtet. Die vorhergehende Argumentation baute auf einer Analyse der kartellrechtlichen Rechtsprechungspraxis des EuGH auf. In kartellrechtlicher Tradition wird Art. 16 Abs. 2 VG-RL auch maßgeblich gesehen, doch spielen im Binnenmarktconcept der kollektiven Rechtewahrnehmung auch andere Aspekte eine Rolle, die überwiegend urheberrechtlich sind.

Bei der Analyse des allgemeinen Kollisionsrechts erfolgte ebenfalls eine Unterscheidung des rechtlichen Bezugspunkts der Pflichten im Lizenzverhältnis. Auch der dort entwickelte Ansatz differenzierte zwischen der Art des Lizenzverhältnis, also dahingehend, ob es sich um eine gesetzliche Lizenz (also Tarife für die Nutzung eines gesetzlich eingeschränkten Rechts)¹²²⁹ oder um den Zugang zu Ausschließlichkeitsrechten handelt. Es wurde dabei aber insgesamt ein schutzlandbezogener Ansatz gewählt, welcher sich vor allem auf urheberrechtliche und kartellrechtliche Erwägungen stützte. Nachfolgend wird daher zwischen den Bedingungen der Lizenzierung, erstens im Bereich der „normalen“ Ausschließlichkeitsrechte, zweitens bei „Online-Rechten an Musikwerken“, denen in Titel III der Richtlinie besondere Aufmerksamkeit geschenkt wird, und drittens hinsichtlich des eingeschränkten Rechts unterschieden.

a) Die Lizenzzugangsansprüche im Bereich des Ausschließlichkeitsrechts

(1) Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit

Zur Ausübung der Dienstleistungsfreiheit der Verwertungsgesellschaften gehört, dass sie ihre Repertoires am Markt anbieten und dabei Preise für die Nutzungen festsetzen. Unterschiedliche nationale Anforderungen an die Tarifbildung können Verwertungsgesellschaften von der grenzüberschreitenden Leistungserbringung abhalten,¹²³⁰ weil sie mit typischen rechtlichen Anpassungskosten verbunden sind. Ganz praktisch müssten Verwertungs-

1229 Wobei der Terminus Lizenz oder gesetzliche Lizenz hierbei nicht unumstritten ist. Gemeint ist die Kombination von erlaubnisfreien Nutzungstatbeständen und einem gesetzlichen Vergütungsanspruch (siehe hierzu ausführlich *Pflüger*, *Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung*, 2017, S. 115 ff.).

1230 Es werden grundsätzlich alle Maßnahmen erfasst, die geeignet sind, eine grenzüberschreitende Leistungserbringung weniger attraktiv zu machen (EuGH, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 – *Gebhard*, Rz. 37).

gesellschaften im Zweifel 27 unterschiedliche nationale Tarife (erweitert um die jeweils erfasste Nutzungsart) aufstellen und eine gesonderte Tarifkontrolle nach dem Recht jedes Mitgliedstaates befürchten, in dem sie Lizenzen anbieten. Derartige Erfordernisse sind zweifellos geeignet, Verwertungsgesellschaften von der Ausübung ihrer Dienstleistungsfreiheit im Binnenmarkt abzuhalten.

(2) Rechtfertigung

(a) Legitimer Zweck

i. Schutz der Rechte des geistigen Eigentums

Zunächst muss die Beschränkung einem legitimen Zweck – bzw. einem zwingenden Allgemeininteresse – dienen, wobei erneut vor allem der Schutz der Rechte des geistigen Eigentums in Frage kommt.¹²³¹ Geht es um das Ausschließlichkeitsrecht, treten jedoch die spezifisch urheberrechtlichen Erwägungen weniger deutlich hervor. Die kartellrechtliche Analyse hat gezeigt, dass vielmehr wettbewerbliche Aspekte eine tragende Rolle spielen. Die besondere verwertungsgesellschaftsrechtliche Tarifkontrolle lehnt sich dabei eng an das klassische System der Missbrauchskontrolle, also an ein wettbewerbliches Denkgerüst an.¹²³²

Während sich im Bereich der Schranken die Aufgabe zur Bestimmung dessen was „gerecht“ ist aus den urheberrechtlichen Anforderungen bzw. Bestimmungen zum „gerechten Ausgleich“ selbst ergibt, da es sich um einen unmittelbaren gesetzlichen Auftrag aus dem Urheberrecht handelt, erfolgt die Kollektivierung beim Ausschließlichkeitsrecht in der Regel freiwillig bzw. aus ökonomischen Erwägungen heraus und ist nicht (unmittelbar) urheberrechtlich vorgesehen. Entsprechend erfordert die Tariffindung im Bereich der urheberrechtlichen Schranken eine Kontrolle in beide Richtungen, nach unten wie nach oben hin, um den Maßstab für den „gerechten Ausgleich“ zu finden. Die Tarifkontrolle bei Ausübung des Ausschließlich-

1231 Siehe ausführlich in diesem Kapitel C, II., 3.) a.).

1232 So wurden auf europäischer Ebene die Fragen des Lizenzzugangs direkt unter Art.102 AEUV behandelt. Siehe beispielhaft EuGH, C-177/16, ECLI:EU:C:2017:689 – AKKA/LAA. Zur globalen Übersicht vor allem *Drexler, Copyright, Competition and Development*, 2013, unter 11.3 und zuvor *Teil 2, Kapitel 2, C, III. sowie Teil 3, Kapitel 1, F, I., 3.), a.), (2)*.

keitsrechts folgt jedoch eher einer wettbewerbsrechtlichen Logik, woraus sich grundsätzlich nur eine Kontrolle der Preise nach oben hin ergeben kann.¹²³³ Doch spricht die VG-RL in Art. 16 Abs. 2 UAbs. 2 auch im Lizenzverhältnis davon, dass die Rechteinhaber eine „angemessene Vergütung für die Nutzung ihrer Rechte“ erhalten (sollen) und schiebt damit die Tarifkontrolle eher noch in die Nähe zu den Angemessenheitskriterien innerhalb der vergütungspflichtigen europäischen Schranken. Schon zuvor¹²³⁴ wurde sehr ausführlich dargelegt, warum sich das Verwertungsgesellschaftsrecht auch außerhalb der Wahrnehmung gesetzlicher Vergütungsansprüche als ein urheberrechtliches Instrument darstellt, welches nicht zuletzt über die Ausgestaltung der Zugangsansprüche ein wichtiger Bestandteil urheberrechtlicher Regulierung sein kann.

Das Urheberrecht ist zwar als legitimer Zweck anerkannt, doch wird in der Rechtsprechung des EuGH zwischen dem *Bestand* und der *Ausübung* der Schutzrechte unterschieden bzw. der Begriff des „spezifischen Gegenstand der Immaterialgüterrechte“ zur Abgrenzung verwendet.¹²³⁵ In diesem Rahmen hat der EuGH festgesetzt, dass der spezifische Gegenstand des Schutzrechts darin bestehe, „den Schutz der Persönlichkeitsrechte und der wirtschaftlichen Rechte ihrer Inhaber zu gewährleisten“,¹²³⁶ was auf wirtschaftlicher Ebene speziell das Interesse der Urheber an der Sicherstellung einer angemessenen Vergütung meint.¹²³⁷ Innerhalb der Schranken des Rechts lässt sich all dies ohne Weiteres begründen und die verwertungsgesellschaftlichen Vergütungsregelungen diesem Konzept der Vergütungs-

1233 *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, ³2014, § 33, Rz. 44 ff.

1234 Siehe hierzu *Teil 1, Kapitel 1, A.* sowie *Teil 3, Kapitel 1, C, I, 1.*

1235 Ausführlich in diesem Kapitel zuvor. Teilweise wird diese Unterscheidung auch erst auf Ebene der Erforderlichkeit vorgenommen (so bspw. bei EuGH in C-403/08 und C-429/08, ECLI:EU:C:2011:631 – *FAPL und Murphy*, Rz. 106 ff.).

1236 EuGH, C-92/92, ECLI:EU:C:1993:847 – *Collins*, Rz. 20.

1237 Ähnlich auch der EuGH in C-403/08 und C-429/08, ECLI:EU:C:2011:631 – *FAPL und Murphy*, Rz. 107 f., wobei es dort um die Frage einer Rechteinhaberseitigen Marktabschottung ging, bei der der EuGH insbesondere festgehalten hat, dass „der spezifische Gegenstand des geistigen Eigentums den betreffenden Rechteinhabern nicht garantiert, dass sie die höchstmögliche Vergütung verlangen können.“ Nach Maßgabe dieses spezifischen Gegenstands werde ihnen nämlich nur eine angemessene Vergütung für jede Nutzung der Schutzgegenstände gesichert. Die nationale Tarifkontrolle betrifft den umgekehrten Fall, dass Rechteinhaber (über Verwertungsgesellschaften) keinen Einheitstarif im Binnenmarkt anwenden können, sondern eine nationale Angemessenheitskontrolle vorgenommen wird. Siehe zur Thematik auch, *Engels*, Die Vereinbarkeit der territorialen Aufspaltung von Verwertungsrechten mit den europäischen Binnenmarktregeln, 2016.

cherung zuordnen. Bei der Wahrnehmung des Ausschließlichkeitsrechts ist dies hingegen weniger naheliegend, auch wenn die VG-RL die „angemessene Vergütung der Rechteinhaber“ in Art. 16 Abs. 2 UAbs. 2 betont.

Ihrem Wesen nach geht es in der Tarifikontrolle nicht um das Phänomen (auch) Vergütungssicherung, sondern um eine kartellrechtliche Ausübungskontrolle der verwertungsgesellschaftlichen Machtposition.¹²³⁸ Dies zeigt sich schon allein daran, dass sie vor Einsetzen der Harmonisierung auf europäischer Ebene unmittelbar kartellrechtlich beurteilt wurden.¹²³⁹ Dabei kann durchaus auch eine urheberrechtliche Konstruktion eine Rolle spielen, die hinsichtlich dieser konkreten Frage aber weniger im Vergütungssicherungskonzept als im Werkzugangskonzept zu sehen ist. Insgesamt klingt das Gesamtkonstrukt der Lizenzzugangskontrolle hier eher nach *Ausübungskontrolle* und nicht nach *Bestandssicherung* des Urheberrechts, ohne dass mit diesem Begriffspaar eine klare Abgrenzung möglich wäre.

ii. Andere legitime Zwecke

Die legitimen zwingenden Allgemeininteressen sind primärrechtlich weder definiert noch begrenzt.¹²⁴⁰ Es haben sich in der Kommentarliteratur jedoch typisierte Kataloge entwickelt, die auf die umfangreiche Rechtsprechung des EuGH zu diesem Thema zurückgehen. Das Wettbewerbsrecht oder spezifisch kartellrechtliche Überlegungen sind darin nicht enthal-

1238 *Mestmäcker/Schweitzer* sehen im Wahrnehmungs- und Abschlusszwang (nach altem Recht) einen wichtigen Anwendungsfall von Art. 3 Abs. 3 VO 1/03, also von mitgliedstaatlichen Bestimmungen, die überwiegend wettbewerbsfremde Ziele verfolgen. Dies mag auf die vielen Besonderheiten des Wahrnehmungsrechts zurückzuführen sein, tatsächlich ist die Regulierung in diesem Bereich zwar sektorspezifisch, sie ist aber wettbewerbsrechtlich geprägt, was sich in der unmittelbaren Anwendung von Art. 102 AEUV durch den EuGH auf eben jene Fragen bestätigt. Im Übrigen führt Abs. 3 gleichermaßen dazu, dass das Regulierungsrecht nicht durch EU Wettbewerbsrecht „verdrängt“ wird und steht der hier zu begründenden Aussage (wonach nationale Tarifstandards sich auch im Binnenmarkt durchsetzen sollen) daher nicht im Wege. Zum Vorrang des sektoralen Rechts der Mitgliedstaaten auch *Zuber*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampf u.a. (Hrsg.), *Kartellrecht*, 42020, Art. 3 VerfVO, Rn. 18.

1239 EuGH, C-177/16, ECLI:EU:C:2017:689 – *AKKA/LAA*, Rz. 41, 42; EuGH, C-395/87, ECLI:EU:C:1989:319 – *Tournier*, Rz. 19 (wortgl. EuGH, verb. Rs. 110/88, 241/88 u. 242/88 – *Lucazeau*, Rz. 13); EuGH, C-52/07, ECLI:EU:C:2008:703 – *Kanal 5/STIM* u. EuGH, C-351/12, ECLI:EU:C:2014:110 – *OSA*, Rz. 87.

1240 *Müller-Graff*, in: Streinz/Michl/Bings u.a. (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 32018, Art. 56 AEUV, Rn. 106.

ten.¹²⁴¹ Einigkeit besteht aber darüber, dass die zwingenden Erfordernisse des Allgemeininteresses keinen wirtschaftlichen oder wirtschaftspolitischen Charakter haben dürfen.¹²⁴² Wettbewerbsrecht, das zum Gegenstand der Beurteilung durch den EuGH im Zusammenhang mit der Beschränkung von Grundfreiheiten wurde, findet sich vor allem im Lauterkeitsrecht mit seinen lauterkeitsrechtstypischen Schutzgründen, wie dem Verbraucherschutz und „der Lauterkeit des Handelsverkehrs“.¹²⁴³ Dies ist hier jedoch nicht gemeint. Vielmehr geht es um Lizenzzugangssicherung – die ihrerseits eine verbraucherschützende Dimension aufweist – und um Schutz vor Diskriminierung im Wettbewerb, was genau in dieser Form auch in Art. 102 Abs. 2 lit. a) und c) AEUV angelegt ist.

Zum Verhältnis zwischen Kartellrecht und Grundfreiheiten bzw. speziell zur Frage, ob das Kartellrecht – mithin seine Ziele, wie Schutz des Wettbewerbs, Offenhaltung der Märkte, Effizienzsteigerung etc. – ein legitimes Allgemeinwohlinteresse zur Rechtfertigung von Einschränkungen der Grundfreiheiten darstellen kann, finden sich keine Aussagen.¹²⁴⁴ Dies ist wenig überraschend, denn Grundfreiheiten und europäisches Wettbewerbsrecht ergänzen sich in ihrer Konzeption und nehmen gemeinsam eine Integrationsfunktion wahr.¹²⁴⁵ Eine solche Ambivalenz ist daher keinesfalls ungewöhnlich, sondern für die Prüfung von Art. 56 Abs. 1 AEUV sogar prägend.

1241 Bspw. *Holoubek*, in: Schwarze/Becker/Hatje u.a. (Hrsg.), EU-Kommentar, ⁴2019, Art. 56, 57 AEUV, Rn. 113 ff.; *Müller-Graff*, in: Streinz/Michl/Bings u.a. (Hrsg.), EUV/AEUV, ³2018, Art. 56 AEUV, Rn. 107.

1242 *Müller-Graff*, in: Streinz/Michl/Bings u.a. (Hrsg.), EUV/AEUV, ³2018, Art. 56, Rn. 106 m.w.N.

1243 Siehe nur *Holoubek*, in: Schwarze/Becker/Hatje u.a. (Hrsg.), EU-Kommentar, ⁴2019, Art. 56, 57 AEUV, Rn. 113 ff. und *Müller-Graff*, in: Streinz/Michl/Bings u.a. (Hrsg.), EUV/AEUV, ³2018, Art. 56 AEUV, Rn. 107. Zum Lauterkeitsrecht als einschränkendes Ziel und zur Beschränkung des Wettbewerbs als gerade ausgeschlossener Zweck der Einschränkung der Grundfreiheiten *Becker*, in: Schwarze/Becker/Hatje u.a. (Hrsg.), EU-Kommentar, ⁴2019, Art. 36 AEUV, Rn. 52 und 59.

1244 Grundsätzlich sind die zwingenden Erfordernisse des Allgemeinwohls für alle Grundfreiheiten einheitlich zu bestimmen. Anerkannt sind eher generelle Allgemeinwohlinteressen, wie der Verbraucherschutz oder die Lauterkeit des Handelsverkehrs. Außerdem spezielle Allgemeinwohlerfordernisse, wie der Arbeitnehmer-, Gläubiger-, Versicherungsnehmer- und Anlegerschutz (hierzu *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, 224 ff.). Dahinter mag man ein allgemeines Ziel des Schutzes des Schwächeren erkennen, welches vielfache Ausprägungen im regulatorischen Privatrecht hat und genauso im Wettbewerbsrecht angelegt ist.

1245 Zur Ergänzung der grundfreiheitlichen Marktzugangskriterien um wirtschaftliche Betrachtungen, wie sie seit jeher im Kartellrecht angewendet werden *Dietz/Streinz*, EuR 50 (2015), 50, 59 ff.

Mit unterschiedlichen Mitteln und auf unterschiedliche Akteure gerichtet, dienen beide auch der Marktintegration,¹²⁴⁶ sodass ein Zielkonflikt, aufgrund dessen die Anwendung des Wettbewerbsrechts gegenüber den Grundfreiheiten gerechtfertigt werden müsste, in der Regel ausgeschlossen sein dürfte.¹²⁴⁷ Festhalten lässt sich jedoch, dass die Wettbewerbspolitik und die Anwendung und Durchsetzung europäischen Wettbewerbsrechts ein überragendes und anerkanntes Unionsinteresse darstellt und sich damit nicht von anderen anerkannten Allgemeininteressen unterscheidet.

Weitere anerkannte legitime Interessen, denen die Anwendung von nationalen Vorschriften des Lizenzzugangs gegenüber Verwertungsgesellschaften dient, liegen in der Kulturpolitik bzw. dem Schutz kultureller Vielfalt, welche grundsätzlich weit verstanden werden können.¹²⁴⁸ Denn die Lizenzzugangssicherung dient auch dazu, ein reichhaltiges Kulturangebot abzusichern (siehe beispielsweise Erwägungsgrund 3 VG-RL) und den Bürgern (Verbrauchern) Zugang zu kulturellen Inhalten zu angemessenen Bedingungen zu ermöglichen. Letzteres lässt sich auch dem Verbraucherschutz zuordnen, der ebenfalls als zwingendes Allgemeininteresse anerkannt ist.¹²⁴⁹

1246 Müller-Graff, in: Hatje/Müller-Graff/Braun (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht, 2014, S. 477, § 9, Rn. 66 und 99. Zu den Grenzen der Marktintegration aufgrund der Gefahr einer Nivellierung des wirtschaftlichen Ordnungsrahmens sowie zum unionalen Kompetenzgefüge Dietz/Strein, EuR 80 (2015), 50, 59.

1247 Zielkonflikte können z.B. dann entstehen, wenn die Anwendung der Grundfreiheiten zu Wettbewerbsverzerrungen führt oder wenn man die Grundfreiheiten als unmittelbar drittwirkende Verbote gegen private Marktteilnehmer wendet und sie so in eine funktionale Konkurrenz zu den Wettbewerbsregeln treten lässt (so Körber, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, S. 112 f. und dann ausführlich S. 745 ff.).

1248 Müller-Graff, in: Streinz/Michl/Bings u.a. (Hrsg.), EUV/AEUV, ³2018, Art. 56 AEUV, Rn. 107 Und EuGH, C-134/10, ECLI:EU:C:2011:117 – *Kommission/Belgien*, Rz. 44.

1249 M.w.N. Holoubek, in: Schwarze/Becker/Hatje u.a. (Hrsg.), EU-Kommentar, ⁴2019, AEUV, Art. 56, 57, Rn. 114 Die Ziele des Verbraucherschutzes und der kulturellen Vielfalt sowie des Erhalts des kulturellen Erbes werden vom EuGH sehr großzügig interpretiert. So hat er jüngst bspw. Ober- und Untergrenzen für Architektenhonorare diesen Zielen zugeordnet (EuGH, C-377/17, EU:C:2019:562 – *Kommission/Deutschland*, Rz. 70, 71)

(b) Verhältnismäßigkeit

Die Durchsetzung nationaler Tarifstandards gegenüber ausländischen (EU/EWR-)Verwertungsgesellschaften muss jedoch zur Verwirklichung der genannten Ziele des Allgemeininteresses geeignet und erforderlich sein. Grundsätzlich stellen Tarifregelungen ein geeignetes Mittel zur Sicherstellung des Zugangs zu angemessenen Bedingungen dar, der im Interesse des Verbraucherschutzes und des Schutzes kultureller Vielfalt erfolgt.¹²⁵⁰ Genauso eignen sich Tarifregelung zur Gewährleistung von Wettbewerbsgleichheit auf nachgelagerten Märkten.

Problematischer vor dem Hintergrund der VG-RL erscheint vielmehr die Erforderlichkeit der Durchsetzung nationaler Tarifstandards gegenüber ausländischen Verwertungsgesellschaften im Binnenmarkt. Denn die Richtlinie formuliert insbesondere in Art. 16 Abs. 2 (UAbs. 2) bereits Standards des Lizenzzugangs, die eine hinreichende Absicherung der Interessen des Verbraucherschutzes, der Sicherung kultureller Vielfalt und des Wettbewerbsschutzes insbesondere auf nachgelagerten Märkten gewährleisten könnten. Doch lassen sich die Kernaussagen zum Diskriminierungsverbot der VG-RL in Art. 16 Abs. 2 im Lizenzverhältnis gerade umgekehrt, zur Begründung eines schutz-/ bzw. nutzungslandbezogenen Ansatzes heranziehen. Hier wurde insbesondere die EuGH-Rechtsprechung zur Lizenzkontrolle der Verwertungsgesellschaften analysiert und dabei deutlich, dass der EuGH staatliche bzw. regionale Besonderheiten durchaus berücksichtigt.¹²⁵¹ Das Diskriminierungsverbot der Richtlinie erzwingt daher gerade nicht eine Gleichbehandlung der räumlichen Märkte, sondern eine Gleichbehandlung der Akteure innerhalb eines Marktes, der in kartellrechtlicher Tradition sachlich, räumlich und zeitlich zu bestimmen ist. Hierauf läuft die gesamte vergangene Rechtsprechung des EuGH zur Lizenzzugangskontrolle nach Art. 102 AEUV hinaus¹²⁵² und es ist nicht ersichtlich, dass die VG-RL von diesem Prinzip im Bereich der Wahrnehmung der Ausschließ-

1250 In diesem Zusammenhang zur Geeignetheit von Mindest- und Höchstgrenzen für Honorare von Architekten und Ingenieuren zum Verbraucherschutz und dem Schutz des kulturellen (Bau-)Erbes EuGH, C-377/17, EU:C:2019:562 – *Kommission/Deutschland*, Rz. 74 ff.

1251 Rechtsvergleichend zur verfahrens- und materiell-rechtlichen Ausgestaltung der Tarifkontrolle in Zentral- und Osteuropa *Vučković*, IIC 2016, 28 ff.

1252 Siehe vor allem folgende Entscheidungen: EuGH, C-177/16, ECLI:EU:C:2017:689 – *AKKA/LAA*, Rz. 41, 42; EuGH, C-395/87, ECLI:EU:C:1989:319 – *Tournier*, Rz. 19 und EuGH, verb. Rs. 110/88, 241/88 und 242/88, ECLI:EU:C:1989:326 – *Lucaze-*

lichkeitsrechte generell abweichen wollte. Im Gegenteil, eine gesetzliche, sektorspezifische Absicherung der Rechtsprechung des EuGH ist deutlich naheliegender.¹²⁵³ Diese differenzierende Betrachtung der Märkte wird dem Wesen des Urheberrechts deutlich gerechter und so kommt die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit innerhalb eines räumlichen Marktes – bei aller Künstlichkeit der Preiskontrolle und Preissetzung – einem marktwirtschaftlichen Ergebnis näher, als die mindestens ebenso künstliche zentrale Preissetzung und Preiskontrolle nach dem Sitzlandprinzip.

Auswirkungsgedanken können sich der Erforderlichkeit zuordnen lassen. Um den Schutz des Wettbewerbs, den Schutz des Zugangs, die Funktionsfähigkeit nachgelagerter Märkte, um schließlich den Zugang zu angemessenen Bedingungen sicherzustellen, ist eine auswirkungsbezogene Betrachtung, welche die Besonderheiten des Markorts in den Blick nimmt, nicht ersetzbar. Ein Herkunftslandrecht bzw. ein Herkunftslandstandard kann sich nämlich gerade im Hinblick auf die Preisfindung in einem Bereich, der der „natürlichen Preisfindung im Wettbewerb“ entzogen ist und damit ohnehin künstlich ist, schnell als sachfremd erweisen. Soweit sich der EuGH im Verfahren um die Auswertung der Senderechte zur Ausstrahlung der Premier League Spiele für eine einheitliche Preissetzung (bzw. gegen eine Marktabstottung durch ein nationales Einfuhr- und Verkaufsverbot ausländischer Dekodiervorrichtungen) aussprach, ist dies auf mehrere Besonderheiten zurückzuführen.¹²⁵⁴ Erstens ging es um eine nationale Regelung, die es den Inhabern von Urheberrechten (bzw. den Sportveranstaltern bei der Auswertung von Sportereignissen, unabhängig ob die Aufnahmen urheberrechtlich geschützt sind) ermöglichen sollte nicht nur eine angemessene Vergütung zu erzielen, sondern einen Preisaufschlag für die Gewährleistung einer absoluten gebietsabhängigen Exklusivität zu erwirken, die ihrerseits geeignet war, zu künstlichen Preisunterschieden zwischen den abgeschotteten Märkten zu führen.¹²⁵⁵ Die nationale Tarifkontrolle bezweckt jedoch das Gegenteil, die Verhinderung einer überhö-

au, Rz. 13; EuGH, C-52/07, ECLI:EU:C:2008:703 – *Kanal 5/STIM* und EuGH, C-351/12, ECLI:EU:C:2014:110 – *OSA*, Rz. 87.

1253 Zum damaligen Richtlinienvorschlag auch *Quintais*, EIPR 35 (2) (2013), 65, 66, der ebenfalls darauf hinweist, dass die Regulierung im Hinblick auf Lizenzfragen im Kern eine Statuierung der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung des EuGH bedeutet.

1254 EuGH, C-403/08 und C-429/08, ECLI:EU:C:2011:631 – *FAPL und Murphy*.

1255 Rz. 115.

ten Bepreisung auf nationalen Märkten, wobei etwaige Preisunterschiede, die entstehen können, nicht künstlich sind (oder sein sollten), sondern auf Grund unterschiedlicher Vermögensverhältnisse innerhalb der EU einer natürlichen Tariffindung näher kommen als ein europaweiter Einheitstarif. Zweitens erfolgte die Preisfindung in *FAPL/Murphy* marktmäßig durch Versteigerung der Lizenzen, womit eher noch ein angemessener Betrag für die EU-weite Verbreitung hätte gefunden werden können.¹²⁵⁶ Die Tarifkontrolle bei Verwertungsgesellschaften hingegen nimmt zwar insbesondere den wirtschaftlichen Wert der Leistung in den Blick,¹²⁵⁷ ihr liegt aber insgesamt ein künstliches, weil marktfernes Preissetzungsverfahren zugrunde. Drittens schließlich beruht die Entscheidung *FAPL/Murphy* maßgeblich auf den Besonderheiten des Sendelandprinzips der SatKab-RL,¹²⁵⁸ welches mit den Mitteln einer territorialen Fiktion die rechtliche Lokalisierung einer EU-weiten Satellitensendung, mithin die urheberrechtliche Nutzung, in einem Mitgliedstaat konzentriert und damit die Betroffenheit ausländischer Urheberrechte bereits auf Tatbestandsebene ausschließt.¹²⁵⁹ Die VG-RL lässt die Territorialität des Urheberrechts jedoch unberührt und verzichtet gerade auf Mechanismen, wie sie im Sendelandprinzip der SatKab-RL oder im Ursprungslandprinzip der SatKab-Online-RL¹²⁶⁰ eingesetzt werden.¹²⁶¹

Dies leitet direkt zu einer dritten und letzten Betrachtungsweise über, die sich auf den Schutz kultureller Vielfalt als legitimen Zweck bezieht. Die Verwertungsgesellschaftsrichtlinie hebt in den Erwägungsgründen 3 und 44 auch kulturelle Aufgaben der Verwertungsgesellschaften im Lizenzverhältnis hervor. § 39 Abs. 3 VGG setzt dies im deutschen Recht um, indem bei der Tarifgestaltung auf religiöse, kulturelle und soziale Belange der Nutzer angemessen Rücksicht zu nehmen ist. Gerade diese Belange beurteilen sich jedoch von Land zu Land verschieden und so mag die tarifrechtliche Begünstigung religiöser Gruppen in Deutschland angezeigt sein, dem Recht eines anderen Landes aber fremd erscheinen und dort

1256 Rz. 112.

1257 Siehe insbesondere EuGH, C-52/07, ECLI:EU:C:2008:703 – *Kanal 5/STIM*, Rz. 28 und 37 sowie Art. 16 Abs. 2 UAbs. 2 VG-RL.

1258 Richtlinie 93/83/EWG (ABl. L 248 vom 6.10.1993, S. 15–21).

1259 Dazu und zum Zusammenspiel mit der Entscheidung *FAPL/Murphy* ausführlich *Sutterer*, in: Hennemann/Sattler (Hrsg.), *Immaterialgüter und Digitalisierung*, 2017, S. 145 ff.

1260 RL 2019/790/EU, ABl. L 130 vom 17.5.2019, S. 92–125.

1261 Dazu sogleich vertiefend bei der Untersuchung der sogenannten Mehrgebietslizenzen.

gar einen Verstoß gegen staatliche Neutralitätspflichten darstellen. Auch darin wird deutlich, dass sich all jene Besonderheiten, welche auch die VG-RL hervorhebt, nur von Land zu Land und nach den dort geltenden Standards beurteilen lassen. Die Durchsetzung eines inländischen Tarifstandards gegenüber einer ausländischen EU bzw. EWR-Gesellschaft ist daher erforderlich, um den Wettbewerbsschutz auf nationalen Märkten sowie einen effektiven Verbraucherschutz und die Förderung der kulturellen Vielfalt in der Union zu gewährleisten.

(3) Ergebnis

Die Berücksichtigungspflicht nationaler Besonderheiten in Lizenzzugangsfragen stellt sich als eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit der Verwertungsgesellschaften im Binnenmarkt dar. Im Bereich des Ausschließlichkeitsrechts ist sie jedoch gerechtfertigt. Sie ist gerechtfertigt, weil räumliche Marktbesonderheiten auch auf Ebene des Kartellrechts – worin jene Regelungen maßgeblich wurzeln – anerkannt sind. Das Diskriminierungsverbot in Art. 16 Abs. 2 der VG-RL erinnert stark an die Rechtsprechung des EuGH zu diesen Fragen und scheint die dort entwickelten Grundsätze in gesetzliche Bahnen überführen zu wollen. Der EuGH hat jedoch selbst stets die Berücksichtigungsfähigkeit nationaler und regionaler Besonderheiten betont. Die dafür angeführten Argumente verlieren auch im harmonisierten europäischen System der kollektiven Rechtswahrnehmung nicht an Bedeutung. So beinhalten die Zugangsfragen vor allem eine kartellrechtliche Komponente, die ohnehin nur orts- und auswirkungsbezogen beurteilt werden kann. Die Durchsetzung eines inländischen Tarifstandards gegenüber einer ausländischen EU bzw. EWR-Gesellschaft ist daher erforderlich, um die unionsrechtlichen Ziele des Verbraucherschutzes, der kulturellen Vielfalt und des Wettbewerbsschutzes zu verwirklichen. Sie verstößt nicht gegen Art. 56 AEUV.

b) Sonderregelungen für die Zugangsansprüche bei der Vergabe multiterritorialer Online-Musikrechte?

Inzwischen haben sich verschiedene Initiativen zu Vergabe von Mehrgebietslizenzen für Online-Musikrechte entwickelt, einige sind dabei schon

länger auf dem Markt, andere schon wieder verschwunden – nach wie vor entwickeln sich neue Modelle.¹²⁶² Besondere Aufmerksamkeit zieht wohl das Gemeinschaftsmodell ICE auf sich, welches aus der Zusammenarbeit von GEMA, PRS for Music und STIM entstanden ist. Die von ICE angebotenen Lizenzen sind stets gebietsübergreifend und dabei nicht notwendigerweise auf Europa beschränkt.¹²⁶³

Geht es nun um die parallele Anwendung verschiedener nationaler Regelungen auf „eine Mehrgebietslizenz“, so gilt hinsichtlich der Binnenmarktbeschränkung grundsätzlich nichts anderes als bei der Wahrnehmung der übrigen Ausschließlichkeitsrechte. Hier wie dort stellt die Kontrolle des Lizenzzugangs nach dem Recht des Bestimmungslands eine Einschränkung der Betätigungsfreiheit bzw. der Dienstleistungsfreiheit der Verwertungsgesellschaften dar. Im Bereich der Online-Rechte erscheint diese jedoch schwerwiegender, da der Online-Markt weitaus stärker auf grenzüberschreitende Dienstleistungen ausgerichtet ist.¹²⁶⁴ Auch hier dienen die

1262 Übersicht bei *Langhoff/Radloff/Schmidt u.a.*, in: Heker/Riesenhuber (Hrsg.), *Recht und Praxis der GEMA*, ³2018, Rn. 220 ff.; übersichtliche Darstellung der abhängigen Verwertungseinrichtungen auch bei *Kling*, *Gebietsübergreifende Vergabe von Online-Rechten an Musikwerken*, 2017, S. 144 ff. und zuletzt Europäische Kommission, *Study on emerging issues on collective licensing practices in the digital environment: final report*, S. 34 ff.

1263 *Langhoff/Radloff/Schmidt u.a.*, in: Heker/Riesenhuber (Hrsg.), *Recht und Praxis der GEMA*, ³2018, Rn. 220 und 245. In der Literatur wird zwar die Ausrichtung der Tätigkeit von ICE behandelt (und die Ausführungen nehmen auch auf zahlreiche Rechtsgrundsätze Bezug), allerdings findet sich kein Verweis auf eine unmittelbare gesetzliche Bestimmung (So z.B. bei: *dies.*, in: Heker/Riesenhuber (Hrsg.), *Recht und Praxis der GEMA*, ³2018, Rn. 246-250 „Der rechtliche Rahmen lässt es nun zu, auf diese verschiedenen Geschäftsmodelle mit allen Besonderheiten bei der Lizenzierung noch flexibler einzugehen. Dennoch gelten die Grundsätze der umsatzorientierten Regelvergütung und der die Entwertung der Musik verhindernden Mindestvergütung auch hier.“ Oder „Insbesondere gilt auch im Bereich der multi-territorialen Lizenzierung der Grundsatz der Nicht-Diskriminierung. [...]“).

1264 Es ist vor diesem Hintergrund eigentlich verwunderlich, dass sich der Spezialbereich der Richtlinie auf die sogenannten Online-Rechte an Musikwerken beschränkt. Ausgeschlossen sind damit andere Werkarten, wie Bildwerke, Texte (Literatur), Videos etc. (*Schulze*, in: *Dreier/Schulze* (Hrsg.), *Urheberrechtsgesetz*, ⁶2018, VGG, § 59, Rn. 2) sowie andere Rechtekategorien, wie die Rechte der ausübenden Künstler nach §§ 73 ff. UrhG und die Rechte der Tonträgerhersteller nach §§ 85, 86 UrhG (*Gerlach*, in: *Wandtke/Bullinger* (Hrsg.), *Praxiskommentar Urheberrecht*, ⁶2022, VGG, Vor §§ 59 ff., Rn. 4). Auch hier zeigt sich jedoch ein tatsächlicher Bedarf an Mehrgebietslizenzen. Auf der Hand liegt das dort, wo andere Rechte oder Werkarten mit den erfassten Musikrechten verbunden sind, dies betrifft die ausübenden Künstler und Tonträgerhersteller, daneben aber auch

nationalen Bestimmungen und die Anwendung nationaler Standards aber wettbewerblichen und kulturellen Zielen. Die Frage, ob die unveränderte Anwendung der Bestimmungslandstandards gegenüber Verwertungsgesellschaften mit Sitz in einem anderen Binnenmarktstaat zulässig ist, ist daher eine Frage der Rechtfertigung. Dabei sind einige Besonderheiten zu beachten: Erstens spricht das Marktbedürfnis nach grenzüberschreitenden Lizenzen im Onlinebereich für regulatorische Vereinfachungen wie sie das Sitzlandprinzip bewirken kann. Zweitens geht die Richtlinie bereits ihrem Namen nach und sodann in Titel III auf diesen Bereich gesondert ein. Die besondere Regelungstiefe der Richtlinie könnte die Anwendung nationaler Standards entbehrlich machen und damit einer Rechtfertigung entgegenstehen. Drittens ist nach dem Wesen der Mehrgebietslizenz im Online-Bereich zu fragen. Bevor es also darum gehen kann, inwieweit das Sitzlandprinzip der Richtlinie oder das Herkunftslandprinzip der Dienstleistungsfreiheit die Lizenzzugangskontrolle nach dem Bestimmungslandrecht beeinflussen, ist zu klären, was eine solche Mehrgebietslizenz rechtlich überhaupt ist.

(1) Das Wesen der Mehrgebietslizenzen

Nach Art. 3 lit. m) der VG-RL und im deutschen Recht nach § 59 Abs. 3 VGG ist eine „Mehrgebietslizenz“ eine Lizenz, die sich auf das Hoheitsgebiet von mehr als einem Mitgliedstaat erstreckt. Diese Definition mag wenig aufschlussreich erscheinen, doch lässt sie aufgrund der ausdrücklichen Inbezugnahme der Hoheitsgebiete der Mitgliedstaaten auf ein Festhalten an der Territorialität des Urheberrechts schließen. Darin zeigt sich zugleich, dass die Konstruktion der Mehrgebietslizenz keinen grundsätzlichen Sys-

die Liedtexte. Sind letztere mit dem Musikwerk direkt verbunden, so lassen sie sich wohl zum Bereich der „Online-Rechte an Musikwerken“ zählen, problematisch wird das aber beispielsweise bei gesonderter Anzeige der Liedtexte als Begleitservice, wie er inzwischen von vielen Musik-Diensteanbieter bereitgestellt wird. Schließlich entwickeln sich etwa für Hörbücher grenzüberschreitende Online-Märkte, teilweise werden diese auch bei den Musikdiensten integriert. Der Regelungsbereich der Richtlinie erweist sich also in vielerlei Hinsicht als unvollständig.

temwechsel aus dem Urheberrecht heraus bewirkt – auch wenn der Richtlinientitel einen solchen Systemwechsel suggeriert.¹²⁶⁵

Das Urheberrecht beruht auf dem Territorialitätsprinzip.¹²⁶⁶ Praktisches Resultat des Territorialitätsprinzips ist die Entstehung eines Bündels national begrenzter Urheberrechte und insoweit eine kollisionsrechtliche Mosaikbetrachtung anstelle eines einheitlichen Welturheberrechts in der Hand eines Schöpfers.¹²⁶⁷ Entsprechend der für das Senderecht im Satellitenrundfunk entwickelten Bogsch-Theorie gilt auch für Internetsachverhalte, dass ein Eingriff in das Verwertungsrecht des § 19a UrhG grundsätzlich kumulativ im Staat der tatbestandlichen Handlung¹²⁶⁸ und in jedem Staat erfolgt, in dem das Werk empfangen oder abgerufen werden kann.¹²⁶⁹ Will ein Online-Diensteanbieter Werke nun europaweit zugänglich machen, muss er nicht nur die Rechte für den Staat erwerben, von dem aus er die Zugänglichmachung initiiert, sondern darüber hinaus die Rechte für all jene Staaten, von denen aus die Abrufbarkeit bestehen soll.¹²⁷⁰ Für einen paneu-

1265 So kann sich die Mehrgebietslizenzierung der Verwertungsgesellschaften ohne Weiteres auch auf Gebiete außerhalb der EU erstrecken. Dies ist von der Definition in Art. 3 lit. m) der Richtlinie nicht gedeckt und das anwendbare Recht wäre nach den entwickelten Grundsätzen im Lizenzverhältnis vor allem das Markortrecht. Die Mehrgebietslizenzen von ICE umfassen beispielsweise auch Gebiete außerhalb der EU und des EWR. Auch hierin zeigt sich, dass die Verwertungsgesellschaftsrichtlinie zwar Anstoß für die Europäisierung und Internationalisierung der Verwertungsgesellschaften war, nicht jedoch deren Voraussetzung. Dies bestätigt sich in einer jüngeren Studie der EU-Kommission wonach einige befragte Verwertungsgesellschaften zwar äußerten, dass Titel III der VG-RL zwar einen positiven Einfluss auf die Vergabe von Mehrgebietslizenzen im EWR hatte, nicht jedoch deren Voraussetzung war. Eher habe die Richtlinie die bereits zuvor bestehenden Freiheiten bei der Mehrgebietslizenzvergabe bestätigt (Europäische Kommission, Study on emerging issues on collective licensing practices in the digital environment: final report, S. 66). Gleichwohl werden die grenzüberschreitenden Onlinelizenzen für den Musikbereich bereits im Titel der Richtlinie genannt und ihnen ist auch Titel III innerhalb der Richtlinie gewidmet.

1266 EuGH, C-192/04 – *Lagardère*, Rn. 46; *Grünberger*, in: Hüßtege/Mansel (Hrsg.), Rom-Verordnungen, ³2019, Art. 8 Rom II, Rn. 3; *Dreier*, in: Dreier/Schulze (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, ⁶2018, Vor. §§ 120 ff. Rn. 28; *Drexel*, in: von Hein (Hrsg.), MüKo IPR II, ⁸2021, Rom II-VO Art. 8 Rn. 7.

1267 *Drexel*, in: von Hein (Hrsg.), MüKo IPR II, ⁸2021, Rom II-VO Art. 8 Rn. 7, 9.

1268 Gemeint ist dabei der tatsächliche Handlungsort, wobei es auf den Serverstandort nicht ankommt. *Dreier*, in: Dreier/Schulze (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, ⁶2018, Vor. §§ 120 ff. Rn. 41; *Drexel*, in: von Hein (Hrsg.), MüKo IPR II, ⁸2021, Rom II-VO Art. 8 Rn. 285.

1269 *Drexel*, in: von Hein (Hrsg.), MüKo IPR II, ⁸2021, Rom II-VO Art. 8 Rn. 287, 297 ff.

1270 *Stieper*, GRUR 2015, 1145, 1146.

ropäischen Dienst bedeutet das einen erheblichen Aufwand der Rechtklä- rung – es müssen Lizenzen für die Nutzung in allen 27 Mitgliedstaaten erworben werden bzw. eine Lizenz, die sich inhaltlich auf alle Mitgliedstaa- ten erstreckt.¹²⁷¹ Geht es um die Verletzung des Rechts, so ist gemäß Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO grundsätzlich ebenfalls für jedes territoriale Recht geson- dert zu prüfen, ob eine Nutzung erlaubt ist, insbesondere ob die Nutzung von einer Lizenz erfasst ist oder nicht. Diese Konzeption setzt sich bis in die verfahrensrechtlichen Fragen zur Zuständigkeit fort.¹²⁷² Zum Ausdruck kommt darin aber eine grundsätzlich vernünftige Überlegung, die in der Territorialität der Rechte wurzelt: Jedes nationale Recht hat einen eigenen wirtschaftlichen Wert und einen rechtlichen Gehalt, der selbstständig ver- letzt werden kann. Die Verletzung durch einen Eingriff in das deutsche Ver- wertungsrecht kann grundsätzlich nur durch eine inländische Verwertung erfolgen. Zugleich schmälert der Eingriff nur den wirtschaftlichen Wert des deutschen Urheberrechts.¹²⁷³ All dies ist auch in der territorialen Tarif- bzw.

1271 Hugenholtz, in: Franzosi/Pollicino/Campus (Hrsg.), *The digital single market copyright*, 2016, S. 51, S. 1; Hilty/Sutterer, in: Hilty/Moscon (Hrsg.), *Modernisation of the EU Copyright Rules - Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition*, S. 113, 115. Auf der anderen Seite machen sich die Rechteinhaber die Territorialität des Urheberrechts bei der Vermarktung zunutze, um mit dem Versprechen territorialer Exklusivität eine höhere Vergütung zu erzie- len (Kommission, I.A. SWD(2016) 301 final (Fn. 3), Abschnitt 3.1.4. (15); siehe auch Plum-Studie, *The economic potential of cross-border pay-to-view and listen audiovisual media services*, 2012, S. 2 (online abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/media/docs/elecpay/plum_tns_final_en.pdf) Dies war auch Gegenstand der *Premiere League* Entscheidung (EuGH, C-403/08 und C-429/08, ECLI:EU:C:2011:631 – *FAPL und Murphy*, Rz. 108 ff.).

1272 Ausgehend von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 63 u. Art. 7 Nr. 2 EuGVVO kann der Klä- ger – die problematische Unterscheidung von Handlungs- und Erfolgsort außer Acht gelassen (hierzu EuGH, C-523/10, EU:C:2012:220 – *Wintersteiger*; EuGH, C-170/12, EU:C:2013:635 – *Pinckney*; Metzger, in: Leible/Ohly (Hrsg.), *Intellectual property and private international law*, 2009, S. 251 ff.; Grünberger, IPRax 2015, 57, 58; Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, ⁸2021, Rn. 361 ff.) – zwischen drei potentiellen Gerichtständen wählen. Ist kein ausschließlicher Gerichtsstand gegeben, steht ihm stets der allgemeine am Sitz des Beklagten offen. Dort und – zumindest nach h.M. – am Handlungsort haben die Gerichte umfassende Kognitionsbefugnis (u.a. Grünberger, in: Hüßtege/Mansel (Hrsg.), *Rom-Verordnungen*, ³2019, Art. 8 Rom II-VO, Rn. 74 ff.).

1273 BGH, v. 16.6.1994 – I ZR 24/92 – *Folgerecht bei Auslandsbezug* (BGHZ 126, 252–260); Drexel, in: von Hein (Hrsg.), *MüKo IPR II*, ⁸2021, Rom II-VO Art. 8 Rn. 274 ff. und 285; Sutterer, ZUM-RD 2017, 301, 304, 306.

Lizenzzugangskontrolle angelegt, und zwar selbst dort, wo diese über das europäische Kartellrecht erfolgte.¹²⁷⁴

An dieser grundsätzlichen Konzeption ändert auch die VG-RL nichts, im Gegenteil, sie billigt die territoriale Aufspaltbarkeit sogar ausdrücklich, indem sie die „Eingebietslizenz“ zur Norm erklärt und die „Mehrgebietslizenz“ zur förderungswürdigen Ausnahme (siehe Erwägungsgründe 46 und 47, sowie Art. 31 der VG-RL).¹²⁷⁵ Dass die Mehrgebietslizenz sich urheberrechtlich trotz der besonderen Aufmerksamkeit, welche sie innerhalb der Richtlinie erfährt, als eine Bündellizenz darstellt, zeigt auch ein Umkehrschluss aus Erwägungsgrund 48 der VG-RL. Demnach soll es Ausnahmevorschriften unter anderem für den Online-Zugang zu Hörfunk- und Fernsehprogrammen geben. Ausnahmeregelungen hierzu wurden vom europäischen Gesetzgeber auch konkret angegangen, jedoch nicht in der VG-RL, sondern in einem nachfolgenden gesonderten Rechtsakt, der sich den Mechanismus der SatKab-RL zu eigen machte und das dortige Sendelandprinzip auf eben jene ergänzenden Online-Dienste erstrecken wollte.¹²⁷⁶

Die territoriale Aufspaltung der Rechtevergabe wurde nicht erst im Rahmen der Europäisierung des Verwertungsgesellschaftsrechts als Problem erkannt. Sie wurde bereits zuvor mit speziellen urheberrechtlichen Reformen (wenn auch eher kleinteilig) und mit den Mitteln des Kartellrechts angegangen. Zu diesen besonderen Rechtsakten gehören die SatKab-RL, die angesprochene Richtlinie (EU) 2019/789 und in gewisser Hinsicht die Portabilitätsverordnung (VO (EU) 2017/1128), nicht jedoch die VG-RL. All jene Richtlinien arbeiten mit dem Mechanismus des „Sende-“ oder „Ursprungslandprinzips“, welches territoriale Probleme bei der Lizenzierung des Urheberrechts dadurch umgeht, dass es eine Nutzungsfiktion einführt, die sich auf nur ein Land bezieht. So gilt am Beispiel der Satellitensendung

1274 Mit weiteren Nennungen *Sutterer*, in: Hennemann/Sattler (Hrsg.), *Immaterialgüter und Digitalisierung*, 2017, S. 145, 149 ff. Siehe außerdem die Ausführungen zu den Tarifen im Bereich des Ausschließlichkeitsrechts zuvor.

1275 *Kling*, *Gebietsübergreifende Vergabe von Online-Rechten an Musikwerken*, 2017, S. 126.

1276 Siehe dazu ausführlich: *Sutterer*, in: Hennemann/Sattler (Hrsg.), *Immaterialgüter und Digitalisierung*, 2017, S. 145 ff.; *Sutterer*, *ZUM-RD* 2017, 301 ff.; *Hilty/Sutterer*, in: *Hilty/Moscon* (Hrsg.), *Modernisation of the EU Copyright Rules - Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition*, S. 113 ff. Der Entwurf hat schließlich zum Erlass der Richtlinie (EU) 2019/789 geführt, in dieser wurde der Anwendungsbereich des Ursprungslandprinzips allerdings stark eingeschränkt.

gen nach Art. 1 Abs. 2 lit. b der RL 93/83/EWG etwa die Fiktion, dass „die öffentliche Wiedergabe über Satellit [...] nur in dem Mitgliedstaat statt [-findet], in dem die programmtragenden Signale unter der Kontrolle des Sendunternehmens und auf dessen Verantwortung in eine ununterbrochene Kommunikationskette eingegeben werden, die zum Satelliten und zurück zur Erde führt.“

Auf diesem Weg lässt sich weiterhin an einem digitalen Binnenmarkt für Europa arbeiten, der urheberrechtliche Friktionen auf pragmatische Weise beseitigt. Die VG-RL geht hingegen einen anderen Weg, der auf Repertoireakkumulation und einheitliche Leistungsstandards setzt (dazu sogleich). Damit können Spannungen abgebaut und drohende Widersprüche vermieden werden, die etwa durch das Ursprungslandprinzip, wie es in der SatKab-RL angewandt wurde, entstehen.¹²⁷⁷ Die VG-RL selbst ist für die Überwindung der urheberrechtlichen Territorialität und der damit verwandten Fragen allerdings ungeeignet.

(2) Die Regulierungsmechanismen zur Förderung der Mehrgebietslizenzen

Einerseits ist das Sitzlandprinzip für den Bereich der Mehrgebietslizenzen in Titel III der Richtlinie deutlicher ausgeprägt als in den übrigen Teilen der Richtlinie. So stellt Art. 23 VG-RL klar, dass jene Mitgliedstaaten die Aufgabe der Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen haben, in denen die betreffende Verwertungsgesellschaft ansässig ist; zugleich sieht die Richtlinie für diesen Bereich eine Vollharmonisierung vor.¹²⁷⁸ Anderer-

1277 So ist beispielsweise nicht klar, inwieweit die territoriale Fiktion der StaKab-RL oder der Richtlinie (EU) 2019/789 Einfluss auf die gerichtliche Zuständigkeit oder auf die Vergütung bei gespaltener Rechteinhaberschaft nehmen (dazu *Suttermeyer*, in: Hennemann/Sattler (Hrsg.), *Immaterialgüter und Digitalisierung*, 2017, S. 145 ff. und *ders.*, *ZUM-RD* 2017, 301 ff.). Auch nicht abschließend geklärt ist die Frage, ob das Ursprungslandprinzip die kartellrechtliche Kontrolle am Marktort „aushebeln“ kann. Urheberrechtsdogmatisch ließe sich dies begründen, denn rechtlich betroffen ist allein das Urheberrecht eines Staates – des Sendestaates. Das kartellrechtliche Auswirkungsprinzip mag jedoch anders – nämlich marktmäßig – zu verstehen sein; marktmäßige Auswirkungen im Empfangsstaat bleiben auch bei einer urheberrechtlichen Konzentration im Sendeland bestehen (angedacht auch bei *Ullrich*, *Urheberrecht und Satellitenrundfunk*, 2009, S. 570 ff.).

1278 Erwägungsgrund 9 der Richtlinie bestätigt diesen Ansatz, da die Befugnis der Mitgliedstaaten zur Festlegung strengere Vorschriften grds. nur für die Regelungsmaterie des Titels II gilt.

seits liegt der Schwerpunkt der Regulierung in Titel III aber gar nicht auf dem Lizenzverhältnis der Verwertungsgesellschaften – zumindest sofern man die besonderen Bestimmungen zu Transparenz und Werkinformation außer Acht lässt.¹²⁷⁹

Die besonderen Vorschriften zur Vergabe von Mehrgebietslizenzen an Online-Rechten für Musikwerke konzentrieren sich vor allem auf eine Ausgestaltung des Innenverhältnisses der Verwertungsgesellschaften zu den Rechteinhabern sowie auf eine Ausgestaltung des Verhältnisses der Verwertungsgesellschaften untereinander. Es mag überraschend erscheinen, doch wie soeben dargestellt, verändert die Richtlinie wesentliche urheberrechtliche Fragen, die zu einer territorialen Zersplitterung der Repertoires führen, auf Lizenzebene gerade nicht. Der Ansatz ist ein anderer: zum einen werden generell besondere Leistungsanforderungen an die Verwertungsgesellschaften im Innen-¹²⁸⁰ und Außenverhältnis¹²⁸¹ gestellt. Zum anderen werden den Rechteinhabern und Verwertungsgesellschaften, die selbst keine Mehrgebietslizenzen vergeben, zusätzliche Rechte eingeräumt, die eine Repertoirebündelung bei einigen wenigen Verwertungsgesellschaften forcieren sollen. Repräsentationsvereinbarungen zum Zwecke der Mehrgebietslizenzierung werden gefördert (ErwG 44 und Art. 29 Abs. 1 VG-RL) und Rechteinhaber können ihren Verwertungsgesellschaften Repertoireteile vereinfacht entziehen, um diese bei einer anderen Verwertungsgesellschaft zur Mehrgebietslizenzierung einzubringen (Art. 31 VG-RL). Die damit verbundenen rechtlichen Fragen richten sich jedoch ohnehin kollisionsrechtlich nach dem Sitzlandrecht der betroffenen Verwertungsgesellschaft – hier drohen also keine Verstrickungen mit dem europäischen Sitzlandprinzip.¹²⁸²

Kernmechanismus der Verwertungsgesellschaftsrichtlinie zur Förderung der Mehrgebietslizenzen ist also die Stärkung des Wahlrechts der Rechteinhaber und eine damit verbundene oder erhoffte Repertoireakkumulation. Die einzige wesentliche Vorschrift zu den Bedingungen der Lizenzierung im Onlinebereich findet sich sodann gar nicht in Titel III der Richtlinie, sondern in Art. 16 Abs. 2 UAbs. 1 VG-RL. Denn dort wird das Diskriminierungsverbot bzw. die Bindungswirkung, die dem Gleichbehandlungsgrund-

1279 Sie werden nachfolgend gesondert behandelt.

1280 Z.B. die besonderen Anforderungen bei der Ausschüttung der Einnahmen an die Rechteinhaber nach Art. 28 VG-RL.

1281 Auch hier handelt es sich vor allem um Informationspflichten und Abrechnungsmodalitäten, die in dieser Arbeit gesondert behandelt werden.

1282 *Teil 3, Kapitel 1, E, II.*

satz entspringt, für Lizenzangebote für neuartige Online-Dienste, die seit weniger als drei Jahren der Öffentlichkeit in der Union zur Verfügung stehen, aufgehoben.¹²⁸³ Verwertungsgesellschaften sind in diesem Verhältnis – das sich nicht auf Musikrechte wie in Titel III beschränkt – also freier darin, neue Lizenzmodelle auszuprobieren. Der liberalisierende Ansatz für neuartige Online-Dienste hat mit den Online-Musikrechten also nicht viel gemeinsam. Die Liberalisierung erfasst sicher neue Angebote in diesem Bereich, sie bezieht aber zugleich Angebote mit ein, die von den Sonderbestimmungen des Titel III ausgeschlossen sind.¹²⁸⁴

(3) Praktische Auswirkungen auf die Rechtevergabe

Es bleibt die Frage, was eine Mehrgebietslizenz mit nationaler Tarifkontrolle sein soll und ob diese dem Gedanken der Förderung der Mehrstaatenlizenzen gerecht werden kann. Darauf lässt sich antworten: Es mag sich um eine Lizenz durch eine einzige Verwertungsgesellschaft handeln, die sich auf mehrere Staaten erstreckt und dort jeweils eine bestimmte Nutzung erlaubt; aus regulatorischer Sicht stellt sich die Mehrgebietslizenz aber als ein Lizenzbündel dar. Ähnlich wie im urheberrechtlichen Territorialitätsprinzip angelegt und wie es sich etwa bei Fragen der Verletzung des Urheberrechts und des Schadensersatzes aus der Verletzung des Urheberrechts zeigt, erfolgt die Lizenzzugangskontrolle nach dem jeweiligen nationalen Recht, für welches eine Lizenz beansprucht wird. Dies muss aber nicht gleichzeitig bedeuten, dass Verwertungsgesellschaften ihre Lizenzmodalitäten dem Recht aller Staaten gesondert anpassen müssen, denn gerade in der relevanten Kernfrage des Tarifs/Preises besteht durchaus Gestaltungsspielraum und es besteht eine gewisse Vermutung dahingehend, dass ein Tarif, der in Mitgliedstaat A angemessen ist, es auch in Mitgliedstaat B ist. Denn genauso wie zu vermuten ist, dass extrem ungleiche nationale Tarife missbräuchlich sind,¹²⁸⁵ ist umgekehrt zu vermuten, dass ein Tarif, der in einem Land nicht missbräuchlich ist, es auch in einem anderen Land nicht

1283 So auch umgesetzt in § 34 Abs. 2 VGG.

1284 Dazu gehören Dienste unabhängig von den Werkarten und Rechtekategorien, auf die sie sich beziehen. Videodienste, Dienste, die mit Texten oder Bildern arbeiten etc., können hierunter fallen.

1285 Siehe vor allem folgende Entscheidungen: EuGH, C-177/16, ECLI:EU:C:2017:689 – AKKA/LAA, Rz. 41, 42; EuGH, C-395/87, ECLI:EU:C:1989:319 – *Tournier*, Rz. 19 und EuGH, verb. Rs. 110/88, 241/88 und 242/88, ECLI:EU:C:1989:326 – *Lucaze-*

ist. Spiegelbildliches gilt auf Rechtfertigungsebene: Genauso wie sich ein unterschiedlicher Tarif durch unterschiedliche Lebensbedingungen rechtfertigen lässt, lässt sich ein gleicher Tarif bei unterschiedlichen Lebensbedingungen in seiner vermuteten Angemessenheit erschüttern. Grundsätzlich bleibt es also dabei, dass nationalen Besonderheiten Rechnung zu tragen ist und sofern ein nationales Lizenzzugangsregime strenger ist als ein anderes, ist dieses zu berücksichtigen, es sei denn, es steht seinerseits nicht im Einklang mit der VG-RL oder spezifischen harmonisierten urheberrechtlichen Bestimmungen. Gegenüber der zuvor gestellten Frage, ob die privatrechtliche Durchsetzung nationaler Tarifstandards gegen ausländische Verwertungsgesellschaften eine Verletzung ihres Rechts auf die freie Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen bedeutet, ergeben sich daher keine Besonderheiten. Denn aus urheberrechtlicher Sicht stellt sich die Mehrstaatenlizenz als Lizenzbündel dar und Titel III der Richtlinie betrifft gerade nicht die Frage der Tarife und schafft daher auch keine weiterreichende Harmonisierung in diesem Bereich. Rechtfertigen lässt sich der Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit daher genauso mit den anerkannten Zielen der Förderung des Wettbewerbs, der kulturellen Vielfalt und des Verbraucherschutzes, denn eine alleinige Tarifkontrolle im Sitzland der Verwertungsgesellschaft wird den unterschiedlichen Lebensverhältnissen in der EU bzw. dem EWR nicht gerecht und kann den Schutz der genannten Interessen daher nicht sicherstellen.

(4) Ergebnis

Die Vorschriften zur Mehrstaatenlizenz in der Verwertungsgesellschaftsrichtlinie nehmen keinen Einfluss auf die Territorialität des Urheberrechts. Das Lizenzverhältnis ist in Titel III überraschenderweise ohnehin kaum angesprochen. Die besonderen Vorschriften zu den Mehrgebietslizenzen fokussieren hingegen einerseits auf Leistungsfähigkeits-, Effizienz- und Informationsmechanismen, andererseits ist der Hauptmechanismus eine Repertoireakkumulation bei wenigen leistungsstarken Gesellschaften, die durch erweiterte Wechselmöglichkeiten der Rechteinhaber und Repräsentationslösungen erreicht werden soll. Der erhoffte Binnenmarkteffekt erfolgt eher mittelbar durch eine Veränderung bzw. Konzentration des Mark-

au, Rz. 13; EuGH, C-52/07, ECLI:EU:C:2008:703 – *Kanal 5/STIM* und EuGH, C-351/12, ECLI:EU:C:2014:110 – *OSA*, Rz. 87.

tes. Die Lizenzzugangskontrolle nach nationalem Recht wird hingegen nicht verändert und sie verliert auch nicht ihre grundlegende Bedeutung. Daher ergeben sich auch mit Blick auf die Vereinbarkeit einer nationalen Tarifkontrolle mit der Dienstleistungsfreiheit der Verwertungsgesellschaften nach Art. 56 Abs. I AEUV keine entscheidenden Unterschiede zur vorherigen Prüfung der einfachen Lizenzen. Andere Rechtsmechanismen sind dazu geeignet, die (urheber-)rechtlichen Barrieren im Binnenmarkt zu beseitigen. Hierzu zählt vor allem das Ursprungslandprinzip nach dem Vorbild der SatKab-RL. Die Mechanismen der Verwertungsgesellschaftsrichtlinie können dazu dienen, Spannungen abzubauen, die durch den radikalen Ansatz der Einführung des Ursprungslandprinzips entstehen. Im Ergebnis bleibt die kollisionsrechtlich begründete Lizenzzugangskontrolle nach dem jeweiligen Recht desjenigen Staates bestehen, auf dessen Urheberrecht sich die Lizenz bezieht.

c) Die Tarife im Bereich der urheberrechtlichen Schranken

(1) Harmonisierungsstand und Beschränkung

In der Arbeit wurde stets zwischen der Wahrnehmung von Ausschließlichkeitsrechten und der Wahrnehmung eingeschränkter Rechte unterschieden. Für die gesetzlichen Vergütungsansprüche und verwertungsgesellschaftspflichtigen Rechten zeigte sich auch im Innenverhältnis, dass sie enger mit dem Urheberrecht und der Ausgestaltung der Schranke selbst verbunden sind, was die Rechtfertigungsfähigkeit einer möglichen Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit nahelegt. Die gesetzlichen Schranken sind vor allem durch Art. 5 InfoSoc-RL harmonisiert. Daneben treten nun die besonderen und verpflichtenden Schranken der DSM-RL (RL 2019/790/EU). Bislang wurden gesetzliche Vergütungsansprüche auf nationaler Ebene von nationalen Verwertungsgesellschaften wahrgenommen, was Rechtskonflikte grundsätzlich ausschloss. Der Fall, dass eine Verwertungsgesellschaft, etwa weil sie die Inhaber der Ansprüche nun einmal überwiegend repräsentiert, solche Ansprüche grenzüberschreitend unmittelbar geltend macht, ist jedoch nicht fernliegend.¹²⁸⁶

¹²⁸⁶ Dabei sind die Zugangsmöglichkeiten zum System der kollektiven Rechtswahrnehmung im Bereich der Schranken für Verwertungsgesellschaften begrenzter. Im

Unterschiedliche nationale Maßstäbe nehmen Einfluss auf die grenzüberschreitende Betätigung der Verwertungsgesellschaften und können sich beschränkend auf die Ausübungsmöglichkeiten ihrer Dienstleistungsfreiheit auswirken.¹²⁸⁷ Zu diesen nationalen Unterschieden gehören auch die nationalen Bestimmungen zur Tariffindung und ihre jeweilige Praxis. Kommt eine einheitliche Tariffindung durch die Verwertungsgesellschaften nicht in Frage und hat die Tariffindung daher in mehreren und womöglich aufwendigen Verfahren zu erfolgen, so ergeben sich hieraus typische Anpassungsschwierigkeiten, die einem Vordringen in räumlich benachbarte Märkte entgegenstehen können. Unterschiedliche Tarifbestimmungen haben sodann Einfluss auf den Abrechnungsaufwand gegenüber den Gebührenscheidern und gegenüber den Rechteinhabern als Gebührengläubigern. Es handelt sich um typische Doppelstandards, welche die Rechtsanpassungskosten der Verwertungsgesellschaften erhöhen.¹²⁸⁸

(2) Rechtfertigung

Die Bestimmung des „gerechten Ausgleichs“ im Bereich der urheberrechtlichen Schranken dient dem unionsrechtlich anerkannten Zweck des Schutzes der Rechte des geistigen Eigentums. Entscheidend ist jedoch, dass die Beschränkung, die hier von einer nationalen Bestimmung des angemessenen Ausgleichs ausgeht, nicht über das hinausgeht, was erforderlich ist, um das Ziel des Schutzes des geistigen Eigentums zu erreichen. Insoweit begrenzt der EuGH die Zulässigkeit von Beschränkungen typischerweise auf die Wahrung der Rechte, die den spezifischen Gegenstand des betref-

deutschen Recht zeigt sich das etwa daran, dass das Zulassungsverfahren nach Art. 77 Abs. 2 VGG auch gegenüber EU-Gesellschaften gilt.

1287 Ausgehend von dem zuvor beschriebenen weiten Beschränkungsbegriff innerhalb der primärrechtlich garantierten Dienstleistungsfreiheit werden grundsätzlich alle Maßnahmen erfasst, die geeignet sind, eine grenzüberschreitende Leistungserbringung weniger attraktiv zu machen (EuGH, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 – *Gebhard*, Rz. 37.). Dazu auch oben bei der Beschränkung im Rahmen verschiedener Standards zur Einnahmenverteilung, siehe grundsätzlich auch *Müller-Graff*, in: Streinz/Michl/Bings u.a. (Hrsg.), *EUV/AEU*,³2018, Art. 56, Rn. 91.

1288 Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob die nationalen Vorschriften die Schuldner der Leistung in ihrer Waren- oder Dienstleistungsfreiheit beeinträchtigen, da sie es sind, die den Ausgleich bezahlen müssen und ihr Waren- oder Dienstleistungsangebot, insbesondere in der Bepreisung, an die nationalen Abgaben anpassen müssen.

fenden geistigen Eigentums ausmachen.¹²⁸⁹ Zum spezifischen Gegenstand des Urheberrechts gehört jedoch gerade die Sicherung einer angemessenen Vergütung und in den von der InfoSoc-RL vorgesehenen Fälle von Ausnahmen und Beschränkungen die Gewährung eines gerechten Ausgleichs zum Schutz jenes Anspruchs auf angemessene Vergütung (ErwG 35 InfoSoc-RL).¹²⁹⁰

Auch wenn der EuGH etwa in der Entscheidung *Padawan* hervorhebt, dass der Begriff des „gerechten Ausgleichs“ in Art. 5 abs. 2 lit. b) InfoSoc-RL ein autonomer Rechtsbegriff mit einheitlicher Auslegung ist, so betont er doch ebenso, dass die Mitgliedstaaten die Befugnis (und damit wohl auch die Verantwortung) haben, innerhalb der Grenzen des Unionsrechts die Form, die Art und Weise der Finanzierung und die Erhebung sowie die Höhe des gerechten Ausgleichs festzulegen.¹²⁹¹ Noch deutlicher wurde der EuGH in der Entscheidung *Amazon*. Demnach verfügen die Mitgliedstaaten bei der Bestimmung des Vergütungsschuldners, bei der Festlegung der Form der Vergütung, der Höhe der Vergütung und weiterer Einzelheiten über ein weites Ermessen, da diese Frage in der InfoSoc-RL nicht ausdrücklich geregelt wird.¹²⁹²

1289 So bspw. EuGH, C-403/08 und C-429/08, ECLI:EU:C:2011:631 – *FAPL und Murphy*, Rz. 106.

1290 Zum Ausschließlichkeitsrecht EuGH, C-403/08 und C-429/08, ECLI:EU:C:2011:631 – *FAPL und Murphy*, Rz. 108.

1291 EuGH, C-467/08, ECLI:EU:C:2010:620 – *Padawan SL/ SGAE*, Rz. 37.

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) 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 (EuGH, C-245/00, ECLI:EU:C:2003:68 – *SENA*, Rz. 34, 37 und 38). Hierzu auch *Riis*, IIC 51 (2020), 446, 457 f.

1292 EuGH, C-521/11, ECLI:EU:C:2013:515 – *Amazon.com International Sales*, Rz. 20 und 40; entsprechend auch in EuGH, C-462/09, ECLI:EU:C:2011:397 – *Stichting de Thuiskopie*, Rz. 23 und zuletzt in EuGH, C-433/20, ECLI:EU:C:2022:217 – *Austro-Mechana vs Strago AG*, Rz. 41 und 46. Entscheidend sei jedenfalls, dass die Kosten des Ausgleichs im Ergebnis von den Nutzern der Privatkopie getragen werden, was regelmäßig der Fall ist, wenn die Abgabe bei den Produzenten oder Händlern der Geräte eingezogen wird, nicht jedoch, wenn diese aus Mitteln des allgemeinen Staatshaushalts bezahlt werden (EuGH, C-470/14, ECLI:EU:C:2016:418 – *EGEDA/ Administración del Estado u.a.*, Rz. 41 f.). Auch

Deutlich wird aus diesen Entscheidungen, dass die Fragen nach der Ausgestaltung der Ausgleichs- oder Vergütungspflichten im Rahmen des eingeschränkten Urheberrechts Fragen des Urheberrechts bleiben und nicht etwa vom Verwertungsgesellschaftsrecht überlagert werden. So ist für die konkrete Entscheidung, ob etwa eine Tarifffrage in diesem Bereich der Harmonisierung unterliegt, der harmonisierende Rechtsakt selbst zu untersuchen und nicht das Verwertungsgesellschaftsrecht. Da die VG-RL nicht der Harmonisierung des Urheberrechts, insbesondere nicht der Harmonisierung der Schranken, dient, kann von ihr auch kein entscheidender Impuls für eine erweiterte Geltung der Dienstleistungsfreiheit in diesem Bereich ausgehen. Die nationalen Standards für die Ausgestaltung des „gerechten Ausgleichs“ bleiben unter dem Gesichtspunkt des Schutzes des geistigen Eigentums vielmehr gerechtfertigt. In der Konzeption des Unionsrechts wird der „gerechte Ausgleich“ auch als ein Ersatz des Schadens der Inhaber des betroffenen Verwertungsrechts verstanden und dieser Schaden ist nach seinem Entstehen im jeweiligen Hoheitsgebiet des Staates zu beurteilen, welcher die Schranke konkret umsetzt.¹²⁹³ Aus diesem letzten Gedanken, lässt sich das Phänomen gedanklich auch Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO zuordnen, der die Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums behandelt.¹²⁹⁴ Da alle Modalitäten des gerechten Ausgleichs – von der Frage des Vergütungsschuldners über die Frage der Art und Weise der Einziehung bis hin zur Frage der Höhe des Ausgleichs – nur von Land zu Land, in Abhängigkeit zur konkreten Umsetzung der Schranke zu bestimmen sind, kann nur ein nationaler Tarifstandard den gerechten Ausgleich sicherstellen, womit auch seine Durchsetzung gegenüber ausländischen EU- oder EWR-Gesellschaften erforderlich bleibt.

Auch hier bestätigt Erwägungsgrund 13 der Richtlinie dieses Ergebnis. Demnach bleibt es den Mitgliedstaaten überlassen, die Bedingungen für die Einziehung des angemessenen Ausgleichs festzulegen. Zu diesen Bedingungen gehört nicht nur die Frage, wann und wie der Ausgleich zu bezahlen ist,

in dieser Entscheidung betonte der EuGH allerdings den weiten Spielraum bei der näheren Ausgestaltung der Ausgleichspflicht (siehe u.a. Rz. 23). Die Entscheidung erging im Übrigen nach In-Kraft-Treten der VG-RL. Ausführlich zu den unterschiedlichen Konzepten *ders.*, IIC 51 (2020), 446, 457 ff.

1293 Siehe nur EuGH, C-521/11, ECLI:EU:C:2013:515 – *Amazon.com International Sales*, Rz. 40 und EuGH, C-433/20, ECLI:EU:C:2022:217 – *Austro-Mechana vs Strago AG*, Rz. 42 und 46.

1294 Dazu differenzierender *Drexl*, in: von Hein (Hrsg.), MüKo IPR II, ⁸2021, Rom II-VO Art. 8 Rn. 172.

sondern notwendigerweise auch, in welcher Höhe er anfällt, da sich diese Frage kaum von den vorherigen trennen lässt.

(3) Ergebnis

Auf die Tarifbestimmung im Bereich der urheberrechtlichen Schranken nimmt die VG-RL keinen Einfluss. Sie richtet sich nach der jeweiligen Schranke selbst und so ist im europäischen Kontext nach dem Harmonisierungsgrad der Schranke zu fragen. Für die Schranken der InfoSoc-RL – allen voran für die Privatkopievergütung – hat der EuGH entschieden, dass „der gerechte Ausgleich“ zwar ein autonomer Unionsbegriff ist, der einer einheitlichen Auslegung unterliegt, für die genaue Bestimmung dieses gerechten Ausgleichs – und zwar ausdrücklich im Hinblick auf die Bestimmung des Vergütungsschuldners, die Festlegung der Form der Vergütung, die Höhe der Vergütung (angemessene Bedingungen des Zugangs!) – aber allein die Mitgliedstaaten die Verantwortung tragen. Dies gilt unabhängig von der Herkunft der wahrnehmenden Organisation, mithin unabhängig vom Sitzland der Verwertungsgesellschaften. Das Sitzlandprinzip der VG-RL führt in diesem Verhältnis also zu keinen Rechtsanpassungen zugunsten ausländischer Verwertungsgesellschaften.

V. Die Befugnis zur und die Bedingungen der Nutzung ohne Lizenz

Das Recht zur Hinterlegung oder Zahlung unter Vorbehalt nach § 37 VGG gehört zu den Kerntatbeständen des Urheberrechts – der unerlaubten Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke nach § 106 UrhG und dem Anspruch auf Unterlassung und Schadensersatz nach § 97 Abs. 1 UrhG. Für diese gilt mit Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO die *lex loci protectionis*. Denn selbst ohne eine erfolgreiche Lizenzierung kommt es zu keiner Urheberrechtsverletzung, obwohl eine urheberrechtlich relevante Verwertungshandlung i.S.v. § 106 Abs. 1 und §§ 15 ff. UrhG stattfindet, wenn ein streitiger Mehrbetrag für die Nutzung hinterlegt worden ist (§ 37 VGG). Es handelt sich somit um einen der „gesetzlich zugelassenen Fälle“ nach § 106 Abs. 1 UrhG. Denklogisch kann die privilegierte Nutzung bzw. der Ausschluss der Haftung für lizenzlose Nutzungen nur soweit gelten, wie der Haftungsrahmen des deutschen Urheberrechtsgesetzes selbst gilt. Erleichterungen für Verwertungsgesellschaften durch Anpassung der rechtlichen Standards des nach

dem Urheberrechtsstatuts berufenen Sachrechts an die Standards ihres Sitzlandrechts würden sich als Fremdkörper in diesem System erweisen. Es handelt sich im Übrigen um einen Mechanismus, der in unmittelbarem Zusammenhang mit den Tarifregelungen steht, auf die sich das Sitzlandprinzip ebenfalls nicht erstreckt.

VI. Werk- und lizenzbezogene Informationspflichten der Verwertungsgesellschaften gegenüber den Rechtenutzern

1) Kollisionsrechtlicher Ausgangspunkt

Auch für werkbezogene Informationspflichten der Verwertungsgesellschaften gegenüber den Rechtenutzern wurde im vorherigen Kapitel die Anwendung des Schutzlandrechts befürwortet.¹²⁹⁵ Diese Pflichten gehören ebenfalls zum Außenverhältnis der Verwertungsgesellschaften und sind im Zusammenhang mit dem gesamten Lizenzzugangssystem zu sehen. Sie bereiten den Anspruch auf Lizenzzugang zu angemessenen Bedingungen vor, da nur dort, wo die Repertoireinformationen zugänglich sind, dieser Anspruch effektiv genutzt werden kann.¹²⁹⁶ Eigenständigkeit kommt den Ansprüchen insoweit zu, als sie für die Akteure auf der Nutzerseite im Gesamtprozess der Rechtklärung von großer Bedeutung sind. Für dieses Kapitel ist eine eigenständige Behandlung aber vor allem deshalb notwendig, weil die Informationspflichten in der VG-RL besondere Beachtung finden.

2) Beschränkung und legitimer Zweck

Ebenso wie bei den Lizenzzugangsansprüchen kann sich die Pflicht zur Beachtung verschiedener Rechtsstandards im Bereich der Informationspflichten negativ auf die Binnenmarktaktivitäten der Verwertungsgesellschaften auswirken. Geht es um die nutzer- bzw. werkbezogenen Informationspflichten der Verwertungsgesellschaften, können unterschiedliche rechtliche Anforderungen sogar besonders schwer wiegen. Der Werkerfassungsprozess im Urheberrecht ist kleinteilig und mit einem hohen Aufwand

1295 *Teil 3, Kapitel I, F, II.*

1296 Zum Zusammenhang mit den Lizenzzugangsansprüchen siehe auch *Teil 3, Kapitel I, F, I., 1.)* und *II., 1.)*.

verbunden. Die Verwertungsgesellschaften investieren dabei in Datenerfassungs- und Datenverarbeitungsprozesse, deren konkrete Ausgestaltung besonderen rechtlichen Anforderungen genügen muss.¹²⁹⁷ Unterscheiden sich diese Anforderungen jedoch, so kann dies dazu führen, dass Verwertungsgesellschaften ihre Prozesse nicht mehr einheitlich gestalten können und in verschiedene Systeme investieren müssen, die letztlich denselben Zweck verfolgen. Sicherlich kommt es auf den Einzelfall an und so werden die meisten rechtlichen Anforderungen „miteinander kompatibel“ sein und keine Parallelprozesse erfordern. Zwingen nationale Regelungsregime allerdings in Ausnahmefällen doch zur Umsetzung verschiedener Standards, so handelt es sich um geradezu typische Fälle der Doppelbelastung, die im Binnenmarkt nach Art. 56 AEUV vermieden werden soll. Wie aufwendig der Katalogisierungsprozess und weitere Datenerfassungsprozesse im Bereich der Urheber- und verwandten Schutzrechte sind, zeigt sich auch daran, dass es bislang nicht gelungen ist, umfassende Werkdatenbanken aufzubauen. Eine der wesentlichen Herausforderungen bei der Gründung des gemeinsamen Lizenzierungshubs ICE lag schließlich in der Zusammenführung der Datensätze von GEMA, PRS und STIM sowie in der Standardisierung der Prozesse.¹²⁹⁸

Unterschiedliche Regelungen zu den Informationspflichten der Verwertungsgesellschaften stellen daher klassische Doppelstandards dar, die dazu geeignet sind, Verwertungsgesellschaften an der Ausübung ihrer Dienstleistungsfreiheit zu hindern.

3) Rechtfertigung

Der Zweck von werk- und lizenzbezogenen Informationspflichten der Verwertungsgesellschaften liegt maßgeblich in der praktischen Effektivierung der Werkzugangsansprüche der Nutzer und in der Sicherstellung eines funktionierenden und transparenten Verwertungsgesellschaftssystems. Beides dient übergeordnet nicht zuletzt dem Schutz kultureller Vielfalt und dem Verbraucherschutz – zwei anerkannten legitimen Allgemeininteressen des Unionsrechts. Hinsichtlich der Rechtfertigung strengerer oder abweichender Informationspflichten im Bestimmungsland sind besonders

1297 Anforderungen an Rechtedatenbanken werden bspw. in Erwägungsgrund 41 der Richtlinie beschrieben.

1298 *Langhoff/Radloff/Schmidt u.a.*, in: Heker/Riesenhuber (Hrsg.), *Recht und Praxis der GEMA*, 32018, Kapitel 12, insbes. Rn. 223 und 229.

die Schwere der Beschränkung und das Maß der Harmonisierung zu berücksichtigen. Im Gegensatz zu den Kernansprüchen des Lizenzzugangs können unterschiedliche Informationspflichten ungleich schwerer wiegen. Denn während erstere nur punktuell eine (meist preisliche) Anpassung des Angebots erfordern, können abweichende Informationspflichten grundlegenden Einfluss auf die Prozesse der Verwertungsgesellschaften und ihren Marktauftritt nehmen. Im Rahmen der Rechtfertigung ist das durch Erhöhung der Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit der Durchsetzung abweichender Standards gegenüber ausländischen Binnenmarktgesellschaften zu berücksichtigen.

Mit Blick auf die Erforderlichkeit ist vor allem der Harmonisierungsstand entscheidend. Denn dem Harmonisierungsstand in einem Rechtsbereich kann eine allgemeine Bedeutung für das Sitzlandprinzip in Form der gegenseitigen Anerkennung ausländischen Rechts und ausländischer Standards entnommen werden.¹²⁹⁹ Im Bereich der Rechtfertigung bedeutet dies konkret, dass dort wo bereits ein einheitlicher (Minde-)Schutzstandard geschaffen wurde, die Anwendung eines strengeren nationalen Standards nicht erforderlich ist, wenn der europäische Mindeststandard als ausreichend erkannt wird, um das angestrebte Schutzniveau zu erreichen.¹³⁰⁰

Die VG-RL führt zwar sinnvollerweise keine konkreten technischen Standards zu den Informationspflichten der Verwertungsgesellschaften aus, sie enthält aber sehr konkrete und detaillierte Zielvorgaben, welche die Verwertungsgesellschaften zu erfüllen haben. So sollen sich gemäß Art. 16 Abs. 1 VG-RL Verwertungsgesellschaften und Nutzer gegenseitig alle für die Lizenzierung notwendigen Informationen zur Verfügung stellen. Hinsichtlich der Tarife verpflichtet Art. 16 Abs. 2 UAbs. 2 VG-RL die Verwertungsgesellschaften auch zur Offenlegung der Kriterien, die der Tarifaufstellung zugrunde liegen. Außerdem veröffentlichen Verwertungsgesellschaften nach Art. 21 Abs. 1 lit. c) VG-RL Standardlizenzverträge und anwendbare Standardtarife einschließlich Ermäßigungen auf ihrer Website. Gemäß Art. 16 Abs. 3 und 4 VG-RL müssen Verwertungsgesellschaften unverzüglich auf Anfragen von Nutzern antworten und ihnen unter anderem mitteilen, welche Angaben sie für ein Lizenzangebot benötigen. Sie sind außerdem verpflichtet, den Nutzer unverzüglich entweder ein Lizenzangebot zu unterbreiten oder eine Erklärung abzugeben, warum sie keine Lizenz für eine

1299 Basedow, in: Schnyder/Reichert-Facilides (Hrsg.), Internationales Verbraucherschutzrecht, 1995, S. 11, 18.

1300 So in diesem Kapitel unter B. II. 5.).

bestimmte Nutzung vergeben wollen. Schließlich müssen Verwertungsgesellschaften den Nutzern für die Kommunikation mit ihnen die Verwendung elektronischer Kommunikationsmittel erlauben. Von besonderer Relevanz für die Repertoireinformationen ist Art. 20 VG-RL. Demnach muss jede Verwertungsgesellschaft den Rechteinhabern und Nutzern auf deren hinreichend begründete Anfrage mindestens folgende Informationen elektronisch zur Verfügung stellen: a) die Werke oder sonstigen Schutzgegenstände, die sie repräsentiert; die Rechte, die sie unmittelbar oder auf Grundlage von Repräsentationsvereinbarungen wahrnimmt; außerdem die umfassten Lizenzgebiete. Sollten aufgrund des Tätigkeitsbereichs einer Verwertungsgesellschaft derartige Werke und sonstige Schutzgegenstände nicht bestimmt werden können, sind zumindest die Arten von Werken oder sonstigen Schutzgegenständen, die sie repräsentiert, die wahrgenommenen Rechte und umfassten Lizenzgebiete zur Verfügung zu stellen (b).¹³⁰¹

Hinsichtlich der Fragen der nutzerbezogenen Informationspflichten beinhaltet also bereits die Richtlinie ein hohes Regulierungsniveau. In Detailfragen mögen die Verpflichtungen der Verwertungsgesellschaften in den Mitgliedstaaten unterschiedlich umgesetzt sein, doch sind alle Mitgliedstaaten den in der Richtlinie formulierten Zielen verpflichtet.¹³⁰² Für die Durchsetzung besonderer Informationsstandards desjenigen Landes, für welches eine lizenzbezogene Information angefragt wird, besteht gegenüber einer „Binnenmarktgesellschaft“ mithin kein Bedarf. Der Schutz der Nutzer wird bereits durch die Vorgaben der VG-RL sichergestellt, was hinreichende Grundlage für die (gegenseitige) Anerkennung der Regulierungsniveaus ist. Die Durchsetzung nationaler Standards gegenüber ausländischen Binnenmarktgesellschaften erweist sich als nicht erforderliche Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit.

1301 Speziell für den Bereich der Online-Rechte an Musikwerken stellen jene Verwertungsgesellschaften, die Mehrgebietslizenzen anbieten, insbesondere den Anbietern von Online-Diensten außerdem gemäß Art. 25 VG-RL folgende Informationen zur Bestimmung des wahrgenommenen Repertoires zur Verfügung: a) die repräsentierten Musikwerke, b) die vollständig oder teilweise repräsentierten Rechte und c) die umfassten Lizenzgebiete. Gemäß Art. 26 Abs. 1 VG-RL ist ein Rechtsdurchsetzungsmechanismus vorzusehen, um die Korrektheit der Informationen zu gewährleisten. Die Repertoireinformationen werden schließlich in Erwägungsgrund 41 aufgegriffen.

1302 Die Kernpflichten zur Repertoireinformation werden im deutschen Recht in § 55 VGG und für die Online-Rechte in § 62 VGG beinahe wortgleich aufgegriffen.

4) Ergebnis

Die Durchsetzung nationaler Informationsstandards gegenüber den Verwertungsgesellschaften in Werk- und Lizenzfragen ist nicht erforderlich. Sie würde einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit darstellen. Die Verwertungsgesellschaften sind daher nur verpflichtet, den Standards ihres Sitzlandes zu genügen.

D. Gesamtergebnis

Das europäische Sitz- bzw. Herkunftslandprinzip wurzelt im Binnenmarktgedanken. Dieser beruht auf der gegenseitigen Anerkennung von (Rechts-)Standards, die doppelte Kontrollen auf der Basis gegenseitigen Vertrauens im Binnenmarkt vermeiden sollen. Dabei ist eine kollisionsrechtliche Umsetzung nicht notwendig und zumindest für das Primärrecht dogmatisch auch nicht angebracht. Sie erweist sich als Fremdkörper in einem inzwischen weitreichend harmonisierten europäischen Kollisionsrecht. Das Sitz- bzw. Herkunftslandprinzip stellt sich hingegen als ein zu berücksichtigendes Faktum dar, welches die Beschränkung der Binnenmarktfreiheiten – etwa im Bereich des Warenverkehrs oder der Dienstleistungen – zu einer rechtfertigungsbedürftigen Ausnahme macht. Es fungiert so als sachrechtliche Rechtsanwendungsschranke.

Die VG-RL enthält ein Sitzlandprinzip, das sich zunächst der verwaltungsrechtlichen Kontrolle annimmt. Diese erfolgt nach Art. 36 VG-RL durch die Behörden des Sitzlandes der jeweiligen Verwertungsgesellschaft. Obwohl die Richtlinie jedoch genauso die Einführung privatrechtlicher Rechte und Pflichten in den Mitgliedstaaten erfordert, wird die Reichweite des Sitzlandprinzips für das Privatrecht im Richtlinien text nicht angesprochen. Lediglich Art. 23 VG-RL legt eine Geltung auch für das Privatrecht nahe, ist aber zugleich auf die „Vergabe von Mehrgebietslizenzen für Online-Rechte an Musikwerken“ begrenzt. Ein Vergleich der VG-RL mit anderen europäischen Sekundärrechtsakten, namentlich der ECRL, der AVMD-RL und der Dienstleistungsrichtlinie zeigte, dass das Sitzlandprinzip der VG-RL erstens keine kollisionsrechtlichen Wirkungen und zweitens keine unmittelbare Wirkung im Privatrecht entfaltet, sondern am besten innerhalb der Dienstleistungsfreiheit berücksichtigt werden kann.

Die strenge Durchsetzung der Rechtsmaßstäbe des Bestimmungslandes stellt sich in diesem Konzept als Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit

der Verwertungsgesellschaften dar, wenn sie auf eine Berücksichtigungspflicht mehrfacher Standards hinausläuft. Innerhalb der Prüfung der Rechtfertigung einer Beschränkung ist die Berücksichtigung des Harmonisierungsstands entscheidend. Denn dort, wo der europäische Gesetzgeber bereits einen gemeinsamen (Mindest-)Standard geschaffen hat, ist grundsätzlich auch davon auszugehen, dass ein nationales Abweichen mit Wirkung gegenüber ausländischen Gesellschaften nicht erforderlich ist bzw. einem erhöhten Begründungsaufwand unterliegt. Die VG-RL ist dabei zwar der bedeutendste, jedoch nicht der einzig relevante Harmonisierungsakt. So drängt sich in jenen Bereichen, die aufgrund ihrer urheberrechtlichen Verstrickungen kollisionsrechtlich dem Schutzlandprinzip unterliegen, eine Berücksichtigung der urheberrechtlichen Harmonisierung auf. Das Harmonisierungsniveau wird zum entscheidenden Faktor, der eine Rechtfertigung der Anwendung erschwert und somit beschränkenden Doppelstandards entgegenstehen kann. Stets ist das konkrete Sachrecht auf seine beschränkende Wirkung gegenüber einer ausländischen Verwertungsgesellschaft zu überprüfen. Sofern teilweise der Eindruck einer Überprüfung des kollisionsrechtlichen Ergebnisses entstand, ist das vor allem auf den Abstraktionsgrad der Arbeit zurückzuführen, die sich keine konkreten Fallbeispiele vornimmt.

Die Untersuchung begann mit der komplexen Frage der Verteilung der Einnahmen für diejenigen Fälle, die zuvor urheberrechtlich qualifiziert wurden und sich daher nach dem Recht des Schutzlandes beurteilten. Jedoch hat sich gezeigt, dass die Richtlinie in diesem Bereich inhaltlich keine Grundlage für eine gegenseitige Anerkennung bietet. Ist eine Verteilungsregelung also erst einmal im Kern als urheberrechtlich qualifiziert worden, so kann auch das Sitzlandprinzip der VG-RL nicht zur Absenkung der materiell-rechtlichen Standards des Urheberrechts bezogen auf Verteilungsfragen führen. Es obliegt grundsätzlich dem harmonisierenden Urheberrecht, die Verteilung näher zu bestimmen. In Ansätzen erfolgte dies durch die InfoSoc-RL sowie durch Art. 16 DSM-RL. Dort wurde jedoch nur ein grober Rahmen geschaffen, der nationale Eigenheiten zulässt und Art. 16 DSM-RL erlaubt es den Mitgliedstaaten lediglich den Konsequenzen der Entscheidung *Reprobel* zu entgehen. Deutlich zeigt die Rechtsprechung des EuGH, dass es eine Entscheidung des nationalen Urheberrechts ist, wie die wirtschaftliche Partizipation an der Nutzung der Rechte im Einzelnen erfolgen soll. Beschränkungen für die Dienstleistungsfreiheit der Verwertungsgesellschaften erwiesen sich daher als gerechtfertigt.

Nicht erforderlich und damit nicht gerechtfertigt ist hingegen die Durchsetzung eines national strengeren Wahrnehmungszwangs gegenüber ausländischen Binnenmarktgesellschaften. Art. 5 Abs. 2 der VG-RL schafft konkret bezeichnete und eng umschriebene individuelle Ansprüche, die als solche umzusetzen sind. Eine davon abweichende überschießende nationale Regelung mag zwar möglich sein, ihre grenzüberschreitende Durchsetzung ist jedoch nicht erforderlich, da der europäische Maßstab hinreichenden Individualschutz und zugleich hinreichenden Systemschutz im Hinblick auf das Urheberrecht schafft.

Von großer Bedeutung sind die Fragen des Rechtezugangs, welche sich vor allem in der Tarifikontrolle materialisieren. Art. 16 Abs. 2 der VG-RL führt die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und Angemessenheit der Bedingungen auf Lizenzierungsebene in das europäische Wahrnehmungsrecht ein. Die Vorschrift ist wettbewerbsrechtlich motiviert und knüpft an die vergangene Rechtsprechung des EuGH in Tariffragen an. Art. 102 Abs. 2 lit. c) AEUV bezweckt im Kontext der kollektiven Rechtewahrnehmung sowohl die Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen auf dem nachgelagerten Markt der Diensteanbieter als auch die generelle Sicherstellung der Angemessenheit der Tarife. Dazu ist ein „europäischer Einheitstarif“ aber nicht erforderlich. Im Gegenteil, allein national angepasste Tarife können die Unterschiede bei der (finanziellen) Leistungsfähigkeit der jeweiligen Gesellschaft berücksichtigen und damit eine konkrete Angemessenheit bewirken, wobei von dieser Form der Differenzierung grundsätzlich keine Wettbewerbsverzerrungen ausgehen.

Aufgrund der Marktbesonderheiten und der unterschiedlichen Berücksichtigung in der VG-RL war eine Unterscheidung dreier Bereiche für die Tarifikontrolle erforderlich. Am deutlichsten fiel die Entscheidung gegen das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung bei der Festlegung der Vergütungshöhe im Bereich der (vergütungspflichtigen) Schranken aus. Sie erfahren in der VG-RL keine Regelung und ergeben sich daher aus den Besonderheiten der Schranke selbst. Hinsichtlich der Schranken der InfoSoc-RL hat der EuGH entschieden, dass „der gerechte Ausgleich“ zwar ein autonomer Unionsbegriff ist, für die genaue Bestimmung dieses gerechten Ausgleichs, insbesondere für seine Höhe, aber die Mitgliedstaaten die Verantwortung tragen. Das Sitzlandprinzip der VG-RL führt in diesem Verhältnis also zu keinen Rechtsanpassungen zugunsten ausländischer Verwertungsgesellschaften. Schwieriger zu beurteilen war die Tarifikontrolle bei Wahrnehmung des Ausschließlichkeitsrechts. Die Berücksichtigungspflicht nationaler Besonderheiten in Lizenzzugangfragen erweist sich zwar als

eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit der Verwertungsgesellschaften im Binnenmarkt. Sie ist jedoch gerechtfertigt, weil räumliche Marktbesonderheiten auch auf Ebene des Kartellrechts, worin jene Regelungen maßgeblich wurzeln, anerkannt sind und weil die Durchsetzung der Tarifstandards zum Schutz der anerkannten Unionsziele des Verbraucherschutzes und des Schutzes der kulturreichen Vielfalt erforderlich ist. Der EuGH selbst hat stets die Berücksichtigungsfähigkeit nationaler und regionaler Besonderheiten betont. Die dafür angeführten Argumente verlieren auch im harmonisierten europäischen System der kollektiven Rechtswahrnehmung nicht an Bedeutung.

Schließlich erfolgte eine gesonderte Überprüfung der Tarifkontrolle für den Bereich der Mehrgebietslizenzen. Sie haben auch in der VG-RL besondere Aufmerksamkeit erfahren. Die Mechanismen der Mehrgebietslizenzen wurzeln jedoch nicht in einer Vereinheitlichung der Lizenzbedingungen, sondern in der Repertoireakkumulation. Die Lizenzzugangskontrolle nach nationalem Recht wird daher nicht verändert. Entsprechend konnte auf die Argumentation im Bereich der einfachen Lizenzen zurückgegriffen werden.

Geht es um nationale Informationsstandards der Verwertungsgesellschaften in Werk- und Lizenzfragen, so genügt hingegen die Anwendung eines nationalen Standards auf der Basis des harmonisierten Verwertungsgesellschaftsrechts. Die Durchsetzung national abweichender Standards würde einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit darstellen.

