

ren Auseinandersetzungen zwischen den Rechtsinhabern um die korrekte Aus- schüttungshöhe vor<sup>15</sup>.

## *B. Die Höhe künftiger europaweiter Einheitstarife*

Im Falle der Einführung europaweit geltender Einheitstarife stellt sich die Frage nach der Höhe dieser Tarife und dabei insbesondere nach der Effektivität der Kontrollmechanismen zur Tarifgestaltung von Verwertungsgesellschaften nach den verschiedenen Wahrnehmungsrechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten.

### I. Die Kontrolle über missbräuchliche Tariffestsetzungen durch das Wahrnehmungsrecht in Europa

Die faktische bzw. in manchen Mitgliedstaaten auch gesetzlich begründete Monopolstellung von Verwertungsgesellschaften birgt naturgemäß die Gefahr des Missbrauchs in sich, was sich insbesondere in unangemessenen und überhöhten Vergütungssätzen gegenüber den Werknutzern manifestieren kann<sup>16</sup>. Um derartigen Missbräuchen unangemessen hoher Tariffestsetzungen von Verwertungsgesellschaften vorzubeugen, existieren in den meisten europäischen Ländern spezifische gesetzliche Vorgaben und Kontrollmechanismen von der Möglichkeit der Einleitung von Schieds- bzw. Schlichtungsverfahren bis hin zu besonderen staatlichen Einrichtungen, die für die Genehmigung bzw. Festsetzung der Gebührensätze zuständig sind. Gemeinsam ist den meisten mitgliedstaatlichen Vorschriften, dass die Schlichtungsverfahren nicht von Amts wegen, sondern erst dann eingeleitet werden, wenn die Werknutzer die von den Verwertungsgesellschaften verlangten Preise vor Gericht oder besonderen Schiedsgremien anfechten<sup>17</sup>. Im Detail sind die gesetzlichen Bedingungen und die Kontrollmöglichkeiten in Bezug auf die Festsetzung der Lizenztarife in den verschiedenen europäischen Staaten unterschiedlich stark ausgeprägt:

- In Deutschland können Werknutzer sowohl einzeln als auch im Rahmen des Abschlusses von Gesamtverträgen die von der GEMA festgelegten Tarife auf

15 Vgl. *Alich*, a.a.O.

16 Vgl. etwa Amtl. Begr. zum deutschen UrhWG, UFITA 45 (1965), 240, 241.

17 Vgl. EU-Kommissions-Entscheidung *Universal/BMG Music Publishing*, S. 56.

Antrag bei der Schiedsstelle beim DPMA überprüfen lassen, vgl. §§ 14 ff. UrhWG<sup>18</sup>.

- In Österreich regelt das VerwGesG (2006) die Tätigkeit der beiden Musikverwertungsgesellschaften AKM (Aufführungsrechte) und Austro-Mechana (Vervielfältigungsrechte). In der Regel setzen die Verwertungsgesellschaften die Tarife durch Abschluss von Kollektivvereinbarungen mit verschiedenen Nutzerverbänden fest; im Falle des Scheiterns solcher Verhandlungen wird auf Antrag ein besonderes Schiedsverfahren eingeleitet<sup>19</sup>.
- Nach tschechischem Recht ist die dortige Verwertungsgesellschaft OSA<sup>20</sup> verpflichtet, für alle Nutzer geltende angemessene Tarife festzulegen. Die Musiknutzer können beim Kulturministerium die Überprüfung der Preise beantragen<sup>21</sup>.
- In Griechenland können Nutzer als unangemessen empfundene Lizenztarife vor einem Gericht anfechten, welches gegebenenfalls einen angemessenen Tarif selbst festlegen kann. Darüber hinaus kann auch das Kulturministerium bei Beschwerden von Werknutzern über zu hohe Tarife tätig werden<sup>22</sup>.
- Auch in Großbritannien wacht ein eigenes Urheberrechtsgericht (Copyright Tribunal) über die Angemessenheit der Tarife der MCPS-PRS und kann diese verbindlich bestätigen oder gegebenenfalls abändern, vgl. Sec. 116 ff. CDPA<sup>23</sup>.
- In Ungarn müssen die von der ungarischen Verwertungsgesellschaft Artisjus festgesetzten Tarife vom staatlichen Kulturministerium ausdrücklich genehmigt werden. Insoweit geht das ungarische Wahrnehmungsrecht über die meisten anderen mitgliedstaatlichen Vorgaben hinaus, da sich der Staat unmittelbar

18 Betrifft der Streit einer Verwertungsgesellschaft mit einem Einzelnutzer Art und Höhe eines Tarifs, kann Klage vor den ordentlichen Gerichten grundsätzlich erst erhoben werden, wenn dieser ein Verfahren vor der Schiedsstelle vorausgegangen ist. Das vorgezogene Schiedsverfahren ist somit eine von Amts wegen zu berücksichtigende Prozessvoraussetzung, vgl. § 16 Abs. 1 UrhWG. Wird bei Streitigkeiten, die den Abschluss oder die Änderung von Gesamtverträgen betreffen, dem Einigungsvorschlag der Schiedsstelle widersprochen, entscheidet insoweit das ausschließlich zuständige OLG München im ersten Rechtszug, das nach billigem Ermessen den Inhalt des Gesamtvertrags festsetzt, vgl. §§ 14 c, 16 Abs. 4 UrhWG. Vgl. dazu im Detail *Vogel*, GRUR 1993, 513, 528.

19 Vgl. §§ 36 f. österreichisches VerwGesG. Führt auch das Schiedsverfahren nicht zu einer Einigung, kann jede der beteiligten Parteien den Urheberrechtssenat anrufen, der dann den angemessenen Preis festlegt, § 30 österreichisches VerwGesG. Siehe auch EU-Kommissions-Entscheidung *Universal/BMG Music Publishing*, S. 56.

20 Die tschechische OSA nimmt wie die GEMA sowohl die Aufführungs- als auch die Vervielfältigungsrechte kollektiv wahr.

21 Vgl. Art. 101 f. tschechisches UrhG, § 2 tschechisches Schiedsverfahrgesetz; vgl. hierzu *KEA, The Collective Management of Rights in Europe*, S. 119, online abrufbar unter (zuletzt abgerufen am 18.9.2009): <http://www.keanet.eu/report/collectivemanpdffinal.pdf>.

22 Vgl. Art. 54 (3) und (5) griechisches UrhG; vgl. auch EU-Kommissions-Entscheidung *Universal/BMG Music Publishing*, a.a.O.

23 Vgl. dazu bereits oben § 10. C. II. 1.

das Letztentscheidungsrecht über die Tarifregelung vorbehält<sup>24</sup>. Unbeschadet dessen können sich auch Musiknutzer an ein Schiedsgericht wenden, welches dann gegebenenfalls einen neuen Tarif vorschlägt<sup>25</sup>.

- Nach irischem Recht ist für Lizenzstreitigkeiten der Controller of Patents, Designs and Trade Marks zuständig<sup>26</sup>.
- In Polen überwacht und genehmigt eine vom Kulturminister eingesetzte Urheberrechtskommission die von den Verwertungsgesellschaften vorgelegten Tarife<sup>27</sup>.
- Auch in Portugal werden Tarifstreitigkeiten zwischen Verwertungsgesellschaften und Nutzern in einem Schiedsverfahren, geleitet von einem eigens eingesetzten Komitee, geregelt<sup>28</sup>.
- Das estnische UrhG sieht in § 87<sup>1</sup> Abs. 3 ein fakultatives Mediationsverfahren bei Lizenzstreitigkeiten zwischen Verwertungsgesellschaften und Nutzern vor<sup>29</sup>.
- Auch in der Schweiz, die zwar nicht dem EWR angehört, gleichwohl oftmals von der multiterritorialen Lizenzvergabe der Zentrallizenziativen, wie etwa der CELAS<sup>30</sup>, umfasst ist, müssen die Tarife vor der Veröffentlichung von einer Schiedskommission genehmigt werden<sup>31</sup>.

Dagegen sind in anderen Mitgliedstaaten der EU Schiedsverfahren nicht generell für sämtliche Tarifstreitigkeiten vorgesehen, sondern beschränkt auf einzelne urheberrechtliche Nutzungsarten wie etwa KabelweiterSendungsrechte<sup>32</sup>; eine Überprüfung der Online-Tarife ist daher insoweit nicht möglich. In anderen Ländern bestehen wiederum überhaupt keine zwingenden Vorgaben zur Tariffestlegung von Verwertungsgesellschaften: So steht es den Verwertungsgesellschaften in Spanien frei, sich den beschränkenden Regelungen des spanischen Wahrnehmungsrechts

24 Vgl. EU-Kommissions-Entscheidung *Universal/BMG Music Publishing*, a.a.O.

25 Vgl. § 101 (3), 102, 105 (1) ungarisches UrhG; vgl. dazu *KEA, The Collective Management of Rights in Europe*, S. 120 f.

26 Vgl. Sec. 154 Copyright and Related Rights Act 2000.

27 Vgl. Art. 108.-3. polnisches UrhG (vom 4.2.1994 i.d.F. vom 1.9.2005); online abrufbar unter (zuletzt abgerufen am 18.5.2009): [http://www.wipo.int/clea/en/text\\_html.jsp?lang=EN&id=3500](http://www.wipo.int/clea/en/text_html.jsp?lang=EN&id=3500). Vgl. auch *KEA, The Collective Management of Rights in Europe*, S. 121.

28 Vgl. Art. 28 und 30 portugiesisches Wahrnehmungsgesetz (Lei Nr. 83/2001 v. 3.8.2001).

29 Vgl. Art. 76 (1) estnisches UrhG (v. 11.11.1992 i.d.F. vom 15.2.2000); online abrufbar unter (zuletzt abgerufen am 18.5.2009): [http://www.wipo.int/clea/en/text\\_html.jsp?lang=EN&id=1234](http://www.wipo.int/clea/en/text_html.jsp?lang=EN&id=1234). Vgl. auch *KEA, The Collective Management of Rights in Europe*, S. 120.

30 Vgl. oben § 9. A.

31 Vgl. Art 46 Abs. 3 und Art. 55 ff. Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte. Vgl. auch *Alich, GRUR Int.* 2008, 996, 1005.

32 So etwa in Belgien, Lettland, Malta, Dänemark, Schweden, Frankreich, Italien und Finnland. Vgl. hierzu *KEA, The Collective Management of Rights in Europe*, S. 82 f. und 119 ff.

und damit auch der staatlichen Tarifkontrolle zu unterwerfen<sup>33</sup>. Auch in den Niederlanden kann die dortige Schiedsstelle nur unverbindliche Empfehlungen aussprechen<sup>34</sup>.

Daneben unterliegen die Verwertungsgesellschaften nach deutschem Recht zusätzlich dem allgemeinen wahrnehmungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot, dem ebenso missbrauchsbeschränkende Wirkung zukommt und damit ebenfalls Einfluss auf die Tarifaufstellung der Verwertungsgesellschaften hat. Nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz müssen gleiche Sachverhalte nach gleichen Maßstäben beurteilt werden, so dass Verwertungsgesellschaften Nutzer vergleichbarer Musikanwendungen nicht unterschiedlich behandeln dürfen<sup>35</sup>. Ebenso können Verwertungsgesellschaften keine höheren Vergütungen für besonders gefragte Repertoires einzelner Rechtsinhaber verlangen<sup>36</sup>. Umgekehrt ist es daher auch einzelnen Rechtsinhabern wie etwa Verlagen mit einem attraktiven Musikrepertoire verwehrt, direkten Einfluss auf eine für sie günstigere Tarifgestaltung allein ihres eigenen Verlagsprogramms bei den Verwertungsgesellschaften geltend zu machen<sup>37</sup>. Insoweit haben Musikverlage daher keine unmittelbare Kontrolle über die Tarifierung ihres eigenen Repertoires, diese liegt allein bei den Verwertungsgesellschaften<sup>38</sup>.

Flankierend zu den dargestellten Tarifkontrollbestimmungen nach den nationalen Wahrnehmungsgesetzen hat die Europäische Kommission auch aus wettbewerbsrechtlichen Gründen Schranken bezüglich missbräuchlicher Tariffestlegungen von Verwertungsgesellschaften formuliert: Danach missbraucht eine Verwertungsgesellschaft ihre marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 102 AEUV (ex-Art. 82 EG), wenn sie eine Vergütung verlangt, die erheblich höher ist als das, was in anderen Mitgliedsländern gefordert wird, soweit der Vergleich auf einheit-

33 Vgl. EU-Kommissions-Entscheidung *Universal/BMG Music Publishing*, S. 56. Den Anreiz, sich gleichwohl den wahrnehmungsrechtlichen Bestimmungen zu unterwerfen, bieten verschiedene gesetzliche Privilegierungen wie etwa die Vermutung der Aktivlegitimation gemäß Art. 150 spanisches UrhG und die Beteiligung an der Ausschüttung der gesetzlichen Privatkopielizenzen gemäß Art. 25 spanisches UrhG. Vgl. *Alich*, GRUR Int. 2008, 996, 1003 und *López*, in: *Rodríguez-Cano* (Hrsg.), S. 1937.

34 Vgl. EU-Kommissions-Entscheidung *Universal/BMG Music Publishing*, a.a.O.

35 Vgl. *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, § 11 UrhWG, Rn. 11; EU-Kommissions-Entscheidung *Universal/BMG Music Publishing*, S. 57.

36 Vgl. *Schulze*, a.a.O., Rn. 7.

37 Die Verlage können lediglich auf mitgliedschaftsrechtlichem Wege, also über ihre Vertreter im Vorstand der Verwertungsgesellschaften, Einfluss auf die Tarifgestaltung des gesamten von der Verwertungsgesellschaft wahrgenommenen Repertoires nehmen.

38 Vgl. EU-Kommissions-Entscheidung *Universal/BMG Music Publishing*, a.a.O. Eine Ausnahme hiervon macht die erweiterte Cannes-Vereinbarung vom 4.10.2006 (Sache COMP/C2/38.681) zwischen den Verwertungsgesellschaften und den Major-Musikverlagen betr. die Wahrnehmung der mechanischen Tonträgerrechte in Europa. Hier setzen die Musikverlage unmittelbar die Sicherstellung eines bestimmten Vergütungsniveaus durch, indem sie mit den Verwertungsgesellschaften Rabatt-Obergrenzen für deren europaweite Tonträgerrechtlizenziierung vereinbarten.

licher Grundlage erfolgt. Anders ist dies zu beurteilen, wenn die in Frage stehende Organisation nachweisen kann, dass objektive und relevante Ungleichheiten zwischen den Bedingungen der Rechtewahrnehmung im fraglichen Land und den übrigen Mitgliedstaaten vorliegen<sup>39</sup>.

## II. Freiheit der Tarifgestaltung bei den Zentrallizenzinitiativen?

Als eines der zentralen Argumente für die in ihrer Empfehlung vom 18. Oktober 2005 favorisierte *right holders' option* (Option 3) erkannte die Europäische Kommission, dass der dadurch geförderte Wettbewerb der Verwertungsgesellschaften um die Rechtsinhaber auf absehbare Zeit zu höheren Tarifen des zentral lizenzierten Repertoires führen wird<sup>40</sup>:

„Option 3 would allow for premium content to be priced higher because it gives the collective rights manager who has attracted such content a very strong bargaining position vis-à-vis commercial users. ... Right-holders will ... benefit from the considerable bargaining power that their collective rights manager vis-à-vis commercial users and thus Option 3 will arguably be the most efficient tool to maximise the online revenue stream for right-holders across the Community.“<sup>41</sup>

Was die Kommission hingegen verschwiegen hat, ist die Tatsache, dass der Wettbewerb um die Rechtsinhaber umgekehrt auch einen stärkeren Einfluss der Verlage – insbesondere der Verleger des angloamerikanischen Repertoires – auf die Tariffestlegung der Verwertungsgesellschaften zur Folge haben würde, mit anderen Worten, dass die Tarifgestaltungsmacht im Online-Bereich von der lizenzierenden Verwertungsgesellschaft auf die Musikverlage übergehen würde<sup>42</sup>. Diese Entwicklung bestätigte die Marktuntersuchung der Generaldirektion Wettbewerb im

39 Vgl. EuGH, Urteil vom 13.7.1989, Rs. 110/88, 241/88 und 242/88, Slg. 1989, I-2811, Rn. 33 – *Lucaeau*.

40 Dahingehend auch *Schmidt*, ZUM 2005, 783, 786.

41 Vgl. *Europäische Kommission*, Mitarbeiter-Studie vom 9.7.2005, Ziff. 4.9, S. 43 und Ziff. 4.11.3, S. 47.

42 In diese Richtung auch *Drexel*, in: *Torremans* (Hrsg.), S. 276, mit dem Hinweis, dass Verwertungsgesellschaften nach Erlass der Kommissions-Empfehlung gezwungen sind, mit Musikverlagen zu kooperieren, um weiterhin ein möglichst großes Musikrepertoire anbieten zu können. Vgl. hierzu auch *Europäisches Parlament*, Verwertungsgesellschaften und kulturelle Vielfalt in der Musikbranche, Studie vom 15.6.2009, S. 110, online abrufbar unter (zuletzt abgerufen am 16.10.2009): <http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/studies/searchPerform.do?page=0&language=DE>.

Rahmen der Fusionskontrollentscheidung von *Universal Music Publishing/BMG Music Publishing* vom 22. Mai 2007<sup>43</sup>:

So geht die International Music Publishers Association (IMPA) davon aus, dass diejenigen Verleger, die ihre Rechte den Verwertungsgesellschaften entziehen, auf dem umstrukturierten Markt mit hoher Wahrscheinlichkeit entscheidenden Einfluss auf die Tarifpreise für die herausgelösten Rechte haben und gerade die Major-Musikverlage ihre starke Marktstellung nutzen werden, um höhere Tarife für die Verlagsrechte zu verlangen<sup>44</sup>:

“Option 3 changes the relationship between societies and rights holders – Option 3 gives right holders the ability to negotiate terms on which societies can license our rights and to protect rates.”<sup>45</sup>

Diese Einschätzung wurde auch von Seiten der Verwertungsgesellschaften selbst bestätigt. So erklärte die belgische SABAM hierzu:

„Aufgrund des verschobenen Kräfteverhältnisses und der Tatsache, dass statt eines Kollektivs von Rechtsinhabern nur ein einzelner Verlag vertreten wird, wird die Verwertungsgesellschaft eher als Bevollmächtigter dieses Verlags denn als echte Verwertungsgesellschaft tätig werden. In einem solchen Fall wird der Verlag die Bedingungen festlegen, zu denen die Lizenzierung dieses Repertoires erfolgen kann.“<sup>46</sup>

Auch die GEMA bekundete, dass die Tarifbedingungen unmittelbar zwischen dem initiiierenden Verlag und seiner zur europaweiten Rechteverwaltung ausgewählten Verwertungsgesellschaft festgelegt würden<sup>47</sup>. Ferner erklärte die französische SACEM, dass sie im Falle einer Beauftragung zu einer paneuropäischen Rechtever-

43 Entscheidung der Kommission zur Feststellung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen vom 22. Mai 2007 (Sache Nr. COMP/M.4404 - *Universal/BMG Music Publishing*), online abrufbar unter (zuletzt abgerufen am 20.10.2009): [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4404\\_20070522\\_20600\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4404_20070522_20600_de.pdf).

44 Nach Ansicht der Generaldirektion Wettbewerb der Kommission kommt dabei besondere Bedeutung der Tatsache zu, dass die Major-Musikkonzerne sowohl im Verlags- als auch im Tonträgerbereich mit ähnlich großen Marktanteilen tätig sind und mit dieser Bündelung von Leistungsschutz- und Urheberrechten noch zusätzlichen Verhandlungsdruck auf die Nutzerseite ausüben können. Vgl. EU-Kommissions-Entscheidung *Universal/BMG Music Publishing*, S. 67.

45 Vgl. EU-Kommissions-Entscheidung *Universal/BMG Music Publishing*, S. 58, Rn. 225.

46 Vgl. EU-Kommissions-Entscheidung *Universal/BMG Music Publishing*, S. 58, Rn. 226.

47 Vgl. EU-Kommissions-Entscheidung *Universal/BMG Music Publishing*, a.a.O.

waltung die vom betreffenden Verlag vorgegebenen besonderen Tarife anwenden müsste<sup>48</sup>. Dies schätzten auch Markteilnehmer auf Nutzerseite ähnlich ein<sup>49</sup>.

Die Frage, die es daher in Erwartung steigender Online-Tarife infolge des Übergangs der Preisgestaltungsmacht auf die angloamerikanischen Verlage zu beantworten gilt, ist, ob und inwieweit die oben skizzierten verschiedenen mitgliedstaatlichen Wahrnehmungsbestimmungen zur Vermeidung unangemessener und überhöhter Tarife auch bei den neu formierten paneuropäischen Zentrallizenzinitaliven Anwendung finden, womit der neu gewonnenen Tarifgestaltungsmacht der Verlage insoweit Grenzen gesetzt wären. Insbesondere ist hierbei nach der Effektivität dieser gesetzlichen Schutzmechanismen vor dem Hintergrund grenzüberschreitender europaweiter Lizenzierungen zu fragen. Dies wiederum betrifft in erster Linie die Problematik des räumlichen und sachlichen Geltungsumfangs der nationalen Wahrnehmungsrechtsordnungen.

## 1. Anwendbarkeit des Wahrnehmungsrechts auf im Inland tätige Wahrnehmungsunternehmen

Für Wahrnehmungsunternehmen im Inland ist die Antwort auf die Frage nach der Anwendbarkeit des dortigen Wahrnehmungsrechts offenkundig: Maßgeblich ist allein, ob der sachliche bzw. persönliche Anwendungsbereich dieses Wahrnehmungsgesetzes eröffnet ist. Ob also beispielsweise die in Deutschland ansässige CELAS ihre Tarife erhöhen kann, ohne dass Musiknutzer diese – wie bisher die GEMA-Tarife – von der Schiedsstelle des DPMA auf ihre Angemessenheit überprüfen lassen können, hängt allein davon ab, ob die CELAS die gesetzlichen Merkmale einer Verwertungsgesellschaft nach § 1 UrhWG erfüllt und damit in den Anwendungsbereich des deutschen Wahrnehmungsrechts fällt<sup>50</sup>.

Für im Ausland ansässige Wahrnehmungsgesellschaften, die im Inland tätig werden, gilt dabei nichts anderes. So gilt etwa das deutsche Wahrnehmungsrecht für Lizenzvergabestellen – die Qualifikation als Verwertungsgesellschaft nach Maßgabe von § 1 UrhWG vorausgesetzt – immer dann, wenn diese Rechte wahr-

48 Vgl. die Antwort von SACEM auf die Frage der Generaldirektion Wettbewerb nach der Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbots auf herausgenommene Rechte wörtlich:

„La SACEM aurait à appliquer le tarif spécifique exigé par l'éditeur si ce dernier lui confiait la gestion des ses droits dans le cadre d'un mandat particulier distinct des apports de droits normalement effectués à la SACEM par ses membres, mandat donnant à l'éditeur en cause la possibilité de spécifier des conditions particulières d'exploitation de son catalogue différentes de celles définies par la SACEM pour ses propres membres“.

Vgl. EU-Kommissions-Entscheidung *Universal/BMG Music Publishing*, S. 58 f., Rn. 226, Fn. 84.

49 Vgl. EU-Kommissions-Entscheidung *Universal/BMG Music Publishing*, S. 59, Rn. 228.

50 Vgl. Ventroni, in: *Schwarz/Peschel-Mehner* (Hrsg.), Ziff. 8.2.3.5., S. 47.

nehmen, „die sich aus dem Urheberrechtsgesetz ergeben“ (vgl. § 1 Abs. 1 UrhWG), mit anderen Worten, wenn sie in Deutschland tätig werden<sup>51</sup>. Das Territorialitätsprinzip des materiellen Urheberrechts findet insoweit seine Fortsetzung auf der Ebene des Wahrnehmungsrechts<sup>52</sup>. Auf eine Niederlassung der (ausländischen) Verwertungsgesellschaft in Deutschland kommt es daher nach dem deutschen Wahrnehmungsrecht nicht an. Entscheidend für die Anwendung der wahrnehmungsrechtlichen Tarifkontrollvorschriften im Inland ist demnach einzig die Einstufung des Wahrnehmungsunternehmens als Verwertungsgesellschaft nach Maßgabe des Gesetzes<sup>53</sup> sowie dessen Wahrnehmungstätigkeit im Inland, unabhängig davon, ob es sich dabei um eine im Ausland oder im Inland ansässige Gesellschaft handelt<sup>54</sup>.

Jedenfalls für diejenigen neu geschaffenen Zentrallizenziativen im Online-Bereich mit eigener Rechtspersönlichkeit ist bisher die Tendenz zu einer restriktiven Auslegung des Wahrnehmungsrechts zu beobachten: Im Fall der CELAS hat das DPMA für Deutschland die Eigenschaft als Verwertungsgesellschaft bislang verneint<sup>55</sup>. Dies hat zur Folge, dass die wahrnehmungsrechtlichen Tarifkontrollmechanismen nach dem UrhWG für die CELAS<sup>56</sup>, zumindest was die von den Verlagen direkt eingebrachten mechanischen Online-Rechte anbelangt<sup>57</sup>, derzeit

51 Vgl. OLG Köln GRUR 2008, 69 – *ausländische Verwertungsgesellschaft*; Schulze, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, § 1 UrhWG, Rn. 26; Häußer, in: FS Kreile, S. 281, 285; Gerlach, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhG, § 1 UrhWG, Rn. 8, und § 19 UrhWG, Rn. 26; Dördemann, GRUR 1999, 890, 893.

52 Vgl. Drexel, in: *Hilty/Geiger* (Hrsg.), S. 369, 392; Schricker/Reinbothe, UrhG, § 1 UrhWG, Rn. 1 ff.

53 In einer Vielzahl von europäischen Ländern existieren ähnliche Voraussetzungen für die Qualifikation als Verwertungsgesellschaft, nämlich die Verwaltung urheberrechtlich geschützter Werke für mehr als einen Rechtsinhaber durch eine treuhänderisch tätige Organisation. Vgl. dazu EU-Kommissions-Entscheidung *Universal/BMG Music Publishing*, S. 62.

54 Abweichend vom deutschen UrhWG fordern die Wahrnehmungsrechtsordnungen mancher europäischen Länder wie Österreich, Slowakei und die Tschechische Republik zwingend eine Niederlassung der Verwertungsgesellschaft im jeweiligen Inland. Das Sitzerfordernis dürfte jedoch keine Auswirkung auf die grundsätzliche Anwendbarkeit des jeweiligen Wahrnehmungsrechts (einschließlich der Tarifkontrolle) auf ausländische Verwertungsgesellschaften ohne Inlandsitz haben, sondern lediglich die Befugnis der dortigen Behörde zum aufsichtsrechtlichen Einschreiten zur Folge haben. Schwieriger ist dies freilich in anderen europäischen Mitgliedstaaten zu beurteilen, in denen, wie etwa in Ungarn und Italien, aufgrund der gesetzlichen Monopolstellung der bereits bestehenden Verwertungsgesellschaften Artisus bzw. SIAE die Zulassung weiterer Verwertungsgesellschaften von vorneherein ausgeschlossen ist. Vgl. zur Frage der Vereinbarkeit derartiger Regelungen mit europäischem Primär- und Sekundärrecht eingehend unten § 18. C.

55 Vgl. zu dieser Entscheidung des DPMA und der daraus entstehenden Folgeproblemen bei der Anwendbarkeit des UrhWG eingehend unten § 17. B.

56 Ob das DPMA eine entsprechende Entscheidung bei der ebenfalls in Deutschland ansässigen PAECOL-Initiative getroffen hat, ist nicht bekannt. Angesichts der identischen Rechtskonstruktion der PAECOL im Vergleich zur CELAS ist freilich davon auszugehen.

57 Zur Frage der Überprüfbarkeit des Tarifs der Online-Aufführungsrechte, die bei der CELAS im Namen der GEMA bzw. PRS wahrgenommen werden, vgl. unten § 17. B. II. 1.

keine Anwendung finden. Im Hinblick auf die übrigen Zentrallizenzinitiativen, die rechtlich in die jeweiligen beteiligten Verwertungsgesellschaften eingebettet sind (D.E.A.L., P.E.D.L., etc.), dürfte hingegen die Qualifizierung als Verwertungsgesellschaft im Sinne von § 1 UrhWG außer Frage stehen. Soweit ersichtlich, hat das DPMA hierzu jedoch noch keine Stellung bezogen, obwohl diese Lizenzinitiativen ihre Wahrnehmungstätigkeit bereits zweifellos im deutschen Raum ausüben. Ob umgekehrt die CELAS von ausländischen Aufsichtsbehörden als Verwertungsgesellschaft im Sinne der dort geltenden Wahrnehmungsgesetze eingestuft wurde, ist ebenso unklar. Insgesamt liegt daher, was die Wahrnehmungstätigkeit der Zentrallizenzinitiativen im jeweiligen europäischen Ausland anbelangt, die Vermutung nahe, dass diese dort bislang ohne behördliche aufsichtsrechtliche Restriktionen agieren können.

## 2. Anwendbarkeit des Wahrnehmungsrechts auf die Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften im Ausland

Vergibt eine im Inland ansässige Verwertungsgesellschaft Lizenzen im Ausland, steht nach dem oben Gesagten fest, dass – vorbehaltlich der Einstufung als Verwertungsgesellschaft nach dem jeweiligen ausländischen Wahrnehmungsrecht – stets die dort bestehenden wahrnehmungsrechtlichen Bestimmungen Anwendung finden<sup>58</sup>. Fraglich ist aber, ob weiterhin auch das Wahrnehmungsrecht im Inland, d.h. im Sitzland der jeweiligen Verwertungsgesellschaft, Geltung beansprucht. Die Marktuntersuchung der Generaldirektion Wettbewerb der Kommission im Zuge der Fusionskontrollentscheidung von *Universal Music Publishing/BMG Music Publishing* offenbarte, dass in dieser Frage nicht nur auf Seiten der gewerblichen Musiknutzer, sondern auch bei den Verwertungsgesellschaften selbst eine nicht unerhebliche Rechtsunsicherheit herrscht<sup>59</sup>.

Richtigerweise lässt der Grundsatz der Übertragung des materiellrechtlichen Territorialitätsprinzips auf die Ebene des Wahrnehmungsrechts<sup>60</sup> auch hier nur eine zutreffende Antwort zu: Inländische wahrnehmungsrechtliche Bestimmungen des Sitzlandes der Verwertungsgesellschaft finden bei deren Tätigkeit im Ausland keine Anwendung. Für das deutsche UrhWG ergibt sich dies bereits aus dem Wortlaut von § 1 Abs. 1 UrhWG, da insoweit keine Rechte, „die sich aus dem [deutschen] Urheberrechtsgesetz ... ergeben“, wahrgenommen werden; die Rechtewahrnehmung für das Ausland regelt aber das deutsche Recht nicht<sup>61</sup>. Dies würde nämlich

58 Ebenso *Hilty*, in: *Leistner* (Hrsg.), S. 138.

59 Vgl. EU-Kommissions-Entscheidung *Universal/BMG Music Publishing*, S. 61 f.

60 Vgl. *Drexel*, in: *Hilty/Geiger* (Hrsg.), S. 369, 392.

61 Vgl. *Melichar*, in: *Loewenheim*, § 45, Rn. 19; *Heine*, Wahrnehmung von Online-Musikrechten, S. 243.

einen völkerrechtlich unzulässigen Eingriff in das Recht anderer Staaten auf die souveräne Regelung des Wirtschaftsrechts im eigenen Staatsgebiet bedeuten<sup>62</sup>. Die kollektive Rechtewahrnehmung deutscher Verwertungsgesellschaften in anderen EU-Mitgliedstaaten unterliegt daher nicht der Aufsicht des DMPA. Dementsprechend ist auch die aufsichtsrechtliche (einschließlich der tariflichen) Kontrolle in anderen EU-Mitgliedsstaaten auf das dortige Territorium beschränkt<sup>63</sup>. Die Begrenzung des Wirkbereichs der wahrnehmungsrechtlichen Bestimmungen der verschiedenen europäischen Mitgliedstaaten auf ihr jeweiliges nationales Territorium führt aber zu dem Ergebnis, dass in einem mitgliedstaatlichen Tarifüberprüfungsverfahren bei einer grenzüberschreitend agierenden Zentrallizenziinitiative stets nur ein kleiner Ausschnitt der von ihr angewandten Tarife überprüft werden kann. Auch für den Fall einer behördlich festgestellten Tarifunangemessenheit wäre sie daher nicht gehindert, diesen Tarif in den übrigen Territorien weiterhin anzuwenden. Vor diesem Hintergrund stellt sich daher dieses System der nationalen, territorial begrenzten Tarifkontrollbestimmungen bei der paneuropäischen Lizenzvergabe als ein insgesamt wenig effektives Mittel dar, um missbräuchlichen Tariffestsetzungen flächendeckend zu begegnen<sup>64</sup>.

Auf der anderen Seite ist jedoch auch zu beachten, dass eine nach den verschiedenen europäischen Territorien „aufgespaltene“ Beurteilung wahrnehmungsrechtlicher Fragestellungen in manchen Fällen praktisch gar nicht möglich ist<sup>65</sup>. Dies gilt insbesondere für den von einigen Rechtsinhabern und Verwertungsgesellschaften für die Zukunft angestrebten europaweiten Einheitstarif im Online-Bereich (vgl. oben A.): Unterließe ein Zentrallizenziunternehmen wie etwa die CELAS dem Anwendungsbereich auch nur eines mitgliedsstaatlichen Wahrnehmungsgesetzes (einschließlich dessen Tarifkontrollmechanismen), hätte dieses Gesetz im Falle eines europaweiten Einheitstarifs faktisch grenzüberschreitenden Einfluss, obwohl dessen Vorgaben zur Tarifangemessenheit an sich nur für das jeweilige Territorium gelten. Um also tatsächlich einen europaweit einzuhaltenen, einheit-

62 Vgl. *Drexel*, in: *Hilty/Geiger* (Hrsg.), S. 369, 395. Vgl. dazu auch OLG München ZUM 2006, 466, 471 ff. In dieser Entscheidung wies das OLG München die gegen eine deutsche Verwertungsgesellschaft gerichtete und auf § 12 UrhWG gestützte Klage eines französischen Diskothekenverbands auf Abschluss eines Gesamtvertrags für das französische Territorium ab. Wie *Heine*, Wahrnehmung von Online-Musikrechten, S. 243, zutreffend darlegt, ist die Begründung des Gerichts jedoch keineswegs überzeugend: Das OLG München verneinte den Klageanspruch in erster Linie deshalb, weil die deutsche Verwertungsgesellschaft ihre Rechte von der französischen Schwestergesellschaft aufgrund der Gegenseitigkeitsverträge wahrnehmen lasse und die deutsche Gesellschaft dazu nicht in der Lage sei. Richtigerweise wäre die Klage wegen der Unanwendbarkeit des deutschen Wahrnehmungsrechts (und damit auch des § 12 UrhWG) für das französische Territorium abzuweisen gewesen.

63 Vgl. *Himmelmann*, in: *Kreile/Becker/Riesenthaler* (Hrsg.), S. 905, Rn. 214 f.

64 Ebenso *Alich*, GRUR Int. 2008, 996, 1005.

65 Zutreffend, freilich in anderem Zusammenhang *Drexel*, in: *Hilty/Geiger* (Hrsg.), S. 369, 395.

lichen Tarif in der Praxis zu ermöglichen, müssten zunächst sämtliche nationalen Tarifkontrollverfahren durchlaufen werden, wobei sich der Einheitstarif schließlich am niedrigsten Tarifniveau eines Staates orientieren müsste. Dieser faktisch grenzüberschreitenden Wirkung ließe sich doch nur durch die Beibehaltung der heterogenen Bestimmungslandtarife begegnen, wodurch im Bedarfsfall wahrnehmungsrechtlichen Tarifvorgaben einzelner zwingender nationaler Wahrnehmungsrechtsordnungen flexibler entsprochen werden könnte.

### 3. Fazit

Insgesamt lassen die vorstehenden Ausführungen erhebliche Zweifel an der Effektivität der nationalen Wahrnehmungsregelungen im Hinblick auf die Tarifkontrolle bei der grenzüberschreitenden Lizenzvergabe der paneuropäischen Zentrallizenzinitiativen aufkommen. Dies machen die im Einzelnen inhaltlich doch recht unterschiedlich ausgestalteten wahrnehmungsrechtlichen Tarifkontrollbestimmungen sowie deren strenge örtliche Begrenzung auf das jeweilige nationale Territorium bereits im Ansatz deutlich. Diese sind offenkundig auf das traditionell territorial beschränkte Lizenzvergabesystem zugeschnitten und strukturell nicht auf die Erteilung europaweiter Lizenzen ausgerichtet<sup>66</sup>. Hinzu kommt die stets bestehende Rechtsunsicherheit, inwieweit die neu geschaffenen Lizenzeinrichtungen wie etwa die CELAS nach den ausländischen Wahrnehmungsgesetzen überhaupt als Verwertungsgesellschaft im Rechtssinne einzustufen sind und somit deren Anwendungsbereich überhaupt eröffnet ist. Die Generaldirektion Wettbewerb zieht daher ebenfalls den Schluss, dass es

„höchst unwahrscheinlich ist, dass die ausgewählte Verwertungsgesellschaft in Bezug auf die Verwaltung der herausgenommenen Rechte im gleichen Maße an das Diskriminierungsverbot und die länderspezifischen [wahrnehmungsrechtlichen] Rechtsvorschriften gebunden ist wie im herkömmlichen System.“<sup>67</sup>

Auf der anderen Seite kann das System unterschiedlicher nationaler Wahrnehmungsbestimmungen auch neue Entwicklungen blockieren, wie sich am Beispiel des von den Marktteilnehmern anvisierten europaweiten Einheitstarifs illustrieren lässt. Eine derartige einheitliche Vergütungsregelung wäre in ihrem europaweiten Gesamtbestand von vornehmerein mit erheblicher Rechtsunsicherheit behaftet, da sie eine Vielzahl von separat durchzuführenden Schlichtungsverfahren in den verschiedenen Mitgliedstaaten zu überstehen hätte. Es erscheint daher in praktischer

66 Vgl. dazu auch EU-Kommissions-Entscheidung *Universal/BMG Music Publishing*, S. 63.

67 Vgl. EU-Kommissions-Entscheidung *Universal/BMG Music Publishing*, S. 60.

Hinsicht derzeit eher unwahrscheinlich, dass ein solcher Einheitstarif nach dem bestehenden territorial geprägten Gefüge tatsächlich europaweit umsetzbar ist. Letztlich steht daher der bestehende Flickenteppich unterschiedlicher wahrnehmungsrechtlicher Bestimmungen in Europa insgesamt – und nicht nur im Hinblick auf die Tarifkontrolle<sup>68</sup> – in einem kaum lösbar Spannungsverhältnis zu der in der Kommissions-Empfehlung formulierten Aufforderung zu einer grenzüberschreitenden kollektiven Rechtewahrnehmung<sup>69</sup>. Vor diesem Hintergrund erscheint die Harmonisierung des europäischen Wahrnehmungsrechts als einziger Lösungsweg, um einheitliche Bedingungen für die kollektive Rechtewahrnehmung zu schaffen<sup>70</sup>.

Bis auf weiteres kann daher zur gebietsübergreifenden Kontrolle missbräuchlicher Tarifbestimmungen im Hinblick auf die europaweite Wahrnehmungstätigkeit nur auf das europäische Wettbewerbsrecht zurückgegriffen werden<sup>71</sup>. Ob dieses Recht auch in der Praxis als ein taugliches und effektives Mittel zur Kontrolle tarifbezogener Missbräuche von Verwertungsgesellschaften angesehen werden kann, darf jedoch durchaus bezweifelt werden<sup>72</sup>.

68 Vgl. allgemein zur Problematik der unterschiedlichen nationalen wahrnehmungsrechtlichen Regelungen im europäischen Binnenmarkt auch unten § 18.

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

70 Zur Harmonisierung des Wahrnehmungsrechts vgl. insbes. unten § 18. E.

71 Diesen Weg hat der Major-Tonträgerhersteller Universal Music International bereits im September 2005 eingeschlagen, als er bei der Kommission eine Beschwerde gegen angeblich unangemessen hohe Tarifsätze von insgesamt 18 europäischen Verwertungsgesellschaften, darunter auch der GEMA, eingereicht hat. Universal Music International forderte darin eine Senkung der Tarifsätze für Download-Verkäufe. Ihrer Ansicht nach bildeten die europäischen Verwertungsgesellschaften aufgrund ihres in ihrem jeweiligen Territorium bestehenden Monopolstatus ein gemeinsames europäisches Monopol, indem sie untereinander unangemessen hohe Tarife für Downloads verabredeten. Außerdem würden die Gesellschaften dadurch das Online-Geschäft mit Musikrechten weiter einschränken: Der Vergütungssatz liege in Europa mit mindestens 12 % erheblich über dem Tantiemensatz für nicht-digitale Vervielfältigungsrechte von üblicherweise ca. 8 % bis 9 %. Eine Entscheidung ist in dieser Sache nicht bekannt. Vgl. dazu *Ventroni*, in: *Schwarz/Peschel-Mehner* (Hrsg.), Ziff. 8.2.2.7., S. 35, Rn. 43; *Musikwoche*, Universal greift Verwertungsgesellschaften an, Meldung vom 12.10.2005.

72 Vgl. *Alich*, GRUR Int. 2008, 996, 1005. Nach *Alich*, a.a.O., und *Karnell*, GRUR Int. 1991, 583, 591, wäre im Falle eines europaweit geltenden Einheitstarifs auch die rechtlichen Kriterien unklar, nach denen eine marktbeherrschende Stellung eines Wahrnehmungsunternehmens i.S.v. ex-Art. 82 EG konkret zu prüfen wäre: Der vom EuGH in der *Lucazeau*-Entscheidung (Urteil vom 13.7.1989, Rs. 110/88, 241/88 und 242/88, Slg. 1989, I-2811) entwickelte Prüfungsmaßstab, die jeweils entsprechenden nationalen Tarife untereinander zu vergleichen, wäre nämlich bei einem Einheitstarif nicht mehr tauglich.

## C. Inkasso und Verteilung der Lizenzeinnahmen – am Beispiel der CELAS

Bei der CELAS erfolgt die Abrechnung der Lizenzvergütung durch die Musiknutzer nach den derzeit anzuwendenden Bestimmungslandtarifen streng nutzungsbezogen<sup>73</sup>: Die Lizenznehmer übermitteln getrennt für jedes Auswertungsteritorium monatliche Nutzungsmeldungen, die Art und Umfang der ausgewerteten Musik separat nach den verschiedenen Auswertungsformen wiedergeben<sup>74</sup>. Auf Basis der eingehenden Nutzungsmeldungen der verschiedenen Online-Diensteanbieter nimmt die CELAS einen Abgleich mit der CELAS-Datenbank vor, wodurch sichergestellt wird, dass ausschließlich Nutzungen des von CELAS wahrgenommenen Musikrepertoires abgerechnet werden<sup>75</sup>.

Die Verteilung der von CELAS eingezogenen Lizenzgebühren erfolgt nach Aufführungs- und Vervielfältigungsrechtsanteil getrennt: Über die Verteilung der Lizenzerträge, die sich aus der Wahrnehmung der mechanischen Rechte des Verlagsrepertoires ergeben, entscheidet grundsätzlich EMI Music Publishing als Rechtsinhaber<sup>76</sup>. Nach den diesbezüglichen Vorgaben des Major-Verlags schüttet die CELAS den gesamten Anteil der aus den Vervielfältigungsrechten resultierenden Lizenzgebühren direkt an EMI Music Publishing, und zwar aufgeteilt an seine jeweiligen nationalen lokalen Niederlassungen, aus<sup>77</sup>. Diese nehmen dann die Auskehr des *writer's share* nach Maßgabe der jeweiligen Verlagsverträge an die Urheber vor<sup>78</sup>. Ein anderes Modell der Ausschüttung der Lizenzanteile an den mechanischen Rechten wendet offenbar Warner Chappell Music bei seiner P.E.D.L.-Initiative an: Hier erfolgt die Verteilung nicht an die verschiedenen lokalen Niederlassungen, sondern an eine Zentralgesellschaft in den Niederlanden, die dann ihrerseits erst die eigentlichen Ausschüttungen vornimmt<sup>79</sup>.

Die in den verschiedenen europäischen Ländern erzielten Lizenzeinnahmen für den Online-Aufführungsrechtsanteil fließen bei der CELAS zunächst entsprechend einer vorab festgelegten territorialen Zuständigkeit entweder an die GEMA oder die MCPS-PRS, die diese dann gemäß den Vorgaben ihrer jeweiligen Verteilungspläne ausschütten. Demnach schüttet die GEMA und die MCPS-PRS den *publisher's share* direkt an die jeweiligen Subverlagsmitglieder von EMI Music Publishing aus; die *writer's shares* werden hingegen über das Netz der Gegenseitigkeits-

73 Vgl. Alich, GRUR Int. 2008, 996, 1004.

74 Vgl. Wolf/Evert, in: Kreile/Becker/Riesenhuber (Hrsg.), S. 816, Rn. 107.

75 Vgl. Wolf/Evert, a.a.O., Rn. 108.

76 Vgl. Wolf/Evert, a.a.O., Rn. 113.

77 Vgl. Wolf, zitiert in Alich/Schmidt-Bischoffshausen, GRUR 2008, 43, 44; Alich, GRUR Int. 2008, 996, 1001.

78 Vgl. Wolf, zitiert in Alich/Schmidt-Bischoffshausen, a.a.O.; Alich, a.a.O.

79 Vgl. Wolf, zitiert in Alich/Schmidt-Bischoffshausen, a.a.O.