

## § 17. Rechtliche Fragestellungen im Zusammenhang mit CELAS

### A. Die CELAS als Verwertungsgesellschaft?

#### I. Fragestellung und Auswirkungen

Die Beantwortung der Frage nach der Einstufung der CELAS als Verwertungsgesellschaft im Sinne des § 1 UrhWG hat für deren Rechtswahrnehmung in Deutschland weitreichende Konsequenzen. Im Falle einer Bejahung der Verwertungsgesellschaftseigenschaft unterläge die Tätigkeit der CELAS zunächst dem Vorbehalt einer Erlaubniserteilung durch das zuständige DPMA, vgl. § 1 Abs. 1 i. V. m. §§ 2 Abs. 1 S. 1, 18 Abs. 1 UrhWG. Würde sie als Verwertungsgesellschaft ohne Erlaubnis dennoch tätig werden, könnte zum einen das DPMA im Rahmen repressiver Aufsichtstätigkeit die Fortsetzung ihres Geschäftsbetriebs untersagen, vgl. § 19 Abs. 2 UrhWG. Darüber hinaus könnte die CELAS auch die ihr zur Wahrnehmung anvertrauten Rechte und Ansprüche nicht geltend machen, vgl. § 1 Abs. 3 UrhWG. Nach der amtlichen Begründung soll mit dieser Regelung einer Verwertungsgesellschaft „eine Wahrnehmung von Rechten ohne die erforderliche Erlaubnis unmöglich gemacht“ werden<sup>161</sup>. Nach herrschender Auffassung bewirkt § 1 Abs. 3 UrhWG den Verlust aller urheberrechtlichen Ansprüche aus den zur Wahrnehmung übertragenen Rechten und damit zu einem Wegfall der Aktivlegitimation der Verwertungsgesellschaft bei Verletzungsklagen<sup>162</sup>, nach anderer Ansicht fehlt es bereits an der Postulationsfähigkeit<sup>163</sup>. Auswirkungen auf das materielle Urheberrecht soll eine Wahrnehmungstätigkeit ohne erforderliche Erlaubnis nach ganz überwiegender Ansicht jedoch nicht haben: Weder sind die Rechtseineräumungen der Urheber auf eine solche Verwertungsgesellschaft selbst unwirksam

161 Vgl. amtli. Begr. zum UrhWG, UFITA 46 (1966) S. 271, 278.

162 Vgl. OLG Köln GRUR 2008, 69 – *ausländische Verwertungsgesellschaft*, mit der Feststellung, dass der türkischen Musikverwertungsgesellschaft MESAM mangels vom DPMA erteilter Erlaubnis nach § 1 Abs. 3 UrhWG die Aktivlegitimation zur Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen in Bezug auf ihr zur Wahrnehmung übertragenen Rechte (hier: Klingeltonnutzungsrechte) fehle. In diese Richtung auch *Schricker/Reinbothe*, UrhG, § 2 UrhWG, Rn. 12.

163 Vgl. *Drexler*, in: *Hilty/Geiger* (Hrsg.), S. 369, 392. Nach dieser Ansicht wäre eine Verletzungsklage einer Verwertungsgesellschaft ohne erforderliche Erlaubnis nicht erst unbegründet, sondern mangels ordnungsgemäßer Klageerhebung bereits unzulässig. Vgl. zu den Folgen fehlender Prozessführungsbefugnis allg. *Hüßtege*, in: *Thomas/Putzo*, ZPO, Vor § 78 ZPO, Rn. 2, 6.

noch sind letztere trotz fehlender Erlaubnis gehindert, rechtswirksam Lizenzen an Musiknutzer zu erteilen<sup>164</sup>.

Neben der Erlaubnispflichtigkeit entscheidet die Qualifizierung eines Wahrnehmungsunternehmens als Verwertungsgesellschaft im Rechtssinne auch darüber, ob die speziellen regulatorischen Beschränkungen des UrhWG Geltung beanspruchen. Dazu zählt insbesondere der doppelte Kontrahierungszwang, d.h. der Wahrnehmungszwang gegenüber den Urhebern (§ 6 UrhWG) und der Abschlusszwang gegenüber den Nutzern (§ 11 UrhWG), die Pflicht zur Aufstellung angemessener Tarife (§§ 11 Abs. 1, 13 UrhWG) mitsamt deren ordnungsgemäßer Veröffentlichung (§ 13 Abs. 2 UrhWG), die Möglichkeit der Vorbehaltszahlung bzw. Hinterlegung bei Streitigkeiten über die Tarifangemessenheit (§ 11 Abs. 2 UrhG)<sup>165</sup>, die Verpflichtung zum Abschluss von Gesamtverträgen (§ 12 UrhWG), das Transparenzgebot, wie es etwa in den §§ 10, 13 Abs. 2, 13 a UrhWG zum Ausdruck kommt, die Möglichkeit der Einleitung von Schiedsverfahren (§§ 14 ff. UrhWG), die Pflicht zur sachgerechten Verteilung der Einnahmen an die Urheber aufgrund von Verteilungsplänen (§ 7 UrhWG) sowie die aufsichtsrechtlichen Vorschriften gemäß §§ 18 ff. UrhWG.

Die GEMA als Gesellschafterin der CELAS ging offenbar zunächst selbst davon aus, dass die CELAS als Verwertungsgesellschaft anzusehen sei<sup>166</sup>, und beantragte im Jahr 2006 beim zuständigen DPMA die Zulassung als Verwertungsgesellschaft nach § 1 UrhWG<sup>167</sup>. Das DPMA tendierte nach Angaben der GEMA auch zunächst zu einer Einstufung als Verwertungsgesellschaft. Das Bundesjustizministerium als höherrangige Behörde<sup>168</sup> verneinte dies jedoch mit der Begründung der fehlenden Treuhandstellung der CELAS<sup>169</sup>. Nach einem darauf folgenden ablehnenden

164 Vgl. *Drexler*, a.a.O.; *Schricker/Reinbothe*, UrhG, § 2 UrhWG, Rn. 12; *Gerlach*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhG, § 1 UrhWG, Rn. 7; *Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhG, § 1 UrhWG, Rn. 5. A.A. *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, § 1 UrhWG, Rn. 22, der zum Schutz der Urheber auch von einer unwirksamen materiellen Rechtseinräumung ausgehen will.

165 Insbesondere im Online-Bereich monierte die GEMA in letzter Zeit eine aus ihrer Sicht missbräuchliche Ausnutzung des Hinterlegungsverfahrens durch die gewerblichen Musiknutzer. Die GEMA bemüht sich daher nach eigenen Angaben um eine gesetzliche Modifizierung des Hinterlegungsverfahrens. Vgl. *Heker*, Vorstandsvorsitzender der GEMA, Interview in *Musikwoche*, Nr. 8/2009 vom 13.2.2009, S. 15.

166 Vgl. *Evers*, Aufsichtsratsmitglied der GEMA, GEMA-Nachrichten 2006, Nr. 174 (11/2006), S. 10.

167 Vgl. die tatbestandlichen Ausführungen des LG München ZUM 2009, 788, 789 - *myvideo*.

168 Das DPMA ist eine Bundesoberbehörde, die dem Bundesministerium der Justiz als oberste Bundesbehörde nachgeordnet ist.

169 Vgl. *GEMA*, Stellungnahme zum Buchprojekt "Verwertungsgesellschaften" des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht, München, S. 3 (erhältlich bei Verfasser).

Schreiben des DPMA vom 7. Februar 2007 zog die CELAS ihren Zulassungsantrag zurück<sup>170</sup> und operiert seitdem ohne Erlaubnis des DPMA.

Diese rechtliche Einschätzung des DPMA soll im Folgenden überprüft werden. Eine Verwertungsgesellschaft konstituiert sich durch die Erfüllung der in §§ 1 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 4 UrhWG genannten Vorgaben. Danach ist Verwertungsgesellschaft

„eine juristische Person oder eine Personengemeinschaft, [die] Nutzungsrechte, Einwilligungsrechte oder Vergütungsansprüche, die sich aus dem Urheberrechtsgesetz ... ergeben, für Rechnung mehrerer Urheber oder Inhaber verwandter Schutzrechte zur gemeinsamen Auswertung wahrnimmt, ... gleichviel, ob die Wahrnehmung in eigenem oder fremdem Namen erfolgt.“

Maßgeblich für die Frage der Einordnung der CELAS als Verwertungsgesellschaft im Rechtssinne sind daher die folgenden gesetzlichen Tatbestandsmerkmale: (1.) die Wahrnehmung von Nutzungsrechten, Einwilligungsrechten oder Vergütungsansprüchen nach dem UrhG, (2.) mehrerer Urheber oder Inhaber verwandter Schutzrechte, (3.) für deren Rechnung, (4.) zur gemeinsamen Auswertung, (5.) soweit sie nicht nur gelegentlich oder kurzfristig erfolgt (vgl. § 1 Abs. 2 UrhWG).

## II. Rechtsform

Das deutsche UrhWG macht keine Vorgaben, in welcher Rechtsform eine Verwertungsgesellschaft betrieben wird. § 1 Abs. 4 S. 1 UrhWG definiert zwar Gesellschaften, die Rechte gemäß § 1 Abs. 1 UrhWG wahrnehmen nur dann als Verwertungsgesellschaften, wenn sie von einer juristischen Person oder einer Personengesellschaft ausgeübt werden. Nach § 1 Abs. 4 S. 2 UrhWG ist dem jedoch die Wahrnehmungstätigkeit einzelner natürlicher Personen gleichgestellt.

In der Praxis treten die Verwertungsgesellschaften meist als wirtschaftliche Vereine kraft staatlicher Verleihung (GEMA) oder als Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GVL)<sup>171</sup> – so auch die CELAS, die als eine GmbH nach deutschem Recht firmiert – auf.

170 Vgl. die tatbestandlichen Ausführungen des LG München ZUM 2009, 788, 789 - *myvideo*.

171 Vgl. *Himmelmann*, in: *Kreile/Becker/Riesenhuber* (Hrsg.), S. 830, Rn. 28.

### III. Wahrnehmung von Nutzungsrechten, Einwilligungsrechten oder Vergütungsansprüchen nach dem UrhG

Gegenstand der Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften sind nach § 1 Abs. 1 UrhWG Nutzungsrechte, Einwilligungsrechte oder Vergütungsansprüche nach dem UrhG. Die von CELAS u.a. für den Geltungsbereich des deutschen UrhG in eigenem Namen lizenzierten Vervielfältigungsrechte (§ 16 UrhG) und die im fremden Namen vergebenen Aufführungsrechte (§ 19 a UrhG) der Musikwerke des angloamerikanischen Repertoires von EMI Music Publishing zur Nutzung im Online- und Mobilfunkbereich fallen ohne weiteres darunter.

Ogleich das Tatbestandsmerkmal der „Wahrnehmung“ im Urheberrecht nicht definiert ist, wird dieser Begriff im Rahmen von § 1 UrhWG einhellig in einem weiten und untechnischen Sinne als bloßes Synonym für die Geltendmachung oder Durchsetzung von Rechten und Ansprüchen aufgefasst<sup>172</sup>. Indem die CELAS einfache Nutzungsrechte an Musiknutzer einräumt, nimmt sie diese Rechte somit auch wahr im Sinne von § 1 UrhWG.

### IV. Wahrnehmung für mehrere Urheber oder Inhaber verwandter Schutzrechte

Fraglich ist, ob die CELAS angesichts dessen, dass sie nur Lizenzen angloamerikanischer Online-Rechte von EMI Music Publishing vergibt<sup>173</sup>, auch für *mehrere* Urheber oder Leistungsschutzberechtigte tätig ist.

Das Merkmal „für mehrere Urheber oder Inhaber verwandter Schutzrechte“ greift einerseits den Gedanken der kollektiven Rechtswahrnehmung auf und bestimmt, dass eine Verwertungsgesellschaft die Ansprüche nicht nur eines einzelnen, sondern mehrerer – d.h. also mindestens zwei – Berechtigter wahrnehmen muss<sup>174</sup>. Darüber hinaus wird hierbei auch die Frage nach der Tatbestandsmäßigkeit ausschließlich mittelbarer Rechtswahrnehmung aufgeworfen, ob also, wie es der Wortlaut von § 1 Abs. 1 UrhWG prima facie vorgibt, nur die Wahrnehmung für „Urheber oder Inhaber verwandter Schutzrechte“ vom Anwendungsbereich dieser Norm umfasst ist, nicht aber die kollektive Wahrnehmung ausschließlich für

172 Vgl. *Riesenhuber*, ZUM 2008, 625, 628.

173 Nach anfänglichen Unklarheiten, ob CELAS neben dem genannten angloamerikanischen Verlagsprogramm von EMI Music Publishing auch die Online-Rechte anderer Rechteinhaber wahrnimmt, hat CELAS unlängst selbst klargestellt, dass eine Beteiligung an CELAS zwar grundsätzlich auch anderen Verlagen offen stehe, sie derzeit jedoch kein anderes Repertoire lizenziere. Vgl. *Wolf*, Geschäftsführer der CELAS, zitiert in *Alich/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR 2008, 43, 44.

174 Vgl. *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, § 1 UrhWG, Rn. 15; *Schricker/Reinbothe*, UrhG, § 1 WahrnG, Rn. 5.

Inhaber abgeleiteter Rechte. Beide Problemkreise sind bei der Beurteilung der Verwertungsgesellschaftseigenschaft der CELAS betroffen.

## 1. Mittelbare Rechtswahrnehmung

Die Frage, ob auch die ausschließlich *mittelbare* kollektive Rechtswahrnehmung unter den Anwendungsbereich des UrhWG fällt und damit ebenso der Erlaubnispflicht unterliegt, kann sich in zwei Konstellationen stellen: Zum einen wird sie bei Lizenzvergabestellen relevant, die auf die Wahrnehmung von Rechten nur derivativer Rechtsinhaber – wie etwa von (Musik-)Verlagen – beschränkt sind und damit unmittelbar keine Rechte von originären Urhebern und Leistungsschutzberechtigten wahrnehmen. Zum anderen betrifft dieser Problemkreis auch die Wahrnehmungstätigkeit von Vereinigungen von Verwertungsgesellschaften, die Rechte unmittelbar nur für die in ihr zusammengeschlossenen Verwertungsgesellschaften und damit ebenso nur mittelbar für die originären Rechtsinhaber verwalten. Beide Fragestellungen werden bei der Beurteilung der CELAS relevant, da auch die CELAS die Rechte von originären Urhebern und Autoren nicht direkt wahrnimmt; vielmehr ist sie allein auf die mittelbare Wahrnehmung einerseits der Vervielfältigungsrechte des derivativen Rechtsinhabers EMI Music Publishing und andererseits der Aufführungsrechte der beiden beteiligten Verwertungsgesellschaften GEMA und PRS beschränkt.

Nach Ansicht des BayVGH ist eine Lizenzvergabestelle nur dann als Verwertungsgesellschaft im Rechtssinne einzustufen, wenn sie zumindest auch Rechte originärer Urheber und Leistungsschutzberechtigter wahrnimmt. Die alleinige Wahrnehmung derivativ erworbener Rechte soll aufgrund des Wortlauts von § 1 Abs. 1 UrhWG nicht erlaubnispflichtig sein, da das Wahrnehmungsunternehmen in einem solchen Fall „ausschließlich für die hinter ihr stehenden Verlage tätig wird“, die „weder Urheber i.S.d. § 7 UrhG noch Inhaber verwandter Schutzrechte i.S.d. §§ 70 bis 87 b UrhG sind“<sup>175</sup>. Demnach wäre konsequenterweise auch die CELAS nicht als Verwertungsgesellschaft zu qualifizieren.

Diese Auffassung überzeugt jedoch nicht. Es bestehen bereits Zweifel an der Tragfähigkeit der vom BayVGH vorgenommenen Wortlautauslegung. Denn es spricht viel mehr dafür, dass das Element der Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten bereits abschließend in der Tatbestandsvoraussetzung der Wahrnehmung von Nutzungs- und Einwilligungsrechten, „die sich aus

175 Vgl. BayVGH ZUM 2003, 78, 80 – *PMG*. Eingehend zu dieser Entscheidung *Riesenhuber*, ZUM 2008, 625, 635 f. Vgl. im Übrigen dazu auch den unterinstanzlichen Beschluss des VG München MMR 2002, 697.

dem Urheberrechtsgesetz ... ergeben“, geregelt ist<sup>176</sup>. Dem Merkmal „Urheber oder Inhaber verwandter Schutzrechte“ ist demnach keine zusätzliche tatbestandsbegrenzende Funktion einzuräumen. Diese Auslegung wird gestützt durch die Erwägung, dass das Wahrnehmungsmodell der GEMA dem Gesetzgeber explizit als Vorbild bei der Schaffung des UrhWG diene. Da die GEMA jedoch zum damaligen Zeitpunkt bereits eine Vielzahl von Berechtigungsverträgen mit derivativen Rechtsinhabern wie Musikverlagen geschlossen hatte, ist daher zu erwarten, dass der Gesetzgeber, hätte er die mittelbare Rechtswahrnehmung nicht der Erlaubnispflicht unterstellen wollen, dies im Rahmen der Begriffsbestimmung der Verwertungsgesellschaft deutlich herausgestellt hätte<sup>177</sup>.

Es ist vor allem auch aus teleologischen Gesichtspunkten kein Grund ersichtlich, wieso der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des UrhWG allein auf originäre Rechtsinhaber hätte begrenzen sollen. Sinn und Zweck der Erlaubnispflicht ist es, die kollektive und treuhänderische Wahrnehmung von Rechten generell einer Missbrauchskontrolle zu unterziehen<sup>178</sup>. Diese Missbrauchsgefahr besteht jedoch unabhängig davon, ob es sich um eine unmittelbare oder nur mittelbare Rechtswahrnehmung handelt, in gleichem Maße<sup>179</sup>, jedenfalls soweit der Lizenzvergabe eine selbstständige Treuhandstellung zukommt<sup>180</sup>. Würde man die ausschließlich mittelbare Rechtswahrnehmung nicht dem UrhWG unterstellen, könnte sich ein Wahrnehmungsunternehmen leicht der Erlaubnispflicht und Missbrauchskontrolle entziehen, indem es bewusst eine derartige Rechtskonstruktion wählte und dann vorträge, es entspräche nicht den Anforderungen einer Verwertungsgesellschaft im Sinne von § 1 Abs. 1 UrhWG<sup>181</sup>. Im Übrigen werden in der Praxis regelmäßig Rechte derivativer Rechtsinhaber (Musikverlage, aber auch Erben (§ 28 UrhG) und Individualtreuhänder) von den Verwertungsgesellschaften wahrgenommen. Konsequenterweise dürfte sich nach Ansicht des BayVGH die Aufsicht des DPMA nicht auf diesen Kreis der Berechtigten erstrecken, was jedoch weder praktisch noch rechtlich durchführbar wäre<sup>182</sup>.

Richtigerweise ist deshalb mit der herrschenden Ansicht das Tatbestandsmerkmal „Urheber oder Inhaber verwandter Schutzrechte“ im Wege einer teleologi-

176 Ebenso *Riesenhuber*, ZUM 2008, 625, 635.

177 Vgl. *Gerlach*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhG, § 1 UrhWG Rn. 5; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, § 1 UrhWG, Rn. 12.

178 Vgl. *Schulze*, a.a.O., Rn. 14.

179 Vgl. *Riesenhuber*, a.a.O.; *Melichar*, in: *Loewenheim*, § 50 Rn. 2 a.

180 Vgl. dazu sogleich unten Ziff. V.

181 Vgl. *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, § 1 UrhWG, Rn. 14.

182 Vgl. *Himmelman*, in: *Kreile/Becker/Riesenhuber* (Hrsg.), S. 827 f., Rn. 26.

schen Extension als „Rechtsinhaber“ im weiten Sinne auszulegen<sup>183</sup>. Auch das DPMA als Aufsichtsbehörde vertritt nach eigenen Angaben diese Auffassung und unterstellt jede Art von mittelbarer kollektiver und treuhänderischer Rechtswahrnehmung der Kontrolle des UrhWG<sup>184</sup>.

Der Umstand, dass die CELAS die von ihr verwalteten Rechte nicht unmittelbar durch Vertragsschluss mit den originären Urhebern, sondern nur mittelbar über den derivativen Rechtsinhaber EMI Music Publishing sowie über die Verwertungsgesellschaften GEMA und PRS bezieht, schließt daher in Einklang mit der herrschenden Auffassung die Qualifizierung der CELAS als Verwertungsgesellschaft nicht aus<sup>185</sup>.

## 2. Mehrere Rechtsinhaber

Die Erfüllung dieses Tatbestandsmerkmals wäre im vorliegenden Fall nur dann nicht erfüllt, wenn, wie eingangs in den Raum gestellt, der Musikverlag EMI Music Publishing tatsächlich der einzige Rechtsinhaber der CELAS wäre. Nach dem Vorgesagten trifft dies jedoch nicht zu.

Bereits bei einer isolierten Betrachtung nur der von EMI Music Publishing selbst eingebrachten angloamerikanischen Vervielfältigungsrechte für die Online-Nutzung, die die CELAS somit direkt und in eigenem Namen wahrnimmt, kann es sich nach dem oben unter Ziff. 1 dargelegten Schutzgedanken nicht nur um einen einzigen Rechtsinhaber im Sinne von § 1 Abs. 1 UrhWG handeln: Bezieht man nämlich die mittelbare Wahrnehmung von Rechten eines derivativen Rechtsinhabers aus den oben genannten Gründen richtigerweise in den Anwendungsbereich von § 1 Abs. 1 UrhWG mit ein, darf man folgerichtig bei der Bestimmung der Anzahl der Berechtigten nicht auf diesen Inhaber abgeleiteter Rechte selbst, sondern muss man auf die dahinter stehenden originären Urheber, die diesem zuvor ihre Rechte

183 Wie hier *Riesenhuber*, ZUM 2008, 625, 636; *Haertel*, UFITA Bd. 50 (1967), 7, 15; *Schriker/Reinbothe*, UrhG, § 1 UrhWG, Rn. 6; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, § 1 UrhWG, Rn. 14, 17; *Melichar*, in: *Loewenheim*, § 50 Rn. 2 a; *Gerlach*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhG, § 1 UrhWG, Rn. 5; *Ventroni*, in: *Schwarz/Peschel-Mehner* (Hrsg.), Ziff. 8.2.3.6., S. 50 ff.; *Hoeren/Aliemark*, GRUR 2010, 16, 19 f. Dagegen *Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhG, Einl. zum UrhWG, Rn. 4, § 1 UrhWG, Rn. 1; *Wirtz*, S. 34, freilich jeweils ohne nähere Begründung; ebenso *Meyer*, Verwertungsgesellschaften und ihre Kontrolle nach dem UrhWG, S. 37 f.

184 Vgl. den zugrunde liegenden Sachverhalt von BayVGH ZUM 2003, 78, 80 – PMG: In dieser Entscheidung wurde dem Widerspruch der Presse Monitor GmbH, einer Gesellschaft, die allein die Rechte von Zeitungsverlegern an elektronischen Pressespiegeln wahrnimmt, gegen eine Untersagungsverfügung des DPMA, das somit von der Verwertungsgesellschaftseigenschaft der PMG ausging, stattgegeben. Vgl. auch *Himmelmann*, in: *Kreile/Becker/Riesenhuber* (Hrsg.), S. 827 f., Rn. 24 – 26.

185 Wie hier *Gerlach*, a.a.O.; *Ventroni*, a.a.O.

eingerräumt haben, abstellen. Denn andernfalls bestünde wiederum die Möglichkeit der Umgehung der Kontrollvorschriften des UrhWG: So könnte eine Verwertungsgesellschaft, die an sich für mehrere Berechtigte tätig wird, sich durch die Gründung einer übergeordneten Wahrnehmungsgesellschaft mit sich selbst als einziger (derivativer) Rechtsinhaberin leicht der Missbrauchskontrolle nach dem UrhWG entziehen. Daher muss auch die mittelbare Wahrnehmung von Nutzungsrechten eines einzigen derivativen Rechtsinhabers (wie etwa eines Musikverlags), der seine Rechte seinerseits von mehreren originären Urhebern ableitet, bereits für sich gesehen das Tatbestandsmerkmal der Wahrnehmung „für mehrere Urheber“ erfüllen<sup>186</sup>. Der angloamerikanische Musikverlag EMI Music Publishing ist im Rahmen dieser nach Maßgabe deutschen (Wahrnehmungs-)rechts vorzunehmenden Untersuchung schließlich auch als Inhaber abgeleiteter urheberrechtlicher Nutzungsrechte und nicht etwa als eigentlicher, vollumfänglicher Copyright-Inhaber anzusehen. Zwar sehen das US-amerikanische und britische Recht grundsätzlich die Möglichkeit einer umfassenden Rechtsübertragung vor, womit der Übertragungsempfänger vollständig in die Rechtsposition des übertragenden Urhebers eintritt<sup>187</sup>. Allerdings ist eine solche vollständige Übertragung des Urheberrechts nach Maßgabe des Schutzlandprinzips jedenfalls für das deutsche Territorium wegen § 29 Abs. 1 UrhG nicht wirksam: Nach herrschender Auffassung wird die Rechtsübertragung stattdessen in ihrer Wirkung als eine exklusive Rechteinräumung aufgefasst<sup>188</sup>, was dazu führt, dass Musikverlage nach deutschem Urheberrecht stets als Inhaber abgeleiteter Rechte anzusehen sind. Demnach nimmt die CELAS nach richtiger Auffassung bereits die mechanischen Online-Rechte von mehreren Urhebern und nicht nur von einem einzigen Rechtsinhaber, dem Verlag EMI Music Publishing, wahr.

Ungeachtet dessen darf jedoch auch die Wahrnehmung der Online-Aufführungsrechte nicht unberücksichtigt bleiben. Nach dem ausdrücklichen Wortlaut von § 1 Abs. 1 UrhG kommt es nämlich nicht darauf an, ob die Wahrnehmung im eigenen oder in fremden Namen erfolgt. Wie ausführlich beschrieben, vergibt die CELAS auch das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung als Bestandteil eines einheitlichen Online-Nutzungsrechts mittelbar im Namen der GEMA bzw. PRS, welche dieses ihrerseits über die Gegenseitigkeitsverträge von den angloamerikanischen Verwertungsgesellschaften ASCAP, BMI, SESAC bzw. PRS und IMRO übertragen bekommen<sup>189</sup>. Eine isolierte Betrachtung nur der Online-Vervielfältigungsrechte ohne Berücksichtigung der gleichermaßen von der CELAS in Vertre-

186 Dahingehend auch *Poll*, ZUM 2008, 500, 505; *Ventroni*, a.a.O.; wohl auch *Schulze*, a.a.O., Rn. 17.

187 Vgl. dazu eingehend oben § 10. B. IV. 1. u. 2.

188 Vgl. nur *Zimmer*, UFITA Bd. 242 (2006), S. 149, 172 m.w.N.

189 Vgl. zur rechtlichen Konstruktion und zum Umfang der Rechteinräumung der CELAS bereits eingehend oben § 12. B. III. 2. a) u. b).



tung wahrgenommenen Aufführungsrechte widersprüche daher dem eindeutigen Wortlaut von § 1 Abs. 1 UrhWG<sup>190</sup>. Daher wird die CELAS bereits nach rein formaler Betrachtungsweise zumindest auch für die Verwertungsgesellschaften GEMA und PRS und damit für mehrere Berechtigte tätig. Freilich ist auch hier nach richtiger Ansicht gemäß den obigen Ausführungen nicht auf die GEMA bzw. PRS selbst, sondern auf die zahlreichen dahinter stehenden angloamerikanischen Urheber (nämlich die Mitglieder bei ASCAP, BMI, SESAC bzw. PRS und IMRO) abzustellen. Somit verwaltet die CELAS ebenfalls die Online-Aufführungsrechte von mehreren Urhebern.

Nach alledem bestehen daher keine ernsthaften Zweifel daran, dass die CELAS Nutzungsrechte mehrerer Rechtsinhaber im Sinne des § 1 Abs. 1 UrhG wahrnimmt<sup>191</sup>.

## V. Wahrnehmung für Rechnung Dritter

§ 1 Abs. 1 UrhWG setzt ferner eine kollektive Wahrnehmung *für Rechnung* mehrerer Urheber oder Leistungsschutzberechtigter voraus.

### 1. Treuhandstellung

#### a) Allgemeines

Das Handeln für fremde Rechnung stellt eine vor allem aus dem bürgerlichen Recht und Handelsrecht<sup>192</sup> entlehnte Rechtsfigur dar, die als wesentliches Charakteristikum den Geschäftserfolg in wirtschaftlicher Hinsicht dem Dritten und nicht dem Handelnden selbst zuordnet. Für die Abgrenzung zum Gegenstück des Handelns für eigene Rechnung ist daher entscheidend, wen letztlich die wirtschaftlichen Vor- und Nachteile des Geschäfts treffen sollen<sup>193</sup>. Maßgebliches Kriterium zur Unterscheidung ist dabei insbesondere, ob der Tätige auf den für ein Handeln für fremde

190 Unzutreffend daher Müller, ZUM 2009, 121, 127, der davon ausgeht, dass die CELAS nur die Rechte eines einzigen Rechtsinhabers – des Verlages EMI Music Publishing – vertritt und damit übersieht, dass § 1 Abs. 1 UrhWG auch die Wahrnehmung im fremden Namen (hier also in Vertretung der Verwertungsgesellschaften PRS und GEMA) umfasst.

191 So auch Ventroni, MMR 2008, 273, 274; Alich, GRUR Int. 2008, 996, 1002; Poll, ZUM 2008, 500, 505 f.; Hoeren/Altemark, GRUR 2010, 16, 18 u. 21.

192 Die Rechtsfigur des Handelns für fremde Rechnung findet sich beispielsweise beim handelsrechtlichen Handlungsgehilfen (§§ 60, 61 HGB) oder beim Kommissionär (§ 383 HGB). Für weitere Beispiele vgl. Riesenhuber, ZUM 2008, 625, 629, Fn. 16.

193 Vgl. Larenz, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, S. 587; Krüger, in: Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, § 383 HGB, Rn. 7; BGH NJW 1962, 868, 869.

Rechnung typischerweise gegebenen Aufwendungsersatzanspruch beschränkt ist<sup>194</sup> oder selbst den erzielten Gewinn abschöpfen kann<sup>195</sup>. Typisches Gegenbeispiel für ein Handeln für eigene Rechnung stellt der Verlagsvertrag dar. Dem Verlagsvertrag ist wesensimmanent, dass das Werk vom Verleger auf eigene Rechnung vervielfältigt und verbreitet wird, der Verlag also das Risiko des Erfolges trägt; der Urheber hat ihm gegenüber lediglich einen Anspruch auf Auszahlung des vereinbarten Anteils<sup>196</sup>.

Im Zusammenhang mit der Charakterisierung von Verwertungsgesellschaften wird in das Tatbestandsmerkmal der Wahrnehmung für Rechnung Dritter insbesondere deren treuhänderische Stellung hineingelesen<sup>197</sup>. Bereits die amtliche Begründung zum Regierungsentwurf zu § 1 UrhWG betont in diesem Zusammenhang die Treuhandfunktion von Verwertungsgesellschaften<sup>198</sup>. Nach dem gesetzgeberischen Willen war es daher gerade die treuhänderische Rechteverwaltung, die – neben der faktischen Monopolstellung von Verwertungsgesellschaften – dem Gesetzgeber als Rechtfertigung für die Normierung der Erlaubnispflicht, für die besonderen regulatorischen Wahrnehmungsbestimmungen sowie für die spezielle staatliche Aufsicht nach dem UrhWG diente<sup>199</sup>.

Eine gesetzliche Definition oder trennscharfe Begriffsbezeichnung der Treuhand gibt es nicht<sup>200</sup>. Charakteristisches Kennzeichen eines Treuhandverhältnisses ist die selbstständige Ausübung von dem Treuhänder anvertrauten, fremden Rechten oder Interessen durch den Treuhänder im Interesse des Treugebers<sup>201</sup>. Der Treuhänder darf dabei von der ihm eingeräumten Rechtsmacht nur nach Maßgabe

194 Beim Kommissionsgeschäft ist der Aufwendungsersatzanspruch ausdrücklich in § 396 Abs. 2 HBG i.V.m. § 670 BGB geregelt, im Übrigen ergibt er sich unmittelbar aus dem zugrunde liegenden Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 BGB i.V.m. § 670 BGB). Vgl. *Canaris*, Handelsrecht, § 30, Rn. 47; *Riesenhuber*, ZUM 2008, 625, 629.

195 Vgl. *Hopt*, in: *Baumbach/Hopt*, HGB, § 61, Rn. 3; *Riesenhuber*, a.a.O.

196 Vgl. *Schricker*, VerlagsR, § 1, Rn. 7 und 73; BGH GRUR 1959, 384, 387 – *Postkalender*.

197 Vgl. *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, § 1 UrhWG, Rn. 10; *Schricker/Reinbothe*, UrhG, § 1 WahrnG, Rn. 4; *Gerlach*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhG, § 1 UrhWG, Rn. 3; *Wirtz*, S. 34; BGH GRUR 1966, 567, 569 – *GELU*; BGH GRUR 1982, 308, 309 – *Kunsthändler*.

198 Vgl. Regierungsentwurf eines Gesetzes über Verwertungsgesellschaften auf dem Gebiet des Urheberrechts v. 23.3.1962, BT-Drs. IV/271, S. 12, 14.

199 Vgl. RegE, a.a.O., wörtlich:

„Unter Verwertungsgesellschaft versteht der Entwurf Unternehmen, die Urheberrechte oder verwandte Schutzrechte für Rechnung mehrerer Rechtsinhaber, also treuhänderisch, zur gemeinsamen Auswertung wahrnehmen. Die treuhänderische Verwaltung und die gemeinsame Wahrnehmung der Rechte durch Abschluss von Pauschalverträgen über das gesamte Repertoire sind die beiden typischen Merkmale, die Voraussetzung für die im Entwurf vorgesehenen Kontrollen und Beschränkungen der Geschäftstätigkeit der Verwertungsgesellschaften sind.“

200 Vgl. *Larenz*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, S. 588; *Meyer*, Verwertungsgesellschaften und ihre Kontrolle nach dem UrhWG, S. 34.

201 Vgl. *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, S. 1; *Liebich/Mathews*, Treuhand und Treuhänder, S. 55 f.; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 46, Rn. 62.

des schuldrechtlichen Treuhandvertrags Gebrauch machen<sup>202</sup>. In der Regel übersteigt dabei aufgrund der ihm beschränkt eingeräumten Rechtsmacht das rechtliche Können des Treuhänders im Außenverhältnis zu Dritten das rechtliche Dürfen im Innenverhältnis zum Treugeber<sup>203</sup>. Speziell bei der Wahrnehmung von Rechten und Ansprüchen durch eine Verwertungsgesellschaft handelt es sich um einen typischen Fall eines Treuhandgeschäfts in Form der fremdnützigen Verwaltungstreuhand: Die Verwertungsgesellschaft nimmt die ihr übertragenen Rechte nach Maßgabe des Wahrnehmungsvertrags als schuldrechtlichem Treuhandvertrag im Interesse des Berechtigten wahr<sup>204</sup>. Insoweit grenzt auch das Erfordernis der Treuhandstellung die Tätigkeit der Musikverlage von derjenigen einer Verwertungsgesellschaft ab. Da Verlage typischerweise allein im eigenen Interesse tätig werden, fehlt es ihnen an der treuhänderischen Stellung. Daher bedürfen sie selbst dann keiner Erlaubnis im Sinne des § 1 Abs. 1 UrhWG, wenn sie im Übrigen die Rechte gemeinsam auswerten und auch sonst wie eine Verwertungsgesellschaft auftreten<sup>205</sup>.

#### b) Keine Gewinnerzielungsabsicht als negatives Tatbestandsmerkmal?

Das DPMA geht nach Angaben Himmelmans von der Annahme aus, dass Verwertungsgesellschaften aufgrund ihrer Treuhandstellung für sich selbst keine Gewinne erzielen können und wollen<sup>206</sup>. Aus dieser Hypothese wird ein entscheidendes Abgrenzungskriterium für die Einstufung als Verwertungsgesellschaft gefolgert, nämlich ob das betreffende Unternehmen entweder gewinnorientiert agiert oder aber treuhänderisch für die ihm angeschlossenen Rechtsinhaber tätig wird. Diese für jeden Einzelfall eigens vorzunehmende Abgrenzung nimmt das DPMA in der Praxis im Wege einer wertenden Gesamtbetrachtung vor<sup>207</sup>. Im Falle der CELAS kam das DPMA bzw. das Bundesjustizministerium zu dem Schluss, dass diese Gesellschaft nur für sich selbst bzw. für den beteiligten Musikverlag EMI Music Publishing, nicht aber für die hinter CELAS bzw. EMI Music Publishing stehenden originären Urheber Gewinne erzielen will<sup>208</sup>. Der Präsident des DPMA führte gegenüber der CELAS wörtlich aus:

202 Vgl. *Mauhs*, Der Wahrnehmungsvertrag, S. 19.

203 Vgl. *Palandt/Bassenge*, BGB, § 903 BGB, Rn. 33.

204 Vgl. *Meyer*, Verwertungsgesellschaften und ihre Kontrolle nach dem UrhWG, S. 35; *Mauhs*, Der Wahrnehmungsvertrag, S. 19; LG Köln ZUM 1998, 168, 169.

205 Vgl. Regierungsentwurf eines Gesetzes über Verwertungsgesellschaften auf dem Gebiet des Urheberrechts v. 23.3.1962, BT-Drs. IV/271, S. 14.

206 Vgl. *Himmelman*, in: *Kreile/Becker/Riesenhuber* (Hrsg.), S. 827, Rn. 23.

207 Vgl. *Himmelman*, a.a.O.

208 Vgl. *Himmelman*, a.a.O., Rn. 26.

„...nach den mir zur Zeit vorliegenden Informationen wird die CELAS GmbH ... derzeit nicht treuhänderisch tätig. Ich halte deshalb zurzeit CELAS nicht für eine Verwertungsgesellschaft, die für ihre Tätigkeit der Erlaubnis des Deutschen Patent- und Markenamtes nach § 1 Urheberrechtswahrnehmungsgesetz ( UrhWG) bedarf. ...“<sup>209</sup>.

Der auch teilweise in der wissenschaftlichen Literatur<sup>210</sup> vertretenen Auffassung, die Gewinnerzielungsabsicht einer Verwertungsgesellschaft für sich selbst schließe zwangsläufig die treuhänderische Tätigkeit für fremde Rechnung aus und umgekehrt, ist Riesenhuber mit überzeugenden Argumenten entgegengetreten<sup>211</sup>: Weder die aus dem allgemeinen Zivilrecht bekannte Rechtsfigur des Handelns für fremde Rechnung noch die Rechtsnatur des Treuhandverhältnisses schließen als solches die Entgeltlichkeit oder die Gewinnerzielungsabsicht des Handelnden bzw. des Treuhänders aus: So ist etwa der Kommissionär im Sinne von § 383 HGB als idealtypisches Beispiel des Handelns für fremde Rechnung anerkanntermaßen gleichzeitig auch entgeltlich und mit Gewinnerzielungsabsicht tätig<sup>212</sup>. Ebenso bedeutet die Treuhandstellung nach allgemeinen zivil- und handelsrechtlichen Maßstäben nicht gleichzeitig eine unentgeltliche Tätigkeit oder ein Handeln ohne Gewinnerzielung<sup>213</sup>: Das schuldrechtliche Treuhandverhältnis ist vielmehr regelmäßig als entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag im Sinne des § 675 BGB ausgestaltet<sup>214</sup>. Insoweit bestehen bereits anhand der Wortlautauslegung von § 1 Abs. 1 UrhWG erhebliche Zweifel an der entgegengesetzten Auffassung des DPMA, bereits die Gewinnerzielungsabsicht schließe die Qualifizierung eines Wahrnehmungsunternehmens als eine Verwertungsgesellschaft aus.

Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus einer systematischen Auslegung des UrhWG. Insbesondere kann aus den Bestimmungen der §§ 6, 7 UrhWG, die eine Wahrnehmung zu angemessenen Bedingungen und eine willkürfreie Verteilung postulieren, kein Verbot einer Entgeltlichkeit bzw. Gewinnerzielungsabsicht herausgelesen werden, da deren Anwendung zunächst voraussetzt, dass tatbestandlich überhaupt eine Verwertungsgesellschaft gegeben ist<sup>215</sup>. Auch sonst lässt

209 Vgl. das Zitat bei LG München ZUM 2009, 788, 789 - *myvideo*.

210 Vgl. *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, § 1 UrhWG, Rn. 10; *Mauhs*, Der Wahrnehmungsvertrag, S. 28.

211 Vgl. *Riesenhuber*, ZUM 2008, 625, 630 ff.

212 Die Gewinnerzielungsabsicht ergibt sich nach herrschender Auffassung bereits aus der Voraussetzung einer gewerbsmäßigen Tätigkeit i.S.d. § 383 Abs. 1 HGB sowie zudem aus der Tatsache, dass ihm neben dem Aufwendungsersatzanspruch (§ 396 Abs. 2 HGB) ein zusätzlicher Provisionsanspruch zusteht (§ 396 Abs. 1 HGB). Vgl. *Krüger*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost*, HGB, § 383 HGB, Rn. 10; BGH NJW 1962, 868, 868; *Canaris*, Handelsrecht, § 30, Rn. 42. Dazu auch *Riesenhuber*, a.a.O. m.w.N.

213 Vgl. *Coing*, Treuhand, S. 92, 154; *Löhnig*, S. 4, 258 ff.

214 Vgl. *Schramm*, in: MünchKommBGB, vor § 164 BGB, Rn. 32; dazu auch *Riesenhuber*, ZUM 2008, 625, 631 m.w.N.

215 Vgl. *Riesenhuber*, a.a.O.

sich aus dem UrhWG nicht der allgemeingültige Grundsatz ableiten, eine Verwertungsgesellschaft müsse ohne eigene Gewinnerzielungsabsicht agieren<sup>216</sup>. Im Gegenteil spricht vielmehr dafür, zur effektiven Durchsetzung und Überprüfung des Willkürverbots in § 7 UrhWG sowie des Angemessenheitsgebots in § 6 UrhWG gerade auch Wahrnehmungsunternehmen mit eigener Gewinnerzielungsabsicht dem Anwendungsbereich des UrhWG zu unterstellen<sup>217</sup>.

Auch die historische Auslegung kommt zu keinem anderen Ergebnis. Zwar diene das Wahrnehmungsmodell der GEMA, die seit jeher ohne eigene Gewinnerzielungsabsicht operiert, ausdrücklich als Vorbild bei der Ausgestaltung des UrhWG<sup>218</sup>. Dass gerade diese Eigenschaft der GEMA dem UrhWG künftig als allgemeintypisches Wesensmerkmal aller Verwertungsgesellschaften gelten sollte, lässt sich in den gesetzgeberischen Erwägungen jedoch in keiner Weise bestätigen. Die Gesetzesmaterialien geben in diesem Zusammenhang keinen Hinweis darauf, dass das Tatbestandsmerkmal für Rechnung Dritter eine unentgeltliche Tätigkeit ohne Gewinnerzielungsabsicht voraussetzt. Die amtliche Begründung betont insoweit lediglich, dass dieses Merkmal als Abgrenzungskriterium zur Verlagstätigkeit, bei der traditionell der Verleger das wirtschaftliche Risiko trägt, dienen sollte<sup>219</sup>. Im Gegenteil ist vielmehr anzunehmen, dass der Gesetzgeber angesichts des bewussten Eingriffs in die grundrechtlich geschützte Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) bei der Schaffung des UrhWG nicht von vorneherein bestimmte Geschäftspraktiken wie etwa ein gewinnorientiertes Handeln ausklammern wollte<sup>220</sup>.

Schließlich wird diese Auffassung auch aus teleologischer Sicht gestützt. Es ist kein einleuchtender Grund ersichtlich, Wahrnehmungsunternehmen, die mit Gewinnerzielungsabsicht agieren, von der Aufsicht des UrhWG auszunehmen. Die Freistellung derartiger Lizenzvergabestellen von der Erlaubnispflicht und der staatlichen Aufsicht böte nicht zu rechtfertigende Umgehungsmöglichkeiten, indem sich diese bewusst dem Anwendungsbereich des UrhWG ohne weiteres dadurch entziehen könnten, dass sie gewinnorientiert agieren<sup>221</sup>. So würden beispielsweise die US-amerikanischen Performing Rights Societies ASCAP und BMI dem deutschen Wahrnehmungsrecht unterfallen, die gewinnorientierte SESAC hingegen nicht<sup>222</sup>. Das Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht ist daher ein Kriterium, das

216 Vgl. *Riesenhuber*, a.a.O.

217 Vgl. *Riesenhuber*, a.a.O.

218 Vgl. *Riesenhuber*, a.a.O.

219 Vgl. Regierungsentwurf eines Gesetzes über Verwertungsgesellschaften auf dem Gebiet des Urheberrechts v. 23.3.1962, BT-Drs. IV/271, S. 14.

220 Vgl. *Riesenhuber*, ZUM 2008, 625, 632.

221 Vgl. *Riesenhuber*, ZUM 2008, 625, 633. Vgl. zur Frage der Umgehungsmöglichkeit der wahrnehmungsrechtlichen Missbrauchskontrolle durch bewusste Nichterfüllung einzelner Tatbestandsvoraussetzungen auch *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, § 1 UrhWG, Rn. 14.

222 Vgl. zur Gewinnerzielungsabsicht der SESAC oben § 10. C. I. 2. d).

schlicht nicht zur Unterscheidung von aufsichtsfreien und aufsichtsbedürftigen Wahrnehmungsunternehmen geeignet ist<sup>223</sup>. Im Gegenteil liegt vielmehr der entgegengesetzte Schluss a fortiori nahe: Wahrnehmungsunternehmen, die gewinnorientiert operieren und sonst alle Merkmale einer Verwertungsgesellschaft erfüllen, bedürfen erst recht der Erlaubnispflicht sowie der staatlichen Aufsicht, da hier eine umso höhere Missbrauchsgefahr sowohl gegenüber den Rechtsinhabern als auch gegenüber den Musiknutzern besteht<sup>224</sup>. Das DPMA ist sich dieser Umgebungsproblematik grundsätzlich bewusst. Himmelmann führt hierzu aus:

„In der Praxis ist die Abgrenzung zwischen treuhänderischer und auf Gewinnerzielung gerichteter Tätigkeit häufig sehr schwierig. Ab welchem Grad der Gewinnerzielungsabsicht ein Unternehmen, das Urheber- oder Leistungsschutzrechte gemeinsam auswertet, keiner Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 UrhWahrnG bedarf, ist ungeklärt. Bei der Prüfung ist zu bedenken, dass sich ein Unternehmen, das im Übrigen alle typischen Merkmale einer Verwertungsgesellschaft aufweist, allein durch die (vielleicht nur behauptete) Absicht, Gewinn erzielen zu wollen, der Erlaubnispflicht, dem Abschluss- und Wahrnehmungszwang sowie der ständigen Aufsicht durch das DPMA leicht entziehen könnte. Vor diesem Hintergrund prüft die Aufsichtsbehörde in jedem Einzelfall, ob im Wege einer Gesamtbetrachtung das Unternehmen als gewinnorientiertes Gebilde agiert oder zu treuen Händen Urheberrechte wahrnimmt“<sup>225</sup>

Diese vom DPMA herangezogene Methode, die ausschlaggebende Gewinnabsicht gesamtbetrachend zu bewerten, offenbart jedoch – ungeachtet der fehlerhaften rechtlichen Prämisse – zusätzlich das praktische Problem verlässlicher Abgrenzung<sup>226</sup>. Denn letztlich ist es mangels konsistenter Abgrenzungskriterien unklar, welches Maß an Gewinnerzielungsabsicht für eine Einstufung als Verwertungsgesellschaft noch ausreichend sein und wann die Freistellung vom UrhWG erfolgen soll.

Aus überzeugenden rechtlichen und rechtspraktischen Erwägungen ist daher nach richtiger Auffassung dem Ansatz des DPMA nicht zu folgen. Das Merkmal der Entgeltlichkeit bzw. der Gewinnerzielungsabsicht ist keine negative Tatbestandsvoraussetzung von § 1 Abs. 1 UrhWG und auch kein taugliches Kriterium für die Entscheidung, Wahrnehmungsunternehmen der Aufsicht des DPMA zu unterstellen oder nicht.

223 Vgl. *Riesenhuber*, a.a.O.

224 Vgl. *Riesenhuber*, a.a.O.

225 Vgl. *Himmelmann*, in: *Kreile/Becker/Riesenhuber* (Hrsg.), S. 827, Rn. 23.

226 Vgl. *Riesenhuber*, ZUM 2008, 625, 634.

## 2. Anwendung der Grundsätze auf die Wahrnehmungstätigkeit der CELAS

Legt man zunächst die oben unter Ziff. a) dargestellten Kriterien zur Bejahung der aus dem Bürgerlichen Recht bekannten Rechtsfiguren des Handelns für fremde Rechnung bzw. der Treuhandstellung auf die Wahrnehmung der Online-Vervielfältigungs- und Aufführungsrechte durch die CELAS an, ergibt sich folgendes Bild:

Der Verlag EMI Music Publishing hat der CELAS die mechanischen Online-Rechte seines angloamerikanischen Verlagsrepertoires eingeräumt. Von der ihr eingeräumten Rechtsmacht darf die CELAS gleichwohl nur nach den Vorgaben und im Interesse des Verlags, nämlich zum Zwecke der zentralen europaweiten Rechtswahrnehmung an gewerbliche Musiknutzer nach Maßgabe des mit ihm geschlossenen Grundlagenvertrages<sup>227</sup>, Gebrauch machen. Im Rahmen dessen ver gibt die CELAS eigenständig Nutzungsrechte, übernimmt die Abrechnung und das Inkasso allein im Interesse von EMI Music Publishing<sup>228</sup>. Ferner kommt der Geschäftserfolg bei der Wahrnehmung der mechanischen Online-Rechte in wirtschaftlicher Hinsicht dem Verlag und nicht der CELAS zugute. So ist die CELAS, wie dies auch die Angaben auf ihrer Homepage verdeutlichen, auf einen beim Handeln für fremde Rechnung typischerweise gegebenen Aufwendungsersatzanspruch<sup>229</sup> (nämlich bezüglich der angefallenen Verwaltungskosten) beschränkt<sup>230</sup>. Somit liegt bei der Verwaltung der mechanischen Online-Rechte nach traditionellen zivilrechtlichen Maßstäben ein Treuhandverhältnis bzw. ein Handeln für Rechnung von EMI Music Publishing vor.

Darüber hinaus ist auch die mittelbare Wahrnehmung der Aufführungsrechte durch die CELAS im Namen der GEMA bzw. der PRS zu berücksichtigen, da der Wortlaut von § 1 Abs. 1 UrhWG sowohl die Rechtswahrnehmung im eigenen als auch im fremden Namen umfasst. Die beiden Verwertungsgesellschaften unterliegen jedoch unzweifelhaft einer treuhänderischen Bindung gegenüber ihren Mitgliedern<sup>231</sup>. Dieser Bindung können sie sich grundsätzlich auch nicht durch die Einschaltung eines Vertreters oder Agenten wie der CELAS entledigen, ohne ihre eigene Treuhandverpflichtung gegenüber den Urhebern zu verletzen<sup>232</sup>. An eine Ausnahme hiervon wäre höchstens dann zu denken, wenn die CELAS im Hinblick

227 Vgl. dazu oben § 9. A.

228 Vgl. *Alich*, GRUR Int. 2008, 996, 1003.

229 Vgl. zum wesentypischen Aufwendungsersatzanspruch beim Handeln für fremde Rechnung bereits oben Ziff. 1. a).

230 Vgl. die Angaben auf der Homepage der CELAS, abrufbar unter (zuletzt abgerufen am 28.8.2009): <http://www.cela.eu/CelasTabs/About.aspx>:

„All CELAS earnings minus administrative costs are paid to domestic/international publishers whose repertoire is used in online and mobile services including downloading, streaming and ring tones.“

231 Vgl. für die GEMA etwa § 1 GEMA-Berechtigungsvertrag und § 2 Ziff. 2 GEMA-Satzung.

232 Vgl. *Ventroni*, in: *Schwarz/Peschel-Mehner* (Hrsg.), Ziff. 8.2.3.6., S. 53.

auf die mittelbare Wahrnehmung der Aufführungsrechte keine selbstständige Treuhandstellung innehatte. Eine solche Treuhandstellung wird bei der mittelbaren Rechtswahrnehmung nämlich teilweise dann verneint, wenn sich die Tätigkeit des Wahrnehmungsunternehmens in einer reinen Inkassofunktion erschöpft<sup>233</sup>. Diese Auffassung ist freilich wenig einleuchtend, da sich Inkassotätigkeit und Treuhandstellung nicht ausschließen<sup>234</sup>. Ohnehin aber geht die Tätigkeit der CELAS, auch was die mittelbare Lizenzierung der Online-Aufführungsrechte anbelangt, über die einer bloßen Inkassoorganisation hinaus<sup>235</sup>: Denn die Aktivitäten der CELAS umfassen insoweit auch darüber hinausgehende verwertungsgesellschaftliche Kernaufgaben wie Lizenzierung zu festgelegten Vergütungssätzen<sup>236</sup>, Nutzungsüberwachung und -abrechnung für die GEMA und die PRS. Darüber teilt die CELAS die erzielten Lizenzgebühren selbstständig zwischen der GEMA, der PRS und EMI Music Publishing auf<sup>237</sup>.

Somit hat die CELAS nach allgemeiner zivilrechtlicher Anschauung im Hinblick sowohl auf die mechanischen Rechte als auch auf die Aufführungsrechte eine Treuhandstellung inne. Folgt man daher richtigerweise der Auffassung, dass die Gewinnerzielungsabsicht eines Wahrnehmungsunternehmens nicht als Ausschlusskriterium für die Qualifizierung als Verwertungsgesellschaft begriffen wird, steht damit das Handeln für fremde Rechnung im Sinne von § 1 Abs. 1 UrhWG durch die CELAS außer Frage.

Aber auch bei Anlegung der vorbezeichneten Kriterien des DPMA ist ein Handeln für Rechnung Dritter durch die CELAS schwerlich abzulehnen. Bei wertender Betrachtung der hybriden Lizenzstruktur der CELAS ist auch das vom DPMA geforderte negative Tatbestandsmerkmal einer fehlenden Gewinnerzielungsabsicht erfüllt. Mag die Rechtsform der CELAS (GmbH) zwar prima facie ein gewinnorientiertes Handeln nahelegen, ergibt sich jedoch die fehlende Gewinnerzielungs-

233 Vgl. *Melichar*, in: *Loewenheim*, § 46, Rn. 20; *Schricker/Reinbothe*, UrhG, § 1 WahrG, Rn. 8; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, § 1 UrhWG, Rn. 18; *Gerlach*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhG, § 1 UrhWG, Rn. 5; LG Stuttgart ZUM 2001, 614, 616.

234 So stellen die Inkassotreuhand sowie die Inkassoession im Bürgerlichen Recht anerkannte Formen der Treuhand dar; vgl. *Palandt/Bassenge*, BGB, § 903, Rn. 35. Die oftmals angeführte Begründung, die ZPU (Zentralstelle für private Überspielungsrechte), eine von der GEMA, GVL und VG Wort zur gemeinsamen Wahrnehmung der Vergütungsansprüche nach den §§ 54 ff. UrhWG gegründete Einrichtung, unterliefe nur deshalb nicht dem UrhWG, da es sich bei ihr um eine „bloße Inkassostelle“ ohne Treuhandfunktion handele (vgl. *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, § 1 UrhWG, Rn. 18 m.w.N.), ist daher unzutreffend. Richtig vielmehr *Riesenhuber*, ZUM 2008, 625, 638, der aufgrund eines mangelnden Schutzbedürfnisses die Anwendung des UrhWG auf die ZPU im Wege einer teleologischen Reduktion des Tatbestandes des § 1 Abs. 1 UrhWG ablehnen will; vgl. ebenso *Meyer*, Verwertungsgesellschaften und ihre Kontrolle nach dem UrhWG, S. 37 (freilich unzutreffend, was die mittelbare Rechtswahrnehmung anbelangt).

235 Vgl. *Alich*, GRUR Int. 2008, 996, 1003; *Ventroni*, a.a.O. A.A. Müller, ZUM 2009, 121, 127.

236 Vgl. dazu sogleich unten VI.

237 Vgl. dazu bereits oben § 14. C.



absicht genau genommen bereits daraus, dass die GEMA und PRS als die einzigen Gesellschafter der CELAS GmbH, die sich somit nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen einen Gewinn ausschütten lassen könnten, seit jeher ohne Gewinnerzielungsabsicht agieren. Der Rechtsinhaber EMI Music Publishing selbst ist aber gesellschaftsrechtlich an der CELAS nicht beteiligt<sup>238</sup>. Dementsprechend finden sich auch auf der Homepage der CELAS keinerlei Hinweise, dass diese tatsächlich gewinnorientiert arbeiten würde. Vielmehr heißt es dort, dass die CELAS alle erzielten Einnahmen (abzüglich von Verwaltungskosten) vollständig an nationale und internationale Verlage ausschüttet<sup>239</sup>. Danach sollen die wirtschaftlichen Vorteile gerade nicht der CELAS, sondern allein den beteiligten Rechtsinhabern zugute kommen. So unterscheidet sich die Wahrnehmungstätigkeit der CELAS insoweit nicht wesentlich von traditionellen Verwertungsgesellschaften wie etwa der GEMA, wenn sie letztlich alle Erträge nach Abzug der eigenen Kosten an die beteiligten Rechteinhaber und nicht etwa an die eigenen Gesellschafter abführt.

Vor diesem Hintergrund ist die Argumentation des DPMA zur Bejahung der Gewinnerzielungsabsicht der CELAS unzutreffend und widersprüchlich zugleich, wenn darauf abgestellt wird, dass die

„CELAS-GmbH nur für sich selbst (bzw. für EMI Music Publishing) Gewinne erzielen will, nicht aber für die hinter CELAS (bzw. EMI) originären Urheber.“<sup>240</sup>

Denn soweit die CELAS auch nach Aussage des DPMA im wirtschaftlichen Interesse des Musikverlags EMI Music Publishing tätig wird, schließt dies im Umkehrschluss eine eigene Gewinnerzielungsabsicht der CELAS gerade aus. Entscheidend ist also allein die Tatsache, dass nicht die CELAS, sondern andere Rechtsinhaber – sei es EMI Music Publishing, seien es die dahinterstehenden originären Urheber – die Gewinne erhalten sollen. Die vom DPMA vorgenommene Gleichsetzung von CELAS und dem Rechtsinhaber EMI Music Publishing, der nicht unmittelbar als Gesellschafter an CELAS beteiligt, sondern allein Treugeber der mechanischen Online-Rechte ist, leuchtet daher nicht ein: Entweder ist ein Wahrnehmungsunternehmen für sich selbst gewinnorientiert tätig mit der Folge der Verneinung der Verwertungsgesellschaftseigenschaft oder es handelt im Interesse der beteiligten Rechtsinhaber und ist damit eine Verwertungsgesellschaft

238 Vgl. dazu bereits oben § 9. A.

239 Vgl. die Angaben auf der Homepage der CELAS, abrufbar unter <http://www.cela.eu/CelasTabs/About.aspx> (zuletzt abgerufen am 28.8.2009):

„All CELAS earnings minus administrative costs are paid to domestic/international publishers whose repertoire is used in online and mobile services including downloading, streaming and ring tones. ... The licence fees CELAS collects are distributed as royalties to the rights holders promptly whenever their works are used in the online and mobile environments.“

240 Zitiert nach *Himmelman*, in: *Kreile/Becker/Riesenhuber* (Hrsg.), S. 827, Rn. 26 b.

im Rechtssinne. Da § 1 Abs. 1 UrhWG nicht zwischen verschiedenen Arten von Rechtsinhabern – Verlagen und originären Urhebern – differenziert, ist es zur Verneinung der eigenen Gewinnerzielungsabsicht der CELAS auch nicht entscheidend, ob die erzielten Gewinne ausschließlich bei den dahinterstehenden originären Urhebern landen oder zunächst EMI Music Publishing als derivativem Inhaber der mechanischen Rechte zugute kommen, der den *writer's share* dann später an seine verlagsgebundenen Urheber weiterleitet<sup>241</sup>; maßgeblich ist allein, dass die CELAS selbst, wie vorliegend der Fall, an den Gewinnen nicht beteiligt ist.

Im Übrigen ist die Annahme des DPMA, die CELAS würde nur für sich selbst bzw. EMI Music Publishing Gewinne erzielen, in dieser Pauschalität ohnehin unzutreffend. Denn es fehlt unzweifelhaft an der Gewinnerzielungsabsicht der CELAS im Hinblick auf die nur in Vertretung der GEMA und PRS vergebenen Online-Aufführungsrechte<sup>242</sup>. Insoweit wird die CELAS ausschließlich im wirtschaftlichen Interesse dieser Verwertungsgesellschaften bzw. der hinter diesen stehenden originären Urheber tätig: Die erzielten Aufführungsrechtslizenzen gibt die CELAS (nach Abzug von Verwaltungskosten) im vollen Umfang an die GEMA und PRS weiter<sup>243</sup>. Angesichts dessen, dass nach dem vorläufigen Verteilungsplan für den Nutzungsbereich Online der GEMA für die verschiedenen Internetnutzungen zumindest ein Drittel (bei Download-Nutzungen), bei sämtlichen übrigen interaktiven Auswertungsformen sogar zwei Drittel der Lizenzerträge auf die Aufführungsrechte entfallen<sup>244</sup>, ist nach der vom DPMA postulierten Gesamtbetrachtung auch aus diesem Gesichtspunkt eine Gewinnerzielungsabsicht der CELAS im Ganzen abzulehnen.

Schließlich sind im Rahmen dieser Gesamtbetrachtung auch die Nutzungsrechte an den vielzähligen Split Copyright-Werken zu berücksichtigen, die die CELAS in Kooperationen mit den anderen beteiligten Rechtsinhabern (Verwertungsgesellschaften oder sonstigen Zentrallizenzinitiativen) wahrnimmt<sup>245</sup>. Soweit hierbei die Wahrnehmung von Rechtsanteilen betroffen ist, die nicht dem Verlag EMI Music Publishing zuzuordnen sind, liegt auch diesbezüglich keine Gewinnerzielungsabsicht der CELAS – weder für sich selbst noch für EMI Music Publishing – vor.

Somit ist richtigerweise insgesamt eine eigene Gewinnerzielungsabsicht der CELAS zu verneinen und daher auch bei Anlegung der Prüfungsmaßstäbe des

241 Angesichts der späteren Ausschüttung des *writer's share* durch EMI Music Publishing an seine verlagsgebundenen Urheber ist insoweit ein ausschließliches Tätigwerden nur für den Musikverlag und nicht für die dahinterstehenden Urheber ohnehin unzutreffend.

242 Dahingehend auch *Ventroni*, a.a.O.

243 Vgl. oben § 14. C.

244 Vgl. dazu oben § 2. D. I. 4.

245 Vgl. zur Split Copyright-Problematik oben § 15.

DPMA von einer Wahrnehmung für fremde Rechnung im Sinne von § 1 Abs. 1 UrhWG auszugehen.

## VI. Wahrnehmung zur gemeinsamen Auswertung

Die gemeinsame Auswertung von Rechten setzt voraus, dass das wahrnehmende Unternehmen über die ihm anvertrauten Rechte durch pauschale oder einheitliche Nutzungsbedingungen verfügt, etwa durch Aufstellung einheitlicher Tarife oder durch Einräumung von Nutzungsrechten an einem Gesamtrepertoire<sup>246</sup>. Auch wenn die amtliche Begründung zum UrhWG den Abschluss von Pauschalverträgen als typisch für Verwertungsgesellschaften ansieht<sup>247</sup>, ist man sich heute einig, dass das Merkmal der gemeinsamen Auswertung nicht zwingend den Abschluss pauschalisierter Nutzungsverträge voraussetzt<sup>248</sup>. Der Begriff ist vielmehr weit auszulegen und umfasst auch die einheitlich ausgeübte Nutzungskontrolle und die einheitliche Wahrnehmung und Geltendmachung von Auskunftsansprüchen<sup>249</sup>. Dieses Tatbestandsmerkmal dient daher neben demjenigen der Treuhandstellung als weiteres Abgrenzungskriterium zur Tätigkeit von Verlagen. Letztere vergeben die ihnen anvertrauten Rechte individuell und können daher bei ihren Tarifen aufgrund der Unanwendbarkeit der §§ 12, 13 Abs. 1 UrhWG die Beliebtheit und Qualität und damit den Marktwert des betreffenden Werks berücksichtigen<sup>250</sup>.

In der Praxis nimmt das DPMA nach eigenen Angaben regelmäßig eine Indizprüfung vor: Handelt es sich bei den wahrgenommenen Rechten typischerweise um solche, die wegen der Vielzahl der in Betracht kommenden Verwerter und der Schwierigkeiten der Nutzer, die Nutzungsrechte von den zahlreichen einzelnen Rechtsinhabern individuell einzuholen, sinnvollerweise nur gemeinschaftlich wahrgenommen werden können, besteht in einem solchen Fall eine starke Indizwirkung für eine kollektive Rechtswahrnehmung zur gemeinsamen Auswertung<sup>251</sup>.

Dieses Tatbestandsmerkmal ist bei der CELAS ebenfalls erfüllt. Sie vergibt Lizenzen an ihrem gesamten angebotenen Musikrepertoire und fordert einheitliche und nutzungsbezogene Vergütungssätze (derzeit nach dem Bestimmungslandprinzip<sup>252</sup>), die nicht nach Qualität oder Beliebtheit des von ihr repräsentierten Reper-

246 Vgl. Nordemann, in: *Fromm/Nordemann, UrhG*, §§ 1, 2 UrhWG, Rn. 3.

247 Vgl. aml. Begr. zum RegE UrhWG, v. 23.3.1962, BT-Drs. IV/271, S. 14.

248 Vgl. nur Himmelmann, in: *Kreile/Becker/Riesenhuber* (Hrsg.), S. 826, Rn. 19.

249 Vgl. *Schricker/Reinbothe, UrhG*, § 1 WahrnG, Rn. 7.

250 Vgl. *Schulze*, in: *Dreier/Schulze, UrhG*, § 1 UrhWG, Rn. 16.

251 Vgl. *Himmelmann*, a.a.O., Rn. 21.

252 Vgl. dazu oben § 14. A.

toires differenzieren<sup>253</sup>. Ebenso übt die CELAS die Kontrolle über das von ihr wahrgenommene Repertoires einheitlich aus. Somit nimmt die CELAS die Musikwerke des angloamerikanischen Verlagsprogramms von EMI Music Publishing auch zur gemeinsamen Auswertung im Sinne von § 1 Abs. 1 UrhWG wahr.

## VII. Nicht nur gelegentlich oder kurzfristig

Eine Verwertungsgesellschaft ist dann nicht nur gelegentlich oder kurzfristig im Sinne von § 1 Abs. 2 UrhWG tätig, wenn sie geschäftsmäßig und auf Dauer angelegt ist<sup>254</sup>. Erforderlich ist dabei nicht, dass das betreffende Wahrnehmungsunternehmen auf Dauer in Deutschland tätig ist; nach § 1 Abs. 2 UrhWG sind nur solche Gesellschaften von der Erlaubnispflicht auszunehmen, die lediglich punktuell urheberrechtliche Drittinteressen verfolgen, nicht aber professionelle, dauerhaft tätige Wahrnehmungsgesellschaften, auch wenn sie ihren Sitz im Ausland haben und nur gelegentlich Rechte in Deutschland wahrnehmen<sup>255</sup>.

Nach Angaben der GEMA ist mit dem Rechtsinhaber EMI Music Publishing zunächst eine Laufzeit von fünf Jahren für die Wahrnehmungstätigkeit der CELAS vereinbart<sup>256</sup>. Aufgrund dessen und angesichts der Vielzahl der bereits abgeschlossenen Lizenzverträge mit gewerblichen Musiknutzern<sup>257</sup> bestehen daher an der geschäftsmäßigen und dauerhaft angelegten Wahrnehmungstätigkeit der CELAS keine Zweifel.

## VIII. Teleologische Überprüfung

Nach alledem ist daher der Tatbestand von § 1 Abs. 1 UrhWG erfüllt und somit von einer Einstufung der CELAS als Verwertungsgesellschaft auszugehen. Dieses Ergebnis hält auch einer abschließenden teleologischen Überprüfung stand. Folgende weitere Erwägungen verdeutlichen, dass die Wahrnehmungstätigkeit der CELAS nach Sinn und Zweck des UrhWG als die einer Verwertungsgesellschaft im Rechtssinne anzusehen ist:

Entsprechend den obigen Ausführungen<sup>258</sup> fällt – ungeachtet der hier diskutierten Verwertungsgesellschaftseigenschaft der CELAS insgesamt – jedenfalls die

253 So auch *Ventroni*, MMR 2008, 273, 274; *Alich*, GRUR Int. 2008, 996, 1002.

254 Vgl. *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, § 1 UrhWG, Rn. 21.

255 Vgl. OLG Köln GRUR 2008, 69 – *ausländische Verwertungsgesellschaft*.

256 Vgl. *Heker*, Vorstandsvorsitzender der GEMA, Interview in *Musikwoche*, Nr. 8/2009 vom 13.2.2009, S. 15.

257 Vgl. oben § 9. A.

258 Vgl. oben § 17. A. V. 2.

isolierte Lizenzierung der Aufführungsrechte in Deutschland durch die CELAS im Namen der GEMA bzw. der PRS unter den Anwendungsbereich des UrhWG. Denn diese Rechte liegen materiellrechtlich weiterhin bei diesen Verwertungsgesellschaften, die sich ihrer wahrnehmungsrechtlichen Missbrauchskontrolle auch nicht durch eine „Auslagerung“ auf eine andere Lizenzvergabestelle wie die CELAS entziehen können<sup>259</sup>. Unzweifelhaft unterliegt somit der *Aufführungsrechtsbestandteil* des von der CELAS vergebenen einheitlichen Online-Rechts der Kontrolle des deutschen Wahrnehmungsrechts, insbesondere der Tarifkontrolle (§§ 11 Abs. 1, 13 Abs. 3 UrhWG). Wie bereits erläutert<sup>260</sup>, ist der Nutzer bei der Musikauswertung im Internet aber in aller Regel zwingend auch auf das mechanische Online-Recht angewiesen<sup>261</sup>. Im Falle der Verneinung der Verwertungsgesellschaftseigenschaft von CELAS insgesamt und damit insbesondere des Nichteingreifens der wahrnehmungsrechtlichen Tarifkontrolle nach §§ 11 Abs. 1, 13, 14 ff. UrhWG für die von EMI Music Publishing eingebrachten Vervielfältigungsrechte könnte daher die CELAS das Verbot der Aufstellung unangemessener Tarife für die Online-Nutzung des Aufführungsrechts dadurch ins Leere laufen lassen, dass sie den im Wege schiedsgerichtlicher Kontrolle nicht überprüfbaren Tarif für das im eigenen Namen vergebene mechanische Recht unangemessen erhöht. Insoweit bestünde also die Gefahr, dass das zwingende Angemessenheitsgebot der §§ 11 Abs. 1, 13 UrhWG bezüglich der Aufführungsrechtstarife durch in der Höhe frei festsetzbare Tarife<sup>262</sup> für die zur Online-Nutzung ebenfalls erforderlichen Vervielfältigungsrechte faktisch umgangen wird. Um dem Schutzzweck des UrhWG umfassend Geltung zu verleihen, spricht daher vor diesem Hintergrund viel für den Vorschlag Ventronis, im Sinne einer Gesamtbetrachtung ein Wahrnehmungsunternehmen bereits dann einheitlich als Verwertungsgesellschaft zu behandeln, wenn – wie im Falle der CELAS – zumindest ein Teil dessen einheitlicher Tätigkeit unzweifelhaft die Merkmale einer Verwertungsgesellschaft erfüllt<sup>263</sup>.

Im Übrigen darf nicht übersehen werden, dass es der CELAS – obwohl formalrechtlich selbstständig – möglich ist, die personelle, örtliche<sup>264</sup> und technische Infrastruktur der beteiligten Verwertungsgesellschaften GEMA und PRS zu nut-

259 Ebenso *Alich*, GRUR Int. 2008, 996, 1003.

260 Vgl. § 3. B. IV.

261 Denn das geschützte Werk muss zunächst auf den Server hochgeladen werden, bevor das Aufführungsrecht des § 19 a UrhG genutzt werden kann.

262 Gesetzliche Grenzen setzen lediglich § 138 BGB (Sittenwidrigkeit) und ggf. kartellrechtliche Bestimmungen (§ 19 GWB, Art. 102 AEUV).

263 Vgl. *Ventroni*, in: *Schwarz/Peschel-Mehner* (Hrsg.), Ziff. 8.2.3.6., S. 54 f.

264 Vgl. die Angabe der CELAS auf ihrer Homepage, online abrufbar unter (zuletzt abgerufen am 22.8.2009): <http://www.celas.eu/CelasTabs/About.aspx>:

„CELAS GmbH is registered in Germany and operates out of GEMA and PRS for Music offices in Germany and the U.K.“

zen<sup>265</sup>. Auch wenn die GEMA nach der hierauf gerichteten Kritik der Enquête-Kommission des Deutschen Bundestages<sup>266</sup> mittlerweile betont hat, dass die CELAS eine eigene Datenbank aufgebaut habe und insoweit nicht (mehr) auf die Werkdatenbank der GEMA rekurriere<sup>267</sup>, ist es gleichwohl auch nach Angaben der GEMA weiterhin der Fall, dass die Werkdatenbank der CELAS mit den anderen Datenbanken der verschiedenen Verwertungsgesellschaften vernetzt ist und die CELAS damit auf die – insbesondere für die Lizenzierung von Split Copyright-Werken erforderlichen – Werkinformationen zuzugreifen imstande ist. Diese Zugriffsmöglichkeit auf die Daten aller bei den übrigen Verwertungsgesellschaften registrierten Werken gewährt dem Rechtsinhaber EMI Music Publishing durch die Konstruktion der CELAS jedoch einen entscheidenden Vorteil gegenüber der Alternative der vollständig individuellen Rechtswahrnehmung: Denn es ist nicht davon auszugehen, dass dem Verlag EMI Music Publishing im Falle der rein individuellen Rechteverwaltung weiterhin ein derartig ungehinderter und umfassender Zugang zu den Werkdatenbanken der Verwertungsgesellschaften gewährt würde. Die Tatsache, dass EMI Music Publishing bzw. die CELAS von dem Datenerfassungssystem sowie der technischen und personellen Infrastruktur ihrer Gesellschafterin GEMA profitieren, während in umgekehrter Richtung ein gleichwertiger Nutzen für die anderen Rechtsinhaber bei der GEMA oder PRS nicht erkennbar ist<sup>268</sup>, spricht daher aus teleologischen Erwägungen ebenso für die Einstufung der CELAS als Verwertungsgesellschaft im Sinne von § 1 Abs. 1 UrhWG.

## IX. Zwischenergebnis

Entgegen der Ansicht des DPMA bzw. des Bundesjustizministeriums ist die CELAS somit richtigerweise als Verwertungsgesellschaft im Sinne von § 1 UrhWG einzuordnen. Diese Ansicht wird in der wissenschaftlichen Literatur mehrheitlich

265 Vgl. *Poll*, ZUM 2008, 500, 506.

266 Vgl. Abschlussbericht der Enquête-Kommission des Deutschen Bundestages „Kultur in Deutschland“, 16. Wahlperiode 2007, Drs. 16/7000, S. 279. Vgl. dazu eingehend sogleich unten § 17. B. I.

267 Vgl. *GEMA*, Stellungnahme zum Schussbericht der Enquête-Kommission „Kultur in Deutschland“ des Deutschen Bundestages, S. 8 f.

268 Vgl. *Poll*, a.a.O.

bestätigt<sup>269</sup>. Auch das LG München tendierte in einer jüngst ergangenen Entscheidung in diese Richtung, ohne dies abschließend zu beurteilen<sup>270</sup>.

Nach zutreffender Auffassung finden somit die regulatorischen Beschränkungen des UrhWG auf die Wahrnehmungstätigkeit der CELAS, soweit sie Rechte des deutschen Urheberrechtsgesetzes wahrnimmt, Anwendung. Dies bedeutet zunächst, dass ihr mangels erteilter Erlaubnis des DPMA gemäß § 1 Abs. 3 UrhWG die Aktivlegitimation zur Geltendmachung ihrer Rechte in zivilprozessualen Verletzungsklagen fehlt. Ferner unterliegt die CELAS den speziellen Verpflichtungen des UrhWG: So muss sie einen Verteilungsplan aufstellen (§ 7 UrhWG), sämtliche Tarife unterliegen dem Angemessenheitsgebot und sind wie die Tarife der GEMA im Wege des Schiedsverfahrens überprüfbar. Konsequenterweise unterliegt die CELAS auch dem Wahrnehmungszwang gemäß § 6 UrhWG im Innenverhältnis gegenüber anderen deutschen und EU-mitgliedstaatlichen Rechtsinhabern: Der Wahrnehmungszwang verpflichtet Verwertungsgesellschaften, Rechte und Ansprüche nach dem UrhG für Berechtigte im Rahmen des jeweiligen im Gesellschaftsvertrag fixierten Tätigkeitsgebiets wahrzunehmen<sup>271</sup>. Eine Verwertungsgesellschaft kann zwar Umfang und Grenzen der Wahrnehmungstätigkeit in objektiver Hinsicht, etwa auf bestimmte Werk- oder Nutzungsarten, selbst begrenzen mit der Folge, dass ein Urheber unter Berufung auf den Wahrnehmungszwang etwa eine Erweiterung der Geschäftstätigkeit nicht verlangen kann<sup>272</sup>. Subjektive Kriterien, die auf die Person der Rechtsinhaber abstellen, dürfen den Wahrnehmungszwang hingegen nicht einschränken<sup>273</sup>. Ebenso schließt die Existenz anderer Verwertungsgesellschaften desselben Tätigkeitsbereichs (wie etwa das Bestehen der GEMA) den Wahrnehmungszwang nicht aus, da sonst Urheber zwischen den konkurrierenden Verwertungsgesellschaften hin und her verwiesen werden könnten<sup>274</sup>. Nach alledem kann sich die CELAS somit auch nicht gegen die Aufnahme anderer Rechtsinhaber neben dem Verlag EMI Music Publishing sperren.

269 Vgl. *Ventroni*, in: *Schwarz/Peschel-Mehner* (Hrsg.), Ziff. 8.2.3.6., S. 48 ff; *ders.*, MMR 2008, 273, 274; *Poll*, a.a.O.; *Alich*, GRUR Int. 2008, 996; *Gerlach*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhG, § 1 UrhWG, Rn. 3; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 4. Aufl., Rn. 1174 a; *Hoeren/Altemark*, GRUR 2010, 16, 21; in diese Richtung auch *Drexl*, zitiert in *Alich/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR 2008, 43, 44; *Hilty*, in: *Leistner* (Hrsg.), S. 138. Ablehnend *Himmelmann*, in: *Kreile/Becker/Riesenhuber* (Hrsg.), S. 829, Rn. 26 b; Müller, ZUM 2009, 121, 127.

270 Vgl. LG München ZUM 2009, 788, 794 - *myvideo*.

271 Vgl. *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, § 6 UrhWG, Rn. 5 u. 26.

272 Vgl. *Haertel*, UFITA Bd. 50 (1967), 7, 17; *Gerlach*: in *Wandtke/Bullinger*, UrhG, § 6 UrhWG, Rn. 8.

273 Vgl. *Haertel*, a.a.O.; *Gerlach*, a.a.O.

274 Vgl. *Gerlach*, a.a.O.; *Schricker/Reinbothe*, UrhG, § 6 WahrnG, Rn. 12; *Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhG, § 6 WahrnG, Rn. 3 d; *Mauhs*, Der Wahrnehmungsvertrag, 36 f.; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, § 6 UrhWG, Rn. 26 m.w.N. Anders noch amtl. Begr. UFITA 46 (1966), S. 271, 280.

## B. Folgen der Fehleinschätzung des DPMA

Die (fehlerhafte) Entscheidung des DPMA bzw. des Bundesjustizministeriums, die CELAS vom Anwendungsbereich des UrhWG auszuklammern, hat in der Öffentlichkeit – nicht zuletzt von politischer Seite – nicht unerhebliche Kritik erfahren (unten I.). Auch in rechtlicher Hinsicht stellen sich durch die ablehnende Entscheidung des DPMA Folgefragen im Hinblick auf die wahrnehmungsrechtliche Kontrolle bei der Vergabe der *Online-Aufführungsrechte* der GEMA, die die CELAS teilweise in deren Namen wahrnimmt (unten II).

### I. Kritik an der Wahrnehmungstätigkeit der CELAS wegen der Unanwendbarkeit des UrhWG

Die CELAS war seit Beginn ihrer Wahrnehmungstätigkeit von verschiedenen Seiten scharfer Kritik ausgesetzt. So nahm die Enquête-Kommission des Deutschen Bundestages in ihrem Abschlussbericht „Kultur in Deutschland“ aus dem Jahr 2007 ausdrücklich Bezug auf die Rechtswahrnehmung der CELAS und führte hierzu aus:

„Am Beispiel des weltweit führenden Musikverlags EMI Music Publishing wird in Bezug auf die partielle Ausgründung von CELAS deutlich, dass die gegenwärtige Struktur auch von großen Primärverwertern infrage gestellt wird. Durch den mit der GEMA abgeschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrag ist der Zugang für CELAS zu den Daten der GEMA eröffnet, ohne die die Tätigkeit der CELAS von vorneherein zum Scheitern verurteilt wäre. Als eigenständige Rechtsperson unterliegt die CELAS jedoch nicht den Beschränkungen des Urheberrechtswahrnehmungsgesetzes. Damit stellt die GEMA eine Struktur zur Verfügung, die es CELAS erlaubt, ein für die Nutzer unverzichtbares Musikrepertoire zu lizenzieren, ohne dass die Pflichten des Urheberrechtswahrnehmungsgesetzes wie der doppelte Abschlusszwang, die Tarifkontrolle oder Staatsaufsicht greifen würden. Die eigens für EMI Music Publishing errichtete Struktur führt im Ergebnis zu einer wirtschaftlichen Privilegierung gegenüber den übrigen von der GEMA vertretenen Rechtsinhabern. Denn die Vorteile der kollektiven Rechtswahrnehmung werden gleichermaßen genutzt.

Es besteht die Gefahr, dass dieses Modell der Mischform Schule macht. ... Der Unterschied wäre aus kulturpolitischer Sicht bedeutend: Wurde das Repertoire zuvor zu den von der Verwertungsgesellschaft veröffentlichten Tarifen vergeben, geschähe dies nun nach den Tarifvorgaben des jeweiligen Primärverwerter, gleichwohl aber unter Verwendung der Datenbanken, welche die Ver-