

gemacht⁴⁹⁰. Es ist daher anzunehmen, dass diese Regelungen einer europarechtlichen Überprüfung standhalten.

Im Rahmen der fortlaufenden staatlichen Kontrolle sehen ferner manche Wahrnehmungsgesetze, wie etwa das deutsche UrhWG (§§ 19 Abs. 3 und 4 UrhWG), Auskunftsrechte der Aufsichtsbehörde sowie Teilnahmerechte an Mitgliederversammlungen vor. Zumindest bei letzterer Regelung stellt sich in der Tat die Frage, ob eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit angenommen werden kann. Denn bei den aufsichtsrechtlichen Teilnahmerechten ist nicht ersichtlich, dass sie spezifische marktzugangsbeschränkende Wirkung auf ausländische Verwertungsgesellschaften aufweisen, da sie weder Mehrkosten verursachen noch sonst die ausländischen Gesellschaften über Gebühr belasten. Somit dürfte insoweit nicht das allgemeine Beschränkungs-, sondern nur das Diskriminierungsverbot Anwendung finden. Da diese Regelungen aber ersichtlich unterschiedslos für in- und ausländische Verwertungsgesellschaften gelten, scheidet insoweit ein Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit aus.

D. Der Einfluss der Dienstleistungsrichtlinie

Neben dem Primärrecht könnte auch die Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt – die sog. *Dienstleistungsrichtlinie*⁴⁹¹ – als sekundäres Unionsrecht erheblichen Einfluss auf die mitgliedstaatliche Regulierung der grenzüberschreitenden Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften ausüben (unten I.). Entscheidende Frage hierbei bleibt freilich, ob die Dienstleistungsrichtlinie auf die kollektive Rechtswahrnehmung durch Verwertungsgesellschaften überhaupt Anwendung findet (unten II.).

I. Der Regelungsgehalt der Dienstleistungsrichtlinie und ihre potentiellen Auswirkungen auf das Wahrnehmungsrecht der Mitgliedstaaten

Erklärtes Ziel der Dienstleistungsrichtlinie ist es, die immer noch bestehenden Behinderungen des grenzüberschreitenden Austauschs von Dienstleistungen zu be-

490 Vgl. *Europäische Kommission*, Mitteilung über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten im Binnenmarkt vom 16.4.2004, Ziff. 3.5.3. und Kommissions-Empfehlung, vom 18.10.2005, Ziff. 6, 7, 8 u. 14. Vgl. dazu auch *Riesenhuber*, ZUM 2004, 417, 417.

491 Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt vom 12.12.2006, ABl. L 376/36 vom 27.12.2006, online abrufbar unter (zuletzt abgerufen am 19.9.2009): <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:376:0036:0068:de:PDF>.

seitigen und damit die noch ungenutzten wirtschaftlichen Wachstumspotentiale des Dienstleistungssektors in der EU zu nutzen⁴⁹². Dennoch hat kaum ein Gesetzgebungsvorhaben der Europäischen Gemeinschaft derart heftige Kritik hervorgerufen wie der Richtlinienvorschlag der Kommission vom 25. Februar 2004⁴⁹³. Im Zentrum der Diskussion stand das dem Kommissionsentwurf zugrunde liegende Herkunftslandprinzip, wonach es Dienstleistern erlaubt sein sollte, in anderen Mitgliedstaaten allein nach den Vorschriften ihres Herkunftsstaates tätig zu werden, und nur der Herkunftsstaat für die Aufsicht der im Ausland tätigen Dienstleister zuständig sein sollte⁴⁹⁴. Hiergegen sprachen sich dezidiert auch einige Verwertungsgesellschaften im Hinblick auf die grenzüberschreitende Wahrnehmungstätigkeit aus. Sie führten an, dass sich Verwertungsgesellschaften dadurch faktisch jeglicher effektiven Kontrolle entziehen könnten, indem sie die Rechtswahrnehmung vom Mitgliedsstaat mit dem geringsten Schutzniveau aus steuern⁴⁹⁵. Gegen die von vielen Seiten vorgebrachten massiven Einwände konnte sich die Kommission letztlich nicht durchsetzen. Nachdem das Europäische Parlament etliche Änderungen vorgeschlagen hatte⁴⁹⁶, legte die Kommission am 4. April 2006 einen modifizierten Richtlinienvorschlag vor, in dem das Herkunftslandprinzip wesentlich entschärft wurde⁴⁹⁷. Der geänderte Vorschlag wurde am 29. Mai 2009 vom Rat im Wesentlichen gebilligt⁴⁹⁸. Dem folgenden Gemeinsamen Standpunkt⁴⁹⁹ stimmte das Europäische Parlament in der zweiten Lesung am 15. November 2006

492 Vgl. *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, S. 453, Rn. 893.

493 KOM (2004) 2 endg. v. 25. 2. 2004. Zum Überblick über die Kritik vgl. *Hatje*, NJW 2007, 2357, 2357f.

494 KOM (2004) 2 endg., Art. 16 des Entwurfs.

495 Vgl. die Gemeinsame Stellungnahme der Verwertungsgesellschaften GEMA, GVL, VG Bild-Kunst und VG Wort vom 4.3.2005, online abrufbar unter (zuletzt abgerufen am 22.9.2009): http://www.vgwort.de/stellungnahme_eudlrl.php.

496 *Europäisches Parlament*, Standpunkt festgelegt in erster Lesung am 16. Februar 2006 im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie 2006/.../EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt (P6_TC1-COD(2004)0001), online abrufbar unter (zuletzt abgerufen am 22.9.2009): <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2006-0061+0+DOC+XML+V0//DE#BKMD-1>.

497 *Europäische Kommission*, Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, KOM (2006) 160 endg., vom 4.4.2006, online abrufbar unter (zuletzt abgerufen am 22.9.2009): <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0160:FIN:DE:HTML>.

498 Pressemitteilung des Rates vom 31. 5. 2006, online abrufbar unter (zuletzt abgerufen am 22.9.2009): <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/06/222&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

499 Gemeinsamer Standpunkt des Rates vom 17.7.2006, ABl. Nr. C 270 E vom 7.11.2006, S. 1 ff., online abrufbar unter (zuletzt abgerufen am 22.9.2009): <http://register.consilium.europa.eu/pdf/de/06/st10/st10003.de06.pdf>.

zu⁵⁰⁰. Nachdem der Rat seinen Beschluss am 11. Dezember 2006 gefasst hatte, wurde die Richtlinie schließlich am 27. Dezember 2006 im Amtsblatt der EU veröffentlicht⁵⁰¹. Bis zum 28. Dezember 2009 hatten die Mitgliedstaaten die Vorgaben der Dienstleistungsrichtlinie in nationales Recht umzusetzen⁵⁰². Rechtsanpassungen in Deutschland betrafen u.a. das Gewerberecht⁵⁰³; ferner wurden die in der Dienstleistungsrichtlinie geregelten Informationspflichten vom deutschen Gesetzgeber einheitlich und zentral in der Dienstleistungs-Informationspflichten-Verordnung umgesetzt⁵⁰⁴.

Neben allgemeinen verfahrensrechtlichen und organisatorischen Vorschriften⁵⁰⁵ enthält die Dienstleistungsrichtlinie auch Regelungen zur Niederlassungs- sowie vor allem zur Dienstleistungsfreiheit. Die sachliche Abgrenzung dieser beiden Regelungsbereiche in der Dienstleistungsrichtlinie erfolgt dabei nach den zu den beiden Grundfreiheiten entwickelten Kriterien des EuGH⁵⁰⁶.

Die Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit folgen im Wesentlichen den Linien der Rechtsprechung des EuGH zu dieser Grundfreiheit⁵⁰⁷. So dürfen nach Art. 9 (1) Dienstleistungs-RiL die Mitgliedstaaten ausländische Dienstleistungen nur dann einer Genehmigungspflicht unterwerfen, wenn die Regelungen nicht diskriminierend sind, zwingenden Gründen des Allgemeininteresses dienen und den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes genügen. Demgegenüber gehen die Regelungen der Dienstleistungsrichtlinie, was die Dienstleistungsfreiheit anbelangt, teilweise erheblich über den primärrechtlichen Gehalt der Art. 56 ff. AEUV hinaus. Als strengerer Prüfungsmaßstab für nationales Recht sind

500 *Europäisches Parlament*, Standpunkt des Europäischen Parlaments festgelegt in zweiter Lesung am 15. November 2006 im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie 2006/.../EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt (EP-PE_TC2-COD(2004)0001), online abrufbar unter (zuletzt abgerufen am 22.9.2009): http://www.europarl.europa.eu/comparl/imco/services_directive/061115_consolidated_de.pdf.

501 Vgl. *Hatje*, NJW 2007, 2357, 2357.

502 Art. 44 (1) Dienstleistungs-RiL.

503 Wichtige Neuregelung ist die Umsetzung von Art. 16 Dienstleistungs-RiL (betr. die Dienstleistungsfreiheit) in § 4 GewO n.F. Ferner wurde die Geltung der Regelungen des VwVfG über die Genehmigungsfiktion und die Entscheidungsfrist in der GewO, der HandwerksO und dem SignaturG angeordnet sowie die Möglichkeit geregelt, für die Verwaltungsverfahren u.a. nach der GewO die Einheitliche Stelle nach dem VwVfG (Einheitlicher Ansprechpartner im Sinne der Dienstleistungsrichtlinie) in Anspruch zu nehmen. Vgl. Überblick bei *Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie*, Umsetzung der Europäischen Dienstleistungsrichtlinie, online abrufbar (zuletzt abgerufen am 27.7.2010): <http://dienstleistungsrichtlinie.de/DLR/Navigation/umsetzung.did=339042.html>.

504 Verordnung über Informationspflichten für Dienstleistungserbringer (DL-InfoV), vom 12 März 2010 (BGBl. I, S. 2091 ff.).

505 Vgl. dazu *Hatje*, NJW 2007, 2357, 2359.

506 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 77 Dienstleistungs-RiL. Vgl. zur Abgrenzung der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit auch instruktiv *Heine/Eisenberg*, GRUR Int. 2009, 277, 280 und oben § 18. C. I.

507 Vgl. *Heine/Eisenberg*, GRUR Int. 2009, 277, 279.

sie vorrangig zu berücksichtigen⁵⁰⁸. Nach Art. 16 (1) Dienstleistungs-RiL dürfen die Mitgliedstaaten die Aufnahme und die Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit nicht von „Anforderungen“ abhängig machen, die gegen die Grundsätze der Nicht-Diskriminierung und des Verhältnismäßigkeitsprinzips verstoßen. „Anforderungen“ in diesem Sinne sind gemäß Art. 4 Nr. 7 Dienstleistungs-RiL alle Auflagen, Verbote, Bedingungen oder Beschränkungen, die in den Rechts- oder Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten festgelegt sind oder sich aus der Rechtsprechung, der Verwaltungspraxis, den Regeln von Berufsverbänden oder den kollektiven Regeln, die von Berufsvereinigungen oder sonstigen Berufsorganisationen in Ausübung ihrer Rechtsautonomie erlassen wurden, ergeben. Spezielle „Anforderungen“ wie Niederlassungs-, Genehmigungs- und Registrierungspflichten werden in Art. 16 (2) Dienstleistungs-RiL ausdrücklich für unzulässig erklärt. Weitergehend als bei Art. 56 ff. AEUV sind derartige Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit im Sinne von Art. 16 (1) Dienstleistungs-RiL nicht mehr durch einen nicht-abschließenden Katalog zwingender Gründe des Allgemeinwohls zu rechtfertigen⁵⁰⁹. Art. 16 (1) b), (3) Dienstleistungs-RiL sehen vielmehr eine ausdrückliche Reduktion der zulässigen Rechtfertigungsgründe auf den Schutz der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Gesundheit und den Umweltschutz vor. Die Berufung auf andere Schutzbelange ist insoweit ausgeschlossen.

Die Anwendung dieser Grundsätze auf die grenzüberschreitende Wahrnehmungstätigkeit von Verwertungsgesellschaften zöge weitreichende Folgen nach sich: Wie bereits oben näher ausgeführt, stellen die meisten wahrnehmungsrechtlichen Bestimmungen Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit und damit auch „Anforderungen“ im Sinne von Art. 4 Nr. 7 Dienstleistungs-RiL dar. Jedoch ist anders als bei den Art. 56 ff. AEUV vorliegend eine Rechtfertigung nicht möglich, da der abschließende Katalog der Rechtfertigungsgründe gemäß Art. 16 (3) Dienstleistungs-RiL bei der grenzüberschreitenden Wahrnehmungstätigkeit von Verwertungsgesellschaften offensichtlich nicht einschlägig ist⁵¹⁰. Der Marktzutritt ausländischer Verwertungsgesellschaften wäre daher bei Anwendung der Dienstleistungsrichtlinie erheblich erleichtert: So wäre etwa eine separate Genehmigungspflicht für Verwertungsgesellschaften im Bestimmungsstaat nach Art. 16 (2) b) Dienstleistungs-RiL ausdrücklich unzulässig. Dies würde nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut auch dann gelten, wenn im Herkunftsstaat der betreffenden Verwertungsgesellschaft, wie beispielsweise in Großbritannien der Fall, überhaupt keine Genehmigungspflicht besteht⁵¹¹. Ebenso wären Niederlassungs- und Regis-

508 Vgl. *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, S. 455, Rn. 893 b.

509 Vgl. *Haratsch/Koenig/Pechstein*, a.a.O.

510 Ebenso *Heine/Eisenberg*, GRUR Int. 2009, 277, 282.

511 Ebenso *Heine/Eisenberg*, a.a.O.

trierungspflichten verboten. Auch die übrigen unterschiedslos beschränkenden mitgliedstaatlichen Wahrnehmungsbestimmungen zur Tätigkeitsausübung von Verwertungsgesellschaften (Abschlusszwang, Transparenzvorgaben, Mitteilungspflichten, die Verpflichtung zur Teilnahme an Schlichtungsverfahren bei Tarifstreitigkeiten, etc.), die im Rahmen der primärrechtlichen Prüfung anhand von Art. 56 ff. AEUV noch gerechtfertigt werden konnten⁵¹², wären gemessen an den Vorgaben der Dienstleistungsrichtlinie nicht mehr europarechtskonform.

Gerade letztere Ausführungen zeigen jedoch die deutlich überwiegenden nachteiligen Folgen der Anwendbarkeit der Dienstleistungsrichtlinie: Alle Verwertungsgesellschaften könnten nämlich außerhalb ihres Herkunftsstaats weitgehend unreguliert agieren, da einerseits das ausländische Wahrnehmungsrecht im Bestimmungsstaat wegen Verstoßes gegen die Dienstleistungsrichtlinie für sie keine Geltung mehr beanspruchen würde und andererseits die Wirkung des Wahrnehmungsgesetzes des Herkunftslandes aufgrund seines streng territorialen Charakters auf das Inland begrenzt wäre⁵¹³. Auch das Phänomen der sog. Inländerdiskriminierung, das als typische Folge von europarechtswidrigen Beschränkungen die strukturelle Schlechterstellung der Inländer beschreibt, da für diese die betreffenden Beschränkungen (mangels erforderlichen Auslandsbezugs) weiterhin Geltung beanspruchen⁵¹⁴, träte in diesem Fall besonders krass zutage: So würde die Dienstleistungsrichtlinie zu einem echten Wettbewerbsnachteil für diejenigen Verwertungsgesellschaften führen, die in einem Mitgliedstaat mit einem hohen Schutzniveau wie etwa in Deutschland oder Österreich niedergelassen sind⁵¹⁵. Dies wiederum würde die latente Gefahr des Abwanderns von Verwertungsgesellschaften in ein Land mit niedrigem Schutzniveau schaffen⁵¹⁶.

II. Die Frage der Anwendbarkeit der Dienstleistungsrichtlinie auf die Wahrnehmungstätigkeit von Verwertungsgesellschaften

Die zentrale Frage in diesem Zusammenhang ist daher, ob die Dienstleistungsrichtlinie auf die grenzüberschreitende Wahrnehmungstätigkeit von Verwertungsgesellschaften überhaupt Anwendung findet.

512 Vgl. oben § 18. III. u. IV.

513 Wie sich aus Art. 3 (2) Dienstleistungs-RiL ergibt, stellt Art. 16 Dienstleistungs-RiL auch keine kollisionsrechtliche Sachnormverweisung auf das (Wahrnehmungs-)Recht des Herkunftsstaats dar. Vgl. *Heine/Eisenberg*, a.a.O.

514 Vgl. dazu *Hammerl*, Inländerdiskriminierung, S. 161 ff.

515 Vgl. *Heine/Eisenberg*, a.a.O.

516 Vgl. die Gemeinsame Stellungnahme der Verwertungsgesellschaften GEMA, GVL, VG Bild-Kunst und VG Wort vom 4.3.2005.

Die Dienstleistungsrichtlinie berührt ausdrücklich nicht die Frage der Zulässigkeit nationaler Monopole von Dienstleistern⁵¹⁷. Somit lässt die Richtlinie keine andere rechtliche Beurteilung der Europarechtskonformität von Wahrnehmungsbestimmungen, die eine gesetzliche Monopolstellung von Verwertungsgesellschaften verankern, zu; die Frage beurteilt sich vielmehr weiterhin nach den Art. 56 ff. AEUV⁵¹⁸.

Was die wahrnehmungsrechtlichen Regelungen im Innenverhältnis der Verwertungsgesellschaften zu ihren Mitgliedern anbelangt, bestehen – entsprechend den obigen Ausführungen zu Art. 57 AEUV⁵¹⁹ – ebenso gewisse Zweifel, inwieweit die Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften in dieser Rechtsbeziehung als in der Regel entgeltliche Dienstleistung⁵²⁰ angesehen werden kann und damit vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie erfasst ist.

Davon abgesehen nimmt Art. 17 Dienstleistungs-RiL bestimmte Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse vom Anwendungsbereich der die Dienstleistungsfreiheit betreffenden Regelung des Art. 16 Dienstleistungs-RiL aus. Dazu zählen gemäß Art. 17 Nr. 11 Dienstleistungs-RiL

„die Urheberrechte, die verwandten Schutzrechte, Rechte im Sinne der Richtlinie 87/54/EWG des Rates vom 16. Dezember 1986 über den Rechtsschutz der Topographien von Halbleitererzeugnissen (3) und der Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken (4) sowie die Rechte an gewerblichem Eigentum“.

Die Frage, ob diese Bereichsausnahme auch die *kollektive Wahrnehmung von Urheberrechten* umfasst, wird im Schrifttum zunehmend diskutiert⁵²¹. Im Ausgangspunkt gilt freilich der vom EuGH aufgestellte Grundsatz, dass Ausnahmebestimmungen in einer Richtlinie eng auszulegen sind⁵²², welcher in seiner Abstraktheit bei der inhaltlichen Ausfüllung des vorliegenden Tatbestands von Art. 17

517 Vgl. Art. 1 (3) Dienstleistungs-RiL sowie Nr. 8 der Erwägungsgründe.

518 Vgl. dazu bereits oben § 18. C. III. 3.

519 Vgl. dazu bereits oben § 18. C. I.

520 Art. 4 Nr. 1 Dienstleistungs-RiL definiert die Dienstleistung als „jede von Artikel 50 des Vertrags erfasste selbstständige Tätigkeit, die in der Regel gegen Entgelt erbracht wird“.

521 Gegen die Anwendung der Dienstleistungs-RiL *Drexli*, in: *Hilty/Geiger* (Hrsg.), S. 369, 393 f.; *Geiger/Engelhardt/Hansen/Markowski*, GRUR Int. 2006, 475, 488; *Matulionyte*, JWIP 2009, 467, 478; *Alich*, GRUR Int. 2008, 996, 1004; *Hilty*, in: *Leistner* (Hrsg.), S. 160; in diese Richtung auch *Mestmäcker*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), S. 407, 419 f.; wohl auch *Deutsche Bundesregierung*, Position der Bundesregierung zur EU-Dienstleistungsrichtlinie im Rat der Europäischen Union, BT-Drs. 16/1041, S. 6; offengelassen von *GEMA*, GEMA-Geschäftsbericht 2006, S. 25. Für die Anwendung *Heine*, Wahrnehmung von Online-Musikrechten, S. 252; *ders./Eisenberg*, GRUR Int. 2009, 277, 280; wohl auch *Himmelmann*, in: *Kreile/Becker/Riesenhuber* (Hrsg.), S. 906, Rn. 216.

522 Vgl. etwa EuGH vom 18.5.1995, Rs. C-57/94, Slg. 1995, S. I-01248, Rn. 23 – *Kommission/Italien*.

Nr. 11 Dienstleistungs-RiL jedoch nur bedingt weiter hilft. Letztlich sprechen die besseren Gründe dafür, die Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften ebenfalls unter die Bereichsausnahme von Art. 17 Nr. 11 Dienstleistungs-RiL zu subsumieren.

Auf den ersten Blick scheint eine Auslegung des Wortlauts keine klaren Ergebnisse zu bringen: Zugegebenermaßen spricht Art. 17 Nr. 11 Dienstleistungs-RiL nicht ausdrücklich von der kollektiven Rechtswahrnehmung, schließt sie aber immerhin auch nicht explizit aus. Jedoch darf nicht übersehen werden, dass die kollektive Rechtswahrnehmung nicht generell separat von dem ihr zugrunde liegenden materiellen Urheberrecht beurteilt werden kann. Gerade die Integrierung der wahrnehmungsrechtlichen Regelungen in die Urheberrechtskodifizierungen vieler Mitgliedstaaten zeigt, dass die kollektive Rechtswahrnehmung einen integralen Bestandteil der Urheberrechtsordnung darstellt⁵²³. Bereits dieser enge systematische und sachliche Bezug zwischen materiellem Urheberrecht und formellem Wahrnehmungsrecht legt eine extensive Auslegung von Art. 17 Nr. 11 Dienstleistungs-RiL unter Einschluss der kollektiven Rechtswahrnehmung nahe.

Augenfällig ist zudem, dass die Vorschrift nach ihrem Wortlaut nicht zwischen dem individuellen Urhebervertragsrecht und der kollektiven Wahrnehmung von Urheberrechten differenziert. Subsumiert man aber im Wege erweiternder grammatischer Auslegung die *Ausübung der Urheberrechte insgesamt* unter den Anwendungsbereich dieser Ausnahmvorschrift, muss man neben der individuellen Rechtswahrnehmung mangels anders lautender Eingrenzung durch den Wortlaut konsequenterweise auch die kollektive Rechtswahrnehmung mit einbeziehen. An der Tatsache aber, dass die Ausübung der Urheberrechte – sei es im Rahmen des allgemeinen Urhebervertragsrechts, sei es im „besonderen“ Wahrnehmungsrecht der kollektiven Rechteverwaltung – von der Bereichsausnahme umfasst ist, können keine ernsthaften Zweifel bestehen. Zwar führt die Kommission etwas anderes in ihrem „Handbuch zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie“ aus:

„Die Ausnahme in Artikel 17 Ziffer 11 betreffend geistige Eigentumsrechte erfasst die Rechte als solche (Bestehen des Rechts, Umfang und Ausnahmen, Dauer usw.). Sie betrifft im Gegensatz dazu nicht mit der Verwaltung solcher Rechte verbundene Dienstleistungen, wie durch Rechteverwertungsgesellschaften oder Patentanwälte erbrachte Leistungen.“⁵²⁴

Ungeachtet dessen, dass dieser Leitfaden der Kommission keine rechtliche Wirkung entfaltet und diese selbst nicht rechtlich bindet⁵²⁵, ist der Kommission auch

523 Dahingehend *Dietz*, Cultural Functions of Collecting Societies, S. 13.

524 Vgl. *Europäische Kommission*, Handbuch zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, 2007, S. 66, online abrufbar unter (zuletzt abgerufen am 22.9.2009): http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/guides/handbook_de.pdf.

525 Vgl. ausdrücklich den Haftungsausschluss bei *Europäische Kommission*, Handbuch zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, 2007, S. 2.

in der Sache nicht zu folgen: Art. 17 Nr. 11 Dienstleistungs-RiL stellt systematisch eine Bereichsausnahme zu Art. 16 Dienstleistungs-RiL dar, der die „freie Aufnahme und freie Ausübung von Dienstleistungstätigkeiten“ gewährleistet. Seinem Wortlaut nach verbietet Art. 16 Dienstleistungs-RiL also gerade auch die Beschränkung der grenzüberschreitenden *Dienstleistungsausübung*, was im Fall des Urheberrechts naturgemäß die (individuelle und kollektive) Rechtswahrnehmung betrifft. Diese Einbeziehung der Dienstleistungsausübung muss konsequenterweise auch umgekehrt für die Bereichsausnahme von Art. 17 Nr. 11 Dienstleistungs-RiL gelten. Demgegenüber ist der bloße materiellrechtliche *Bestand* des Urheberrechts (vgl. oben: „Bestehen des Rechts, Umfang und Ausnahmen, Dauer usw.“) für die Art. 16, 17 Nr. 11 Dienstleistungs-RiL weniger relevant, da dem Urheberrechtsbestand – anders als der Urheberrechtsausübung – eine geringere spezifisch zugangsbeschränkende Wirkung für ausländische Dienstleister zukommt und er ohnehin bereits zu großen Teilen durch europäisches Sekundärrecht sowie durch internationale Urheberrechtsabkommen wie der RBÜ harmonisiert ist. Würde man daher, wie es die Kommission vorschlägt, die Ausnahmevorschrift von Art. 17 Nr. 11 Dienstleistungs-RiL auf den *Urheberrechtsbestand* verengen – wozu der Wortlaut der Bereichsausnahme und die systematische Stellung nichts hergeben –, wäre der Anwendungsbereich dieser Norm erheblich eingeschränkt. Bezieht man daher richtigerweise auch die *Ausübung der Urheberrechte* in den Anwendungsbereich von Art. 17 Nr. 11 Dienstleistungs-RiL mit ein, umfasst diese Bereichsausnahme nach den obigen Ausführungen mangels weiterer Differenzierung richtigerweise sowohl die individuelle Rechtswahrnehmung als auch die kollektive Wahrnehmungstätigkeit von Verwertungsgesellschaften. Die von der Kommission ohne nähere Begründung vorgenommene Auslegung ist daher sachlich nicht nachzuvollziehen.

Ein anderes Ergebnis ergibt sich auch nicht nach dem Willen der beteiligten Gesetzgebungsorgane. Letztlich lassen die öffentlich zugänglichen Gesetzesmaterialien einen zwingenden Schluss auf die wahre gesetzgeberische Intention nicht zu: Von Seiten des Europäischen Parlaments wurde im Zuge des Gesetzgebungsprozesses zunächst die Forderung nach einer ausdrücklichen Ausnahme der Verwertungsgesellschaften vom Anwendungsbereich der Richtlinie laut. So haben sich zunächst der Ausschuss für Kultur und Bildung des Europäischen Parlaments⁵²⁶

526 Vgl. *Europäisches Parlament*, Stellungnahme des Ausschusses für Kultur und Bildung des Europäischen Parlaments zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt (KOM(2004)0002 – C5-0069/2004 – 2004/0001(COD)), vom 22.4.2005, S. 18; online abrufbar unter (zuletzt abgerufen am 22.9.2009): http://www.europarl.europa.eu/comparl/imco/services_directive/050422_opinion_cult_de.pdf.

und später auch der Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz⁵²⁷ für eine derartige Ausnahme ausgesprochen, dem sich das Europäische Parlament in seiner ersten Lesung auch anschloss⁵²⁸. Allein die Tatsache, dass diese Forderungen im Laufe des weiteren Gesetzgebungsverfahrens nicht weiter verfolgt wurden und dementsprechend keinen expliziten Niederschlag in der Dienstleistungsrichtlinie fanden, lässt jedoch den zwingenden Umkehrschluss dahingehend, dass das Europäische Parlament bewusst die kollektive Wahrnehmungstätigkeit (nunmehr) in den Anwendungsbereich der Richtlinie mit einbeziehen wollte, nicht zu⁵²⁹. Vielmehr hat das Europäische Parlament bereits kurz nach Verabschiedung der Dienstleistungsrichtlinie (Dezember 2006) in seiner Entschließung vom 13. März 2007 zur Kommissions-Empfehlung für Online-Musikdienste vom 18. Oktober 2005 ausdrücklich bessere und effektivere Mechanismen zur Kontrolle von Verwertungsgesellschaften gerade auch im grenzüberschreitenden Kontext gefordert⁵³⁰. Das Europäische Parlament war sich somit der Problematik der grenzüberschreitenden Wahrnehmungstätigkeit von Verwertungsgesellschaften und dem dringenden Regulierungsbedarf offensichtlich wohl bewusst. Es ist daher nicht davon auszugehen, dass das Europäische Parlament im Laufe des Gesetzgebungsprozesses die kollektive Rechtswahrnehmung ohne weitere inhaltliche Auseinandersetzung auf einmal in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie mit einbeziehen und damit sehenden Auges die Europarechtswidrigkeit einer Vielzahl mitgliedstaatlicher Wahrnehmungsbestimmungen und dadurch eine weitgehend unregulierte Wahrnehmungstätigkeit der Verwertungsgesellschaften im jeweiligen EU-Ausland in Kauf nehmen wollte.

Vom rechtspolitischen Standpunkt aus betrachtet, ist die Anwendung der Dienstleistungsrichtlinie auf die kollektive Rechtswahrnehmung vor dem Hintergrund der zunehmend multiterritorialen Rechtevergabe von Verwertungsgesellschaften auch in keiner Weise wünschenswert. Gerade die Folge der unregulierten

527 Vgl. *Europäisches Parlament*, Bericht des Ausschusses für Binnenmarkt und Verbraucherschutz über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt (KOM(2004)0002 – C5-0069/2004 – 2004/0001(COD)), vom 15.12.2005, S. 15 f., 350; online abrufbar unter (zuletzt abgerufen am 22.9.2009): http://www.europarl.europa.eu/comparl/imco/services_directive/051215_report_services_de.pdf.

528 Vgl. *Europäisches Parlament*, Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt (KOM(2004)0002 – C5-0069/2004 – 2004/0001(COD)) (Verfahren der Mitentscheidung: erste Lesung), vom 16.2.2006, Erwägungsgrund (29); online abrufbar unter (zuletzt abgerufen am 22.9.2009): <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P6-TA-2006-0061+0+DOC+WORD+V0//DE>.

529 So aber *Heine*, Wahrnehmung von Online-Musikrechten, S. 252 f.; *ders./Eisenberg*, GRUR Int. 2009, 277, 280.

530 Vgl. *Europäisches Parlament*, Entschließung des Europäischen Parlaments zu der Empfehlung 2005/737/EG der Kommission vom 18. Oktober 2005, vom 13.3.2007, lit. Q., R., S. u. Ziff. 1, 6.

Wahrnehmungstätigkeit der Verwertungsgesellschaften in den anderen Mitgliedstaaten würde letztlich das gesamte bestehende wahrnehmungsrechtliche System in Europa im Kern in Frage stellen. Solange daher eine europaweite Harmonisierung des Wahrnehmungsrechts nicht stattgefunden hat, stellt die Dienstleistungsrichtlinie somit kein taugliches Mittel zur Erleichterung der Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften im europäischen Binnenmarkt dar⁵³¹.

E. Fazit und Lösungsmöglichkeiten

Die Problematik der strikt territorialen Geltung des nationalen Wahrnehmungsrechts rückt angesichts der fortschreitenden grenzüberschreitenden Wahrnehmungstätigkeit im Online-Bereich durch die neu gebildeten Zentrallizenzinitiativen und infolge der durch die *CISAC*-Entscheidung der Kommission forcierten Entwicklung zwangsläufig zunehmend in den Vordergrund. Die hierbei auftretenden, rechtlich bislang wenig diskutierten Fragestellungen der Vereinbarkeit des nationalen Wahrnehmungsrechts mit europäischem Primär- und Sekundärrecht sind auch in rechtspraktischer Hinsicht kaum zu lösen. Denn eine endgültige gerichtliche Klärung sämtlicher die grenzüberschreitende Wahrnehmungstätigkeit von Verwertungsgesellschaften beschränkenden Normen ist in Anbetracht der Vielzahl und Vielgestaltigkeit der europäischen Wahrnehmungsgesetze schlicht als illusorisch zu bezeichnen. Eine umfassende Rechtssicherheit ist daher letztlich nicht zu erreichen.

Angesichts dieser ungelösten rechtlichen Problematik besteht für die grenzüberschreitend lizenzierenden Verwertungsgesellschaften daher bis auf weiteres die Schwierigkeit, die divergierenden Wahrnehmungsbestimmungen im jeweiligen Ausland einzuhalten. Da aber in der Praxis davon auszugehen ist, dass vor allem die Wahrnehmungsbestimmungen des Sitzlandes der jeweiligen Verwertungsgesellschaft bzw. Zentrallizenzeinrichtung von der heimischen Aufsichtsbehörde durchgesetzt werden, bestehen in der derzeitigen Situation echte Standortnachteile für diejenigen Verwertungsgesellschaften, die in einem Mitgliedstaat mit strengen Vorgaben ansässig sind⁵³². Insgesamt ist es daher nicht sinnvoll, das Recht der kollektiven Rechtswahrnehmung in Europa weiterhin auf nationaler Basis zu regeln. Das dringende Bedürfnis nach Einführung europaweiter wahrnehmungsrechtlicher Mindeststandards sowie nach der Schaffung verlässlicher und einheitlicher Kriterien zur Qualifizierung von Wahrnehmungsunternehmen (wie etwa der *CELAS*) als dem Wahrnehmungsrecht unterfallende Verwertungsgesellschaften

531 Ebenso *Matulionyte*, *JWIP* 2009, 467, 478.

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