

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-

wertungsgesellschaften mit den Treuhandgeldern ihrer Berechtigten aufgebaut haben. Das vom Urheberrechtswahrnehmungsgesetz vorgegebene Gleichbehandlungsgebot und Willkürverbot wäre außer Kraft gesetzt. Die von den Berechtigten kraft Wahrnehmungsvertrag übertragene treuhänderische Verpflichtung würde missachtet...

Verwertungsgesellschaften [müssen sich aber] darauf beschränken, ihren im Urheberrechtswahrnehmungsgesetz verankerten Aufgaben nachzukommen und nicht wirtschaftlich tätig zu werden. Dazu gehört auch die Pflicht, dass Verwertungsgesellschaften keine Dienstleistungen gegenüber Dritten erbringen dürfen, die mit der Natur ihrer Tätigkeit unvereinbar sind. Insbesondere sollten sich keine auf Gewinnerzielung ausgerichteten Tochterunternehmen gründen und auch nicht Berechtigten, die für die Mitgliedschaft in der Verwertungsgesellschaft qualifiziert wären, Inkassodienstleistungen anbieten dürfen.²⁷⁵

Dementsprechend formulierte die Enquête-Kommission folgende Handlungsempfehlung:

„Die Enquête-Kommission empfiehlt dem Deutschen Bundestag, den Verwertungsgesellschaften gesetzlich zu untersagen, als Inkassounternehmen für kommerzielle Unternehmen tätig zu werden, die auch als Berechtigte dieser Verwertungsgesellschaften qualifiziert wären. Damit wird verhindert, dass Berechtigte ihre Rechte der Tarifhoheit der Verwertungsgesellschaft, der Tarifüberprüfung durch die Schiedsstelle und dem Abschlusszwang entziehen, um sie anschließend Verwertungsgesellschaften lediglich zur Verwaltung und zum Inkasso nach Tarifvorgaben des jeweiligen Berechtigten zu übergeben.“²⁷⁶

Die Kritik der Enquête-Kommission an der Wahrnehmungstätigkeit der CELAS fokussiert sich somit in erster Linie darauf, dass die CELAS frei von jeglichen Beschränkungen des UrhWG operieren kann²⁷⁷. Ähnliche Kritik an der Nichtanwendbarkeit der gesetzlichen Wahrnehmungsbestimmungen erfuhr die CELAS

275 Vgl. Abschlussbericht der Enquête-Kommission des Deutschen Bundestages „Kultur in Deutschland“, 16. Wahlperiode 2007, Drs. 16/7000, S. 279 f.

276 Vgl. Abschlussbericht der Enquête-Kommission des Deutschen Bundestages „Kultur in Deutschland“, S. 285.

277 Die GEMA machte in ihrer offiziellen Stellungnahme zum Schlussbericht der Enquête-Kommission zwar die Zwänge der eingetretenen Marktveränderung infolge der Kommissions-Empfehlung vom 18.10.2005 deutlich; auf die Frage der Anwendbarkeit der wahrnehmungsrechtlichen Bestimmungen auf die Tätigkeit der CELAS ging die GEMA jedoch nicht ein. Vgl. *GEMA*, Stellungnahme zum Schlussbericht der Enquête-Kommission „Kultur in Deutschland“ des Deutschen Bundestages, S. 6 ff.; online abrufbar unter (zuletzt abgerufen am 16.9.2009): http://www.gema.de/fileadmin/inhaltsdateien/presse/Stellungnahme_09e.pdf.

auch von Nutzerseite²⁷⁸. Eine behördliche Qualifizierung der CELAS als Verwertungsgesellschaft durch das DPMA würde damit die zentralen Kritikpunkte an deren Wahrnehmungstätigkeit entkräften.

Nach Auffassung der GEMA hätte hingegen die Anwendbarkeit des im europaweiten Vergleich vergleichsweise strengen UrhWG²⁷⁹ auf die Tätigkeit der CELAS eine gegenüber den anderen europäischen Gesellschaften nachteilige Wettbewerbsverzerrung zur Folge²⁸⁰. In der Tat ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Einordnung der CELAS als Verwertungsgesellschaft und die damit verbundene strenge Aufsicht den Standort Deutschlands für diese paneuropäische Zentrallizenzinitiative gefährden und das Risiko einer Abwanderung ins europäische Ausland begründen würde²⁸¹. Gleichwohl können diese wirtschaftspolitischen Erwägungen keinen Einfluss auf die Auslegung des deutschen Wahrnehmungsrechts ausüben. Es zeigt sich an dieser Stelle einmal mehr das dringende Bedürfnis einer europaweiten Harmonisierung des Rechts der Verwertungsgesellschaften, um gleiche Bedingungen für die grenzüberschreitende kollektive Lizenzierung von Urheberrechten zu gewährleisten.

II. Auswirkungen auf die Tarifaufstellungspraxis der GEMA im Hinblick auf die Online-Nutzung der Aufführungsrechte

Weitere rechtliche Fragestellungen schließen sich an die (fehlerhafte) Verneinung der Verwertungsgesellschaftseigenschaft der CELAS durch das DPMA an. Diese betreffen insbesondere die Reichweite der wahrnehmungsrechtlichen Kontrolle über die von CELAS mittelbar im Namen der GEMA wahrgenommenen Aufführungsrechte.

278 Vgl. *BITKOM*, Stellungnahme zur Mitteilung der Kommission über kreative Online-Inhalte im Binnenmarkt (KOM (2007) 836) vom 29.2.2008, S. 6 f., online abrufbar unter (zuletzt abgerufen am 15.9.2009): http://www.bitkom.org/60376.aspx?url=Stellungnahmeentwurf_zur_EU-Online_Mitteilung_2008-02-29_final.pdf&mode=0&b=Themen;VPRT, Stellungnahme zur Empfehlung der Kommission zu Online-Musikdiensten (2005/737/EC) vom Juni 2007, S. 7 f., online abrufbar unter (zuletzt abgerufen am 16.9.2009): http://circa.europa.eu/Public/irc/markt/markt_consultations/library?!=/copyright_neighbouring/collective_cross-border/vprt_depdf/DE_1.0_&a=d.

279 Vgl. die Übersicht über die europäischen Wahrnehmungsrechtsordnungen unten § 18. B.

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

281 So *Gerlach*, in: *Wandke/Bullinger*, UrhG, § 1 UrhWG, Rn. 3.

1. Tarifaufstellungspflicht der GEMA bzgl. der Online-Aufführungsrechte

Wie bereits oben ausgeführt²⁸², unterliegt die Lizenzierung der Aufführungsrechte als Bestandteil der Online-Rechte auch dann den Beschränkungen des UrhWG, wenn nach der Entscheidung des DPMA die CELAS *insgesamt* nicht als Verwertungsgesellschaft zu qualifizieren ist. Denn die GEMA ist neben der PRS als Inhaberin der digitalen Aufführungsrechte für das deutsche Territorium unzweifelhaft an die wahrnehmungsrechtlichen Verpflichtungen gebunden, und zwar nicht nur dann, wenn sie diese Rechte selbst lizenziert, sondern auch, wenn sie wie im Falle der CELAS ein anderes Unternehmen zur mittelbaren treuhänderischen Rechtswahrnehmung beauftragt. Dies hat auch CELAS selbst bestätigt²⁸³. Daher unterliegt die GEMA für die von ihr mittelbar administrierten *Online-Aufführungsrechte* dem Abschlusszwang zu angemessenen Tarifbedingungen, vgl. §§ 11 Abs. 1, 13 Abs. 3 UrhWG. Diesen Kontrahierungszwang kann die GEMA gegenüber den Musiknutzern auch nicht mit der Argumentation einschränken, dass sie die Erteilung der von ihr wahrgenommenen Aufführungsrechte unter die aufschiebende Bedingung des Erwerbs weiterer erforderlicher Rechte von Dritten, wie etwa der mechanischen Vervielfältigungsrechte von CELAS, stellt²⁸⁴. Die Einhaltung des Tarifangemessenheitsgebots bezüglich des Aufführungsrechtsanteils kann darüber hinaus im Wege der schiedsgerichtlichen Kontrolle (§ 14 UrhWG) überprüft werden²⁸⁵.

Der schiedsgerichtlichen Überprüfung der Aufführungsrechtstarife zur Online-Nutzung steht jedoch derzeit schlicht die Tatsache entgegen, dass die GEMA bislang noch keine eigenständigen Tarife für die verschiedenen Arten der Nutzung der Online-Aufführungsrechte gemäß § 19 a UrhG aufgestellt hat. Bisher haben sowohl die GEMA als auch die paneuropäischen Zentrallizenzstellen CELAS und PAECOL, an denen die GEMA als Lizenzgeberin der Aufführungsrechte beteiligt

282 Vgl. oben § 17. A. V. 2. u. VIII.

283 Vgl. *Wolf*, Geschäftsführer der CELAS, zitiert in *Alich/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR 2008, 43, 45.

284 Vgl. hierzu LG München ZUM 2005, 920, 933. In dieser Entscheidung stellte das Gericht im Zusammenhang mit der Einräumung von Klingelton-Nutzungsrechten klar, dass die GEMA aufgrund des Wahrnehmungszwangs nach § 11 Abs. 1 UrhWG die Vergabe der Vervielfältigungsrechte nicht vom Nachweis einer – nach damaliger Rechtslage zusätzlich erforderlichen – Bearbeitungsgenehmigung durch den Komponisten bzw. Verlag im Sinne einer aufschiebenden Bedingung abhängig machen darf, wie es ihr Muster-Nutzungsvertrag für Rufmelodien zum damaligen Zeitpunkt vorsah. Dieser zweigleisigen Lizenzerteilungspraxis hat der BGH im Übrigen mittlerweile Einhalt geboten; vgl. BGH GRUR 2009, 395 ff. – *Klingeltöne für Mobiltelefone*, mit Anm. *Schulze*; dazu auch oben § 3. B. III. 2.

285 Nach § 16 Abs. 1 UrhWG ist die Durchführung des Schiedsverfahrens sogar bei Klagen über die Tariffestlegung eine von Amts wegen zu prüfende Prozessvoraussetzung, dessen Unterbleiben zu einer Klageabweisung als unzulässig führt. Vgl. *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, § 16 UrhWG, Rn. 2.

ist, die Online-Nutzungsrechte nur als ein einheitliches Recht zu einheitlichen Vergütungssätzen vergeben. Dementsprechend hat die GEMA zwar eine Reihe unterschiedlicher Tarife zur Online-Nutzung veröffentlicht²⁸⁶; jedoch umfassen diese stets beide Bestandteile des Vervielfältigungs- und das Aufführungsrechts und weisen nicht den auf das Aufführungsrecht entfallenden Tarifanteil gesondert aus²⁸⁷. Hingegen hält sie bisher keine eigenständigen Tarife bereit, die sich allein auf den von ihr im Rahmen der Lizenzvergabe durch CELAS und PAECOL verwalteten Aufführungsrechtsanteil beziehen.

Folgt man daher der Ansicht des DPMA, die CELAS insgesamt nicht als eine Verwertungsgesellschaft im Sinne von § 1 Abs. 1 UrhWG einzustufen, stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob und inwieweit die GEMA im Hinblick auf die bei ihr liegenden Online-Aufführungsrechte, die teilweise die CELAS ebenso wie PAECOL in Vertretung der GEMA wahrnehmen, zur Aufstellung separater Tarife verpflichtet ist.

Die §§ 13 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 UrhWG konstituieren grundsätzlich die Pflicht von Verwertungsgesellschaften, Tarife über die von ihnen geforderten Vergütungen aufzustellen und diese im Bundesanzeiger zu veröffentlichen. Kommt eine Verwertungsgesellschaft der Tarifaufstellungspflicht nicht nach, kann die Aufsichtsbehörde sie hierzu auffordern und, falls sie dem nicht nachkommt, im Extremfall sogar die Erlaubnis widerrufen, vgl. § 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 Nr. 2 UrhWG²⁸⁸. Eine Verwertungsgesellschaft muss gleichwohl nicht für jeden nur denkbaren Einzelfall gesonderte Tarife vorsehen²⁸⁹. Entsprechend dem Sinn und Zweck der Tarifaufstellungspflicht gemäß § 13 Abs. 1 S. 1 UrhWG ergibt sich aber, dass Verwertungsgesellschaften jedenfalls zur Aufstellung von Tarifen für *typische Nutzungshandlungen* verpflichtet sind²⁹⁰. Denn § 13 Abs. 1 UrhWG soll einerseits sicherstellen, dass die Verwertungsgesellschaften alle gleich gelagerten Nutzungsvorgänge im Interesse der Allgemeinheit gleich behandeln und abrechnen (sog. Gleichbehandlungsgebot), und andererseits verhindern, dass die Verwertungsgesellschaften in jedem Einzelfall über die Art und Höhe der Lizenzgebühren neu

286 Vgl. dazu oben § 2. D. I. 3. a).

287 Vgl. *Ventroni*, in: *Schwarz/Peschel-Mehner* (Hrsg.), Ziff. 8.2.3.6., S. 54. So war bereits in der Vergangenheit der konkrete Tarifanteil des Aufführungsrechts am Gesamttarif des Online-Nutzungsrechts unklar. Da jedoch die GEMA vor den Herausnahmeinitiativen der angloamerikanischen Musikverlage beide Bestandteile des Online-Rechts aus eigener Hand auf Grundlage einheitlicher Tarife lizenzieren konnte, war insoweit keine tarifliche Aufspaltung in separate Vervielfältigungs- und Aufführungsrechtstarife geboten.

288 Es besteht jedoch kein subjektives Recht des individuellen Werknutzers gegenüber der Verwertungsgesellschaft, Tarife aufzustellen; vgl. *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, § 13 UrhWG, Rn. 3.

289 Vgl. *Schricker/Reinbothe*, UrhG, § 13 WahrnG, Rn. 1; *Schulze*, a.a.O., Rn. 6; v. *Gamm*, Festschrift Für Nirk, S. 314, 317; BGH GRUR 1983, 565, 567 – *Tarifüberprüfung II*; Schiedsstelle beim DPMA ZUM 1987, 183, 185.

290 Vgl. *Gerlach*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhG, § 13 UrhWG, Rn. 2.

verhandeln müssen²⁹¹. Der Zweck zur Aufstellung von Tarifwerken besteht daher vornehmlich darin, bestimmte Sachverhalte in ihren typischen Gegebenheiten schematisch zu erfassen²⁹². Deutet daher ein Einzelfall darauf hin, dass mit weiteren vergleichbaren Fällen zu rechnen ist, muss die Verwertungsgesellschaft die Vergütung dieser Nutzungsart durch einen einheitlichen Tarif regeln²⁹³.

Vorliegend besteht die Verpflichtung der GEMA, eigenständige Tarife für sämtliche typischen Nutzungshandlungen der Aufführungsrechte im Internet- und Mobilfunkbereich aufzustellen, soweit die entsprechenden Online-Nutzungsrechte von der GEMA selbst nicht mehr vollständig und nach einem einheitlichen Tarif lizenziert werden können. Aufgrund der Herausnahme großer Teile der mechanischen Vervielfältigungsrechte zur interaktiven Online-Nutzung durch die anglo-amerikanischen Musikverlage ist die GEMA insoweit nicht mehr in der Lage, vollständige Online-Nutzungsrechte einzuräumen; indes kann sie weiterhin die Aufführungsrechte des größten Teils des Weltrepertoires im Internet- und Mobilfunkbereich vergeben²⁹⁴. Da die GEMA Teile dieser Aufführungsrechte nicht nur im Einzelfall, sondern im Rahmen ihrer Beteiligung an CELAS (betreffend die angloamerikanischen Aufführungsrechte von EMI Music Publishing) und PAECOL (bezüglich der angloamerikanischen Wiedergaberechte von Sony/ATV Music Publishing) gerade auch für typisierte Massennutzungen (mittelbar) lizenzieren lässt, ist sie nach den oben genannten Kriterien nach § 13 Abs. 1 UrhWG zur Tarifaufstellung angehalten. Dies betrifft freilich nur die typischen Nutzungshandlungen bei den interaktiven On-Demand-Auswertungsformen einschließlich der Rechte zur Klingeltonnutzung gemäß § 19 a UrhG. Keine tarifliche Aufspaltung in den Aufführungs- und Vervielfältigungsrechtsbestandteil ist hingegen bei den linearen Online-Sendeformen wie Simulcasting und Webcasting geboten, die bisher weiterhin vollumfänglich im herkömmlichen Wahrnehmungssystem des nationalen One-Stop-Shops von der GEMA lizenziert werden können.

Im Hinblick auf die wirtschaftlich relevanten interaktiven Online-Nutzungsformen ist eine von § 13 Abs. 1 UrhWG bezweckte Gleichbehandlung derzeit ohne separate Tarife der GEMA für das digitale Aufführungsrecht nicht gesichert. Es besteht noch nicht einmal die Garantie dafür, dass die betreffenden Aufführungsrechtstarife bei den beiden Zentrallizenzunternehmen CELAS und PAECOL, an denen die GEMA teilweise (CELAS) bzw. vollständig (PAECOL) als Lizenzgeberin der Aufführungsrechte beteiligt ist, tatsächlich identisch sind. Was somit die Tarifbedingungen der GEMA anbelangt, ist die mittelbare Rechtswahrnehmung

291 Vgl. Amtl. Begr. zum RegE, v. 23.3.1962, BT-Drs. IV/271, S. 17; *Schricker/Reinbothe*, a.a.O.; BGH GRUR 2004, 669, 671 – *Musikmehrkanaaldienst*.

292 Vgl. BGH GRUR 1974, 35, 37 – *Musikautomat*; BGH GRUR 1988, 373, 376 – *Schallplattenimport III*.

293 Vgl. *Schulze*, ZUM 1999, 827, 832.

294 Vgl. dazu oben § 16. A. II.

durch die CELAS bzw. PAECOL somit im hohen Maße intransparent und wahrnehmungsrechtswidrig. Wenn das DPMA die CELAS schon (zu Unrecht) nicht als Verwertungsgesellschaft im Sinne der §§ 1 Abs. 1, Abs. 4 UrhWG eingestuft hat, muss es konsequenterweise die GEMA zumindest im Rahmen seiner repressiven Aufsichtstätigkeit gemäß § 19 Abs. 1 UrhWG dazu auffordern, eigenständige Tarife zur Internet- und Mobilfunknutzung ihrer Online-Aufführungsrechte aufzustellen und zu veröffentlichen, wie es die §§ 13 Abs. 1 und Abs. 2 UrhWG zwingend vorsehen.

2. Kriterien für die Berechnung der GEMA-Tarife für die Nutzung der Aufführungsrechte im Online-Bereich

Abschließend soll der Frage nachgegangen werden, nach welchen Kriterien die angemessene Höhe der von der GEMA aufzustellenden Aufführungsrechtstarife zu bestimmen sind.

Vorgaben für die Angemessenheit von Tarifen enthält § 13 Abs. 3 UrhWG. Als Ausgangspunkt dient dabei der Grundsatz, den Urheber tunlichst am wirtschaftlichen Nutzen seines Werkes zu beteiligen²⁹⁵. Berechnungsgrundlage für die Tarife sollen daher nach § 13 Abs. 3 S. 1 UrhWG primär die geldwerten Vorteile sein, die durch die Verwertung erzielt werden. Hierfür sind die Bruttoumsätze, nicht aber der erzielte Gewinn maßgeblich²⁹⁶. Subsidiär können auch andere Berechnungsgrundlagen zur Tarifbestimmung herangezogen werden, vgl. § 13 Abs. 3 S. 2 UrhWG. Ist nach diesen Kriterien der jeweilige Beteiligungssatz für die verschiedenen interaktiven Online-Nutzungen der Aufführungsrechte gemäß § 19a UrhG ermittelt, gibt § 13 Abs. 3 S. 3 UrhWG den Verwertungsgesellschaften zwingend auf, bei der Tarifgestaltung den Anteil der Werknutzung am Gesamtumfang des Verwertungsvorganges angemessen zu berücksichtigen, was zu einem Abschlag beim oben ermittelten Beteiligungssatz führen kann²⁹⁷. Im vorlie-

295 Vgl. BGH GRUR 1986, 376, 378 – *Filmmusik*.

296 Vgl. *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, § 13 UrhWG, Rn. 16 m.w.N. Die Zulässigkeit der Tarifberechnung in Form von prozentualen Umsatzanteilen durch Verwertungsgesellschaften hat der EuGH im Hinblick auf Art. 102 AEUV (ex-Art. 82 EG) wiederholt bestätigt. Vgl. zuletzt EuGH, Urteil vom 11. 12. 2008, Rs. C-52/07, GRUR 2009, 421 ff. – *Kanal 5 u. TV 4 AB/STIM*, wonach eine Verwertungsgesellschaft seine faktische Monopolstellung nicht missbräuchlich ausnutzt, wenn sie für die Vergütung der Auswertung urheberrechtlich geschützter Musikwerke ein auf den Umsatz bezogenes Vergütungsmodell anwendet, soweit dabei die so ermittelte Vergütung im angemessenen Verhältnis zum tatsächlichen Nutzungsumfang der Musikwerke steht und es keine andere Methode gibt, nach der die Nutzung dieser Werke und der Zuschaueranteil genauer festgestellt und mengenmäßig bestimmt werden können, ohne dass dies zugleich zu einer unverhältnismäßigen Erhöhung der Kosten der Verwaltung und der Überwachung der Nutzung der genannten Werke führen würde.

297 Vgl. *Gerlach*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhG, § 13 UrhWG, Rn. 12.

genden Fall der Online-Nutzung kommen bei der Aufstellung der Aufführungsrechtstarife Abzüge in zweifacher Hinsicht in Betracht:

Wie bereits ausgeführt²⁹⁸, sind bei dem Kombinationsrecht der Online-Musiknutzung stets zwei urheberrechtliche Nutzungsrechte, das Aufführungs- sowie das Vervielfältigungsrecht, betroffen. Daher stellt sich die Frage, ob bei der Bemessung der Vergütungshöhe für die Nutzung der Aufführungsrechte zu berücksichtigen ist, dass zwingend noch zusätzlich Vervielfältigungsrechtslizenzen einzuholen sind. Der BGH hat in seiner Entscheidung *Sender Felsberg* festgestellt, dass sich die Tatsache, dass die geldwerten Vorteile des Verwerter durch weitere Vergütungsansprüche Dritter gemindert sind, grundsätzlich tarifmindernd auswirken kann, um eine doppelte Belastung von Vergütungsansprüchen zu vermeiden²⁹⁹. Die Schiedsstelle am DPMA hat diesen Gedanken in einem der Online-Nutzung vergleichbaren Fall aufgegriffen und fortgeführt. In ihrem Einigungsvorschlag zum Tarif für Klingeltöne im Schiedsverfahren zwischen der BITKOM³⁰⁰ und GEMA, zu deren Nutzung nach damaliger Lizenzerteilungspraxis neben den Vervielfältigungsrechten der GEMA zusätzlich die Einwilligung des Urhebers bzw. des Verlags erforderlich war³⁰¹, führte die Schiedsstelle aus:

„Die Schiedsstelle hält jedoch eine Reduzierung des oben ermittelten Lizenzsatzes ... für erforderlich. Es ist zwischen den Beteiligten dieses Verfahrens nicht streitig, dass die Mitglieder des Antragstellers [BITKOM] zur Abgeltung von Eingriffen in das Urheberpersönlichkeitsrecht beachtliche individuelle Zahlungen an die Rechtsinhaber leisten müssen, um Ruftonmelodien rechtmäßig anbieten zu können. Der Antragsteller spricht zutreffend davon, von der Antragsgegnerin [GEMA] lediglich ein Rumpfrecht erhalten zu können. Zwar ist der Antragsgegnerin darin zuzustimmen, dass diese Problematik keine unmittelbare Tariffrage ist. Grund und Höhe dieser Zahlungen unterliegen auch nicht den Regelungen des Urheberrechtswahrnehmungsgesetzes. Dennoch hält die Schiedsstelle aus Billigkeitsgründen eine Berücksichtigung dieses Umstands bei der Bemessung des Lizenzsatzes für angemessen. ... Die von der

298 Vgl. oben § 3. B.

299 Vgl. BGH ZUM 2003, 225, 228 – *Sender Felsberg*. Gegenstand der Entscheidung waren französischsprachige Rundfunksendungen, die vom grenznahen deutschen Gebiet aus bestimmungsgemäß ins unmittelbar angrenzende Frankreich gesendet wurden. Zur Bemessung der Höhe der Vergütungsansprüche führte der BGH aus, dass die geldwerten Vorteile im Sinne von § 13 Abs. 3 S. 1 UrhWG dann gemindert sind, wenn die Rundfunksendungen nicht nur mit den von der deutschen Verwertungsgesellschaft (hier: GVL) wahrgenommenen inländischen Vergütungsansprüchen belastet sind, sondern zusätzlich auch mit Ansprüchen, die den Rechtsinhabern nach französischem Recht zustehen, weil die Rundfunksendungen auf den Empfang durch die Öffentlichkeit in Frankreich abzielen.

300 Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V.

301 Diesem zweistufigen Lizenzierungsverfahren hat der BGH mittlerweile Einhalt geboten; vgl. BGH GRUR 2009, 395 ff. – *Klingeltöne für Mobiltelefone*, mit Anm. *Schulze*; dazu auch oben § 3. B. III. 2.

Antragsgegnerin nach dem Tarif VR-OD 1 übertragenen Rechte sind nicht ausreichend, Ruftonmelodien rechtmäßig auf dem Markt anbieten zu können. Vielmehr muss daneben noch der Vergütungsanspruch der Urheber wegen der durch die Verkürzung und Verwendung ihrer Werke als Ruftonmelodie erfolgenden Beeinträchtigung des Urheberpersönlichkeitsrechts erfüllt werden. ... Die Rechtsinhaber erhalten also zum einen eine Vergütung nach dem Tarif VR-OD 1 und zum anderen eine individuelle Vergütung zur Abgeltung der Beeinträchtigung des Urheberpersönlichkeitsrechts. Eine Berücksichtigung dieser zusätzlichen Zahlungen im Rahmen der Ermittlung des angemessenen Lizenzsatzes ist insbesondere deshalb gerechtfertigt, da dieselben Rechtsinhaber – allerdings aus zwei verschiedenen Rechtsgründen – Zahlungen erhalten. Soweit die Antragsgegnerin diesen Argumenten mit rechtlich zutreffender Begründung entgegnet, dass es sich dabei um Vergütungszahlungen handelt, die nicht der kollektiven Rechtswahrnehmung unterfallen, ist kein anderes Ergebnis gerechtfertigt. Aus Sicht der Mitglieder des Antragstellers erhalten die Rechtsinhaber eine Doppelvergütung. Die Tatsache, dass deren Vorgehen rechtlich als zulässig angesehen wird, steht einer Deckelung der insgesamt zu zahlenden Summe aus Billigkeitsgründen nicht entgegen. Nur so kann der Tatsache ausreichend Rechnung getragen werden, dass die Mitglieder des Antragstellers zwar eine tarifmäßige Vergütung für Ruftonmelodien zahlen, letztlich mit den übertragenen Rechten aber noch keine Ruftonmelodien anbieten dürfen.³⁰²

Die beiden Fallkonstellationen sind insoweit vergleichbar, da auch die Online-Nutzung bei den paneuropäischen Zentrallizenzunternehmen letztlich ein zweistufiges Lizenzierungsverfahren erfordert. Auch wenn die CELAS bzw. PAECOL an die Musikverwerter ein einheitliches Online-Recht vergeben, handelt es sich in Wahrheit doch um zwei getrennte Lizenzierungsvorgänge von zwei verschiedenen Rechtsinhabern. Darüber hinaus unterliegt eines der beiden Vergütungszahlungen (nach Ansicht des DPMA) nicht der kollektiven Rechtswahrnehmung und damit nicht den zwingenden Tarifvorgaben des UrhWG. Überträgt man somit die Grundsätze der Schiedsstellenentscheidung auf den vorliegenden Fall der aufgespaltenen Lizenzvergabe durch die CELAS und PAECOL, ist daher auch hier bei der Bestimmung der Vergütungshöhe des von der GEMA mittelbar vergebenen Aufführungsrechts aus Billigkeitserwägungen tarifmindernd zu berücksichtigen, dass der Musiknutzer noch ein weiteres (mechanisches) Nutzungsrecht von anderer Seite zur rechtmäßigen Online-Nutzung erwerben muss.

302 Vgl. Einigungsvorschlag der Schiedsstelle für Klingeltöne zwischen der GEMA und BITKOM vom 24.10.2006, ZUM 2007, 77, 82.

Im Hinblick auf die Höhe des Abzugs wird maßgeblich sein, welcher Nutzungsanteil dem Aufführungsrecht im Vergleich zum Vervielfältigungsrechtsanteil bei der jeweiligen Online-Verwertungsform zukommt. Hierfür wird zwischen den verschiedenen Online-Nutzungsarten zu differenzieren sein: Während bei Download-Nutzungen, bei denen die Musikwerke auf den Endgeräten der Nutzer gespeichert werden, der Nutzungsschwerpunkt beim Vervielfältigungsrecht liegt, wird umgekehrt der Aufführungsrechtsanteil bei den interaktiven Streaming-Angeboten höher zu bemessen sein³⁰³. In jedem Fall aber werden die von der GEMA aufzustellenden Aufführungsrechtstarife bei allen Online-Nutzungsformen deutlich niedriger als die vormalig veröffentlichten einheitlichen, beide Rechtsbestandteile umfassenden Online-Tarife sein.

Darüber hinaus stellt auch der Umfang der Rechtswahrnehmung in Bezug auf das von der Verwertungsgesellschaft repräsentierte Repertoire ein Kriterium bei der Tarifbemessung dar. So ist als tarifmindernder Gesichtspunkt anerkannt, wenn die Verwertungsgesellschaft nicht die Rechte des gesamten Weltrepertoires, sondern nur von einem Teil des gesamten Werkbestandes wahrnimmt, etwa weil hinsichtlich derselben Werkart konkurrierende Verwertungsgesellschaften existieren oder weil die Rechte ausländischer Urheber nicht von der betreffenden Verwertungsgesellschaft wahrgenommen werden³⁰⁴. Soweit auch Teile der Aufführungsrechte der Wahrnehmungsbefugnis der GEMA entzogen sind³⁰⁵, müsste somit auch dies – im entsprechenden Umfang – zur einer weiteren Verringerung der Aufführungsrechtstarife der GEMA führen³⁰⁶.

303 Die unterschiedlichen Nutzungsschwerpunkte zwischen dem Aufführungs- und Vervielfältigungsrecht manifestieren sich in entsprechender Weise bei den Verteilungsplänen der Verwertungsgesellschaften zur Online-Nutzung, wonach bei Download-Nutzungen regelmäßig der größere Teil der Lizenzgebühren auf das Vervielfältigungsrecht entfällt und bei Streaming-Nutzungen umgekehrt; vgl. dazu oben § 14. C.

304 Vgl. *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, § 13 UrhWG, Rn. 16; *Stritmatter* in: *Moser/Scheuermann* (Hrsg.), S. 687, 699; Schiedsstelle beim DPMA ZUM 1988, 471, 476 f.; Schiedsstelle beim DPMA ZUM 2005, 257, 263 – *Gesamtvertrag Lesezirkel*.

305 Soweit ersichtlich, werden bislang die französischen, spanischen und italienischen Aufführungsrechte exklusiv von der Armonia-Initiative wahrgenommen und stehen daher den übrigen Verwertungsgesellschaften nicht mehr über die Gegenseitigkeitsverträge zur Verfügung. Vgl. bereits oben § 9. G. und § 16. A. II.

306 Vgl. in diesem Zusammenhang auch die entsprechende Argumentation des Internet-Portals YouTube im Rahmen ihrer Vergütungsverhandlungen mit der GEMA im März/April 2009, in: *Rabe*, YouTube: Gebührenstreit mit Gema - Heute kein nackter Wille, Artikel vom 3.4.2009, online abrufbar unter (zuletzt abgerufen am 26.8.2009): <http://www.sueddeutsche.de/kultur/347/463952/text/print.html>; siehe auch *Google, Inc./YouTube, LLC*, Observations to the Commission of the European Union on the Commission Recommendation of 18 October 2005 (2005/737/EC) vom 28.6.2007, S. 15, Rn. 19; online abrufbar unter (zuletzt abgerufen am 19.9.2009): http://circa.europa.eu/Public/irc/markt/markt_consultations/library?!=/copyright_neighbouring/collective_cross-border/google-youtube_enpdf/_EN_1.0_&a=d.

§ 18. Europarechtliche Einflüsse auf das nationale Wahrnehmungsrecht bei der grenzüberschreitenden kollektiven Rechtewahrnehmung

A. Fragestellung

Durch die multiterritoriale Lizenzvergabe, wie sie bei den neu geschaffenen Zentrallizenzvergabestellen im Online-Bereich mittlerweile üblich und auch bei den Verwertungsgesellschaften infolge der CISAC-Entscheidung vom 16. Juli 2008 zunehmend zu erwarten ist, rückt eine neue Problematik ins Blickfeld, die bislang von der Europäischen Kommission noch nicht in tiefgreifendem Maße aufgegriffen und untersucht wurde:

Wie bereits oben im Zusammenhang mit der Tarifgestaltung der paneuropäischen Zentrallizenzinitiativen ausgeführt wurde³⁰⁷, ist der örtliche Anwendungsbereich der verschiedenen mitgliedstaatlichen Wahrnehmungsgesetze stets auf das jeweilige nationale Territorium beschränkt; gleichzeitig sind jedoch die inländischen Wahrnehmungsbestimmungen auch auf ausländische Verwertungsgesellschaften, soweit sie im Inland tätig werden sowie dem persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich des dortigen Wahrnehmungsrechts unterfallen, zwingend anzuwenden. Dies führt im Rahmen der paneuropäischen Lizenzvergabe dazu, dass eine Verwertungsgesellschaft die Wahrnehmungsgesetze in jedem EU-Mitgliedstaat, in dem sie tätig wird, d.h. also im Extremfall bis zu 27 Wahrnehmungsrechtsordnungen, beachten muss. Deren Befolgung wird zusätzlich durch die Tatsache erschwert, dass die verschiedenen europäischen Wahrnehmungsbestimmungen zum Teil erheblich voneinander abweichen.

Es ist daher nicht von der Hand zu weisen, dass die mitgliedstaatlichen Wahrnehmungsgesetze sowie deren inhaltliche Divergenzen die kollektive Rechteverwaltung von Verwertungsgesellschaften in den anderen Mitgliedstaaten gewaltig erschweren kann. In diesem Zusammenhang ist aber zu beachten, dass die Mitgliedstaaten bei der gesetzlichen Regulierung von Verwertungsgesellschaften, soweit grenzüberschreitende Sachverhalte betroffen sind, an europarechtliche Vorgaben gebunden sind. Europäisches Primär- und Sekundärrecht genießt uneingeschränkten Anwendungsvorrang vor jeglichem nationalen Recht³⁰⁸. Soweit daher zwingende wahrnehmungsrechtliche Bestimmungen die grenzüberschreitende Tä-

307 Vgl. dazu eingehend oben § 14. B. II. 2.

308 Vgl. EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, S. 1251, 1269 – *Costa/ENEL*; EuGH, Rs. 11/70, Slg. 1970, S. 1125 – *Internationale Handelsgesellschaft*.