

§ 20. Zusammenfassung

1. Die Kommissions-Empfehlung vom 18. Oktober 2005⁴¹ hat mit ihrem Ansatz der europaweiten Zentrallizenzierung einen folgenreichen, in seinen Wirkungen bis zum heutigen Zeitpunkt nicht absehbaren Umwälzungsprozess bei der kollektiven Rechtswahrnehmung im Online-Bereich in Gang gesetzt, der zu einer wesentlichen Umstrukturierung des gesamten Online-Musikmarktes geführt hat. Große Musikverlage haben seit 2006 begonnen, bestimmte mechanische Online-Vervielfältigungsrechte ihres angloamerikanischen Repertoires aus den bisher zur Wahrnehmung betrauten europäischen Verwertungsgesellschaften herauszunehmen und unter Beteiligung einzelner ausgewählter Verwertungsgesellschaften eigenständige, teilweise exklusive Zentrallizenzinitiativen zur paneuropäischen Rechtswahrnehmung im Online-Bereich aufzubauen (CELAS, DEAL, PEDL, PAECOL, Alliance Digital und die Initiativen von peermusic).

2. Infolgedessen ist heute keine europäische Verwertungsgesellschaft mehr in der Lage, das gesamte Weltrepertoire für die interaktiven Online-Nutzungen anzubieten. Um daher eine Online-Lizenz des Weltrepertoires auch nur für ein (einziges) europäisches Territorium zu erwerben, sind Musiknutzer derzeit gezwungen, Nutzungsrechte nicht nur bei der Verwertungsgesellschaft des betreffenden Auswertungsterritoriums für dasjenige Repertoire zu erwerben, das – wie etwa der größte Teil der kontinentaleuropäischen Musikwerke – weiterhin über das traditionelle System der Gegenseitigkeitsverträge der Verwertungsgesellschaften wahrgenommen wird, sondern auch bei sämtlichen in Ziff. 1 genannten Zentrallizenzvergabestellen für das von ihnen jeweils verwaltete Repertoire.

3. Aufgrund der in Umsetzung der Kommissions-Empfehlung vom 18. Oktober 2005 entstandenen Rechtefragmentierung im Online-Bereich hat die GEMA-Vermutung jedenfalls für die interaktiven Nutzungsarten keinen Bestand mehr.

4. Es sind fast ausschließlich angloamerikanische *Musikverlage*, die in Umsetzung der Kommissions-Empfehlung vom 18. Oktober 2005 die Online-Rechte – zumeist beschränkt auf ihr *angloamerikanisches* Verlagsprogramm – dem traditionellen Wahrnehmungssystem der europäischen Verwertungsgesellschaften entzogen und die Gründung neuer Zentrallizenzvergabestellen betrieben haben. Der Grund für die Beschränkung der Herausnahmeinitiativen auf im wesentlichen angloamerikanisches Musikverlagsrepertoire liegt in erster Linie in den unterschied-

41 *Europäische Kommission*, Empfehlung für die länderübergreifende kollektive Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten, die für legale Online-Musikdienste benötigt werden, vom 18.10.2005, ABl. L 276/54 vom 21.10.2005.

lichen rechtlichen Rahmenbedingungen für die Musikrechtswahrnehmung im angloamerikanischen und kontinentaleuropäischen Rechtsraum. Diese Unterschiede führen dazu, dass es den verschiedenen Rechtsinhabern in den beiden Urheberrechtssystemen nicht in gleichem Maße möglich ist, Online-Nutzungsrechte den europäischen Verwertungsgesellschaften zu entziehen.

Der Hauptunterschied zwischen dem angloamerikanischen und dem kontinentaleuropäischen Repertoire besteht darin, dass die Musikverlage nicht über dasselbe Maß an Kontrolle über die jeweiligen *mechanischen (Online-)Vervielfältigungsrechte* verfügen. Nur beim *angloamerikanischen Repertoire* haben die Musikverlage aufgrund des verwerterorientierten Copyright-Systems und aufgrund der Besonderheiten der kollektiven Rechtswahrnehmung im angloamerikanischen Raum – insbesondere aufgrund des Verzichts auf die dingliche Rechtsübertragung auf die US-amerikanische Harry Fox Agency, die britische MCPS bzw. irische MCPSI – die volle Kontrolle über ihre mechanischen Rechte und sind daher in der Lage, diese aus den Verwertungsgesellschaften zurückzuholen.

Bei der Verwaltung der *(Online-)Aufführungsrechte* sind die Unterschiede zwischen den verschiedenen Urheberrechtssystemen weniger gravierend. Hier hat sich auch im angloamerikanischen Raum von Beginn an eine echte kollektive Rechtswahrnehmung durch die Performing Rights Societies durchgesetzt, die im Wesentlichen der Wahrnehmungstätigkeit ihrer kontinentaleuropäischen Pendanten entspricht. In diesem Bereich haben stets die originären Urheber – unabhängig davon, ob es sich um angloamerikanisches oder kontinentaleuropäisches Repertoire handelt – die Kontrolle über die bei den Verwertungsgesellschaften liegenden Aufführungsrechte; die Verlage können die Wahrnehmung dieser Rechte somit nicht ohne Zustimmung sämtlicher beteiligter Urheber neu ordnen. Aus diesem Grund ist den Musikverlagen bisher die Herausnahme der Online-Aufführungsrechte nicht gelungen. Diese Rechte liegen vielmehr unverändert bei den (europäischen) Verwertungsgesellschaften.

Insgesamt schafft die Kommissions-Empfehlung vom 18. Oktober 2005 vor allem für große Musikverlage mit angloamerikanischem Musikrepertoire ideale Verwertungsbedingungen, da nur sie in der Lage sind, Teile der Online-Rechte (nämlich der angloamerikanischen Vervielfältigungsrechte) den europäischen Verwertungsgesellschaften zu entziehen. Den Verlagen mit kontinentaleuropäischem Musikrepertoire wie auch den meisten Urhebern fehlen hingegen bislang die rechtlichen Möglichkeiten, die Online-Rechte ihres Verlagsprogramms aus den Verwertungsgesellschaften herauszunehmen und sie europaweit zentral wahrnehmen zu lassen.

5. Die Rechteherausnahme der mechanischen Online-Rechte des angloamerikanischen Repertoires durch die Musikverlage erfolgt im Wesentlichen durch die Kündigung der Subverlagsverträge mit ihren lokalen Subverlegern in den ver-

schiedenen europäischen Ländern. Mit Kündigung dieser Subverlagsverträge fallen die Online-Vervielfältigungsrechte, die die Subverleger zuvor den dortigen Verwertungsgesellschaften in territorial beschränkter Form zur kollektiven Wahrnehmung eingeräumt haben, direkt an die angloamerikanischen Originalverlage zurück, ohne dass es einer Kündigung der Wahrnehmungsverträge der Subverlage mit ihrer jeweiligen Verwertungsgesellschaft bedarf. Abweichend hiervon ist für die Rechteherausnahme des britischen und irischen Musikrepertoires aufgrund wahrnehmungsrechtlicher Besonderheiten zusätzlich die partielle Kündigung des Membership Agreement mit der MCPS bzw. MCPSI durch den britischen/irischen Originalverlag erforderlich.

6. Die dingliche Aufspaltung des Online-Rechts in seine Vervielfältigungs- und Aufführungsrechtskomponente ist nach deutschem Urheberrecht nach hier vertretener Auffassung zulässig. Aus diesem Grund begegnet auch die isolierte Herausnahme allein der mechanischen Online-Vervielfältigungsrechte aus der Wahrnehmungsbefugnis der GEMA durch die angloamerikanischen Musikverlage keinen rechtlichen Bedenken.

7. Die verlagsgesteuerten Zentrallizenzierungsmodelle wie etwa die *CELAS* weisen eine *hybride Lizenzstruktur* auf: Die für die paneuropäische Online-Nutzung erforderlichen *Vervielfältigungsrechte* werden ihnen direkt von den involvierten Musikverlagen, die diese den Verwertungsgesellschaften zuvor entzogen haben, zur treuhänderischen Rechtswahrnehmung eingeräumt, so dass sie diese aus eigenem Recht und im eigenen Namen vergeben. Die europaweiten *Online-Aufführungsrechte* werden den Zentrallizenzinitiativen hingegen im Wege mittelbarer Rechtsübertragung von der jeweils beteiligten Verwertungsgesellschaft auf Grundlage territorial unbeschränkter Gegenseitigkeitsverträge eingeräumt; diese Rechte vergeben die paneuropäischen Zentrallizenzvergabeinstellen somit lediglich als Vertreter und im Namen dieser Verwertungsgesellschaft.

8. Derzeit werden die Tarife bei den paneuropäischen Zentrallizenzinitiativen nach dem sog. Bestimmungslandprinzip berechnet. Offenbar sind jedoch wichtige Marktteilnehmer im Online-Musikbereich bestrebt, in absehbarer Zukunft europaweit geltende Einheitstarife einzuführen.

Zur Kontrolle missbräuchlich überhöhter Online-Tarife von Verwertungsgesellschaften bestehen zwar in den meisten europäischen Mitgliedstaaten (im Einzelnen recht unterschiedlich ausgestaltete) wahrnehmungsrechtliche Tarifkontrollmechanismen (Schieds- und Schlichtungsverfahren). Bei der grenzüberschreitenden Lizenzvergabe durch Verwertungsgesellschaften bzw. paneuropäische Zentrallizenzinitiativen bestehen jedoch aufgrund der streng örtlich begrenzten Wirkung der mitgliedstaatlichen Wahrnehmungsgesetze auf das jeweilige nationale Territorium erhebliche Zweifel an der Effektivität solcher Tarifkontrollen.

9. Infolge der Marktumstrukturierung im Online-Bereich durch die Zentrallizenzierung großer Musikrepertoireteile rückt die bisher kaum relevante Problematik der sog. Split Copyrights in den Mittelpunkt der Betrachtung: Bei Musikwerken, an denen mehrere Urheber schöpferisch beteiligt sind, deren Rechte zudem von verschiedenen Musikverlagen verwaltet werden, sind die stets auf ihr jeweiliges Musikverlagsprogramm beschränkten Zentrallizenzinitiativen nicht in der Lage, sämtliche erforderlichen Nutzungsrechte von sich aus einzuräumen. Das Risiko, alle bestehenden Rechte an einem solchen Split Copyright-Werk vollständig zu erwerben, verlagert sich durch die repertoire-spezifische Lizenzvergabe damit allein auf die Musiknutzer. Da ihnen aber selbst eine verlässliche Rechtklärung meist nicht möglich ist, sind sie der latenten Gefahr ausgesetzt, die Rechte nur unvollständig zu erwerben oder von mehreren Wahrnehmungsgesellschaften für dieselbe Werknutzung in Anspruch genommen zu werden.

Die Split Copyright-Problematik hat auf Seiten der Zentrallizenzgeber seit Beginn der grenzüberschreitenden Wahrnehmungstätigkeit zu erheblichen praktischen Problemen geführt. Wie jüngste Entwicklungen zeigen, ist die Split Copyright-Problematik bis zum heutigen Tag nicht endgültig gelöst. Musiknutzer und Verwertungsgesellschaften haben daher den dringenden Wunsch nach dem Aufbau eines verlässlichen Datenbanksystems für das gesamte Weltrepertoire geäußert, um endlich eine rechtssichere Informationsquelle für das Rechte-Clearing zu schaffen.

10. Entgegen der Ansicht des DPMA ist die CELAS nach der hier vertretenen Auffassung als eine Verwertungsgesellschaft im Sinne von § 1 UrhWG anzusehen, da sie urheberrechtliche Nutzungsrechte insbesondere auch für Rechnung mehrerer Rechtsinhaber wahrnimmt. Die CELAS unterliegt daher nach richtiger Auffassung der spezialgesetzlichen Kontrolle nach dem UrhWG.

Die (fehlerhafte) Entscheidung des DPMA, die CELAS vom Anwendungsbereich des UrhWG auszuklammern, hat zur Folge, dass die GEMA im Hinblick auf die weiterhin bei ihr liegenden Online-Aufführungsrechte (vgl. oben Ziff. 4), welche die CELAS ebenso wie PAECOL nur in Vertretung der GEMA wahrnehmen, gemäß § 13 Abs. 1 UrhWG zur Aufstellung separater Tarife für die wesentlichen Online-Nutzungen der Aufführungsrechte verpflichtet ist. Da dies bislang nicht geschehen ist, widerspricht aus diesem Grund zumindest die mittelbare Wahrnehmung der Aufführungsrechte durch die CELAS bzw. PAECOL im Namen der GEMA geltendem Wahrnehmungsrecht. Das DPMA ist angehalten, die GEMA im Rahmen ihrer repressiven Aufsichtstätigkeit gemäß § 19 Abs. 1 UrhWG i.V.m. §§ 13 Abs. 1 und 2 UrhWG dazu aufzufordern, eigenständige Tarife zur Internet- und Mobilfunknutzung ihrer mittelbar und separat wahrgenommenen Online-Aufführungsrechte nach § 19 a UrhG aufzustellen und zu veröffentlichen.

11. In ihrer *CISAC*-Entscheidung vom 16. Juli 2008⁴² verbot die Europäische Kommission territoriale Beschränkungsklauseln in den Gegenseitigkeitsverträgen der Verwertungsgesellschaften nicht generell, sondern beanstandete lediglich die abgestimmte Praxis aller europäischen Verwertungsgesellschaften im Hinblick auf die territoriale Beschränkung der Wahrnehmungstätigkeit auf ihr jeweiliges inländisches Verwaltungsgebiet. Verwertungsgesellschaften dürfen daher auch in Zukunft weiterhin territoriale Beschränkungen, selbst wenn es sich im Einzelfall um das Gebiet eines Staates handelt, vereinbaren. Die bloße – bilateral verhandelte – Bestätigung aller Gegenseitigkeitsverträge unter Beibehaltung der ursprünglichen Beschränkung der Rechtsübertragung auf einzelne nationale Territorien birgt aber ein kartellrechtliches Risiko. Um dieser Gefahr zu begegnen, werden die Verwertungsgesellschaften daher zumindest variantenreichere Rechtseinräumungen in territorialer Hinsicht in ihren Gegenseitigkeitsverträgen vereinbaren müssen.

12. Die im Einzelnen sehr unterschiedlich ausgestalteten Wahrnehmungsrechtsordnungen in den europäischen Mitgliedstaaten können die kollektive Rechte-wahrnehmung von Verwertungsgesellschaften im Ausland gewaltig erschweren. Die Mitgliedstaaten sind jedoch bei der gesetzlichen Ausgestaltung der Regulierung kollektiver Wahrnehmungstätigkeit, soweit grenzüberschreitende Sachverhalte betroffen sind, an europarechtliche Vorgaben gebunden. Soweit daher mitgliedstaatliche Wahrnehmungsgesetze Niederlassungserfordernisse oder Rechts-formerfordernisse für ausländische Verwertungsgesellschaften fordern oder gar gesetzliche Monopolstellungen zugunsten der jeweiligen nationalen Verwertungsgesellschaft statuieren, verstoßen diese Bestimmungen gegen die primärrechtlich garantierte Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 ff. AEUV. Hingegen sind behördliche Gründungskontrollen dann mit europäischem Primärrecht vereinbar, soweit bei deren Anwendung auf grenzüberschreitend tätige Verwertungsgesellschaften Doppelprüfungen vermieden werden, die aufgrund der Wiederholung von Kontrollen entstünden, die bereits im Herkunftsstaat der jeweiligen Verwertungsgesellschaft durchgeführt werden. Dessen ungeachtet befähigt jedoch eine behördliche Betriebsgenehmigung des Herkunftsstaats eine Verwertungsgesellschaft nicht automatisch zu einer Aufnahme der Tätigkeit im gesamten EU-Ausland; vielmehr bedarf dies, soweit gesetzlich vorgesehen, zusätzlicher Erlaubniserteilungen in den Bestimmungsstaaten.

Die Dienstleistungsrichtlinie⁴³ ist auf die grenzüberschreitende Wahrnehmungstätigkeit von Verwertungsgesellschaften nicht anzuwenden; sie hat damit keinen rechtlichen Einfluss auf die mitgliedstaatlichen Wahrnehmungsgesetze.

42 *Europäische Kommission*, Entscheidung vom 16.7.2008 in einem Verfahren nach (ex-)Art. 81 EG-Vertrag und Art. 53 EWR-Abkommen, Sache COMP/C2/38.698 – *CISAC*.

43 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.

13. Angesichts der zunehmend grenzüberschreitenden Wahrnehmungstätigkeit von Verwertungsgesellschaften infolge der Kommissions-Empfehlung vom 18. Oktober 2005 und der CISAC-Entscheidung vom 16.7.2008 besteht ein dringendes Bedürfnis nach einer europaweiten Harmonisierung des Rechts der kollektiven Rechtswahrnehmung. Allerdings löst auch die Harmonisierung des Wahrnehmungsrechts nicht das Problem der streng territorialen Geltung des nationalen Wahrnehmungsrechts, so dass europaweit tätige Verwertungsgesellschaften weiterhin den Vorgaben einer Vielzahl von – wenn auch angeglichenen – nationalen Wahrnehmungsrechtsordnungen genügen müssen. Als Lösung dieser Problematik bietet sich die Einführung einer zentral gesteuerten europaweiten Regulierung von Verwertungsgesellschaften durch eine (neu zu gründende) Behörde an. Eine aufsichtsrechtliche Kontrolle von zentraler Stelle erscheint am ehesten geeignet, den Problemen der grenzüberschreitenden, paneuropäischen Wahrnehmungstätigkeit zu begegnen. So könnten etwa zusätzliche Gründungskontrollen von Verwertungsgesellschaften in anderen Mitgliedstaaten durch eine zentrale Tätigkeitsgenehmigung mit Geltung für den gesamten EU-Raum vermieden werden.

14. Was die Ermöglichung der Vergabe multiterritorialer Online-Lizenzen durch die Verwertungsgesellschaften in der Zukunft angeht, wäre aus Sicht der Musiknutzer der Abschluss territorial unbeschränkter Gegenseitigkeitsverträge zwischen den Verwertungsgesellschaften nach dem Vorbild der IFPI-Simulcasting-Vereinbarung vorzugswürdig. In diesem Fall wären paneuropäische Lizenzen des gesamten Weltrepertoires bei sämtlichen Verwertungsgesellschaften zu erwerben. Es ist jedoch nicht zu erwarten, dass die mit großem finanziellem Aufwand aufgebauten Zentrallizenzinitiativen ihre Wahrnehmungstätigkeit freiwillig wieder aufgeben werden. Um trotz weiterhin bestehenden Zentrallizenzvergabestellen dennoch echte One-Stop-Shops zur europaweiten Lizenzierung des Weltrepertoires bei den Verwertungsgesellschaften zu schaffen, böte sich die Möglichkeit an, dass sich die bislang an eine einzige Verwertungsgesellschaft angebundene Zentrallizenzierungsstellen nach dem Vorbild der P.E.D.L.-Initiative von Warner Chappell Music auch gegenüber anderen Verwertungsgesellschaften öffnen, so dass sich diese wieder ein möglichst großes Musikrepertoire verschaffen könnten. Alternativ diskutieren die an der Gesprächsrunde der früheren Wettbewerbskommissarin Kroes⁴⁴ beteiligten Branchenvertreter die Möglichkeit eines Aufbaus übergeordneter paneuropäischer, nicht-exklusiver Lizenzplattformen mitsamt einer begleitenden Musikdatenbank zum verlässlichen Rechte-Clearing. Weiterge-

44 *Europäische Kommission*, Online Commerce Roundtable (kein Datum); online abrufbar unter (zuletzt abgerufen am 21.10.2009): http://ec.europa.eu/competition/sectors/media/online_commerce.html.

hende Lösungsansätze werden aktuell von der Europäischen Kommission zur Diskussion gestellt⁴⁵. Es bleibt die weitere Entwicklung abzuwarten.

45 Vgl. *Europäische Kommission*, Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future – A Reflection Dokument of DG INFSO and DG MARKT, vom 22.10.2009, S. 16 ff.