

Reinhold Kreile, Jürgen Becker, Karl Riesenhuber (Hrsg.)
Recht und Praxis der GEMA

Recht und Praxis der GEMA

Handbuch und Kommentar

Herausgegeben von

Reinhold Kreile, Jürgen Becker, Karl Riesenhuber



RECHT

De Gruyter Recht · Berlin

Herausgeber:

Professor Dr. *Reinhold Kreile*, Vorstandsvorsitzender und Generaldirektor der GEMA, München

Professor Dr. *Jürgen Becker*, Stellvertretender Vorstandsvorsitzender und Chefsyndikus der GEMA, Professor an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br.

Professor Dr. *Karl Riesenhuber*, Professor an der Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder)

© Gedruckt auf säurefreiem Papier,
das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt

ISBN-13: 978-3-89949-181-4

ISBN-10: 3-89949-181-5

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

© Copyright 2005 by De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, D-10785 Berlin

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

Umschlaggestaltung: Christopher Schneider, Berlin

Datenkonvertierung/Satz: WERKSATZ Schmidt & Schulz, Gräfenhainichen

Druck und Bindung: Hubert & Co., Göttingen

Vorwort

Die kollektive Rechtswahrnehmung, der sich im Bereich der Musik die GEMA als Treuhänderin der Komponisten, Textdichter und beider Verleger in Deutschland seit nunmehr über 100 Jahren erfolgreich angenommen hat, erfordert Transparenz: gegenüber der Öffentlichkeit, gegenüber den Nutzern und gegenüber den eigenen Mitgliedern. Gerade zur Sicherung dieser Transparenz unterliegt die GEMA als Treuhänderin ihrer Mitglieder behördlicher Aufsicht. Auch die Mitglieder der GEMA erwarten diese Transparenz von der GEMA und für sich selbst. Dem kommt die GEMA auf vielfältige Weise nach, durch Veröffentlichung ihres Jahresabschlusses, also des gesamten Rechenwerks der Lizenzierung und der Ausschüttung, durch Veröffentlichung der Tarife und der gesamten Verteilungsplanregelungen. Hierzu dienen die verschiedensten laufenden Publikationen, wie der GEMA-Brief, die GEMA-Nachrichten, insbesondere aber die seit 1991 erscheinenden GEMA-Jahrbücher. Transparenz ist Voraussetzung für die Kontrolle, aber auch Grundlage der Legitimation der GEMA.

Mit dem vorliegenden Buch wollen die Herausgeber einen weiteren Beitrag zur Transparenz der Wahrnehmungstätigkeit leisten. Es werden die wesentlichen Rahmenbedingungen für die kollektive Rechtswahrnehmung des deutschen und europäischen Rechts vorgestellt, erstmals aber auch die autonom gesetzten Regelwerke der GEMA im einzelnen erläutert. Die Herausgeber hoffen, damit einem in der Praxis oft geäußerten Bedürfnis zu entsprechen.

Die Herausgeber danken allen Mitwirkenden an diesem Buch, insbesondere den Mitarbeitern von Professor Riesenhuber an der Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder).

Berlin und München, im September 2005

*Reinhold Kreile
Jürgen Becker
Karl Riesenhuber*

Inhalt

Autorenverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XI
Kapitel 1 Einführung <i>Kreile/Becker/Riesenhuber</i>	1
1. Teil: Grundlagen	
Kapitel 2 Geschichte der musikalischen Verwertungsgesellschaften in Deutschland <i>M.M. Schmidt, Riesenhuber, Mickler</i>	5
Kapitel 3 Verwertungsgesellschaften als Unternehmen „sui generis“ <i>Lerche</i>	22
Kapitel 4 Verwertungsgesellschaften als Träger öffentlicher und privater Aufgaben <i>Becker</i>	31
Kapitel 5 Die Verwaltung von Urheberrechten im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts <i>Schwarze</i>	45
Kapitel 6 Gegenseitigkeitsverträge von Verwertungsgesellschaften im Binnenmarkt <i>Mestmäcker</i>	72
Kapitel 7 Legitimation, Praxis und Zukunft der privaten Vervielfältigung <i>Kreile/Becker</i>	91
2. Teil: Die Organisation der GEMA	
Kapitel 8 Die Satzung der GEMA v. <i>Steinau-Steinrück/Wohlgemuth</i>	109
3. Teil: Die Rechtsbeziehungen der GEMA zu den Berechtigten	
Kapitel 9 Auslegung und Kontrolle des Wahrnehmungsvertrags <i>Riesenhuber</i>	183
Kapitel 10 Der Berechtigungsvertrag <i>Staudt, Czapla</i>	232
Kapitel 11 Der Verteilungsplan <i>Müller, Karbaum</i>	372
Kapitel 12 Die Wertung <i>Riesenhuber</i>	540
Kapitel 13 Die Sozialkasse <i>Riesenhuber</i>	617
4. Teil: Die Rechtsbeziehungen der GEMA zu den Nutzern	
Kapitel 14 Rechtliche Grundlagen <i>Riesenhuber/v. Vogel, G. Schulze</i>	633
Kapitel 15 Die Lizenzierung <i>Kröber, Pappi, Nicklas/Wolf</i>	691

Inhalt

5. Teil: Die Rechtsbeziehungen zwischen Verwertungsgesellschaften

Kapitel 16 Die Zusammenarbeit der Verwertungsgesellschaften *Kreile* . . . 711

Kapitel 17 Die Rechtsbeziehungen der GEMA zu ausländischen
Verwertungsgesellschaften *Karbaum/Oeller* 720

6. Teil: Die Aufsicht über die GEMA

Kapitel 18 Die Aufsicht über die GEMA *Himmelmann* 739

Literaturverzeichnis 811

Entscheidungsregister 841

Stichwortverzeichnis 871

Autorenverzeichnis

<i>Jürgen Becker</i>	Dr. iur., apl. Professor an der Albert-Ludwigs-Universität, Freiburg i. Br., Stellvertretender Vorsitzender des Vorstands und Chefsyndikus der GEMA
<i>Mathias Czaplá</i>	Juristischer Mitarbeiter der GEMA, Berlin
<i>Ulrich Himmelmann</i>	Dr. iur., Regierungsdirektor beim Deutschen Patent- und Markenamt in München
<i>Michael Karbaum</i>	Dr. phil., Hon.-Professor an der Hochschule für Musik und Theater München, Geschäftsführender Direktor der GEMA, München
<i>Reinhold Kreile</i>	Dr. rer.pol., Hon.-Professor an der Hochschule für Fernsehen und Film (Leiter der Abteilung V Produktion und Medienwirtschaft), Vorsitzender des Vorstands und Generaldirektor der GEMA, München
<i>Christian Kröber</i>	Dr. iur., Direktor und Geschäftsbereichsleiter der GEMA, München
<i>Peter Lerche</i>	Dr. iur., Dr. iur. h.c., em. o. Professor an der Ludwig-Maximilians-Universität, München
<i>Ernst-Joachim Mestmäcker</i>	Dr. iur., Dr. iur. h.c., em. Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, em. o. Professor an der Universität Hamburg
<i>Raik Mickler</i>	Juristischer Mitarbeiter, Haufe Mediengruppe, Freiburg i.Br.
<i>Stefan Müller</i>	Dr. iur., Direktor der GEMA, München
<i>Reinhard Nicklas</i>	Direktor der GEMA, München
<i>Georg Oeller</i>	Direktor der GEMA, München
<i>Urban Pappi</i>	Dr. iur., Abteilungsdirektor der GEMA, München
<i>Karl Riesenhuber</i>	Dr. iur., M.C.J., o. Professor an der Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder)
<i>Manuela Maria Schmidt</i>	Dr. iur., Dipl.-jur., Merzig
<i>Gernot Schulze</i>	Dr. iur., Rechtsanwalt in München
<i>Jürgen Schwarze</i>	Dr. iur., o. Professor an der Albert-Ludwigs-Universität, Freiburg i. Br., Direktor des Instituts für Öffentliches Recht
<i>Monika Staudt</i>	Dr. iur., Fachreferentin Recht, GEMA, Berlin

Autorenverzeichnis

Robert v. Steinau-Steinrück

Alexander v. Vogel

Stefan Wohlgemuth

Alexander Wolf

Dr. iur., Rechtsanwalt in Berlin

Dr. iur., wissenschaftlicher Mitarbeiter an der
Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder)

Abteilungsleiter der GEMA, Berlin

Abteilungsleiter der GEMA, München

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
abgedr.	abgedruckt
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
AB-VP-A	Ausführungsbestimmungen zum Verteilungsplan für das Aufführungs- und Senderecht
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
ArP	Archiv für Presserecht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGICOA	Association de Gestion Internationale Collective de Œuvres Audio-visuelles
Alt.	Alternative
a.M.	anderer Meinung
AöR	Archiv für öffentliches Recht
ArbuR	Arbeit und Recht – Zeitschrift für Arbeitsrechtspraxis
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AWA	Anstalt zur Wahrung der Aufführungsrechte auf dem Gebiet der Musik
Az.	Aktenzeichen
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
Begr.	Begründung
BerV	Berechtigungsvertrag
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt
BKR	Bank- und Kapitalmarktrecht
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BPatG	Bundespatentgericht
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache

Abkürzungsverzeichnis

BÜ	Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst vom 9. September 1886, s.a. RBÜ
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (amtliche Sammlung)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (amtliche Sammlung)
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CD	Compact Disc
CISAC	Confédération Internationale des Sociétés d’Auteurs et Compositeurs
CMMV	Clearingstelle Multimedia für Verwertungsgesellschaften von Urheber- und Leistungsschutzrechten GmbH
CR	Computer und Recht
DB	Der Betrieb
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe/n
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DPMA	Deutsches Patent- und Markenamt (vgl. auch § 18 UrhWG)
DRM	Digital Rights Management
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DVD	Digital Versatile Disc
DZWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ebd.	ebenda
EG	1. Europäische Gemeinschaft; 2. Nach Bezeichnung eines Artikels: EG-Vertrag, Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Konsolidierte Fassung mit den Änderungen durch den Vertrag von Amsterdam vom 2.10.1997 idF des Vertrags von Nizza vom 26.2.2001
EGV	EG-Vertrag, Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der Fassung des Vertrags über die Europäische Union vom 7.2.1992 (Maastrichter Fassung)
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EIPR	European Intellectual Property Review
E.L.Rev.	European Law Review
Ent.L.R.	Entertainment Law Review
ERPL	European Review of Private Law – Revue européenne de droit privé – Europäische Zeitschrift für Privatrecht
EU	1. Europäische Union; 2. Nach Bezeichnung eines Artikels: EU-Vertrag, Vertrag über die Europäische Union, Konsolidierte Fassung mit den Änderungen durch den Vertrag von Amsterdam vom 2.10.1997 idF des Vertrags von Nizza vom 26.2.2001
EuGH	Europäischer Gerichtshof

EUV	EU-Vertrag, Vertrag über die Europäische Union vom 7.2.1992 (Maastricht-Vertrag)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f., ff.	folgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
FuR	Film und Recht
GEMA	Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vielfältigungsrechte
GG	Grundgesetz
Ggf./ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit begrenzter Haftung
GO	Geschäftsordnung
GO AR	Geschäftsordnung Aufsichtsrat
GO Schätzung B	Geschäftsordnung für das Schätzungsverfahren der Bearbeiter
GO Wertung KE	Geschäftsordnung Wertungsverfahren der Komponisten in der Sparte E
GO Wertung TE	Geschäftsordnung Wertungsverfahren der Textdichter in der Sparte E
GO Wertung VE	Geschäftsordnung Wertungsverfahren der Verleger in der Sparte E
GO Wertung U	Geschäftsordnung Wertungsverfahren in der Unterhaltungs- und Tanzmusik
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
GÜFA	Gesellschaft zur Übernahme und Wahrnehmung von Filmaufführungsrechten
GVL	Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWFF	Gesellschaft zur Wahrnehmung von Film und Fernsehrechten
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinne
i.e.	im einzelnen
i.E.	im Ergebnis
ieS	im engeren Sinne
i.O.	im Original
IFPI	International Federation of the Photographic Industry
insb.	insbesondere
IPR	Internationales Privatrecht

Abkürzungsverzeichnis

IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
iSd	im Sinne der/des
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinne
JBl.	Juristische Blätter
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
K&R	Kommunikation und Recht, Betriebsberater für Medien, Telekommunikation, Multimedia
krit.	kritisch
KUG	Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie
KUR	Kunstrecht und Urheberrecht
KVO	Kartellverordnung v. 2.11.1923
LG	Landgericht
lit.	litera
LS	Leitsatz
l.Sp.	linke Spalte (s.a. r.Sp.)
LUG	Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst
maW	mit anderen Worten
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MMR	Multimedia und Recht, Zeitschrift für Informations- Telekommunikations- und Medienrecht
m.N.	mit Nachweisen
MR	Medien und Recht
mwN	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
n.rkr.	nicht rechtskräftig
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PC	Personal Computer
p.m.a.	post mortem auctoris
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RBÜ	Revidierte Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und der Kunst in der Fassung vom 24. Juli 1971 (Pariser Fassung), s.a. BÜ
RefE	Referentenentwurf

RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIDA	Revue International du Droit d’Auteur
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft – Betriebs-Berater International
rkr.	Rechtskräftig
Rn.	Randnummer; im Zusammenhang mit Entscheidungen des EuGH regelmäßig (außer bei älteren Entscheidungen) zur Verweisung auf die Absätze der Entscheidungsgründe verwandt (s.a. Tz.)
r.Sp.	rechte Spalte (s.a. l.Sp.)
RStV	Rundfunkstaatsvertrag
S.	Seite
s.	siehe
Satzung SK	Satzung Sozialkasse
s.a.	siehe auch
SchLA	Schlußanträge
SMS	Short Message Service
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannte/r
STAGMA	Staatlich genehmigte Gesellschaft zur Verwertung musikalischer Urheberrechte
str.	strittig
st.Rspr.	ständige Rechtsprechung
TRIPS	Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums
TÜV	Technischer Überwachungsverein
Tz.	Textziffer; im Zusammenhang mit Entscheidungen des EuGH regelmäßig zur Verweisung auf Ausführungen in den Schlußanträgen des Generalanwaltes verwandt (s.a. Rn.)
u.a.	unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
uam	und andere(s) mehr
UFITA	Archiv für Urheber- und Medienrecht
UrhG	Urheberrechtsgesetz vom 9. September 1965
UrhWG	Urheberrechtswahrnehmungsgesetz vom 9. September 1965
v.	von/vom
Verf.	Verfasser
VerlG	Gesetz über das Verlagsrecht (Verlagsgesetz) vom 19. Juni 1901
VFF	Verwertungsgesellschaft der Film- und Fernsehproduzenten
VG	Verwertungsgesellschaft
VGf	Verwertungsgesellschaft für Nutzungsrechte an Filmwerken
vgl.	vergleiche
VG Wort	Verwertungsgesellschaft Wort
VP	Verteilungsplan

Abkürzungsverzeichnis

VuR	Verbraucher und Recht
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WAP	Wireless Application Protocol
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung
WIPO	World Intellectual Property Organization
WPPT	WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z.B.	zum Beispiel
ZBT	Zentralstelle Bibliothekstantieme
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEuS	Zeitschrift für europarechtliche Studien
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZFS	Zentralstelle Fotokopieren an Schulen
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPÜ	Zentralstelle für Private Überspielungsrechte
z.T.	zum Teil
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZUM-RD	Rechtsprechungsdienst der Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
zust.	zustimmend
zutr.	Zutreffend
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZWF	Zentralstelle für die Wiedergabe von Fernsehwerken
ZVV	Zentralstelle für Videovermietung

Kapitel 1

Einführung

Inhaltsübersicht

Rn.

- I. Verwertungsgesellschaften und Grundfragen der kollektiven Rechtswahrnehmung . . . 1–3
- II. Transparenz der Wahrnehmungstätigkeit 4–11

I. Verwertungsgesellschaften und Grundfragen der kollektiven Rechtswahrnehmung

„Die GEMA ist ein Unternehmen wie jedes andere – nur ganz anders“, so ist die größte und älteste deutsche Verwertungsgesellschaft oft beschrieben worden. Tatsächlich ist sie zunächst ein privates Unternehmen. Als die Urheber durch das Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst (LUG) von 1901 das Aufführungsrecht an erschienenen Werken der Tonkunst ohne das zusätzliche Erfordernis eines Vorbehalts als Ausschließlichkeitsrecht zuerkannt bekamen, war die individuelle Rechtswahrnehmung faktisch nicht mehr möglich. Der Gesetzgeber hatte aber darauf verzichtet, die kollektive Rechtswahrnehmung selbst – etwa durch eine Verwaltungsbehörde – einzurichten. Statt dessen vertraute er auf die **Eigeninitiative der Betroffenen**. Auf dem Boden des Privatrechtes gründeten sie die Genossenschaft der deutschen Tonsetzer (GDT), die mit ihrer Anstalt für Musikalisches Aufführungsrecht (AFMA) die erste deutsche Verwertungsgesellschaft darstellte (**Kap. 2**).

1

Von Beginn an war damit die kollektive Rechtswahrnehmung privat organisiert. Verwertungsgesellschaften nehmen als Unternehmen am Geschäftsverkehr teil wie andere Unternehmen auch. Doch macht schon das eingangs zitierte Wort auch auf die Besonderheiten aufmerksam, die sich aus dem Unternehmensgegenstand ergeben. Sie sind zuerst der Grund dafür, Verwertungsgesellschaften als **Unternehmen sui generis** zu bezeichnen (**Kap. 3**). Der Grund dafür liegt aber ebenso darin, daß die Verwertungsgesellschaften mit der kollektiven Wahrnehmung Aufgaben übernommen haben, die zur Durchsetzung des materiellen Urheberrechts unentbehrlich sind. Ihre Tätigkeit trägt so zur Gewährleistung des verfassungsrechtlich als (geistiges) Eigentum (Art. 14 GG) geschützten Urheberrechts bei. Dieser Umstand und die Tatsache, daß die Verwertungsgesellschaften von Anfang auch die kulturelle Förderung als ihre Aufgabe definiert haben, lassen Verwertungsgesellschaften ungeachtet ihrer privaten Organisation als **Träger öffentlicher Aufgaben** erscheinen (**Kap. 4**).

2

Nicht von ungefähr wirft diese Kombination privater Organisation und öffentlicher Aufgaben zahlreiche Fragen auf. Wegen der faktischen Monopolstellung der meisten

3

Verwertungsgesellschaften in Deutschland – in anderen Mitgliedstaaten besteht teilweise auch ein rechtliches Monopol – stellen sich diese vor allem im Rahmen des Kartellrechts. Anders als das deutsche Kartellrecht, das die Sonderstellung der Verwertungsgesellschaften ausdrücklich anerkannt hat, nimmt das Europäische Kartellrecht auf die Besonderheiten des Wahrnehmungsrechts keine Rücksicht. Die kollektive Wahrnehmung von Urheberrechten wirft daher zahlreiche grundsätzliche Fragen des **Europäischen Kartellrechts** auf (**Kap. 5**). Um die Grundsätze der Marktordnung in diesem Bereich geht es insbesondere im Hinblick auf die grenzüberschreitende Zusammenarbeit durch **Gegenseitigkeitsverträge** (**Kap. 6**).

II. Transparenz der Wahrnehmungstätigkeit

- 4 Die Unentbehrlichkeit der Verwertungsgesellschaften zur Verwirklichung des Urheberrechts und die vielfältige Nützlichkeit ihrer Tätigkeit stehen daher ebenso außer Frage wie die Notwendigkeit, sie als nationale Monopole und marktstarke Unternehmen im Binnenmarkt zu kontrollieren. Daher ist es verständlich, daß schon das nationale Recht von den Verwertungsgesellschaften ein hohes Maß an **Transparenz** ihrer Tätigkeit erwartet. Die Forderung nach Transparenz hat aber in jüngerer Zeit insbesondere die Europäische Gemeinschaft artikuliert. Die GEMA trägt dem schon bislang Rechnung. Bereits seit langem veröffentlicht sie jährlich eine Sammlung mit Informationen über den rechtlichen Rahmen ihrer Tätigkeit, die wichtigsten Wirtschaftsdaten aus ihrem Tätigkeitsbericht, die von ihr aufgestellten Regelwerke und weitere Information (das GEMA-Jahrbuch).
- 5 Indes zeigt die Praxis zunehmend, daß darüber hinaus ein weitergehendes Informationsbedürfnis besteht. Dabei geht es um beides, den rechtlichen Rahmen der Wahrnehmungstätigkeit und seine autonome Ausfüllung durch die GEMA: in einer Kurzformel um „**Recht und Praxis der GEMA**“.
- 6 Die Rechteinhaber selbst – Komponisten, Textdichter und Verleger – entwarfen die **Organisationsformen**, die ihnen für die Durchsetzung ihrer ideellen und wirtschaftlichen Interessen am besten erschienen: Die GDT wurde als Verein gegründet, die österreichische Gesellschaft der Autoren, Komponisten und Musikverleger (AKM), ab 1913 ebenfalls in Deutschland tätig, war als Genossenschaft organisiert. Die später zunächst autonom vereinbarten Zusammenschlüsse zum Musikschutzverband erfolgten in Form der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Mit der staatlich durch das sogenannte Stagma-Gesetz veranlaßten Vereinigung zu einer Monopolgesellschaft erfolgte die Organisation als wirtschaftlicher Verein. Diese Rechtsform hat die GEMA als Nachfolgerin der Stagma beibehalten. Sie hat auf dieser Grundlage im Laufe der Jahre eine Organisation gewählt, die den Bedürfnissen der kollektiven Wahrnehmung musikalischer Rechte entspricht. Die **Satzung** der GEMA (**Kap. 8**) bildet die Grundlage ihrer Existenz und Tätigkeit.
- 7 Das **Rechtsverhältnis zwischen der GEMA und den Berechtigten (3. Teil)** ist teilweise schon in der Satzung geregelt, wird aber in weiteren Regelungen näher ausgeformt. Der **rechtliche Rahmen** dafür ergibt sich vor allem aus den §§ 6–9 UrhWG, ergänzend aber auch aus dem Vertrags- und Kartellrecht (**Kap. 9**). Grundlage der Rechtsbezie-

hungen zwischen dem einzelnen Berechtigten und der GEMA ist der **Berechtigungsvertrag (Kap. 10)**. Davon unterscheidet schon das Gesetz die Regeln über die Verteilung der Einnahmen. Da die kollektive Rechtswahrnehmung sich weithin nicht in einem schlichten Inkasso erschöpft, wird die Verteilung in besonderen Bestimmungen näher geregelt, im **Verteilungsplan (Kap. 11)**. Dabei werden die primär ertragsabhängigen Verteilungsregeln unterschieden von den Bestimmungen über die kulturelle und soziale Förderung. Die kulturelle Förderung erfolgt bei der GEMA vor allem im Rahmen der so genannten **Wertung (Kap. 12)**. Der sozialen Förderung dient insbesondere die **GEMA-Sozialkasse (Kap. 13)**.

Auch das **Rechtsverhältnis zu den Nutzern (4. Teil)** ist vor allem im Urheberrechtswahrnehmungsgesetz geregelt (§§ 10–17 UrhWG). Zu den **rechtlichen Grundlagen (Kap. 14)** gehört insbesondere der Zugang der Nutzer zu den Urheberrechten, der Kontrahierungszwang und die Kontrolle der Vertragsbedingungen auf ihre Angemessenheit sowie die Streitschlichtung durch die Schiedsstelle. Für den Nutzer ist über den rechtlichen Rahmen hinaus die **Lizenzierungspraxis der GEMA (Kap. 15)** von Bedeutung.

Rechtsbeziehungen unterhält die GEMA nicht nur zu den Berechtigten einerseits und den Nutzern andererseits, sondern auch zu anderen Verwertungsgesellschaften. Eine **Zusammenarbeit der Verwertungsgesellschaften** ist – gerade auch im Interesse der Nutzer – schon **auf nationaler Ebene** erforderlich (**Kap. 16**), besonders um gesetzliche Vergütungsansprüche wahrzunehmen (zur privaten Vervielfältigung **Kap. 7**). Darüber hinaus ist aber auch **international** eine Zusammenarbeit zwischen den Verwertungsgesellschaften erforderlich (**Kap. 17**): Erst das Netz von Gegenseitigkeitsverträgen ermöglicht es jeder einzelnen nationalen Gesellschaft, das Produkt „Gesamtrepertoire“ anzubieten.

Bei alledem unterliegen die Verwertungsgesellschaften zu Recht einer **Aufsicht (Kap. 18)**. Sie wird auch in der Europäischen Gemeinschaft vor allem auf nationaler Ebene geleistet, und zwar vom Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA).

Die innere Aufsicht, der sich eine musikalische Verwertungsgesellschaft wie die GEMA in ihrer täglichen Arbeit nachhaltig und gerne unterzieht, ist die Liebe zur Musik und den Schöpfungen der Musik. Zwar ist für die Durchsetzung des Urheberrechts der Musik keine musikalische Bildung, kein Kompositionsstudium erforderlich, wohl aber die Kenntnis, daß das Recht des Urhebers und das Recht der Verwertungsgesellschaften Teil der Kultur sind, auf der sich – um im Schillerjahr 2005 das schöne Wort zu zitieren – eine „gesittete Gesellschaftsordnung“ gründet.

1. Teil: Grundlagen

Kapitel 2

Geschichte der musikalischen Verwertungsgesellschaften in Deutschland

Inhaltsübersicht

A. Von der Leipziger Anstalt zur Genossenschaft Deutscher Tonsetzer	1–18
I. Einleitung	1
II. Der Anstoß zur Errichtung einer deutschen Verwertungsanstalt	2
III. Die Leipziger Anstalt als Ergebnis des ersten Versuches	3–8
IV. Der zweite Versuch zur Errichtung einer Verwertungsanstalt	9–11
V. Die Gründung von GDT und AFMA	12–17
VI. Schlußwort	18
B. Wahrnehmungsrecht und Verwertungsgesellschaften von 1903 bis 1933	19–37
I. Verwertungsgesellschaften	19–28
1. Vereinigung zur Wahrnehmung von Urheberrechten	19–25
a) Die Genossenschaft Deutscher Tonsetzer (GDT) und die Anstalt für Musikalisches Aufführungsrecht (AFMA) von 1903	19–20
b) Die österreichische Gesellschaft der Autoren, Komponisten und Musik- verleger (AKM) von 1897	21
c) Die Mechanische Abteilung der GDT von 1910	22
d) Die Anstalt für mechanisch-musikalische Rechte GmbH (AMMRE) von 1909	23
e) Die Genossenschaft zur Verwertung musikalischer Aufführungsrechte (Alte Gema) von 1915	24
f) Der Verein zur Verwertung musikalischer Aufführungsrechte (VEVA) von 1928	25
2. Zusammenschlüsse: Die „Musikschutzverbände“	26–28
II. Wahrnehmungsrecht	29–37
1. Allgemeines Privatrecht als Wahrnehmungsrecht	29–30
2. Die Rechtsbeziehungen zu den Rechteinhabern	31–33
3. Die Rechtsbeziehungen zu den Nutzern	34–37
C. Wahrnehmungsrecht von 1933 bis 1945 und die Stagma	38–60
I. Das Gesetz vom 4. Juli 1933 („Stagma-Gesetz“)	39–43
II. Verordnung zur Durchführung des „Stagma-Gesetzes“ vom 15. Februar 1934	44–45
III. Die Verwertungsgesellschaft Stagma	46–60
1. Gründung und Entwicklung ab 1933	46–47
2. Verhalten der Stagma gegenüber jüdischen Mitgliedern	48–50
3. Stagma-Tätigkeit in den besetzten Gebieten	51–54
4. Die Tätigkeit der Stagma nach 1945	55–60

A. Von der Leipziger Anstalt zur Genossenschaft Deutscher Tonsetzer

I. Einleitung

- 1 Die Geschichte der kollektiven Verwertung musikalischer Aufführungsrechte in Deutschland beginnt bereits einige Jahre vor der Gründung der *Genossenschaft Deutscher Tonsetzer (GDT)* und der von ihr getragenen *Anstalt für musikalisches Aufführungsrecht (AFMA)* am 14. Januar 1903. Ihre Errichtung war das Ergebnis einer bewegten und von einem zähen Ringen begleiteten Entwicklung, die Antwort auf zwei vorangegangene Versuche zur Errichtung einer sog. *Anstalt für musikalisches Aufführungsrecht*, die von den damaligen Zeitgenossen meist kurz als *Verwertungsanstalt* bezeichnet wurde.¹

II. Der Anstoß zur Errichtung einer deutschen Verwertungsanstalt

- 2 Der Gedanke, auch in Deutschland musikalische Aufführungsrechte von einer Verwertungsgesellschaft wahrnehmen zu lassen – in Frankreich war die *SACEM* bereits seit dem Jahre 1851 erfolgreich tätig –, wurde erstmals auf zwei Kongressen der *Association Littéraire et Artistique Internationale* in Dresden (1895) und Paris (1896) diskutiert. Als sich daraufhin auch die deutsche Reichsregierung für die Gründung einer deutschen Verwertungsanstalt ausgesprochen hatte, kam auch in Deutschland eine sog. **Tantiemenbewegung** in Gang.

III. Die Leipziger Anstalt als Ergebnis des ersten Versuches

- 3 Vorreiter in der Tantiemenbewegung wurde der *Verein der Deutschen Musikalienhändler zu Leipzig*, der im Jahre 1829 gegründete Berufsverband der Musikalienhändler. Sein Vorsteher *Oskar von Hase* (Verlagshaus *Breitkopf & Härtel*), der ursprünglich die Errichtung einer deutschen Verwertungsanstalt vor einer Novellierung der gesetzlichen Regelung des Aufführungsrechts (§§ 50ff. UrhG 1870²) abgelehnt hatte, nahm nunmehr die Haltung der Reichsregierung zum Anlaß, in der Tantiemenfrage die

1 Die damalige Entwicklung war außerordentlich komplex und verworren. Sie kann hier nur in groben Umrissen geschildert werden. Eine ausführliche, archivarisch belegte Schilderung und Bewertung der damaligen Entwicklung findet sich in meiner Abhandlung „Die Anfänge der musikalischen Tantiemenbewegung in Deutschland. Eine Studie über den langen Weg bis zur Errichtung der Genossenschaft Deutscher Tonsetzer (GDT) im Jahre 1903 und zum Wirken des Komponisten Richard Strauss (1864–1949) für Verbesserungen des Urheberrechts“, Berlin 2005 (mit Wiedergabe der wichtigsten Dokumente im Anhang II).

2 Gesetz betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken vom 11. Juni 1870, BGBl. des Norddeutschen Bundes 1870, Nr. 19, S. 339–353.

Initiative zu ergreifen. Mit ins Boot genommen wurde der *Allgemeine Deutsche Musikverein*, ein im Jahre 1861 u.a. von *Franz Liszt* (1811–1886) gegründeter Verein aller deutschen Tonkünstler. Nach Abschluß der Vorarbeiten verabschiedeten die Hauptversammlung des Musikalienhändlervereins am 10. Mai 1898 in Leipzig und die des Musikvereins am 27. Juni 1898 in Mainz die Satzung einer **Anstalt für musikalisches Aufführungsrecht**³. Diese Anstalt, die wegen ihres Sitzes als **Leipziger Anstalt** bezeichnet wurde, nahm ihre Tätigkeit am 1. Oktober 1898 auf. Ihre Aufgabe bestand in der Verwertung musikalischer Aufführungsrechte.

Allerdings war der Leipziger Anstalt kein Erfolg vergönnt; sie mußte vor dem massiven Widerstand von Komponisten, Verlegern und Veranstaltern kapitulieren: Ihre außerordentliche Hauptversammlung verabschiedete am 21. Januar 1899 den Beschluß, die Gebührenerhebung vorläufig einzustellen und bereits erhobene Gebühren wieder zurückzuzahlen. Damit war der erste Versuch zur Errichtung einer deutschen Verwertungsanstalt kläglich gescheitert. 4

Die **Gründe für den Widerstand** waren vielfältig. Die Veranstalter wollten auch weiterhin wie bisher musikalische Werke öffentlich aufführen, ohne hierfür eine Lizenz gegen Entgelt erwerben zu müssen; sie vertraten die Auffassung, im Kaufpreis für die Noten sei bereits die Gebühr für öffentliche Aufführungen des Werkes inbegriffen. Ein Teil der Musikverleger wollte nicht mehr die ihnen zugeordnete Kontrolltätigkeit für die Leipziger Anstalt wahrnehmen: Als sog. *Pfleger* sollten sie prüfen, ob die Veranstalter bei der Aufführung rechtmäßig käuflich erworbenes Notenmaterial verwendeten. Auf diese Weise wollte die Leipziger Anstalt den Kampf gegen das damals weit verbreitete unerlaubte Abschreiben oder Nachdrucken von Noten aufnehmen – ein zentrales Anliegen der Musikverleger. Der entscheidende Nachteil dieses Systems lag darin, daß die Pfleger bei ihrer Kontrolltätigkeit gegen ihre Kunden vorgehen mußten. Durch ihren Widerstand wurde die Leipziger Anstalt besonders schwer getroffen, denn dadurch begann die Verwaltungsstruktur der Anstalt an einer entscheidenden Stelle zu bröckeln. 5

Die deutschen **Komponisten** leisteten bereits seit der Gründung der Leipziger Anstalt auf der Mainzer Hauptversammlung des Allgemeinen Deutschen Musikvereins, d.h. sogar noch vor ihrem Tätigkeitsbeginn, erbitterten Widerstand gegen die Anstalt. Die Komponisten kritisierten das Übergewicht der Verleger in der Verwaltung der Anstalt und beim Verteilungsmodus. Da die Tonsetzer aus ihrem Anteil noch den Textdichter berücksichtigen mußten, sei der Verteilungsmodus von 1:1 im Verhältnis zwischen Komponist und Verleger für sie ungünstig. Das Gleiche gelte für die fehlende Einbeziehung gemeinfreier Werke in die Gebührenerhebung. 6

Um den Widerstand besser organisieren zu können und um ihre Belange bei der bevorstehenden Reform des Urheberrechts besser geltend machen zu können, gründeten deutsche Komponisten am 30. September 1898 einen Berufsverband, die **Genos-** 7

³ Die Satzung ist abgedruckt bei *M. M. Schmidt*, Die Anfänge der musikalischen Tantiemenbewegung in Deutschland, S. 741 ff.

senschaft Deutscher Komponisten. Treibende Kräfte waren *Richard Strauss* (1864–1949) und seine beiden Freunde *Hans Sommer* (1837–1922) und *Friedrich Rösch* (1862–1925) gewesen. Die auf der Gründungsversammlung der Genossenschaft ausgesprochene Kampfansage an die Leipziger Anstalt manifestierte sich in der Folgezeit besonders eindrucksvoll in einem öffentlichen Boykottaufruf gegen sie. Der Kampf zeigte sich aber auch darin, daß nahezu alle Komponisten der Leipziger Anstalt ihre Unterstützung versagten und ihre Ämter in der Verwaltung der Anstalt – als Mitglieder des sog. Urheberausschusses des Allgemeinen Deutschen Musikvereins – niederlegten. Das Scheitern der Leipziger Anstalt war ein wichtiger Erfolg für die Genossenschaft. Hierdurch wurde ihre Position für die weitere Tantiemenbewegung in bedeutender Weise gestärkt.

- 8 Bei vordergründiger Betrachtung erscheint es sehr bedauerlich, daß das „Pionierwerk“ der Leipziger Anstalt gescheitert ist, war doch der Gedanke, die Aufführungsrechte kollektiv durch eine Verwertungsanstalt zu verwerten, mehr als lobenswert. Im Ergebnis ist ihr Scheitern gleichwohl zu begrüßen, da die Leipziger Anstalt an mehreren rechtlichen Mängeln litt. Diese führten dazu, daß ihre Tätigkeit teilweise rechtswidrig war. Die Anstalt glaubte, über öffentlich-rechtliche Normsetzungsbefugnisse zu verfügen, die ihr aber niemals verliehen worden waren. In Ausübung dieser vermeintlichen Befugnisse verwertete sie die Aufführungsrechte unabhängig von einer Ermächtigung des Rechtsinhabers. Kraft dieser Befugnisse glaubte die Leipziger Anstalt auch, das geltende Urheberrecht umgehen und bereits jetzt schon von einer Rechtslage ausgehen zu können, wie sie der Gesetzgeber erst schaffen sollte: Die Anstalt setzte sich bewußt über die Wertung des § 50 II UrhG 1870 hinweg, wonach das Aufführungsrecht an musikalischen Werken (z.B. Sinfonien oder Liedern) mit der Veröffentlichung im Wege des Drucks erlosch, wenn der Komponist es sich nicht auf den Noten vorbehalten hatte.⁴ Dies war bei nahezu allen musikalischen Werken der Fall, da die Verleger sich bislang stets geweigert hatten, den Vermerk aufzudrucken. Sie befürchteten Absatzschwierigkeiten, wenn ein Veranstalter zusätzlich zum Kaufpreis noch eine Lizenzvergütung für die öffentliche Aufführung entrichten mußte.

IV. Der zweite Versuch zur Errichtung einer Verwertungsanstalt

- 9 Trotz des massiven Widerstandes gegen die Leipziger Anstalt faßten sowohl die Genossenschaft Deutscher Komponisten als auch der Verein der Deutschen Musikalienhändler unmittelbar nach ihrem Scheitern einen **zweiten Versuch** zur Errichtung einer deutschen Verwertungsanstalt ins Auge. Der Allgemeine Deutsche Musikverein da-

4 § 50 II UrhG 1870 lautet wie folgt: „In Betreff der dramatischen und dramatisch-musikalischen Werke ist es hierbei (sc.: das ausschließliche Aufführungsrecht; Anm. der Verfasserin) gleichgültig, ob das Werk bereits durch den Druck etc. veröffentlicht worden ist oder nicht. Musikalische Werke, welche durch Druck veröffentlicht worden sind, können ohne Genehmigung des Urhebers öffentlich aufgeführt werden, falls nicht der Urheber auf dem Titelblatt oder an der Spitze des Werks sich das Recht der öffentlichen Aufführung vorbehalten hat.“

gegen war an den weiteren Bemühungen zur Errichtung einer neuen Verwertungsanstalt nicht mehr beteiligt. Nach einer äußerst heftigen Auseinandersetzung mit der Genossenschaft Deutscher Komponisten mußte er dieser zugestehen, daß sie als reine Vereinigung von Komponisten das bessere Recht zur Vertretung des Komponistenstandes hatte als der Musikverein, der außer Komponisten auch alle anderen am Musikleben Interessierten in sich aufnahm.

Die Führung der Genossenschaft Deutscher Komponisten hatte sich etwa seit Beginn des Jahres 1899 dazu entschlossen, die ablehnende Protesthaltung aufzugeben und künftig die Führungsrolle in der Tantiemenbewegung zu übernehmen. Getragen war dies von der Erkenntnis, auch die Komponisten könnten eine Verwertungsanstalt errichten, und zwar sogar bereits vor der Reform des Urheberrechts. Gleichwohl strebte die Genossenschaft eine Partnerschaft mit dem Verein der Deutschen Musikalienhändler an, da *Rösch* der Auffassung war, die Gründung sei ohne Unterstützung der Verleger nicht erfolgversprechend. 10

Der zweite Versuch scheiterte noch schneller als der erste. Bereits am 5. Mai 1899 brach der geschäftsführende Ausschuß der Genossenschaft Deutscher Komponisten die Verhandlungen mit dem Verein der Deutschen Musikalienhändler ab. Getragen war dies von der Erkenntnis, daß *Oskar von Hase*, der Vorsteher des Musikalienhändlervereins, die ganze Zeit die Verhandlungen mit dem alleinigen Ziel geführt hatte, die soeben so kläglich gescheiterte Leipziger Anstalt aufrechtzuerhalten – unter Beteiligung der Genossenschaft anstelle des Allgemeinen Deutschen Musikvereins. So hatte er zunächst die Zustimmung des Vereins der Deutschen Musikalienhändler zum Verständigungsprogramm hinausgezögert. Dann hatte die Hauptversammlung des Musikalienhändlervereins am 2. Mai 1899 das Programm doch noch angenommen, gleichzeitig aber auch *Ausführungsbestimmungen für die Wahrnehmung des Auführungsrechtes an Werken der Tonkunst*. Diese – nicht mehr erhaltenen – Regelungen hatten die Aufgabe, das Verständigungsprogramm zu unterlaufen und die Leipziger Anstalt aufrechtzuerhalten. 11

V. Die Gründung von GDT und AFMA

In dieser Situation sah es so aus, als würde die deutsche Tantiemenbewegung ohne Errichtung einer Verwertungsanstalt enden. Den Ausschlag für einen erneuten Versuch bildete diesmal die bereits mehrfach erwähnte **Reform des Urheberrechts**, deren Vorarbeiten im Herbst des Jahres 1898 angelaufen waren. Mit dem zweiten Gründungsversuch war zugleich die geplante gemeinsame Petition der Genossenschaft und des Musikalienhändlervereins gescheitert, obwohl das Reichsjustizamt in mehreren Sachverständigenkonferenzen sowohl Komponisten als auch Musikverleger eindringlich zu einem gemeinsamen Vorgehen aufgefordert hatte. Daraufhin hatte das Reichsjustizamt die Verlängerung der Schutzfrist, an der beide Seiten ein Interesse hatten, wieder aus dem neuen Gesetzentwurf gestrichen. Getragen von der Erkenntnis, daß die Belange der Musikverleger bei der Reform nur durch ein gemeinsames Vorgehen mit den Komponisten gewahrt werden könnten, entschloß sich daraufhin eine Gruppe hochrangiger Berliner Musikverleger (*Bock, Challier, Erler, Fürstner, Lienau*, 12

Simrock) im Mai/Juni 1899 zu einer gemeinsamen Petition mit der Genossenschaft Deutscher Komponisten zur Verlängerung der Schutzfrist und zur Streichung des Aufführungsrechtsvorbehaltes. Dieser am 9. Juni 1899 eingereichten Petition schlossen sich dank eines Aufrufes der Verleger zahlreiche weitere Musikverleger an – sehr zum Ärger der Führung des Vereins der Deutschen Musikalienhändler.

- 13 Außerdem faßten die Genossenschaft und ihre verbündeten Verleger die Errichtung einer Verwertungsanstalt nach den Plänen der Genossenschaft ins Auge, allerdings erst für die Zeit nach Verabschiedung des neuen Urhebergesetzes. Hierbei konnten sie bereits an eine Verständigungskonferenz vom 13. April 1899 anknüpfen, die bereits damals – noch während des zweiten Versuches – zu einer vollständigen Einigung in der Tantiemenfrage geführt hatte. Seit Beginn des Jahres 1899 hatte die Genossenschaft Deutscher Komponisten ihre Pläne für die von ihr getragene Verwertungsanstalt immer mehr präzisiert. Sie orientierte sich dabei an der französischen SACEM, versuchte aber deren Mißstände bei der Auslandstätigkeit zu vermeiden. Besonders *Friedrich Rösch*, der Generalsekretär der Genossenschaft, hat sich hier durch ein ungeheures Engagement hervorgetan. Da er nicht nur Komponist, sondern auch Jurist war, war er geradezu dazu prädestiniert, die juristischen Details auszuarbeiten.
- 14 In dem am 19. Juni 1901 verkündeten neuen **Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Tonkunst** (LUG)⁵ blieben zwei zentrale Forderungen, die die Genossenschaft in vielen Petitionen dem Gesetzgeber angetragen hatte, unberücksichtigt: So wurde die Schutzfrist nicht von 30 auf 50 Jahre p. m. a. verlängert; auch wurden Ausnahmebestimmungen für bestimmte öffentliche Aufführungen nicht gestrichen (§ 27 LUG). Die Genossenschaft aber hatte beides zur Entstehungsbedingung für die geplante Verwertungsanstalt erklärt: Nur im Falle der Verlängerung der Schutzfrist würde die deutsche Verwertungsanstalt über ein annähernd gleich großes Repertoire wie die anderen europäischen Verwertungsgesellschaften verfügen. Nur dann sei ein Anschluß der deutschen Anstalt an das internationale Kartell der europäischen Verwertungsgesellschaften möglich. Dieser Anschluß wiederum sei Voraussetzung dafür, daß die deutsche Anstalt Tantiemen für Aufführungen deutscher Werke im Ausland an die eigenen Bezugsberechtigten weiterleiten könne. Die Streichung der Ausnahmebestimmungen war in den Augen der Genossenschaft notwendig, um die finanzielle Leistungsfähigkeit der deutschen Anstalt zu sichern: Nur wenn für alle öffentlichen Aufführungen urheberrechtlich geschützter Werke eine Gebühr für die Erteilung der Aufführungsgenehmigung gezahlt werden müsse, würde die Anstalt kostendeckend arbeiten können.
- 15 Unmittelbar nach Verabschiedung des LUG machte das Bündnis von Genossenschaft und hochrangigen Musikverlegern seine erstmals im März 1901 ausgesprochene Drohung wahr und gab den Plan zur Errichtung der Verwertungsanstalt vollständig auf. Es trat ein **vollständiger Stillstand in der Tantiemenbewegung** ein. Erst als im November des Jahres 1902, d.h. mehr als ein Jahr nach Verabschiedung des LUG, die öster-

5 RGBl. 1901, S. 227–239.

reichische *Gesellschaft der Autoren, Komponisten und Musikverleger (AKM)* ihre Ausdehnung ins Deutsche Reich ankündigte und dies ausgerechnet mit der unterbliebenen Gründung der deutschen Anstalt begründete, trat eine **Wende** ein. Die Führung der Genossenschaft und ihre verbündeten Verleger beschlossen in Konferenzen am 8. und 13./14. Dezember 1902 die Gründung der Verwertungsanstalt – nach den bisherigen Plänen. Daraufhin beschloß die Hauptversammlung der Genossenschaft Deutscher Komponisten am 14. Januar 1903 die **Errichtung einer Anstalt für musikalisches Aufführungsrecht**, die ihre Tätigkeit im Juli desselben Jahres aufnahm. Außerdem wurde die *Genossenschaft Deutscher Tonsetzer* als rechtsfähiger wirtschaftlicher Verein gegründet und die Genossenschaft Deutscher Komponisten aufgelöst. Die AFMA, wie die Verwertungsanstalt auch genannt wurde, war der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb der GDT.⁶

Im Gegensatz zur Leipziger Anstalt waren GDT und AFMA **nahezu perfekt organisiert** und am großen Vorbild der französischen SACEM orientiert. Viele ihrer Strukturen haben sich bis zum heutigen Tage erhalten, so etwa das System der Berechtigungsverträge, der Pauschalgebühren (d.h. die Zahlung einer Gebühr für eine Vielzahl von Aufführungen), die Unterstützungskasse oder die Rechtsform des wirtschaftlichen Vereins. 16

Gleichwohl war die AFMA ebenso wie seinerzeit die Leipziger Anstalt einem massiven **Widerstand** von Komponisten, Verlegern und Veranstaltern ausgesetzt: Letztere wollten nach wie vor keine Aufführungsgebühren zahlen. Die Verleger sahen ihre Interessen in der AFMA nur in unzureichender Weise verwirklicht. Höhepunkte des Widerstandes waren beispielsweise ein Boykottaufruf des Leipziger *Gewandhauses* und die Veröffentlichung einer sog. *Verleger-Erklärung* durch den Verein der Deutschen Musikalienhändler, die die Verleger auflistete, die die AFMA ablehnten. Die GDT ging von Anfang an entschlossen gegen diesen Widerstand vor, sei es durch Aufklärungsarbeit, sei es durch Prozesse. Ihr gelang es in der Tat, den Widerstand so weit zu reduzieren, daß sie die Arbeit der AFMA festigen und Gewinne ausschütten konnte. 17

VI. Schlußwort

GDT und AFMA stehen am Ende eines langen und zähen Ringens. Drei Versuche waren nötig, ehe eine erfolgreiche Verwertungsanstalt in Deutschland etabliert werden konnte. Gleichzeitig stehen sie am Anfang einer erfolgreichen Geschichte der kollektiven Verwertung der Aufführungsrechte in Deutschland. Erstmals konnten Komponisten, Textdichter und Musikverleger vom wirtschaftlichen Wert ihrer geistigen Schöpfung profitieren. Ermöglicht wurde dies durch das gemeinsame Vorgehen von Komponisten und Musikverlegern. 18

6 Die Satzung und die Geschäftsordnung der GDT sowie die Grundordnung der AFMA vom 14. Januar 1903 sind abgedruckt bei *M. M. Schmidt*, Die Anfänge der musikalischen Tantiemenbewegung in Deutschland, S. 777 ff., 785 ff., 789 ff.

B. Wahrnehmungsrecht und Verwertungsgesellschaften von 1903 bis 1933⁷

I. Verwertungsgesellschaften

1. Vereinigungen zur Wahrnehmung von Urheberrechten

a) *Die Genossenschaft Deutscher Tonsetzer (GDT) und die Anstalt für Musikalisches Aufführungsrecht (AFMA) von 1903*

19 Am 14. Januar 1903 wurde in Berlin die Genossenschaft Deutscher Tonsetzer als wirtschaftlicher Verein von Komponisten gegründet. Sie richtete am 1. Juli 1903 die – vereinsähnlich organisierte, aber rechtlich unselbständige – Anstalt für Musikalisches Aufführungsrecht (AFMA) ein.⁸ Als von der GDT betriebene Anstalt sollte sie die Rechte der Urheber und Verleger wahrnehmen.

20 Die GDT/AFMA war die Pionierorganisation – und hatte wohl nicht zuletzt deswegen mit Kinderkrankheiten der Verwertungsgesellschaften zu kämpfen. Die historisch bedingte gemeinsame Rechtswahrnehmung für Urheber und Verleger durch eine Organisation (AFMA) führte – nicht überraschend – zu Auseinandersetzungen über die Verteilung der Einnahmen. Die Einsicht, daß die Geschlossenheit der Rechtswahrnehmung durch eine einzige Verwertungsgesellschaft gerade auch im Interesse der Berechtigten geboten ist, wurde erst durch die Erfahrung der Nachteile konkurrierender Verwertungsgesellschaften gewonnen. Bereits 1913 zog sich eine Gruppe von Verlegern und Komponisten aus der GDT/AFMA zurück. Der Versuch der GDT/AFMA, diesen Auszug zu verhindern, jedenfalls aber die einmal übertragenen Rechte zu behalten, erwies sich als zwecklos.⁹ In der Folge gründete eine Gruppe von Verlegern und Urhebern die (Alte) Gema (sogleich e), es gab konkurrierende Verwertungsgesellschaften.

b) *Die österreichische Gesellschaft der Autoren, Komponisten und Musikverleger (AKM) von 1897*

21 Neben der GDT/AFMA war auch die bereits am 5. Dezember 1897 gegründete österreichische Gesellschaft der Autoren, Komponisten und Musikverleger (AKM) frühzeitig in Deutschland tätig. Sie hatte zwar zunächst 1903 mit der GDT/AFMA ein Gegenseitigkeits-Abkommen geschlossen, kündigte dieses aber 1911 endgültig und übte ab 1913 durch eine selbständige Niederlassung ebenfalls eine Wahrnehmungstätigkeit in Deutschland aus.

7 Der Beitrag beruht auf der Ausarbeitung *Riesenhuber/Rosenkranz*, UFITA 2005 II, 467–519; an dieser Stelle können nur die wesentlichen Ergebnisse und Nachweise wiedergegeben werden.

8 Eingehend zu Gründung und Tätigkeit der GDT/AFMA *d'Albert*, Die Verwertung des musikalischen Aufführungsrechts in Deutschland, 1907, S. 62–125.

9 Zu dem aus dem Austritt entstandenen Rechtsstreit RGZ 87, 215–221.

c) *Die Mechanische Abteilung der GDT von 1910*

Mit der Anerkennung der mechanischen Vervielfältigung als ausschließliches Recht des Urhebers durch die Revidierte Berner Übereinkunft (Berliner Revision von 1908, Art. 13), in Deutschland umgesetzt durch § 12 Abs. 2 Nr. 5 LUG i. d. F. v. 22. Mai 1910, suchten die Urheber nach Möglichkeiten, auch diese Rechte kollektiv wahrzunehmen. Schon die Gründung der (wohl) 1910 ins Leben gerufenen „Mechanischen Abteilung“ bereitete indes Schwierigkeiten, da man sich über die Verteilung der Einnahmen zwischen Urhebern und Verlegern nicht einigen konnte. Erfolgreicher war die Anstalt für mechanisch-musikalische Rechte.

22

d) *Die Anstalt für mechanisch-musikalische Rechte GmbH (AMMRE) von 1909*

Bereits am 4. November 1909 gründeten der Verein Deutscher Musikalienhändler und die *Société Générale Internationale de l'Édition Phonographique et Cinématographique* (EDIFO) die AMMRE. Die AMMRE arbeitete später eng mit der 1915 gegründeten Alten Gema (s. sogleich) zusammen, beiden Gesellschaften gehörten im wesentlichen die gleichen Mitglieder an. 1938 ging sie – im Ergebnis – in der Stigma auf, die, anfangs nur für das Aufführungsrecht zuständig, nun auch das Vervielfältigungsrecht wahrnahm.

23

e) *Die Genossenschaft zur Verwertung musikalischer Aufführungsrechte (Alte Gema) von 1915*

Eine dritte Verwertungsgesellschaft auf dem Gebiet der „musikalischen Rechte“ war schließlich die Genossenschaft zur Verwertung musikalischer Aufführungsrechte (nachfolgend – zur Unterscheidung von der heutigen GEMA – „Alte Gema“). Die in der Form einer eingetragenen Genossenschaft geführte Verwertungsgesellschaft wurde von den aus der GDT/AFMA ausgeschiedenen Komponisten – offenbar mit Unterstützung der AMMRE – am 16. Dezember 1915 gegründet.

24

f) *Der Verein zur Verwertung musikalischer Aufführungsrechte (VEVA) von 1928*

Gleichsam eine Tochtergründung der Alten Gema war der Verein zur Verwertung musikalischer Aufführungsrechte von 1928. Die Alte Gema sah sich vor das Problem gestellt, daß sie einerseits die Rechte möglichst vieler Berechtigter wahrnehmen wollte, umgekehrt aber nicht allen Berechtigten, unabhängig von der wirtschaftlichen Bedeutung ihrer Rechte, eine volle Mitgliedschaftsstellung einräumen wollte. Da sie sich durch das Genossenschaftsrecht gehindert sah, eine „außerordentliche Mitgliedschaft“ einzuführen, gründete sie den VEVA. Ihm konnten auch die Berechtigten beitreten, die wirtschaftlich nicht so leistungsfähig waren. Der VEVA wiederum übertrug die ihm zur Wahrnehmung überlassenen Rechte der Alten Gema zur Wahrnehmung weiter. Er war zugleich Genosse der Alten Gema und vermittelte so seinen Vereinsmitgliedern einen (geringen) Einfluß auf die Willensbildung in der Genossenschaft.

25

2. Zusammenschlüsse: Die „Musikschutzverbände“

- 26** Die **Konkurrenz** mehrerer Verwertungsgesellschaften im Bereich der Musik hat zu den bekannten Schwierigkeiten geführt. Für die Nutzer war diese Konkurrenz lästig, weil sie das Gesamtrepertoire nur durch Lizenzen von mehreren Verwertungsgesellschaften erhalten konnten und faktisch oft gezwungen waren, auch von allen Verwertungsgesellschaften Lizenzen zu erwerben. Für die Berechtigten entstanden durch die Konkurrenz höhere Verwaltungskosten. Nicht nur mußte dieselbe Anzahl Berechtigter mehrere Verwaltungsapparate finanzieren. Die Rechtswahrnehmung war auch dadurch erschwert, daß jede Verwertungsgesellschaft dem einzelnen Nutzer nachweisen mußte, Werke aus *ihrem* Repertoire verwendet zu haben: ein mühseliges und aufwendiges Unterfangen, das wegen der besorgten Schlupflöcher für die Nutzer zu einem offenbar gelegentlich auch exzessiven Kontrollwesen führte. Zudem bestand die Gefahr, daß sich die Verwertungsgesellschaften im Bereich austauschbarer Musikwerke gegenseitig unterbieten würden. Und endlich verwandten die konkurrierenden Verwertungsgesellschaften offenbar einige Energie darauf, sich auf Kosten der jeweils anderen durchzusetzen. Daher verwundert es nicht, daß die Verwertungsgesellschaften schon frühzeitig die Zusammenarbeit suchten, bevor sie unter dem Gesetz von 1933¹⁰ staatlich zum Zusammenschluß gezwungen waren (zur Stigma nachfolgend C).
- 27** So gründete die Alte Gema bereits am 20. Februar 1916, zwei Monate nach ihrer Gründung, zusammen mit der AKM einen (ersten) „Verband zum Schutze musikalischer Aufführungsrechte für Deutschland“ ([erster] „Musikschutzverband“). Dabei handelte es sich freilich nicht um einen Zusammenschluß oder eine Verschmelzung, sondern um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach §§ 705–740 BGB.
- 28** Schließlich schlossen sich am 22. Juli 1930 GDT, Alte Gema und AKM zum (zweiten) Musikschutzverband zusammen. Auch dies war keine Fusion der Gesellschaften, sondern lediglich ein Zusammenschluß zu einer GbR. Der Verband übernahm zwar die „Verwaltung des jeder der drei Vertragsschließenden im Vertragsgebiet unterstehenden Werkebestandes“, die Rechte blieben aber bei den einzelnen Verwertungsgesellschaften.¹¹

10 Gesetz über die Vermittlung von Musikaufführungsrechten vom 7. Juli 1933, RGBl. 1933 I, 452; dazu weiterhin die Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über die Vermittlung von Musikaufführungsrechten vom 15. 2. 1934, RGBl. I, 100.

11 Gesellschaftsvertrag v. 22. 7. 1930, (nebst Ergänzungsvereinbarungen) abgedruckt bei E. Schulze, *Geschätzte und geschützte Noten*, S. 162–168.

II. Wahrnehmungsrecht

1. Allgemeines Privatrecht als Wahrnehmungsrecht

Wahrnehmungsrecht i. S. eines besonderen Rechtsgebiets gab es in der Zeit von 1903 bis 1933 nicht. Verwertungsgesellschaften bildeten sich als staatsferne Organisationen. Als „Selbsthilfe“ der Rechteinhaber kamen sie auf deren Initiative und auf der Grundlage der Privatautonomie zustande. Geregelt war ihre Tätigkeit daher wie anderes privatwirtschaftliches Handeln nur durch das Privatrecht: Urheberrecht, Vertragsrecht, Gesellschaftsrecht, Deliktsrecht. Ein spezielles Wahrnehmungsgesetz entstand zuerst mit dem so genannten Stagma-Gesetz von 1933 (dazu nachfolgend C, Rn. 38–60) und dann 1965 mit dem Urheberrechtswahrnehmungsgesetz. Das Kartellrecht, das heute auf nationaler und auf Europäischer Ebene die Wahrnehmungstätigkeit reguliert, wurde zwar auch schon in der Frühzeit der Verwertungsgesellschaften ausgebildet, auf die Verwertungsgesellschaften aber nicht angewandt.¹² 29

Die Sachfragen des Wahrnehmungsrechts waren indes seinerzeit weithin ähnlich wie heute, wenn auch manches mit Rücksicht auf die Konkurrenz mehrerer Verwertungsgesellschaften anders zu bewerten war als heute. Die Praxis – die Verwertungsgesellschaften durch privatautonome Gestaltung und die Gerichte durch die Anwendung des Privatrechts – entwickelte darauf Gestaltungen und Regeln, die jenen des heutigen Wahrnehmungsrechts entsprechen. 30

2. Die Rechtsbeziehungen zu den Rechteinhabern

Für die Rechteinhaber ist die zentrale Frage, ob die Verwertungsgesellschaften gebunden sind, ihre Rechte auf Verlangen wahrzunehmen, ob es also einen **Kontrahierungszwang** gibt. Daß es ungeachtet der grundsätzlich herrschenden Vertragsfreiheit geben mußte, wo Privatrechtssubjekte zum Vertragsschluß verpflichtet sind, war schon seinerzeit anerkannt. Die Voraussetzungen dafür waren indes eng beschränkt, der Kontrahierungszwang setzte zumeist eine Monopolstellung des Verpflichteten voraus,¹³ die die musikalischen Verwertungsgesellschaften praktisch von Anfang an bis 1933 nicht hatten. Tatsächlich waren die Verwertungsgesellschaften allerdings auch nicht in der Lage, Interessenten abzuweisen. Im Gegenteil mußten sie um Mitglieder werben und Austritte zu verhindern suchen. 31

Wie das Beispiel der GDT zeigt (oben, Rn. 20), stellte sich die Situation geradezu umgekehrt dar: Konnten die Verwertungsgesellschaften einen **Austritt** der Rechteinhaber verhindern? Konnten Sie für den Fall der Vertragskündigung immerhin darauf bestehen, daß die ihnen einmal übertragenen Rechte nicht zurückgerufen werden? Das Reichsgericht hat das nach allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen verneint und gegenteilige Vereinbarungen für nichtig erklärt.¹⁴ 32

12 KG, Kart.Rdsch. 1930, 36, 37f. (zur Alten Gema).

13 RGZ 48, 114, 127; 62, 264, 266; 133, 388, 391.

14 RGZ 87, 215, 220f.

33 Eine heute noch in Einzelheiten umstrittene Frage ist, in welchem **Umfang** die Verwertungsgesellschaft die **Rechteübertragung** verlangen kann. Sie stellte sich 1903 bis 1933 nicht in derselben Weise. Erstens war die Aufgabe der Verwertungsgesellschaften zunächst auf die Wahrnehmung des (sog. „kleinen“) Aufführungsrechts beschränkt, das individuell nicht wahrgenommen werden kann. Weitere Rechte kamen erst nach und nach dazu (mechanische Vervielfältigung (s.o. Rn. 22, Sendung¹⁵), und auch bei diesen bestand keine echte Wahl zwischen individueller und kollektiver Wahrnehmung. Zweitens aber sorgte auch hier die Konkurrenz für eine gewisse Kontrolle.

3. Die Rechtsbeziehungen zu den Nutzern

34 Für die Nutzer war bei konkurrierenden Verwertungsgesellschaften oft genug zuerst die Frage, welche Werke zum Repertoire der jeweiligen Verwertungsgesellschaft gehören. Einen entsprechenden **Auskunftsanspruch** (heute § 10 UrhWG) gab es indes noch nicht, aus allgemeinem Zivilrecht war er nicht zu begründen.

35 Ein **Kontrahierungszwang** konnte vor allem eine Rolle spielen, wenn die Verwertungsgesellschaft aus der Warte des Nutzungsinteressenten überhöhte Vergütungsforderungen stellte. Für diesen Fall ist zum einen eine **Angemessenheitskontrolle** erforderlich. Zum anderen ist zum Schutz der Nutzer ein Mechanismus geboten, der sicherstellt, daß sie die Werke (gegen Sicherheitsleistung) schon nutzen dürfen, während über die Angemessenheit der Vergütungshöhe entschieden wird. Mit dem zivilrechtlichen und zivilprozessualen Mitteln wurde die Problematik seinerzeit nur ansatzweise gelöst (heute § 11 UrhWG).

36 Die kollektive Rechtswahrnehmung wirft aber auch besondere Schutzbedürfnisse der Verwertungsgesellschaft auf. Um ihre Einnahmen möglichst individuell auf die Berechtigten zu verteilen, benötigt sie Angaben darüber, welche Werke in welchem Umfang genutzt wurden. Dafür gibt es heute einen gesetzlichen Anspruch (in § 13a Abs. 2 und 3 UrhWG; Programmpflicht). Ohne einen gesetzlichen Anspruch blieb den Verwertungsgesellschaften nur ein **vertraglicher Auskunftsanspruch**, der im Lizenzvertrag vereinbart wurde.

37 Nicht weniger wichtig sind für die Verwertungsgesellschaft schneidige Rechtsbehelfe gegen rechtswidrige Nutzungen, die ohne vorherige Einwilligung der Verwertungsgesellschaft erfolgen. Zumal bei konkurrierenden Verwertungsgesellschaften, die kein Gesamtrepertoire (gar Weltrepertoire) bilden können, war der Nachweis der **Aktivlegitimation** schwierig. Eine Vermutung für die Aktivlegitimation, wie sie heute in Form der GEMA-Vermutung besteht, kam den Verwertungsgesellschaften in der Zeit von 1903 bis 1933 nicht zugute,¹⁶ die Rechtsverfolgung war dadurch erheblich erschwert. Auch die Pauschalierung des Schadensersatzes, die der GEMA von den Ge-

15 RGZ 113, 413–424 (Sendung von Schriftwerken im Rundfunk als gewerbsmäßige Verbreitung i. S. v. § 11 Abs. 1 LUG).

16 RGZ 123, 307–311.

richten heute in Form einer **doppelten Lizenzgebühr** zugestanden wird, gab es in dieser Zeit noch nicht.¹⁷ Damit war der Anreiz, die Einwilligung im Vorhinein von der Verwertungsgesellschaft einzuholen, nicht besonders hoch.

C. Wahrnehmungsrecht von 1933 bis 1945 und die Stagma¹⁸

Ein besonderes Wahrnehmungsrecht entstand in Deutschland erst 1933 mit dem so genannten „Gesetz über die Vermittlung von Musikaufführungsrechten“. Im Hinblick auf seine Regelung wurde die „Staatlich genehmigte Gesellschaft zur Verwertung musikalischer Urheberrechte“ (Stagma) gegründet, die von 1933 bis 1945 eine rechtliche Monopolstellung für die Wahrnehmung musikalischer Urheberrechte hatte.

38

I. Das Gesetz vom 4. Juli 1933 („Stagma-Gesetz“)

Das „Gesetz über die Vermittlung von Musikaufführungsrechten“ vom 4. Juli 1933 (RGBl. I, S. 452) gliederte sich in fünf Paragraphen. Eine jederzeitig widerrufbare **Genehmigung** (§ 1) des Reichsministers für Volksaufklärung und Propaganda wurde ab Inkrafttreten für die gewerbliche Vermittlung der sog. „kleinen Rechte“ notwendig. Alle ohne eine solche Genehmigung geschlossenen Verträge über die Verwertung von Aufführungsrechten waren nichtig (§ 2). Nach § 3 mußte jeder Musikveranstalter nach Aufforderung sein Recht zur öffentlichen **Aufführung nachweisen**. Dieser Nachweis hatte in jedem Fall in schriftlicher Form zu erfolgen. Aufforderungsberechtigt gegenüber dem Musikveranstalter waren der Berechtigte selbst und die Polizei. In Fällen, in denen der Musikveranstalter das Recht zur öffentlichen Aufführung (idR durch Vertrag mit der Verwertungsgesellschaft oder dem Berechtigten) nicht nachweisen konnte, durfte die Polizei von Amts wegen oder der Berechtigte im Antragsverfahren die öffentliche Aufführung verhindern. Nach § 4 des Gesetzes entschied eine **Schiedsstelle** in den Fällen über Art und Höhe der Tarife, in denen sich der Vermittler und ein Verband von Musikveranstaltern nicht über die Höhe der Vergütung für die öffentliche Musikaufführung einigen konnten. Der Verband mußte, um Vertragspartner sein zu können, vom Reichsminister für Volksaufklärung und Propaganda anerkannt werden. In § 5 erhielt der Reichsminister für Volksaufklärung und Propaganda eine umfassende **Verordnungsermächtigung** (s. sogleich Rn. 41). Nach dieser konnte er Bestimmungen zur Durchführung des Gesetzes vom 4. Juli 1933 erlassen. Von der Er-

39

¹⁷ Die doppelte Lizenzgebühr wurde erst in den späten 1930er Jahren vorsichtig vom KG entwickelt.

¹⁸ Dazu etwa *Becker-Bender*, Das Urheberpersönlichkeitsrecht im musikalischen Urheberrecht; *Heister/Klein*, Musik und Musikpolitik im faschistischen Deutschland; *Hoffmann/Ritter*, Das Recht der Musik.

mächtigung war aber gleichzeitig auch das Recht umfaßt bereits geschlossene Verwertungsverträge aufzuheben. Einzige Voraussetzung für die Aufhebung der Verwertungsverträge war der Entzug der Genehmigung nach § 1 des Gesetzes.

- 40 Das „Stagma-Gesetz“ zentralisierte die Tätigkeit und erschwerte die Bildung von Verwertungsgesellschaften. Insoweit setzt es allerdings einen Weg fort, der seit dem Zusammenschluß von GDT und Alter Gema bereits faktisch begonnen wurde.
- 41 Bemerkenswert war die Berechtigung der Polizei nach § 3 des „Stagma-Gesetzes“. Vor Erlaß des Gesetzes lag die Kontrolle der Berechtigung zur Musikaufführung ausschließlich in den Händen des Berechtigten selbst. Er mußte im Konfliktfall seine Rechte zivilrechtlich durchsetzen. Nunmehr wurde ein direktes **Eingreifen der Polizei** ermöglicht. Durch diese starke polizeiliche Einbindung konnte man sich in der Folge eine große Anzahl zivilrechtlicher Prozesse zwischen Verwertungsgesellschaft und Veranstalter ersparen, die geführten Prozesse wurden drastisch weniger.
- 42 Das „Stagma-Gesetz“ wurde damals ganz überwiegend als positive staatliche Regulierung aufgenommen, da es die Existenz diverser Verwertungsgesellschaften und die damit einhergehenden Gefahren minimierte. Man erhoffte sich u.a. die Aufteilung einzelner Aufführungsrechte und die sich daraus ergebende Rechtsunsicherheit auf Seiten der Urheber und der Musikveranstalter zu verhindern.
- 43 Insbesondere die neu geschaffene Eingriffsbefugnis der Polizei ruft aus heutiger Sicht unmittelbare Bedenken hervor. Allerdings wirkte sich die geschaffene Befugnis, soweit ersichtlich, nicht mißbräuchlich aus. Zum einen wurde in der Praxis das nötige Antragserfordernis der Stagma nach § 3 des Gesetzes in den Vordergrund gerückt. Zum anderen erging 1936 ein Erlaß des Reichsministers für Volksaufklärung und Propaganda, der die bloße Hilfsstellung der Polizeibehörden ausdrücklich betonte.¹⁹

II. Verordnung zur Durchführung des „Stagma-Gesetzes“ vom 15. Februar 1934

- 44 Ergänzt wurde das Gesetz durch eine – aufgrund seines § 5 erlassene – „Verordnung zur Durchführung des Gesetz über die Vermittlung von Musikaufführungsrechten“ vom 15. Februar 1934.²⁰ Sie war ähnlich kurz wie das Gesetz und umfaßte nur drei Paragraphen. Im ersten Absatz des § 1 wurde die theoretische Möglichkeit der Zulassung weiterer Vermittler ausgeschlossen. Die Stagma erhielt als einzige Stelle eine, nunmehr auf Verordnungswege festgeschriebene Genehmigung, gewerbsmäßig die Vermittlung von Musikaufführungsrechten durchzuführen (**rechtliches Monopol**). In Abs. 2 wurde die dazugehörige Berechtigung, sämtliche seit dem 1. Oktober 1933 fäl-

19 Erlaß X 9171/30. Juni 36/6002 5/1 vom 05.10.1936 zitiert nach LG Limburg, UFITA 14 (1941), S. 209: „... polizeiliche Hilfe nur dort, wo sie unbedingt erforderlich ist, in Anspruch zu nehmen, und alle Ermittlungen, Kontrollen usw., so weit wie möglich durch eigenes Kontrollpersonal vornehmen zu lassen.“

20 RGBl. I, S. 100.

lig gewordenen Forderungen gegen Musikveranstalter einzuziehen, geregelt. Von diesem Einziehungsrecht waren insbesondere die Verträge der Alten Gema und der GDT umfaßt. Durch § 2 wurde die im „Stagma-Gesetz“ vorgesehene Schiedsstelle näher ausgestaltet und in § 3 der Schadenersatzanspruch der Verwerter in Fällen der unerlaubten Aufführung geregelt.

Betrachtet man das „Stagma-Gesetz“ und die nachfolgende Verordnung einheitlich, so kommt man zur Einschätzung, daß durch diese Regelungen kein typisch nationalsozialistisches Recht gesetzt wurde.²¹ Einen entgegengesetzten Schluß sollte man weder aus der (oben, Rn. 41) angesprochenen Polizeibefugnis noch aus der staatlich verordneten Alleinstellung der Stagma als Verwertungsgesellschaft ziehen. Zu dieser sei hier nur erwähnt, daß bereits weit vor 1933 das Reichskartell der Musikveranstalter e.V. eine zentrale Verwertungsgesellschaft gefordert hatte. Auch waren bereits in einigen anderen Ländern der Berner Übereinkunft, einem allgemeinen Trend folgend, zentrale Verwertungsgesellschaften eingerichtet worden.

45

III. Die Verwertungsgesellschaft Stagma

1. Gründung und Entwicklung ab 1933

Unmittelbar nach Erlaß des „Stagma-Gesetzes“ erhielten die Alte GEMA und die GDT durch Ermächtigung des Reichsministers für Volksaufklärung und Propaganda vom 12. Juli 1933 nach § 1 iVm § 5 des „Stagma-Gesetzes“ die Genehmigung zur Vermittlung von Musikaufführungsrechten. In dieser Ermächtigung wurde zusätzlich bereits die Gründung der späteren Stagma angeordnet. Weiterhin wurden alle bestehenden Verwertungsverträge in Ausübung des Aufhebungsrechts nach § 5 „Stagma-Gesetz“ längstens bis zum 30. Juni 1934 befristet. Mit Ablauf dieser Frist wurde deren Außerkrafttreten angeordnet. Auch alle bestehenden Tarife zwischen den Verwertungsgesellschaften und den Verbänden der Musikveranstalter wurden mit eigener Frist zum 31. Dezember 1933 außer Kraft gesetzt.

46

In der Folge des Bestehens der Stagma konnte sie sich, wie alle staatlichen Organisationen, personell und organisatorisch einer schleichenden Einbindung in das Herrschaftssystem der Nationalsozialisten nicht entziehen. Die gesetzlichen Regelungen des „Stagma-Gesetzes“ ermöglichten eine Überwachung und Einflußnahme der staatlichen Stellen auf die Stagma. In der Folge wurde sie, wenn auch als nur „korporatives Mitglied“ in den politischen Apparat der Reichsmusikkammer, einer der Einzelkammern der Reichskulturkammer, eingegliedert. Trotz ihrer fachlich unangefochtenen Arbeitsweise sind von der Entlassung der jüdischen Vorstände und Beschäftigten bis hin zum vorausseilenden Gehorsam gegenüber den staatlichen Machthabern aus heutiger Sicht auch alle Zeichen eines angepaßten Wirkens feststellbar.

47

21 So im Ergebnis der BGH, GRUR 1955, 351, 355.

2. Verhalten der Stagma gegenüber jüdischen Mitgliedern

- 48** Die jüdischen Mitglieder der Stagma hatten seit der Machtergreifung 1933 mit dramatisch sinkenden Einnahmen zu kämpfen. Dies war zum einen, ganz unabhängig von der Tätigkeit der Stagma selbst, Folge von Aufführungsverboten sowie der mehr und mehr stattfindenden Programmkontrolle durch die staatlichen Behörden. Zum anderen scheute sich die Stagma allerdings nicht, ihre zum Teil von Anfang an bestehenden **Satzungsregeln** formalisiert zum Nachteil der jüdischen Mitglieder anzuwenden.
- 49** Insbesondere diejenigen Satzungsbestimmungen, die an die Staatsbürgerschaft oder den Berufsstand anknüpften, hatten dramatische Auswirkungen. Nach § 9 Abs. 2 der ab dem 25. Januar 1934 gültigen Satzung war für natürliche Personen die deutsche **Staatsbürgerschaft** Voraussetzung für die Bezugsberechtigung bei der Stagma. Die Staatsbürgerschaft entfiel bei ausgewanderten Juden unmittelbar nach dem Reichsbürgergesetz. In der ab 1936 gültigen Fassung der Satzung wurde zusätzlich die **Zugehörigkeit zu einem Berufsstand** aufgenommen. Durch den consequenten Ausschluss der Juden aus den Berufsständen der deutschen Komponisten, deutschen Musikverleger und deutschen Textdichter der Reichsmusikkammer war ihnen somit nicht nur die Berufsausübung an sich verboten, es entfiel auch die Voraussetzung für die Bezugsberechtigung bei der Stagma.
- 50** Die Stagma beendete aufgrund der beschriebenen Satzungsregeln lückenlos die Bezugsverhältnisse zu ihren jüdischen Mitgliedern. Den Gekündigten bot man als Ersatz reine Wahrnehmungsverträge an. Andererseits wurden insbesondere für die jüdischen Komponisten beträchtliche Einnahmen eingezogen, die aufgrund einer staatlichen Verordnung zum Reichsbürgergesetz nicht ausgeschüttet wurden, sondern an den Staat fielen.

3. Stagma-Tätigkeit in den besetzten Gebieten

- 51** Seit dem Zusammenschluß von GDT und Alter GEMA und der Ermächtigung des Reichsministers für Volksaufklärung und Propaganda vom 12. Juli 1933 begannen in **Österreich** Verdrängungsaktivitäten gegenüber der AKM. Mit dem Einmarsch deutscher Truppen in Österreich wurden im März 1938 in Wien die Vermögenswerte der AKM beschlagnahmt und eine neue Leitung eingesetzt. Im Juni 1938 wurde die Gültigkeit des „Stagma-Gesetzes“ dann auf Österreich ausgedehnt.
- 52** In **Polen** entstanden ab 1941, in Abhängigkeit der Eroberungen und Besetzungen von polnischem Hoheitsgebiet, neue Bezirksleitungen in Posen, Krakau, Danzig und Breslau.
- 53** Auf dem Gebiet der **Tschechoslowakei** wurde die Prager Autorenschutzvereinigung der Komponisten, Schriftsteller und Verleger (OSA) in eine „Gebietsdirektion“ umgewandelt und eine Bezirksleitung „Sudetenland“ installiert. Im Dezember 1938 wurde das „Stagma-Gesetz“ in der Tschechoslowakei in Kraft gesetzt.
- 54** In **Frankreich** wurde Lothringen 1941 der Stagma-Zweigstelle Saarbrücken, das Elsass der Bezirksleitung in Stuttgart und das Gebiet von Luxemburg der Bezirksleitung in Köln zugeordnet.

4. Die Tätigkeit der Stagma nach 1945

Das „Stagma-Gesetz“ war nach 1945 weiterhin **wirksam**, da im Ergebnis zu keiner Zeit ein Anwendungsverbot nach alliierem Besatzungs- bzw. Kontrollratsrecht bestand. Dies hat die deutsche Rechtsprechung²² später ausdrücklich festgestellt. Die Stagma war somit jederzeit zur ihrer Tätigkeit **berechtigt**. Allein der Genehmigungszwang nach § 1 des Stagma-Gesetzes entfiel nach alliierem Recht aufgrund der Genehmigungsberechtigung des Reichsministers für Volksaufklärung und Propaganda. So blieb die Stagma faktisch die allein tätige deutsche Verwertungsgesellschaft in jener Zeit, dies aber **ohne** ihr bisheriges **gesetzliches Monopol**. 55

Da auch die **Tarife** der Stagma nach 1945 noch immer in Kraft waren, konnte sie diese unmittelbar, wie auch Schadensersatzansprüche bei Verletzung von Aufführungsrechten, geltend machen. 56

Die Stagma wurde, wie auch andere deutsche Organisationen, nach Ende des Krieges aufgrund der damaligen Militärregierungsgesetze kontrolliert. Es wurden **Treuhänder** und eine kommissarische Geschäftsführung bestellt, die ihre Tätigkeiten überwachten bzw. das Tagesgeschäft führten. 57

Durch die ununterbrochene Tätigkeit der Stagma, konnte die **GEMA** unter Weitergeltung des „Stagma-Gesetzes“ von 1933 **Rechtsnachfolgerin** der Stagma werden. Die zuständige britische Militärregierung genehmigte nach Beschluß des Alliierten Kontrollrates 1947 die Ausübung der zukünftigen Tätigkeit der Stagma unter der Bezeichnung „GEMA“. 58

Die GEMA wurde somit nicht neu gegründet, die Stagma änderte nur ihre Bezeichnung.²³ Unmittelbar und weiterhin faktisch **monopolartig** konnte die GEMA damit, da keine weitere Verwertungsgesellschaft existierte, die Rechte der Urheber wahrnehmen. Diese starke Stellung wurde zu jener Zeit vereinzelt angegriffen. Man sah alliiertes **Kartellrecht** verletzt. Von der deutschen Rechtsprechung²⁴ wurden diese Bedenken, gerade wegen der starken alliierten Kontrolle der GEMA und der bereits unter Geltung des Kartellrechts getroffenen Entscheidung der Alliierten Kontrollbehörde (dazu Rn. 57), nicht geteilt. 59

Eine zeitlang führte die GEMA noch den Namenszusatz „**vormals Stagma**“, danach war die Umbenennung vollständig vollzogen. 60

22 BGH, GRUR 1955, 351, 355.

23 Dazu die Feststellungen des LG Berlin, GRUR 1951, 522.

24 BGH, GRUR 1955, 353 mit weiteren Nachweisen auf Rechtsprechung und Literatur zu dieser Diskussion; KG WuW 1953, 175; KG, GRUR 1954, 525 mit Hinweis auf die entscheidende st. Rspr. des erkennenden Senates.

Kapitel 3

Verwertungsgesellschaften als Unternehmen „sui generis“*

Inhaltsübersicht	Rn.
I. Das Prädikat „sui generis“	1–2
II. Die Eigentümlichkeiten der Verwertungsgesellschaften	3–15
1. Die marktschaffende Funktion	3–5
2. Verwertungsgesellschaften als notwendiges Korrelat zum materiellen Urheberrecht	6–7
3. Die Wahrnehmung von Allgemeininteressen	8–12
4. Die faktische Monopolstellung im Inland	13–15
III. Die Berücksichtigung der Sonderstellung bei der Rechtsfindung	16–23
1. Die Stellung sui generis und die Natur der Sache	17–20
2. Die Stellung sui generis und die Auslegung von Ausnahmenvorschriften	21–23

I. Das Prädikat „sui generis“

- 1 Das Prädikat „sui generis“ bezeichnet oft nur die trotzige Verhüllung einer Verlegenheit, jener des Nichterklärenkönnens. In anderen Fällen drängt sich dieses Prädikat aber legitimerweise auf: dann, wenn ein rechtlich relevanter Sachverhalt durch derart einschneidende Besonderheiten gekennzeichnet ist, daß die Typisierungsmacht des Normgebers an ihre Grenzen stößt. In diesen Fällen hat entweder der Normgeber selbst diese Besonderheiten zu berücksichtigen oder die Rechtshandhabung, die Auslegung, muß dies für ihn besorgen.
- 2 Vieles spricht dafür, auch den Sachverhalt „Verwertungsgesellschaften im europäischen Rechtsrahmen“ in diesem Licht zu sehen. Das lenkt den Blick zunächst auf jene Besonderheiten, die – zumal in ihrem Zusammenwirken – die Zuordnung der Verwertungsgesellschaften zum Begriff „sui generis“ begründen, genauer: erzwingen. Da sich die einzelnen Verwertungsgesellschaften nicht völlig gleichen, auch soweit sie kontinentaleuropäischer Provenienz sind¹ – unbeschadet eines gemeinsamen Grundtypus –, müssen die jeweiligen Kennzeichen nicht stets in gleicher Weise ausgeprägt sein.

* Der Beitrag beruht auf den Ausführungen des Verfassers in ZUM 2003, 34–38.

1 Vergleichende Darstellung zur Situation in den USA bei *Goldmann*, Die kollektive Wahrnehmung musikalischer Rechte.

II. Die Eigentümlichkeiten der Verwertungsgesellschaften

1. Die marktschaffende Funktion

Als erste Quelle maßgeblicher Besonderheiten sei die **marktschaffende Funktion** von Verwertungsgesellschaften in Verbindung mit deren Grundausrichtung genannt. Von markteröffnender Funktion wird bei den Verwertungsgesellschaften, wie man weiß, in verschiedenen Beziehungen und auch mit unterschiedlichem Effekt gesprochen. *Mestmäcker*² etwa hatte mit Blick auf den Musikbereich konstatiert, daß der Unterschied zwischen der individuellen Lizenzierung von Urheberrechten und jener eines Gesamtrepertoires so intensiv ausgeprägt sei, daß daraus ein neues Produkt und ein neuer Markt entstünden. Welche wettbewerbsrechtlichen Folgerungen je nach näherer Fragestellung hieraus auch immer gezogen werden mögen³, eine gleichmacherische Lesart wettbewerbsrechtlicher Normen führt schon hier auf dünnes Eis.

Allerdings mag eben diese Marktproduzierung als eine unternehmerische Funktion der Gesellschaften bezeichnet werden⁴. Doch darf dies nicht darüber täuschen, daß es sich bei ihnen um Unternehmen sehr besonderer Art handelt: Sie richten sich **nicht auf Eigengewinn** aus. Nun wird man nicht so weit gehen können, Gewinnerzielungsabsicht als tatbestandliche Voraussetzung des maßgebenden Unternehmensbegriffs zu verstehen – auch *Ehlers*⁵ scheint in seinem Gutachten zum 64. Deutschen Juristentag dieser Ansicht wohl nicht zu sein. Die Verwertungsgesellschaften operieren jedenfalls marktbezogen;⁶ sie sind so gesehen Unternehmen. Aber sie werden bei ihrer kollektiven Vermittlung nur treuhänderisch tätig. Notwendigerweise erfolgt zwar bei diesem Tätigwerden eine Relativierung der individuellen treuhänderischen Beziehung angesichts der unternehmerischen Vergemeinschaftung; namentlich eine Relativierung der individuellen Zurechenbarkeit der Erträge aus der Verwaltung der Rechte; doch wird dadurch nicht aufgegeben die grundsätzliche Zuordnung der vermögenswerten Ergebnisse der schöpferischen Leistung an den Urheber, von der das Bundesverfas-

2 *Mestmäcker*, FS Lukes, 447f. mwN.

3 Übersicht über den Streitstand etwa bei *Wirtz*, Die Kontrolle von Verwertungsgesellschaften, S. 213f. *Wünschmann*, Kollektive Verwertung von Urheber- und Leistungsschutzrechten, S. 93f. insbesondere meint, die markteröffnende Funktion der Verwertungsgesellschaften sei für die Prüfung einer Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 81 Abs. 1 EGV methodisch abzulehnen; zur markterschließenden Funktion im übrigen dort S. 95f. Der Autor spricht sich aber für die Freistellung vom Kartellrecht aus; vgl. dort S. 109f. Zur Wettbewerbsberöffnungs- und Markterschließungstheorie bei den Gegenseitigkeitsverträgen siehe dort S. 177f., 178f. Zum Ganzen aus der jungen Literatur *Popp*, Verwertungsgesellschaften, S. 106f., 112f; zur Freistellung S. 124ff.

4 Siehe *Mestmäcker*, FS Lukes, S. 447.

5 Vgl. *Ehlers*, Gutachten zum 64. Deutschen Juristentag, Thesen III Ziff. 6 und Ziff. 7 (S. E 157f.) in Verb. mit S. E 26f.

6 Zum weiten Unternehmensbegriff der europarechtlichen Praxis etwa *Popp*, Verwertungsgesellschaften, S. 76; *Wirtz*, Die Kontrolle von Verwertungsgesellschaften, S. 220, jeweils mwN.

sungsgericht spricht⁷. Die Verwertungsgesellschaften sind daher in der Tat Unternehmen höchst besonderer Art.

- 5 Die Ähnlichkeit, die hier etwa zur **Funktion der Gewerkschaften** hervortritt, ist unverkennbar⁸. Natürlich darf dies nicht übertrieben gesehen werden. Natürlich sind die Verwertungsgesellschaften nicht gleich den Gewerkschaften⁹; diesen fehlt schon die Unternehmenseigenschaft. Es leuchtet aber nicht ein zu sagen – so oder ähnlich,¹⁰ – die Verwertungsgesellschaften könnten deshalb vorweg nicht eine vergleichbare Freistellung von europarechtlichen Wettbewerbsregeln beanspruchen wie die Gewerkschaften, weil sie sich von diesen maßgeblich unterscheiden. Das ist so nicht schlüssig, mag man auch allzu weitgehende Konsequenzen zu Recht scheuen. So wenig die Position der Verwertungsgesellschaften mit jener der Gewerkschaften schlicht gleichgesetzt werden kann, so wenig rechtfertigt es sich, die Grundähnlichkeit in der Art des treuhänderischen und kollektiv vermittelnden Wirkens zu übergehen; d.h. das Sachgewicht dieser beherrschenden Grundstruktur zu vernachlässigen. Dieses Sachgewicht muß bei der Frage der sinnvollen Handhabung der einschlägigen Normen des europäischen Primärrechtes jeweils voll zur Geltung kommen und darf nicht nur als einer unter den vielen anderen Auslegungsfaktoren gewertet werden.

2. Verwertungsgesellschaften als notwendiges Korrelat zum materiellen Urheberrecht

- 6 Als weitere prägende Besonderheit ist die **Notwendigkeit funktionierender Verwertungsgesellschaften** zu nennen; notwendig für die Effizienz der Verwirklichung der Urheberrechte. Diese Notwendigkeit ist mit den erstgenannten Besonderheiten eng verbunden, aber doch eigenständig. Durch die wirtschaftlich technischen Gegebenheiten bedingt ist sie in dieser Allgemeinheit seit jeher anerkannt¹¹ und wohl hauptsächlich Quelle des nationalen Wahrnehmungsrechts. Im häufig verwendeten Begriff der Notwendigkeit zeigt sich aber auch eine Art trojanisches Pferd; denn mit diesem Begriff verbindet sich allzu leicht zugleich eine bestimmte eng begrenzende Vorstellung: die Vorstellung, das Verhalten einer Verwertungsgesellschaft sei im Lichte einer

7 Vgl. BVerfGE 79, 29, 40. Daß die „Entindividualisierung“ nur begrenzt sein kann, betont (nur) prinzipiell zutreffend etwa *Hauptmann*, Die Vergesellschaftung des Urheberrechts, S. 41 ff., 55 ff., 72 ff. und passim mwN, der seinerseits freilich die individualrechtliche Substanz überbetont; dazu *Lerche*, in: GEMA Jahrbuch 1997/98, S. 80 ff., bes. S. 95 ff. sowie S. 103 f.

8 Ausführlich zum Gewerkschaftsvergleich *Wünschmann*, Kollektive Verwertung von Urheber- und Leistungsschutzrechten, S. 61 ff. m.w.H., der selbst die Dinge differenzierend sieht, es aber doch für unbestreitbar hält, daß die Struktur der kollektiven Verwertung von Urheberrechten in bestimmten Aspekten mit Gewerkschaften vergleichbar ist (S. 64).

9 Zu Unterschieden siehe *Wünschmann*, Kollektive Verwertung von Urheber- und Leistungsschutzrechten, S. 65 f.

10 Darauf läuft in etwa die Argumentation von *Wünschmann*, Kollektive Verwertung von Urheber- und Leistungsschutzrechten, S. 65 f. m. w. H. hinaus.

11 Siehe nur etwa *Popp*, Verwertungsgesellschaften, S. 98 ff., 104 ff., 120 ff. mwN.

allgemeineren Verbotsnorm im Einzelfall¹² nur dann rechters, wenn dieses Verhalten zu effizienter Wahrnehmung der Rechte dringend erforderlich ist; andernfalls sei es etwa mißbräuchlich und könne sich daher nicht vom Zugriff der jeweiligen Verbotsnorm lösen. Allgemeine Notwendigkeit wandelt sich damit in Gestalt zwingender Erforderlichkeit zur Voraussetzung der Rechtmäßigkeit. Etwas ausführlicher gesagt: Die herrschende Sicht geht vielfach ohne sonderliche Vertiefung davon aus, daß auch Verwertungsgesellschaften von bestimmten wettbewerbsrechtlichen Verbotsnormen ergriffen werden, seien sie nationaler oder supranationaler Art. Dem Verbot, so meint man, könnten sie sich nur entziehen, wenn ihr konkretes Verhalten durch die Wahrnehmungsnotwendigkeiten zwingend gerechtfertigt werde¹³. Damit steuert man („auf schmalen Grat“, wie *Fikentscher*¹⁴ in allgemeinerem Zusammenhang ähnlich bemerkt) eine Art Kompromiß an, der einerseits die jeweilige etwa kartellrechtliche Verbotsnorm auch auf Verwertungsgesellschaften anwendet, andererseits diese Anwendung dadurch erträglich machen will, daß das Ventil des Notwendigen geöffnet wird. Ob aber die sui-generis-Struktur der Verwertungsgesellschaften es überhaupt gestattet, die jeweilige Verbotsnorm grundsätzlich auch auf sie anzuwenden, diese Frage gerät damit allzu leicht unter die Räder – zugunsten jenes nur scheinbar ausgewogenen Kompromisses. So überaus ausgewogen ist dieser ohnehin nicht; fällt es doch auf, daß sich jenes Ventil für die Verwertungsgesellschaften regelmäßig nur für das unbedingt Erforderliche, das Unerläßliche öffnen soll¹⁵.

Wer unbedingte Notwendigkeit fordert, beansprucht regelmäßig die Prüfungs-kompetenz hierüber. Ist das sachgerecht? Kann die Praxis der Verwertungsgesellschaften wirklich ohne eigene Einschätzungsräume darüber auskommen, was eine effiziente Wahrnehmung im Konkreten verlangt? Ist nicht eher umgekehrt – so darf man fragen – ein gewisser **Gestaltungsraum notwendiger Bestandteil** wirksamer, kollektiver Rechtswahrnehmung? Und darüber hinaus: Soll gar auch etwa der jeweilige Verteilungsschlüssel bei Abzügen für kulturelle und soziale Zwecke am hyperschneidigen Maßstab des unbedingt Erforderlichen gemessen werden? Wie soll das funktionieren? Die gewisse Privilegierung kulturell wichtiger Werke insbesondere darf gewiß nicht am Altar des Begriffs vom unbedingt Erforderlichen geopfert werden¹⁶.

7

12 Zur Einzelfallbezogenheit etwa *Fritzsche*, ZHR 160 (1996), S. 31 ff., 58, worauf *Popp*, Verwertungsgesellschaften, S. 123 Bezug nimmt.

13 Vgl. schon etwa EuGH v. 27. 3. 1974 – Rs. 127/74 *SABAM/I. BRT II*, Slg. 1974, 313.

14 *Fikentscher*, Urhebervertragsrecht und Kartellrecht, FG Schrickler, S. 149 ff., 184 ff., 186; vgl. auch etwa *Wirtz*, Die Kontrolle von Verwertungsgesellschaften, S. 229f.

15 Zum unbedingt Notwendigen in diesem Sinn siehe aus junger Literatur etwa *Popp*, Verwertungsgesellschaften, S. 104 ff., 156f.; *Wirtz*, Die Kontrolle von Verwertungsgesellschaften, S. 7 (mwN), 12 passim, auch S. 218, 221.

16 Das trifft teilweise auch die gelegentliche Kritik an der Praxis der Abzüge zu sozialen und kulturellen Zwecken; siehe etwa *Hauptmann*, Die Vergesellschaftung des Urheberrechts, S. 156f.; *Wirtz*, Die Kontrolle von Verwertungsgesellschaften, S. 76f. mwN.

3. Die Wahrnehmung von Allgemeininteressen

- 8 Mit dem Stichwort des Kulturellrelevanten ist zugleich eine dritte Quelle prägender Besonderheiten von Verwertungsgesellschaften bezeichnet. Das ist ihre spezifische und intensive **Nähe zu Allgemeininteressen**. In einer gewissen Abstraktheit ist dies wohl seit jeher klar und anerkannt. Konkreter zeigt sich diese Besonderheit, sieht man richtig¹⁷, in dreifacher Form: Einmal dient die Effizienz der Verwertung dem Ziel, Kulturgüter für die Allgemeinheit verfügbar zu machen; zum anderen werden dadurch zugleich Anreize für die Produktion von Kulturgütern geschaffen; endlich führt die Solidarisierung der Beteiligten zur Erfüllung sozialer und kulturpolitischer Aufgaben, die an sich genuine Aufgaben der Allgemeinheit sind.
- 9 In wie überraschender Weise die Relevanz dieses kulturellen und sozialen Bezugs verkannt werden kann, lehrt beispielsweise die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs zur Frage der Anwendung des Art. 86 Abs. 2 EG auf Verwertungsgesellschaften.¹⁸ Diese Vorschrift enthält, wie man weiß, eine partielle Freistellung u.a. von „Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind“. Was sind „**Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse**“? Aus dem klaren Zweck der Vorschrift folgt, daß Unternehmen gemeint sind, die es gerade mit besonderen Aufgaben zu tun haben, wie denn die Vorschrift selbst ausdrücklich im selben Satz von den diesen Unternehmen übertragenen „besonderen“ Aufgabe(n) spricht.
- 10 Die besonderen **kulturellen und sozialen Leistungen der Verwertungsgesellschaften** sprechen demnach für und nicht gegen die Erfüllung des Tatbestandes. Der Gerichtshof will aber das Merkmal des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses deshalb verneinen, weil die Gesellschaften nur Privatinteressen wahrnehmen. Wie erstaunlich! Wird doch damit (und insoweit erneut etwa in den jungen Dissertationen von *Wünschmann*¹⁹ und ähnlich *Popp*²⁰ erkannt –) das Entscheidende übergangen: Nämlich, daß hier nicht maßgeblich sein kann, ob die wahrgenommenen Rechte ihrerseits dem Allgemeininteresse dienen oder nicht (was zumindest teilweise ohnehin zu bejahen wäre); maßgeblich muß vielmehr sein, ob gerade die Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften selbst, also primär ihre Vermittlungsleistung als solche, im Allgemeininteresse liegt.
- 11 Dies aber tut sie doch offensichtlich. Schon allein der bereits hervorgehobene Aspekt der Erschließung kultureller Güter für die Allgemeinheit hebt dies wohl außer Zwei-

17 Zu diesem Problemkreis aus der jungen Literatur etwa *Wirtz*, Die Kontrolle von Verwertungsgesellschaften, S. 9, 113; *Wünschmann*, Kollektive Verwertung von Urheber- und Leistungsschutzrechten, S. 18f.; für Österreich *Popp*, Verwertungsgesellschaften, S. 15f. Zur „staatsentlastenden“ Tätigkeit schon *Herschel*, UFITA 50 (1967), S. 22ff.; vgl. ferner nur etwa *Rehbinder*; Urheberrecht, Rn. 449.

18 Näher referierend etwa *Wirtz*, Die Kontrolle von Verwertungsgesellschaften, S. 219f. mwN; *Wünschmann*, Kollektive Verwertung von Urheber- und Leistungsschutzrechten, S. 67 ff.

19 *Wünschmann*, Kollektive Verwertung von Urheber- und Leistungsschutzrechten, S. 71.

20 *Popp*, Verwertungsgesellschaften, S. 73f. mwN.

fel. Damit ist der Gerichtshof einer Verwechslung des Maßgeblichen erlegen; dies sollte man ganz uneingeschränkt sagen.

Schwieriger liegt es wohl bei dem weiteren Tatbestandsmerkmal: des mit solchen Aufgaben Betrautseins. Aber auch bei ihm wird die hier ebenfalls negative Judikatur wohl überdacht werden müssen – auch ungeachtet des Umstands, daß bekanntlich eine Reihe von Ansprüchen nach deutschem Recht nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden kann. Nicht selten will man darauf abstellen²¹, daß die Gesellschaften in ihren unternehmerischen Entscheidungen weitgehend selbständig bleiben. Wird damit aber wirklich eine „Betrachtung“ mit jenen besonderen Aufgaben ausgeschlossen? Zwar genügt Vorhandensein von Kontrolle allein nicht; das ist einzuräumen. Muß es aber für ein Betrautwerden nicht ausreichen, daß der jeweilige Normgeber das ganz spezifische rechtliche Instrumentarium schafft, um die von ihm als im spezifischen Allgemeininteresse liegend gewertete Vermittlungsfunktion der Gesellschaften erlaubnisgebunden unter spezifischer Kontrolle sowie mit Wahrnehmungszwang zu ermöglichen? – Das kann hier freilich nicht vertieft werden.

12

4. Die faktische Monopolstellung im Inland

Unter den prägenden Besonderheiten sei endlich genannt die typische Ausrichtung der Verwertungsgesellschaften auf den weithin nationalen Zuschnitt der wahrgenommenen ausschließlichen Rechte in Verbindung mit faktischen oder u. U. auch rechtlichen **Monopolpositionen**.

13

Für territorial zugeschnittene Monopolstrukturen dieser Art sprechen bekanntlich praktische Gründe und praktische Erfahrungen von Gewicht²². Der sui-generis-Charakter der Verwertungsgesellschaften widerstrebt unter diesem Aspekt besonders spürbar einer gleichmacherischen Betrachtung unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten. Sehr deutlich war etwa in den – im übrigen vorsichtigen – Schlußanträgen des Generalanwalts *Jacobs* schon 1989 in Sachen der französischen Verwertungsgesellschaft zu lesen: Es handle sich „in jeder Hinsicht um einen **Markt mit Ausnahmecharakter**, und zwar wegen der ungewöhnlichen Natur der in Rede stehenden Rechte am geistigen Eigentum, die nicht nur ihrem Geltungsbereich nach territorial begrenzt sind, sich ausschließlich nach innerstaatlichen, von einander stark abweichenden Rechtsvorschriften richten und im übrigen sehr lange Schutzfristen genießen, sondern die auch, um wirksam ausgeübt werden zu können, innerhalb der je-

14

21 Vgl. *Wünschmann*, Kollektive Verwertung von Urheber- und Leistungsschutzrechten, S. 74; ähnlich etwa *Popp*, Verwertungsgesellschaften, S. 74 mwN. Anders aber zu Recht *Götz*, FS Maurer, S. 921 ff., S. 932 f.; dort auch näher zur gestiegenen Bedeutung des Art. 86 Abs. 2 EGV in der sonstigen Judikatur des EuGH, S. 926 ff.; zum Verhältnis zu Art. 16 EGV siehe auch *Ehlers*, Gutachten zum 64. Deutschen Juristentag, S. E 52 ff. mwN.

22 Zu den ungünstigen Erfahrungen mit einer seinerzeitigen Konkurrenz von Verwertungsgesellschaften in Deutschland siehe nur etwa BT-Dr. IV/271, S. 11 (amtliche Begründung Urheberwahrnehmungsgesetz), neuerdings etwa *Goldmann*, Die kollektive Wahrnehmung musikalischer Rechte, S. 398 ff. mwN; *Wirtz*, Die Kontrolle von Verwertungsgesellschaften, S. 9 f., aber auch S. 224.

weiligen inländischen Territorien einer ständigen Überwachung und Verwaltung bedürfen“²³. Man bemerkt, daß auch eine stärkere Harmonisierung der nationalen Rechte²⁴ vorweg allenfalls einen Teil dieser Gründe berühren könnte.

- 15 Die notwendige Internationalität wird, wie man weiß, namentlich durch das reichhaltige Instrumentarium der **Gegenseitigkeitsverträge** garantiert. Mit seiner Hilfe kann grundsätzlich auch auf neue grenzensprengende technische Entwicklungen angemessen reagiert werden. Beispiel simulcasting²⁵. Dieses Instrumentarium ist offenbar entwicklungsfähig²⁶. Sein Ausbau dürfte waghalsigen externen Einschnitten auf unsicherer Kompetenzgrundlage²⁷ vorzuziehen sein.

III. Die Berücksichtigung der Sonderstellung bei der Rechtsfindung

- 16 Abschließend seien einige Bemerkungen eher auslegungstheoretischer Art gemacht.

1. Die Stellung *sui generis* und die Natur der Sache

- 17 Nicht selten werden Besonderheiten eines Sachverhalts, die das Prädikat „sui generis“ rechtfertigen, mit der Auslegungsfigur der „**Natur der Sache**“ aufzufangen gesucht. Daran schließt sich dann schnell eine Konsequenz – so mitunter auch in unserem Bereich²⁸ –, die die Dinge durchaus verfälschen kann: nämlich die angebliche Konsequenz, der Topos der Natur der Sache bezeichne lediglich eines der methodischen Auslegungskriterien; dieser Topos könne daher durch sonstige Auslegungskriterien, die ja in Fülle bereitstehen, bei der jeweiligen Einzelfrage überwunden werden. Kurz: Natur der Sache sei nur eines von vielen Auslegungskriterien.
- 18 Das ist zwar im Ansatz richtig, aber auch nur im Ansatz. Ein ganz anderes Bild zeigt sich dort, wo mangelnder Einbezug der Sachnatur zu einem derart sachfremden Ergebnis führen müßte, daß dieses gleichheitswidrig nivellierend oder als sonst rechts-

23 GA *Jacobs*, SchIA in: EuGH v. 13. 7. 1989 – Rs. 395/87 *Tournier*, Slg. 1989, 2521 Tz. 32.

24 Siehe dazu Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. 5. 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft; abgedruckt in EuZW 2002, 335 ff.

25 Dazu *Drauz*, in: Regulierung im Bereich von Medien und Kultur, S. 103 ff., 110 f.

26 Zum (unterschiedlich gesehenen) Fragenkreis der Gegenseitigkeitsverträge etwa *Goldmann*, Die kollektive Wahrnehmung musikalischer Rechte, bes. S. 341 f., 349 ff.; *Popp*, Verwertungsgesellschaften, S. 127 ff.; *Wünschmann*, Kollektive Verwertung von Urheber- und Leistungsschutzrechten, S. 188.

27 Vgl. nur *Goldmann*, Die kollektive Wahrnehmung musikalischer Rechte, S. 372 mwN. Dabei muß nicht zuletzt auch die Wirkung der Querschnittsklausel des Art. 151 Abs. 4 EGV eingerechnet werden; vgl. näher *Schwarze*, in: Geistiges Eigentum und Kultur im Spannungsfeld von nationaler Regelungskompetenz und europäischem Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht, S. 125 ff. 156.

28 Vgl. etwa ausdrücklich *Wünschmann*, Kollektive Verwertung von Urheber- und Leistungsschutzrechten, S. 63; zur „rule of reason“ kritisch dort S. 97 ff.

staatlich angreifbar, insbesondere unverhältnismäßig zu beurteilen wäre²⁹. Bekanntlich haben nationale Verfassungsrechte, namentlich auch das deutsche Verfassungsrecht, zu höchst ausgefeilten judikativen Linien geführt, die ein derartiges Maß an Sachfremdheit verwerfen³⁰. (Das ist, nebenbei bemerkt, mit „rule of reason“ nicht gleichzusetzen.)

Für die Anwendung des Gemeinschaftsrechts sollte im Ergebnis nichts anderes gelten. Zwar scheint hier der Reifegrad mancher nationaler Methodenlehren noch lange nicht erreicht zu sein. Aber diese verständlicherweise wohl eher noch rudimentäre Methodik der Handhabung des europäischen Rechts vermag nicht die Durchschlagskraft von Prinzipien wie Notwendigkeit sachlicher Rechtfertigung und Verhältnismäßigkeit zu verhüllen. Vor allem das letztere Prinzip ist seit längerem zu einem Schlüsselkriterium auch für das Verständnis des supranationalen Rechts geworden³¹. 19

Diese Sicht sollte sich auch in unserem Felde durchsetzen. Näher besehen gilt es, den Effekt unberechtigter Fiktionen zu vermeiden; denn auf eine solche läuft es doch hinaus, wenn Normen auf Sachverhalte angewendet werden, deren ganz besondere Sachstruktur dem Normzweck widerstrebt, wobei sie künstlich, d.h. fiktiv, wie andere „passende“ Sachverhalte behandelt werden. 20

2. Die Stellung *sui generis* und die Auslegung von Ausnahmvorschriften

Kritischem Überdenken zugänglich sollte aber auch eine weitere methodische Vorstellung sein, die ebenfalls mit der *sui-generis*-Erwägung zu kollidieren droht. 21

Gemeint ist der vorgebliche Auslegungsleitsatz, **Ausnahmvorschriften seien eng auszulegen**. Bei der Handhabung des Gemeinschaftsrechts wird dieser Satz geradezu gebetsmühlenhaft wiederholt. Im vorliegenden Zusammenhang spielt er – als Standardrepertoire – vor allem bei Auslegung des Art. 86 Abs. 2 EG eine verführende Rolle, auch in der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs, zu Lasten der Geltung dieser partiellen Freistellungsvorschrift für die beteiligten Verwertungsgesellschaften³². Indessen: Die ständige Wiederholung des Satzes, Ausnahmvorschriften seien restriktiv zu lesen, macht ihn nicht richtig. 22

29 Noch weiter geht wohl etwa *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, S. 68, wenn er allgemein sagt: „... Entsprechend ist der Untersatz richtig gebildet, wenn die Sachverhaltseigenarten so gewürdigt werden, wie dies im Hinblick auf die Normaufgaben sachgerecht ist ...“. Grundsätzliches zur Relevanz der „Natur der Sache“ etwa bei *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 118ff. mwN; *Schneider*, Gesetzgebung, Rn. 56. Aus der jungen Literatur zum anomalen Einzelfall: *Isensee*, in: Grenzen als Thema der Rechts- und Sozialphilosophie, S. 51ff., 55f. – Zu Aristoteles siehe *Böckenförde*, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, S. 115, zugleich die Bedingungen dieses Denkens betonend.

30 Übersicht etwa bei Sachs-*Osterloh*, Art. 3 GG Rn. 8ff.

31 Aus der jungen Literatur siehe nur etwa *Kischel*, EuR 2000, S. 380ff. Zugleich findet das Verhältnismäßigkeitsprinzip via Europarecht Eingang in andere nationale Rechtsordnungen; vgl. bes. *Schwarze*, FS Everling, Bd. II, 1995, S. 1355ff., 1357 mwN.

32 Nachweise aus Judikatur und Literatur etwa bei *Wünschmann*, Kollektive Verwertung von Urheber- und Leistungsschutzrechten, S. 67, 70 und dieser selbst S. 74.

- 23** Wie in den maßgeblichen Methodenlehren seit langem anerkannt, vermag der Satz in dieser Allgemeinheit keineswegs zu überzeugen³³ Zumindest seit *Philipp Heck* ist das eine Binsenweisheit³⁴. Unter Umständen sind Ausnahmevorschriften sogar **analogiefähig**³⁵. Ob ein Sachverhalt von einer Ausnahmenorm erfaßt wird oder nicht, richtet sich nach dem erkennbaren Sinn dieser Norm im Verein mit den sonstigen anerkannten Auslegungsregeln, aber nicht nach einer vorgefertigten pauschalen Restriktionsvorstellung. Damit kann insbesondere, wie zum Schluß unterstrichen sei, Sachverhalten mit sui-generis-Charakter die notwendige Atemluft verschafft werden.

33 Siehe nur etwa *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 194f.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 355f., jeweils mwN.

34 *Heck*, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, S. 186 ff.

35 In den „Grenzen des Grundgedankens der Ausnahmевorschrift“, siehe *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 194.

Kapitel 4

Verwertungsgesellschaften als Träger öffentlicher und privater Aufgaben*

Inhaltsübersicht	Rn.
I. Verwertungsgesellschaften zwischen der Erfüllung privater und öffentlicher Aufgaben	1–12
II. Folgerungen aus der Staatsnähe von Verwertungsgesellschaften	13–44
1. Die Pflicht zu sozialen und kulturellen Leistungen	13–23
2. Angemessene Vergütungen	24–25
3. Kontrolle	26–44
a) Die Monopolstellung von Verwertungsgesellschaften	26–27
b) Der Einfluß der Verwaltung durch kartellrechtliche Kontrolle	28–37
c) Ergänzende Kontrollinstrumente	38–42
d) Das Charakteristische der Kontrolle über Verwertungsgesellschaften in Deutschland	43–44
III. Schluß	45

I. Verwertungsgesellschaften zwischen der Erfüllung privater und öffentlicher Aufgaben

Verwertungsgesellschaften in Deutschland beziehen ihre **Legitimation** einmal aus dem verfassungsrechtlich garantierten Schutz des geistigen Eigentums und zum anderen aus der modernen Urheberrechtsgesetzgebung, die dem Urheber eine Reihe von Nutzungsrechten einräumt, die er jedoch ohne Hilfe von Verwertungsgesellschaften kaum wahrnehmen kann. Der Schöpfer von Werken der Musik ist im Zeitalter der Massennutzungen nicht mehr in der Lage, sein Ausführungsrecht, sein Senderecht oder sein Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht bei Aufnahmen seiner Werke auf Tonträger oder Bildtonträger oder den Vertrieb seiner Werke online so wahrzunehmen, daß er in den Genuß sämtlicher Früchte seiner Arbeit kommt. Er bedient sich deshalb einer Verwertungsgesellschaft, der er diese Rechte zur treuhänderischen Wahrnehmung überträgt. Im Bereich der Musik dient ihm dafür allein die GEMA, die in Deutschland ein faktisches Monopol besitzt. 1

Für den Nutzer musikalischer Werke hat die Monopolstellung der GEMA den Vorteil, daß er das musikalische **Weltrepertoire aus einer Hand**, schnell, unbürokratisch und zu kalkulierbaren Kosten erhält. Im Zeitalter des digitalen Online-Vertriebs von Musikwerken bzw. von Multimediaprodukten, die ein ganzes Bündel von Rechten in 2

* Der Beitrag beruht auf Ausführungen des Verfassers in FS Kreile, S. 27–51.

sich vereinen, gewinnt dies weiter an Gewicht. Die Bedeutung von Verwertungsgesellschaften wird deshalb im digitalen Zeitalter weiter zunehmen.

- 3 Die Initiative zur **Gründung** einer Verwertungsgesellschaft auf dem Gebiet der Musik in Deutschland geht zurück auf das Jahr 1903. Initiatoren waren Komponisten und Verleger. Besondere Verdienste hat sich dabei der Komponist Richard Strauss erworben, der deshalb als Vater der heutigen GEMA gelten darf.¹
- 4 Ging der deutsche Urheberrechts-**Gesetzgeber** ursprünglich noch davon aus, daß der Urheber, wenn auch nur unter Schwierigkeiten, seine ihm durch die moderne Urheberrechtsgesetzgebung eingeräumten Nutzungsrechte selbst wahrnehmen kann, **setzt** er inzwischen auch im materiellen Urheberrecht das Bestehen von **Verwertungsgesellschaften voraus**, indem er z.B. bestimmt, daß Vergütungsansprüche für das Vermieten und Verleihen von Vervielfältigungsstücken (§ 27 UrhG) sowie für Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch (§§ 53, 54 UrhG) nur durch Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden können.
- 5 Mit der **Vergütungsregelung** nach §§ 53, 54 UrhG durch Schaffung einer Vergütungspflicht für Geräte und Leerträger² verhilft der deutsche Gesetzgeber dem Urheber zu einem, wenn auch nur geringen Ausgleich für die Eingriffe in sein geistiges Eigentum und die Verluste, die ihm durch das technisch einfache, millionenfach praktizierte private Kopieren seiner Werke entstehen. „Da in diesen Bereichen im Gegensatz zur herkömmlichen Verwertung von Werken durch Unternehmen der sog. Kulturindustrie eine systematische Kontrolle von Urheberrechtsverletzungen nicht mehr möglich ist, andererseits aber eine Freistellung aller (privaten) Überspielungsvorgänge vom Urheberrecht wegen der auf der Hand liegenden Beeinträchtigung der herkömmlichen Urheberrechtsverwertung nicht hingenommen werden kann,“ hat der deutsche Gesetzgeber mit den gesetzlich festgelegten Vergütungsregelungen eine „indirekte Methode der Realisierung der Urheberansprüche gesucht“, die für die Verwertungsgesellschaften eine unabdingbare Voraussetzung darstellen.³
- 6 Darüber hinaus weist der Gesetzgeber in §§ 7 und 8 UrhWG den Verwertungsgesellschaften in ihrer Eigenschaft als Solidargemeinschaften **kulturelle und soziale Aufgaben** zu, die diese, namentlich durch ihre Vorsorge- und Unterstützungseinrichtungen sowie durch die Förderung kulturell bedeutender Werke und Leistungen erfüllen. Im Jahr 2004 beliefen sich die sozialen und kulturellen Zuwendungen allein der GEMA über einen Betrag in Höhe von EUR 53,756 Mio. Verwertungsgesellschaften sind deshalb in Deutschland nicht nur Inkassoorganisationen, sondern sie haben darüber hinaus auch den gesetzlichen Auftrag, die schöpferischen Menschen zu fördern und zu schützen. Dem Staat nehmen sie damit einen nicht unbeträchtlichen Teil seiner sozialen und öffentlichen Kulturverantwortung ab.

1 Zur Entstehungsgeschichte von Verwertungsgesellschaften M.M. Schmidt, oben, **Kap. 2 Rn. 1–18**; Kreile/Becker, in: Handbuch der Musikwirtschaft, S. 593–598.; vgl. auch von Rauescher auf Weeg, FS 100 Jahre GRUR, Band II, S. 1265ff.; Nordemann, FS 100 Jahre GRUR, Band II, S. 1197ff.

2 Ausführlich Kreile/Becker, unten **Kap. 7**; Kreile, GRUR Int. 1992, 24ff.; Kreile, ZUM 1991, 101ff.; Becker, in: VG WORT (Hrsg.), Geist und Recht, S. 33ff.

3 Dietz, Das Urheberrecht in Spanien und Portugal, S. 136.

Mit einem so weiten Spektrum von Aufgaben, erhält die Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften in Deutschland eine **besondere rechtliche Qualität**: Obwohl Verwertungsgesellschaften in den Formen des Privatrechts handeln – GEMA, VG WORT und VG BILD-KUNST sind rechtsfähige wirtschaftliche Vereine kraft staatlicher Verleihung gem. § 22 BGB – leisten sie neben ihrer aus dem Schutz des geistigen Eigentums fließenden Pflicht zur Realisierung von Urheberansprüchen traditionell **Aufgaben, denen sich der Staat selbst annehmen müßte**, wenn es Verwertungsgesellschaften nicht gäbe. Das Urheberrecht, das die wirtschaftliche Basis nahezu aller schöpferischen Menschen darstellt, ohne die es weder Kultur noch einen „Kulturstaat“ gäbe, auf den Öffentlichkeit wie Politiker in Deutschland gleichermaßen stolz sein dürfen, liefe jedenfalls auf dem Gebiet der Musik ohne die GEMA ins Leere. Schutz und Sicherung der wirtschaftlichen Grundlage der schöpferischen Menschen liegen daher im Sozial- und Kulturstaat im unmittelbaren öffentlichen Interesse: sie haben **Gemeinwohlcharakter**.⁴ Indem Verwertungsgesellschaften sich auf der Grundlage ihrer Satzungen, aber auch durch gesetzlichen Auftrag (u.a. auch §§ 7 und 8 Urh-WG) dieser Bereiche annehmen, erfüllen sie öffentliche bzw. staatliche Aufgaben.⁵ Nicht zu Unrecht werden Verwertungsgesellschaften im Hinblick auf ihre effektive und kostensparende Inkassotätigkeit auch mit der staatlichen Finanzverwaltung verglichen.⁶

Es entspricht der staatlichen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland, die vor allem im Einzugsbereich des sozialen Staatszieles durch das **Subsidiaritätsprinzip** geprägt ist,⁷ daß Aufgaben des Gemeinwohls auch von Individuen oder gesellschaftlichen Verbänden wahrgenommen werden, „wenn sie bereit und fähig sind, den öffentlichen Interessen, die auf dem Spiele stehen, zu genügen“.⁸

Den Beweis dafür, daß sie dazu bereit und fähig ist, braucht die GEMA nicht anzutreten. Die Fakten sprechen für sich: Mit Erträgen, die im Geschäftsjahr 2004 EUR 806.207.708,96. betragen, sichert die GEMA die materielle Lebensgrundlage tausender schöpferischer Menschen auf dem Gebiet der Musik (2004 zählte die GEMA 61.131 Mitglieder) vollständig oder partiell mit Hilfe einer effizienten und im Vergleich kostengünstigen Verwaltung (ihre Verwaltungskosten liegen stets zwischen 14 und 15%) und erbringt dabei, wie bereits beschrieben, soziale und kulturelle Leistungen in nicht unbeträchtlicher Höhe. Die Stellung der GEMA im Wirtschaftsleben Deutschlands wird deshalb mit „**Träger einer staatsentlastenden Tätigkeit**“ umschrieben.⁹ Korrelat der staatsentlastenden Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften ist eine besondere Fürsorgepflicht des Staates für diese Institutionen und die in ihnen zusammengeschlossenen schöpferischen Menschen.

4 Vgl. *Steiner*, VVDStRL 42 (1984), 7, 16.

5 Zur Unterscheidung zwischen öffentlicher und staatlicher Aufgabe vgl. *Isensee/Kirchhof-Isensee*, Handbuch des Staatsrechts, Band III, § 57, Rn. 136 ff.

6 So auch *Dietz*, Das Urheberrecht in der Europäischen Gemeinschaft, Tz. 46.

7 Vgl. *Isensee/Kirchhof-Isensee*, Handbuch des Staatsrechts, Band III, § 57, Rn. 165 ff.

8 *Isensee/Kirchhof-Isensee*, Handbuch des Staatsrechts, Band III, § 57, Rn. 167.

9 Vgl. KG Berlin, Urteil vom 28. April 1989 (Krt U 5680/86), S. 38 unter Bezugnahme auf *Herschel*, UFITA Bd. 50, Teil A, (1967) II, 22 ff.

- 10** Die Zuordnung einer Organisation zum bzw. in die Nähe des Staatlichen, schließt die Verwendung einer der **Organisationsformen des Privatrechts** nicht aus.¹⁰ Es gibt in der deutschen Rechtsordnung eine Reihe von Beispielen, bei denen sich der Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben Privater bedient. Prominentes Beispiel hierfür ist der Technische Überwachungsverein (TÜV), der den Staat bei seiner Aufgabe entlastet, für die Sicherheit der Bevölkerung Sorge zu tragen. In Anbetracht der Aufgaben, die durch Verwertungsgesellschaften erbracht werden, liegt das tertium comparationis nicht weit.
- 11** Verwertungsgesellschaften werden zwar nicht in die staatliche Organisation einbezogen und sind insofern auch kein „Trabant oder Satellit der öffentlichen Verwaltung“,¹¹ sie sind aber aus der „Wahrnehmung bloß privater, wirtschaftlicher Interessen herausgehoben und mit der höheren Legitimität und Pflichtbindung einer Tätigkeit im öffentlichen Interesse ausgestattet“.¹² Ihr Wirken vollzieht sich in der „Wahrnehmung einer aufgegebenen Verantwortung und in realisierbarer Verantwortlichkeit“.¹³
- 12** Der hier für Verwertungsgesellschaften im allgemeinen und für die GEMA im Besonderen gewonnene Befund deckt sich mit den empirischen Erkenntnissen der Staats- und Verwaltungswissenschaft, die zwischen Privatem und Öffentlichem „Übergangs-, Grau- oder Zwischenzonen“ zuläßt, da es sich im Bereich von „Private Government“ und öffentlicher Verwaltung um ein Gebiet handelt, in dem es schwerfällt, „eindeutige Zuordnungen und Klassifizierungen vorzunehmen, es vielmehr darauf ankommen muß, nach Kriterien Ausschau zu halten, die inmitten all der fließenden Übergänge den jeweiligen Organisationen annähernd Konturen verleihen“.¹⁴

II. Folgerungen aus der Staatsnähe von Verwertungsgesellschaften

1. Die Pflicht zu sozialen und kulturellen Leistungen

- 13** Für jedes der vier Subsysteme der urheberrechtlichen Gesamtordnung gelten vom Gesetzgeber festgelegte **Schranken**. Das ist nicht anders in anderen nationalen Urheberrechtsordnungen und wird durch die internationalen Urheberrechtskonventionen, namentlich die Revidierte Berner Übereinkunft (RBÜ) (z.B. Art. 2 bis 9 Abs. 2, 10 bis

10 Vgl. Isensee/Kirchhof-Krebs, Handbuch des Staatsrechts, Band III, § 69, Rn. 7.

11 Schuppert, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbständigte Verwaltungseinheiten, S. 76.

12 Diese von Bullinger gefundene Umschreibung der „öffentlichen Aufgabe“ der Presse läßt sich auch auf die besondere Stellung von Verwertungsgesellschaften übertragen. Vgl. dazu: Isensee/Kirchhof-Bullinger, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, § 142, Rn. 67.

13 Für die Zugehörigkeit zum Bereich der Öffentlichkeit ist dies für Hesse, VVDStRL 17 (1959), 11 ff., ein Kriterium.

14 Schuppert, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbständigte Verwaltungseinheiten, S. 77 unter Bezugnahme auf Werner Weber, einen der besten Kenner des Bereichs staatlicher Organisationen, und mit weiteren Nachweisen.

11 bis Abs. 2, 13) sanktioniert. Das geistige Eigentum ist im Vergleich zum Sacheigentum für gesetzgeberische Ausgestaltungen besonders offen. Das ergibt sich aus seiner Eigentümlichkeit, denn „solange nicht der Gesetzgeber gesprochen hat“, ist noch nichts „greifbar“.¹⁵ Der Gesetzgeber hat deshalb die Aufgabe, „bei der inhaltlichen Ausprägung des Urheberrechts sachgerechte Maßstäbe festzulegen, die eine der Natur und sozialen Bedeutung des Rechts entsprechende Nutzung und angemessene Verwertung sicherstellen“.¹⁶

So obliegt es ihm, nicht nur den Inhalt, sondern auch die Schranken der urheberrechtlichen Gewährleistungen, die die urheberrechtliche Gesamtordnung durchziehen, zu bestimmen. Für den Urheber bedeutet dies, daß seine Individualbelange, seine Berechtigungen und Befugnisse, sein „verfassungsrechtlich garantierter Anspruch auf eine angemessene Nutzung der schöpferischen Leistung und die schutzwürdigen Interessen der Allgemeinheit (vom Gesetzgeber) in einen gerechten Ausgleich und ein ausgewogenes Verhältnis“ gebracht werden müssen.¹⁷ Einen besonderen Rechtfertigungsgrund für Beschränkungen der urheberrechtlichen Befugnisse sieht das Bundesverfassungsgericht im „sozialen Bezug des geistigen Eigentums“. Solche als „Sozialbindung“ bezeichneten Beschränkungen begrenzen die umfassende Gebrauchs- und Verfügungsbefugnis des Urhebers an seinen Werken, so wie sie auch den an deren, „klassischen“ Formen des Eigentums im Interesse den Gemeinwohls Grenzen ziehen. Sie müssen allerdings vom Gesetzgeber und von den Gerichten im Einzelfall konkretisiert werden.

14

Dem Konkretisierungsauftrag ist der deutsche Gesetzgeber mit den im Sechsten Abschnitt des UrhG (§§ 45 ff.) näher spezifizierten Ausnahmen von der Ausschließlichkeit der Verwertungsrechte nachgekommen. Unabhängig davon, daß die Beschränkungen der Verwertungsrechte, die der Gesetzgeber auch mit dem Segen des Bundesverfassungsgerichts verfügt hat, von den Urhebern zuweilen als zu weitreichend angesehen werden,¹⁸ darf das urheberrechtliche Schutzniveau und damit die Möglichkeit der wirtschaftlichen Verwertung geschützter Werke in Deutschland im internationalen Vergleich gut und gern als eines der höchsten angesehen werden. Nicht von ungefähr gehört Deutschland nach den USA und Japan zum drittgrößten Musikmarkt der Welt. Namentlich den Musikurhebern aus aller Welt, insbesondere aber denen aus dem anglo-amerikanischen Raum, die auf keine Übersetzungen ihrer Werke angewiesen sind, steht der 80 Mio. Verbraucher zählende deutsche Markt zur Verwertung ihrer Werke weit offen. Sie gehören damit zu den großen Nutznießern des hohen deutschen Urheberrechtsschutzes.

15

Schranken und Auflagen für den Gebrauch des geistigen Eigentums finden sich aber nicht nur im materiellen Urheberrecht, sondern insbesondere auch **im Recht der Verwertungsgesellschaften**, sub specie im Urheberrechtswahrnehmungsgesetz. Dazu

16

15 Vgl. *Kreile*, FS Lerche, S. 256.

16 BVerfGE 49, 382, 392.

17 BVerfGE 49, 382, 394.

18 Vgl. *Kreile*, FS Leche, S. 259 ff.

gehören insbesondere die für die Verwertungsgesellschaften geltenden Auflagen und Beschränkungen wie Wahrnehmungszwang (§ 6), der sehr weitreichende Abschlußzwang (§ 11), die Pflicht zur Aufstellung von Tarifen (§ 13) sowie das gesamte Verfahren zur Beilegung von Tarifstreitigkeiten, das den Urheber in der Preisgestaltung für seine Werke stark beschränkt (§ 14ff.) und schließlich die Pflicht der Verwertungsgesellschaften zur Kulturförderung (§ 7, Satz 2) und zu Vorsorge- und Unterstützungseinrichtungen (§ 8).

- 17 Die rechtliche Zulässigkeit dieser Einschränkungen richtet sich nach den für das materielle Urheberrecht oben beschriebenen Kriterien, sie wurden bislang nicht in Frage gestellt. Sozial- und Förderungsfonds gehören zum Wesensmerkmal und zu den Grundprinzipien kontinental-europäischer Verwertungsgesellschaftstradition. In diesen Einrichtungen manifestiert sich eindrucksvoll die allen Verwertungsgesellschaften zugrundeliegende **Solidargemeinschaft**, von der der deutsche Gesetzgeber bei der Normierung des Rechts der Verwertungsgesellschaften im UrhWG ausgehen konnte, da er das Prinzip der Solidargemeinschaft als sog. „vorkonstitutionelles“ Recht der Verwertungsgesellschaften vorgefunden hat.
- 18 In Deutschland ist die **Tradition** von Sozial- und Förderungsfonds so alt wie die GEMA selbst bzw. ihre Vorläufer-Gesellschaften. So gehörte es bereits zu den Grundlagen der 1903 u.a. von Richard Strauss gegründeten „Anstalt für Musikalische Aufführungsrechte“, daß nach Abzug der Verwaltungskosten von den „eingegangenen Gebühren“ ein Betrag von 10% für die Unterstützungskasse der Genossenschaft abgezogen wurde.¹⁹ Auch der internationale Dachverband der Verwertungsgesellschaften, die CISAC (Confédération Internationale des Sociétés d’Auteurs et Compositeurs, Paris), hat in ihre Vertragstexte, die die Wahrnehmung von Urheberrechten durch Gegenseitigkeitsverträge betreffen, Bestimmungen aufgenommen, die es den Verwertungsgesellschaften erlauben, von dem Tantiemenaufkommen, das einer anderen nationalen Verwertungsgesellschaft zufällt, einen Abzug von 10% vorzunehmen, um sie eigenen Pensions-, Hilfs- oder Unterstützungskassen zuzuführen. Die CISAC-Vertragsbestimmung der Verwertungsgesellschaften ist eine ausdrückliche Bestätigung und Respektierung einer jahrzehntelang international geübten Praxis des Sozialabzuges²⁰ und muß auch im Zusammenhang mit der durch die RBÜ gewährleisteten Inländerbehandlung aller Urheber in den Mitgliedstaaten der Berner Konvention gesehen werden, die von den jeweiligen nationalen Urheberrechtsordnungen – wie das deutsche Beispiel eindrucksvoll zeigt – profitieren. Wer an dieser Praxis rührt, muß wissen, daß er damit gleichzeitig das Inländerprinzip in Frage stellt. Die Solidargemeinschaft der Urheber macht nämlich nicht vor nationalen Grenzen halt, sie gilt vielmehr weltweit.
- 19 Seit Erlass des deutschen Urheberrechtswahrnehmungsgesetzes im Zuge der großen Urheberrechtsreform im Jahre 1965 bestimmen § 7 UrhWG, daß „kulturell bedeutende Werke und Leistungen zu fördern sind“ und § 8 UrhWG, daß die Verwertungs-

19 Vgl. *Anstalt für Musikalisches Aufführungsrecht*, Denkschrift der Genossenschaft Deutscher Tonsetzer, S. 46f.

20 Vgl. *Hauptmann*, Die Vergesellschaftung des Urheberrechts, S. 76.

II. Folgerungen aus der Staatsnähe von Verwertungsgesellschaften

gesellschaft „Vorsorge- und Unterstützungseinrichtungen“ einrichten „soll“. Aus dem Umstand, daß Gesetzaufträge in sog. „**Soll-Vorschriften**“ gekleidet sind, folgern namhafte Urheberrechtler, daß diese Vorschriften keine verpflichtende Rechtsgrundlage für die kulturellen und sozialen Einrichtungen der Verwertungsgesellschaften enthielten, sondern lediglich moralische Appelle, Empfehlungen oder Ermunterungen zur Selbsthilfe darstellten.²¹ Unter den strengen Kriterien des deutschen Verwaltungsrechts, die allein zur Auslegung von „Soll-Vorschriften“ auch im Urheberrecht herangezogen werden müssen, ist diese Deutung falsch.

Die Schaffung kultureller und sozialer Einrichtungen steht ganz und gar nicht im freien Ermessen von Verwertungsgesellschaften. Wenn nämlich nach deutschem Verwaltungsrecht eine Verwaltungsbehörde tätig werden „soll“, und insofern kann hier eine Verwertungsgesellschaft mit einer Verwaltungsbehörde verglichen bzw. gleichgesetzt werden, so ist sie dazu verpflichtet und kann nur in Ausnahmefällen bzw. atypischen Situationen davon absehen. Die atypischen Umstände unterliegen gerichtlicher Kontrolle, d.h. eine Verwertungsgesellschaft müßte dartun und beweisen, warum sie auf solche Einrichtungen verzichtet. Unter finanziellen Gesichtspunkten könnten die deutschen Verwertungsgesellschaften, die alle über ein beachtliches Urheberrechtsaufkommen verfügen, den Nachweis atypischer Umstände wohl nur schwer erbringen. Aus der Nichtbeachtung der §§ 7, 8 UrhWG können die Mitglieder von Verwertungsgesellschaften durchaus auch Ansprüche gegen die Verwertungsgesellschaften herleiten.²² „Soll“ in einer Rechtsvorschrift bedeutet daher für die typischen Fälle ein „muß“.²³

20

Diese Deutung von „Soll-Vorschriften“ findet ihre Grundlage insbesondere auch in der Rechtsprechung: In seinem Urteil vom 2. Dezember 1959 hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden: „Soll-Vorschriften“ sind – solange die Verwaltung nicht besondere Umstände dartun und beweisen kann, die ausnahmsweise ein Abweichen von der Regel zulassen – für die Verwaltung ebenso verbindlich wie Muß-Vorschriften“.²⁴ Für *Karl Larenz* macht es sachlich „keinen Unterschied“, ob der Gesetzgeber „die Formulierung wählt, der Verletzer ‚sei‘ zum Schadensersatz verpflichtet, oder er ‚solle‘ Schadensersatz leisten. Der Sinn ist in beiden Fällen der gleiche: es handelt sich um die Auferlegung (und nicht nur um die Konstatierung) eines Gebotes, einer Pflicht“.²⁵

21

Nach Auffassung der Bundesregierung, vertreten durch die frühere Bundesjustizministerin Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, ist der „**10 %-Abzug**“ für kulturelle und so-

22

21 Vgl. Fromm/Nordemann-Nordemann, §§ 7, 8 WahrnG Rn. 1; Schricker-Reinbothe, § 8 UrhWG Rn. 2; Hauptmann, Die Vergesellschaftung des Urheberrechts, S. 71.

22 A. A. Fromm/Nordemann-Nordemann, §§ 7, 8 WahrnG Rn. 1.

23 Vgl. *Wolff/Bachoff/Stober*, Verwaltungsrecht I, § 31 Rn. 34; *Mauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7, Rn. 11; *Ossenbühl*, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 10 Rn 13; *Eyermann/Rennert*, VwGO, § 114 Rn 14f.; *Kopp/Schenke*, VwGO, § 114 Rn. 21 f.

24 BVerwG, DVBl. 1960, 252f. Gleichlautend BVerwGE 49, 16, 23; BVerwGE 40, 323, 330; BVerwGE 64, 318, 323.

25 *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 182.

ziale Zwecke ... durch das Urheberrechtswahrnehmungsgesetz ganz eindeutig gedeckt. Mehr als das: er entspricht sozusagen der Wunschvorstellung des Gesetzes. Lediglich bei der Ausgestaltung ihrer kulturellen und sozialen Einrichtungen sind die Verwertungsgesellschaften frei; hier hat der Gesetzgeber, so die Ministerin, bewußt darauf verzichtet, „den in den Entscheidungsorganen der Verwertungsgesellschaften vertretenen Urhebern darüber strikte Vorschriften zu machen“. Dies wäre „aus liberaler Sicht eine Einbuße an Autonomie in der Regelung eigener Angelegenheiten“.²⁶

- 23** Die rechtliche Verortung der GEMA in der Grauzone zwischen Staat und Gesellschaft hat vor dem Hintergrund ihrer faktischen Monopolstellung Auswirkungen für die Erfüllung ihrer Aufgaben: Die Erfüllung sozialer und kultureller Aufgaben, deren finanzielle Grundlage bei der GEMA ein 10%iger Abzug von den Lizenzeinnahmen aus dem Aufführungsrecht ist, steht in engem Zusammenhang mit der verfassungsrechtlichen Verpflichtung des Staates zur Förderung der Kunst,²⁷ die sich natürlich nicht darin erschöpfen kann, daß der Staat nur für akzeptable Zugangsbedingungen zur öffentlichen Kultur sorgt. Sondern diese Verpflichtung besteht auch gegenüber denen, die den Kulturstaat überhaupt erst ermöglichen. Ein unmittelbarer Bezugspunkt zwischen der Staatsaufgabe „Kulturpflege“ und dem verfassungsrechtlichen Sozialauftrag ist die Sorge um die materielle Versorgung und soziale Absicherung der schöpferischen Menschen, der sich auch die GEMA verpflichtet weiß.

2. Angemessene Vergütungen

- 24** Das in Deutschland geltende Prinzip der „kulturspezifischen Ausformung des verfassungsrechtlichen Sozialstaatsprinzips“²⁸ muß sich auch auf die Vergütungen auswirken, die die Urheber für die Nutzung ihrer Werke beanspruchen können, namentlich dort, wo die Vergütungshöhe vom Gesetzgeber selbst festgelegt wird, wie dies bei den Vergütungen für das private Vervielfältigen der Fall ist (vgl. Anlage zu § 54 Abs. 4 UrhG). Sind diese Sätze, was derzeit der Fall ist, zu niedrig,²⁹ dann kommt der Staat hier seinen verfassungsrechtlichen Verpflichtungen nicht mehr nach. Bleibt der Staat weiter säumig, dann ist der Weg der schöpferischen Menschen im Zweifel bis vor das Bundesverfassungsgericht vorgezeichnet.
- 25** Bei den sonstigen Tarifen, die die GEMA für die Nutzung der Werke ihrer Mitglieder aufstellt bzw. mit Nutzervereinigungen oder Rundfunk- und Fernsehveranstaltern aushandelt, wäre ein Eingreifen des Staates bzw. des Gesetzgebers erst dann erforderlich, wenn die „Tarifautonomie“, die in diesem Bereich herrscht, nicht mehr greift und die GEMA auch mit Hilfe der Schiedsstelle beim Deutschen Patent- und Mar-

26 Vgl. Antworten der Ministerin auf Fragen der GEMA, in: GEMA-Nachrichten, Ausgabe 149, Mai 1994, S. 8.

27 Vgl. Isensee/Kirchhof-Steiner, Handbuch des Staatsrechts, Band III, § 86, Rn. 3.

28 Isensee/Kirchhof-Steiner, Handbuch des Staatsrechts, Band III, § 86, Rn. 6.

29 Näher Kreitel/Becker, unten, **Kap. 7 Rn. 28**; Becker, in: VG WORT (Hrsg.) Geist und Recht, S. 33ff. Vgl. dort ebenfalls Melichar, Notwendige Maßnahmen auf dem Gebiet der Reprographieregelung, S. 61 ff.

kenamt oder den Gerichten nicht mehr in der Lage wäre, Tarife für ihre Mitglieder zu angemessenen Bedingungen durchzusetzen. Die Intervention des Staates wäre vor allem deshalb geboten, weil das der Tarifautonomie immanente Instrument des Arbeitskampfes zur Durchsetzung einer (Tarif-) Forderung, für die in der GEMA zusammengeschlossenen schöpferischen Menschen, für die ein gesetzlicher Kontrahierungszwang besteht (§ 11 UrhWG), nicht in Frage kommt.

3. Kontrolle

a) *Die Monopolstellung von Verwertungsgesellschaften*

Das Urheberrecht gewährt dem Urheber das ausschließliche Recht, sein Werk zu nutzen; der Urheber hat also in bezug auf sein Werk eine gesetzlich gewährleistete Monopolstellung. Die Zusammenfassung aller Rechte in der Hand einer Verwertungsgesellschaft wie der GEMA auf musikalischem Gebiet hält der deutsche Gesetzgeber für notwendig. Sie dient gleichermaßen den Interessen der Urheber wie auch den Interessen der Verwerter. Nur auf diese Weise können die Rechte der Urheber wirtschaftlich effizient verwaltet und kann den Verwertern der Erwerb der erforderlichen Rechte erleichtert werden. Deshalb hält der Gesetzgeber die Monopolstellung der GEMA für „**zweckmäßig und wünschenswert**“. Von der bei der Urheberrechtsreform 1965 ursprünglich vorgesehenen gesetzlichen Monopolstellung der Verwertungsgesellschaften wurde Abstand genommen, weil dies im Hinblick auf eine mögliche Beschränkung des Grundrechts der freien Berufswahl (Art. 12 GG) auf verfassungsrechtliche Bedenken stieß. Da derzeit keine Gründe für die Einführung eines gesetzlichen Monopols ersichtlich sind, kann die Frage, ob der Gesetzgeber hier nicht über vorsichtig war, vorerst dahingestellt bleiben. Die Gründung einer Verwertungsgesellschaft als Ausübung eines Berufs gehört jedenfalls nicht zum Alltäglichen.

26

Folgende **Mißbräuche** hält der Gesetzgeber für **möglich**: Die Verwertungsgesellschaft könne dadurch, daß sie einzelnen Urhebern oder Inhabern verwandter Schutzrechte die Wahrnehmung ihrer Rechte verweigert, die Betroffenen wirtschaftlich schwer schädigen, da diese in der Regel zu einer selbständigen Wahrnehmung ihrer Rechte nicht in der Lage sind. Auf der anderen Seite könne die Verwertungsgesellschaft in Ausnutzung ihrer Monopolstellung den Verwertern urheberrechtlich geschützter Werke, also etwa den Musikveranstaltern, den Rundfunkunternehmen etc. für die Einräumung der erforderlichen Rechte unangemessen hohe Vergütungen abfordern oder in sonstiger Weise unbillige Bedingungen stellen. Weitere Gefahren könnten sich aus der Treuhandstellung der Verwertungsgesellschaften ergeben. Die Urheber, die ihre Rechte der Verwertungsgesellschaft zur Wahrnehmung übertragen, vertrauten ihr damit auch den wesentlichen Teil ihres Vermögens an. Es müsse sichergestellt sein, daß dieses Vermögen sachgemäß verwaltet werde und die in Wahrnehmung der anvertrauten Rechte eingezogenen Vergütungen gerecht verteilt würden.³⁰

27

30 Begründung des Regierungsentwurfes zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, in: UFITA Bd. 46 (1966) I, S. 273.

b) *Der Einfluß der Verwaltung durch kartellrechtliche Kontrolle*

- 28** Das juristische Problem der Macht – staatlicher oder wirtschaftlicher – ist neben ihrer Rechtfertigung (Legitimation) das ihrer Mäßigung durch Kontrolle. In der innerstaatlichen Rechtsordnung und darüber hinaus ist **Kontrolle als Substitut für fehlendes Gleichgewicht** (*checks and balances*) zwingend. Besonders erprobt und durch Rechtsprechung konkretisiert ist diese Relation von Kontrollen und Gleichgewichtsdefiziten im Wettbewerbsrecht. Der Sachverhalt ist in Art. 82 des EG-Vertrages einfach und klar formuliert: Eine beherrschende (d.h. eine durch Wettbewerb nicht hinreichend balancierte) „Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben“ ist wettbewerbsrechtlich zwar nicht verboten, aber ihr Mißbrauch zieht Sanktionen nach sich, und der Verhängung solcher Folgen gehen natürlich entsprechende, verfahrensrechtlich normierte Kontrollen voraus. Auch am deutschen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung läßt sich das exemplifizieren (vgl. § 19 GWB – Marktbeherrschende Unternehmen).³¹
- 29** Gleichgewichtsdefizite können und müssen unter gewissen Voraussetzungen durch Kontrollen kompensiert werden, wie das Wettbewerbsrecht lehrt. Die wettbewerbsrechtlichen Regelungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), namentlich das wettbewerbsrechtliche Diskriminierungsverbot (§ 20 GWB) und die Regeln über marktbeherrschende Unternehmen (§ 19 GWB), – die GEMA wurde bereits bei der Schaffung des GWB vom 27. 7. 1957 als typisches marktbeherrschendes Unternehmen angesehen³² – finden deshalb Anwendung auf Verwertungsgesellschaften und zwar im Außenverhältnis zu den Werknutzern und im Innenverhältnis zu den Berechtigten.³³ Darüber hinaus unterliegen Verwertungsgesellschaften noch einer **kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht** nach dem GWB, die das Bundeskartellamt berechtigt, Verwertungsgesellschaften Maßnahmen zu untersagen und Verträge und Beschlüsse für unwirksam zu erklären, die einen Mißbrauch ihrer Stellung im Markt darstellen.³⁴ In der Praxis ist die kartellrechtliche Aufsicht jedoch bislang eher bedeutungslos geblieben.³⁵ Neben der Aufsicht durch das Bundeskartellamt in Berlin unterliegen Verwertungsgesellschaften in Deutschland einer konkurrierenden, parallelen Aufsicht durch das **Deutsche Patent- und Markenamt** in München. Das Nebeneinander beider Aufsichtsinstitutionen wurde höchstrichterlich sowohl durch das Berliner Kammergericht, wie auch durch den Bundesgerichtshof bestätigt.³⁶ Ergänzt wird die nationale deutsche Kartellaufsicht durch das Europäische Wettbewerbsrecht. In Betracht kommt die Anwendung des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und abgestimmter Verhaltensweisen in Art. 81 EG und die des Verbots der miß-

31 *Becker*, Gewaltenteilung im Gruppenstaat, S. 250f.

32 Vgl. *Löhr*, Die Aufsicht über Verwertungsgesellschaften, S. 16.

33 Vgl. *Stockmann*, in: Die Verwertungsgesellschaften im Europäischen Binnenmarkt, S. 29, 31.

34 S. ausführlich *Menzel*, Die Aufsicht über die GEMA durch das Deutsche Patentamt, S. 90 ff.

35 Vgl. *Immenga/Mestmäcker-Möschel*, § 30 GWB, Rn. 9.

36 Ausführlich *Stockmann*, in: Die Verwertungsgesellschaften im Europäischen Binnenmarkt, S. 33ff.

bräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung im Gemeinsamen Markt in Art. 82 EG. „Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs verfügen Verwertungsgesellschaften über eine beherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes für die Wahrnehmung der zu ihrem Tätigkeitsbereich gehörenden Nutzungsrechte, wenn sie ihre Dienstleistungen im Gebiet eines Mitgliedstaates als einziges Unternehmen anbieten.“ Für urheberrechtliche Verwertungsgesellschaften enthält der EG-Vertrag keine Sonderregelung. „Daraus folgt, daß Aufsichtsmaßnahmen des Patentamts nach § 18 UrhWG, angenommene Einigungsvorschläge der Schiedsstelle nach den §§ 14,15 UrhWG und selbst gerichtliche Entscheidungen über die Angemessenheit von Tarifen und Gesamtverträgen nach § 16 UrhWG der Beurteilung nach den (EG-) Wettbewerbsregeln unterliegen. Diese Vorschriften gelten ebenso wie das nationale Kartellrecht neben dem Gemeinschaftsrecht. Führt die Anwendung dieser Vorschriften im Einzelfall zu Konflikten, so daß die Gebote des Gemeinschaftsrechts nicht befolgt werden können, ohne gegen die des nationalen Rechts zu verstoßen, so kommt dem Gemeinschaftsrecht Vorrang zu“.³⁷

Das europäische Recht (Art. 82 Satz 2 EG) verfügt ebenso wie das deutsche Recht (§ 22 GWB) über das notwendige Instrumentarium, die Höhe von Urhebervergütungen, d.h. Tarife von Verwertungsgesellschaften, unter dem Gesichtspunkt des Mißbrauchs einer beherrschenden Stellung zu überprüfen. Der Europäische Gerichtshof hat von der Möglichkeit zur Überprüfung der Höhe von Tarifen einer Verwertungsgesellschaft im Rahmen des langjährigen Tarifstreits der französischen Verwertungsgesellschaft SACEM mit den Diskotheken in Frankreich Gebrauch gemacht und es als Indiz für den Mißbrauch einer beherrschenden Stellung angesehen, wenn eine Verwertungsgesellschaft für die von ihr erbrachten Leistungen Tarife anwendet, „die bei einer auf der gleichen Grundlage erfolgten Gegenüberstellung merklich höher sind als die in den anderen Mitgliedstaaten praktizierten Tarife“.³⁸

30

Die Konsequenz dieses Urteilspruchs des EuGH kann nur eine europäische Tarifharmonisierung sein – gem. dem europarechtlichen Harmonisierungsprinzip natürlich auf hohem Niveau –, die sich jedoch nur durch eine enge Zusammenarbeit der europäischen Verwertungsgesellschaften auch auf dem Gebiet der Tarifgestaltung realisieren läßt, was u. U. wiederum auf Bedenken der europäischen Wettbewerbs- hüter in der Generaldirektion Wettbewerb der Kommission stößt.

31

Daran wird deutlich, daß die Anwendung der reinen Lehre des Wettbewerbsrechts auf Verwertungsgesellschaften dem Sinn und Zweck von Verwertungsgesellschaften nur schwer gerecht werden kann. Aus solchen und ähnlichen Überlegungen hat bereits in den siebziger Jahren *Adolf Dietz* den Schluß gezogen, „daß es besser ist, auf dem Weg über eine besondere Regelung des Rechts der Verwertungsgesellschaften gewissen Gefahren aus deren Rechtsstellung gegenüber den Urhebern einerseits und gegenüber den Werknutzern andererseits zu begegnen, als diese Gefahren auf dem für

32

37 Vgl. *Mestmäcker*, FS Rittner, S. 291 f.

38 EuGH v. 13. 07. 1989 – Rs. 395/87 – *Tournier*, Slg. 1989, I-2521, Rn. 38; EuGH v. 13. 07. 1989 – vb. Rs. 110/88, 241/88 und 242/88 – *Lucazeau/SACEM*, Slg. 1989, I-2811, Rn. 25.

diese Zusammenschlüsse nur schwer tauglichen Weg des Wettbewerbs- und Kartellrechts zu bekämpfen“.³⁹

- 33** Ohne Änderung der geltenden nationalen und europäischen kartellrechtlichen Normen läßt sich dies jedoch kaum praktizieren. Ein Ausgleich zwischen den besonderen Bedürfnissen von Verwertungsgesellschaften und den strengen Regeln des Kartellrechts könnte jedoch in der Zwischenzeit über den durch den Vertrag von Maastricht neu in das Gemeinschaftsrecht aufgenommenen „Kultur-Artikel“ (Art. 151 EG) gefunden werden, der die Kommission verpflichtet, „den kulturellen Aspekten bei ihrer Tätigkeit aufgrund anderer Bestimmungen dieses Vertrages“, d.h. auch den Bestimmungen des Kartellrechts, Rechnung zu tragen.
- 34** Ein mißbräuchliches (Tarif-) Verhalten, das gem. § 22 Abs. 5 GWB ein Einschreiten des Bundeskartellamts erforderlich gemacht hätte, ist im Bereich der GEMA bisher noch nicht aktuell geworden. In diesem Bereich der Verwaltung gilt demzufolge der Grundsatz: Prävention geht vor Sanktion.
- 35** Wettbewerbsrechtliche Aufsicht und Preisaufsicht dienen der Sicherung grundlegender Verhaltensanforderungen im Wettbewerb und in der Vertragsgestaltung. Wirtschaftsaufsicht nach dem Kartellgesetz schützt die Wettbewerbsordnung und den marktwirtschaftlichen Wettbewerb.⁴⁰ Bei der Auslegung der Wettbewerbsregeln, ob nationale oder europäische, muß den wirtschaftlichen und rechtlichen Besonderheiten Rechnung getragen werden, die für die kollektive Wahrnehmung von Urheberrechten durch Verwertungsgesellschaften gelten.
- 36** Rechtsdogmatisch gehört die Kartellaufsicht zur „Wirtschaftseingriffsverwaltung“.⁴¹ Sie ist Teil der öffentlichen Verwaltung und bedient sich bei ihren Entscheidungen des Verwaltungsakts, dem klassischen Instrument des Verwaltungsrechts, der gerichtlich angefochten werden kann (§ 63 GWB). Eine Besonderheit dabei ist, daß hierfür nicht die Verwaltungsgerichte zuständig sind, sondern es eine besondere zivilrechtliche Verweisung zum Berliner Kammergericht und danach zum BGH gibt.
- 37** In einem Rechts- und Sozialstaat gibt es per definitionem keine Ausübung von Macht, gleichgültig ob wirtschaftliche oder staatliche, die nicht institutionell und verfahrensrechtlich durch staatliche Rechtssetzung reglementiert und durch staatliche Organe kontrolliert wäre, die nicht wenigstens marginal in das Staatsganze integriert und dem Ganzen verpflichtet wäre. Dafür gibt es ein historisch erprobtes, einfaches und unverzichtbares Prinzip: Je stärker die Macht, umso intensiver die Integration in das Staatsganze und umso gewichtiger die Kontrollen. Wegen ihrer wirtschaftlichen und kulturellen Bedeutung, aber auch wegen ihrer Staatsnähe gilt dies auch für Verwertungsgesellschaften.

39 Dietz, Das Urheberrecht in der Europäischen Gemeinschaft, (Fn. 6), Rn. 571.

40 Vgl. Münch/Schmidt-Aßmann- Badura, Besonderes Verwaltungsrecht, S. 224.

41 Vgl. Immenga/Mestmäcker- Klaue, § 48 GWB, Rn. 3.

c) *Ergänzende Kontrollinstrumente*

Angesichts der Monopolstellung von Verwertungsgesellschaften und ihrer spezifischen Tätigkeit, die in Deutschland bis zur Gründung der VG WORT 1958 allein durch die GEMA bestimmt war, galt das Kartellrecht als nicht ausreichend, um Verwertungsgesellschaften in das Staatsganze zu integrieren und hinreichend zu kontrollieren. **38**

Der deutsche Gesetzgeber hat deshalb bei der großen Urheberrechtsreform 1965 die deutschen Verwertungsgesellschaften durch Erlass des UrhWG einer zusätzlichen **besonderen staatlichen Aufsicht** durch das Deutsche Patentamt (jetzt: Deutsches Patent- und Markenamt) unterstellt und ihre Rechte und Pflichten gesetzlich definiert und abgegrenzt. Die gesetzliche Fixierung dient der Rechtssicherheit. Sie hat außerdem das Gesamtsystem der Urheberrechtsordnung im Dietz'schen Sinne vervollständigt. **39**

Ergänzt wird die besondere Art der Aufsicht durch die Vereinsaufsicht des Bürgerlichen Gesetzbuches (§ 22, § 33 Abs. 2, § 43 BGB), der die vereinsrechtlich organisierten Verwertungsgesellschaften (GEMA, VG WORT, VG BILD-KUNST und VG MUSIKEDITION) unterliegen und durch die Aufsicht nach dem Gesellschaftsrecht, soweit Verwaltungsgesellschaften als Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH) organisiert sind (GVL sowie die Filmverwertungsgesellschaften). **40**

Es ist jedoch von grundsätzlicher Bedeutung, daß sich die GEMA durch eine Vereinbarung mit dem Bundesministerium der Justiz schon 1952 **freiwillig einer staatlichen Aufsicht unterworfen** hatte, welche vom Deutschen Patentamt wahrgenommen wurde. Es ist verständlich und legitim, daß der Gesetzgeber angesichts sich neu bildender Verwertungsgesellschaften die Kontrolle auf eine gesicherte rechtliche Basis stellen wollte, und es lag nahe, die bereits funktionierende freiwillige Aufsicht über die GEMA, die ihre Bewährungsprobe bereits bestanden hatte, zum Vorbild für die allgemeine staatliche Aufsicht über die deutschen Verwertungsgesellschaften durch das Deutsche Patentamt zu wählen. **41**

Die Unterstellung unter eine freiwillige Kontrolle hat dazu beigetragen, der GEMA, die durch das Urheberrecht und das in ihren Gremien praktizierte Demokratieprinzip bereits hinreichend legitimiert ist, auf eine weitere gesicherte Legitimationsgrundlage zu stellen und ihr Ansehen bei Komponisten, Textdichtern und Verlegern, bei den Musiknutzern sowie in der Öffentlichkeit zu stärken. **42**

d) *Das Charakteristische der Kontrolle über Verwertungsgesellschaften in Deutschland*

Die Kontrolle über Verwertungsgesellschaften in Deutschland ist umfangreich, engmaschig und effizient. Nur wenige Institutionen in Deutschland, ob staatliche oder private, ob Monopolbetriebe oder solche, die dem Wettbewerb ausgesetzt sind, sind mit einem so dichten Kontrollnetz überzogen. Obwohl die Verwertungsgesellschaften dadurch „ungünstiger als andere Unternehmen“⁴² gestellt werden, empfinden sie **43**

42 Hubmann, Urheber- und Verlagsrecht, S. 72.

selbst dieses Kontrollsystem weniger als Behinderung, denn als wichtige Säule ihrer Legitimation. Es gibt nur wenige andere gesellschaftliche oder staatliche Institutionen, die wie Verwertungsgesellschaften ihren Legitimationsbeweis stets von neuem erbringen müssen, weil der Schutz des geistigen Eigentums und die Durchsetzung der Rechte der schöpferischen Menschen in breiten Kreisen der Bevölkerung und sogar bei Politikern wenig populär ist und zum Teil auf völliges Unverständnis stößt.

- 44** Charakteristisch für die Kontrolle über Verwertungsgesellschaften in Deutschland ist der **maßvolle Einfluß der öffentlichen Verwaltung** – d.h. durch Kartellamt und Deutsches Patent- und Markenamt – bei ihrer Überwachungstätigkeit sowie der lückenlose Rechtsschutz gegen die gesamte Breite der Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften. So ist das Beziehungsgeflecht der Verwertungsgesellschaften zu ihren Mitgliedern und zu den Verwertern, aber auch das Netzwerk der Verwertungsgesellschaften (auf dem Gebiet der Musik) innerhalb der Europäischen Union geprägt durch (wenige) Verwaltungsentscheidungen sowie durch eine Fülle von Urteilen von Instanzgerichten sowie durch höchstrichterliche Rechtsprechung. Ein mißbräuchliches Verhalten von Verwertungsgesellschaften gegenüber Berechtigten durch unangemessene Mitgliedsvoraussetzungen oder gegenüber Verwertern durch überhöhte Tarife ist damit nahezu ausgeschlossen. Bei Streit hierüber ist das bestehende Kontrollsystem geeignet, auf schnelle Weise den Rechtsfrieden wieder herzustellen.

III. Schluß

- 45** Der Anteil des Staatlichen oder des Privaten an Verwertungsgesellschaften kann und muß nicht exakt quantifiziert zu werden. Der empirische Befund sollte die These belegen, daß Verwertungsgesellschaften bei all ihren Tätigkeiten sowohl private wie auch öffentliche Aufgaben erfüllen und deshalb auch der staatlichen Fürsorge unterliegen. Ihre Legitimation wird gestärkt durch das engmaschige Netz ineinander greifender und sich gegenseitig ergänzender Kontrollen, auf die die GEMA nicht nur nach Beanstandungen reagiert, sondern die der GEMA ihre Verantwortlichkeit⁴³ gegenüber ihren Mitgliedern, gegenüber Nutzern und gegenüber der Gesellschaft stets ins Bewußtsein rückt. So bildet jedenfalls auch die GEMA ein anschauliches Beispiel dafür, wie verwoben in Deutschland Staat und Gesellschaft sind.

43 Dazu *Schuppert*, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbständigte Verwaltungseinheiten, S. 92.

Kapitel 5

Die Verwaltung von Urheberrechten im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts*

Inhaltsübersicht	Rn.
I. Einleitung	1–8
II. Grundlagen	9–19
III. Neuere Entwicklungen	20–72
1. Der Fall IMS Health	22–39
2. Fragen der kollektiven Rechtswahrnehmung	40–72
a) Tendenzen der Kommissionspolitik	41–44
b) Das Wood-Papier	45–47
c) Die Mitteilung „Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten im Binnenmarkt“	48
d) Die Bewertung des geistigen Eigentums im Lichte des Art. 151 EG	49–51
e) Verwertungsgesellschaften als verfahrensmäßige Sicherung des Urheberrechts	52–56
f) Die Bewertung der Gegenseitigkeitsverträge	57–60
g) Digital Rights Management (DRM)	61–66
h) Gebot eines widerspruchsfreien Bewertungskonzepts	67–68
i) Die Kompetenz der Gemeinschaft	69–72
IV. Eckpunkte für die künftige Einordnung des Urheberrechts in das Wettbewerbsrecht	73–85
1. Der grundrechtliche Schutz des geistigen Eigentums	74–75
2. Geistiges Eigentum in der Rechtsprechung von EuG und EuGH	76–80
3. Resümee	81–85
V. Argumente für einen besonderen Schutz des Urheberrechts im europäischen Wettbewerbsrecht	86–100

I. Einleitung

Geistiges Eigentum und das **europäische Wettbewerbsrecht** stehen nicht beziehungslos nebeneinander. Vielmehr berühren sie sich und können sogar miteinander in Konflikt geraten. Mögliche Konflikte betreffen nicht nur das materielle Recht, sondern in gleichem Maße auch die Verwaltung der Urheberrechte. Dies illustrieren aus der jünger-

* Die Abhandlung geht in ihren Grundlinien auf einen Beitrag des Verfassers in der ZUM 2003, 15ff. zurück. Sie ist für die Zwecke dieser Veröffentlichung erweitert und aktualisiert worden.

sten Rechtsprechungspraxis etwa der Fall *IMS Health*¹ oder auf rechtspolitischer Ebene die Harmonisierungsbestrebungen der Kommission im Hinblick auf die kollektive Wahrnehmung von Urheberrechten.²

- 2 Der Grund, warum es überhaupt zu diesem **Konflikt** des geistigen Eigentums mit den Geboten des europäischen Wirtschafts- und Wettbewerbsrechts kommen kann, wurde sehr treffend von Generalanwalt *Ruiz-Jarabo Colomer* in seinen Schlußanträgen vor dem EuGH in dem Verfahren um die Schutzdauer für *Puccinis* meisterliche Oper „La Bohème“ in Erinnerung gerufen. Der mögliche Konflikt oder jedenfalls Abgrenzungsschwierigkeiten entstehen aus der „gemischt persönlichkeitsrechtlichen und vermögensrechtlichen Natur“ des Urheberrechts³, vom Generalanwalt plakativ mit den Stichworten „Ruhm und Geld“ apostrophiert.⁴
- 3 Die **ökonomische Seite des Urheberrechts** hat den Gerichtshof veranlaßt, dieses Recht nicht grundsätzlich von den Regeln des EG-Vertrages über den Binnenmarkt, die grenzüberschreitenden Grundfreiheiten sowie den gemeinschaftsweiten Wettbewerb auszunehmen.
- 4 Im Hinblick auf mein engeres Thema – Urheberrechte und deren Verwaltung im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts – wird ein **Spannungsverhältnis zwischen dem Schutz des geistigen Eigentums und dem Wettbewerbsrecht** sichtbar: Einerseits begründet das Urheberrecht ein Ausschließlichkeits- bzw. Monopolrecht und auf diese Weise auch ein Recht zur Beschränkung des Wettbewerbs; andererseits schafft es selbst als Prämie oder Belohnung auf Zeit wiederum einen wesentlichen Anreiz für Innovationen und Investitionen und damit eine maßgebliche Voraussetzung für die Entstehung von Markt- und Wettbewerbsverhältnissen überhaupt.⁵
- 5 Das Spannungsverhältnis kommt nicht nur in den unterschiedlichen Schutzrichtungen des Urheber- und Wettbewerbsrechts zum Ausdruck, sondern auch in den **unterschiedlichen Kompetenzzuweisungen** im Rahmen des Gemeinschaftssystems. Während der Schutz der Urheberrechte den Mitgliedstaaten obliegt – nach Art. 295 EG läßt der EG-Vertrag die Eigentumsordnung in den Mitgliedstaaten und damit auch deren Verantwortung für den Schutz des geistigen Eigentums unberührt⁶ –, ist die Gemein-

1 EuGH v. 29.4.2004 – Rs. C-418/01 *IMS Health*, Slg. 2004, I-5039. Zu Entwicklung und „Vorgeschichte“ des Falls s. *Käller*, Die Verweigerung einer immaterialgüterrechtlich geschützten Leistung und das Mißbrauchsverbot des Art. 82 EG, S. 69ff.

2 So hat die Kommission am 16.4.2004 eine Mitteilung über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten im Binnenmarkt herausgegeben, KOM(2004) 261 endg. Darauf wird später noch zurückzukommen sein.

3 Zu Begriff und Bedeutung des Urheberrechts in Geschichte und Gegenwart vgl. *Rehbinder*, Urheberrecht, bes. §§ 1, 3, 8 und 9 sowie *Reinbothe*, ZEuS 2004, 367, 370ff. Zum Wesen des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte siehe ebenfalls *Schricker-Schricker*, Einl. Rn. 1ff.

4 Schlußanträge des GA *Ruiz-Jarabo Colomer* vom 28.2.2002 – Rs. C-360/00, *Hessen./G. Ricciardi*, Rn. 33 (unter Verweis auf *de Gaulle* u. a., *Droit d’auteur et droits voisins*, S. 35ff.).

5 Siehe dazu ausführlich auch unter ökonomischen Gesichtspunkten *Mestmäcker*, FS Immenga, S. 261, 263ff.; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 28 Rn. 1ff.

6 Dazu *Schwarze*, in: *Regulierung im Bereich von Medien und Kultur*, S. 81f.

schaft dafür zuständig, daß der Wettbewerb auf dem europäischen Binnenmarkt vor Verfälschungen bewahrt wird.⁷ Dies bedeutet freilich nicht, daß auf dem Feld des materiellen Urheberrechts rein nationales Recht dominierte. Vielmehr hat auf diesem Gebiet eine weitgehende Rechtsangleichung mit Hilfe gemeinschaftsrechtlicher Richtlinien stattgefunden.⁸ Demgegenüber ist das (Urheber-)Wahrnehmungsrecht, d.h. das Recht der Verwertungsgesellschaften⁹, als solches bislang nicht angeglichen.¹⁰ Die letztgenannte Thematik ist jedoch spätestens seit der Mitteilung der Kommission zur Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten im Binnenmarkt¹¹ Gegenstand einer breiten Diskussion.¹²

Zum **ökonomischen Hintergrund** der juristischen Abgrenzung von Urheberrecht und Wettbewerbsrecht hat die Kommission jüngst in ihrer Mitteilung über die Wahrnehmung von Urheberrechten Angaben für den europäischen Binnenmarkt gemacht: So liegt der Anteil der Urheberrechtsbranchen am Bruttoinlandsprodukt der EU bei mehr als 5%.¹³ Zum Vergleich mit den USA hat der frühere Generaldirektor der Generaldirektion Binnenmarkt der EU-Kommission, *Mogg*, auf der vorletzten der alle zwei Jahre stattfindenden European Copyright Konferenzen in Santiago de Compostela vom 16. bis 18. Juni 2002 auf die von der amerikanischen Regierung vorgelegten Zahlen verwiesen, wonach in den USA 5% des Bruttosozialprodukts auf Urheberrechte zurückgehen und die Wachstumsrate der „copyright industries“ gegenwärtig doppelt so hoch wie für alle übrigen Industriezweige sei.¹⁴

Generaldirektor *Mogg* hat in seinem Vortrag neben der wirtschaftlichen Bedeutung einen weiteren Grund genannt, warum das Thema des Schutzes der Urheberrechte im europäischen Wettbewerbsrecht heute besondere Beachtung verdient. Während traditionell das Recht des Urheberschutzes mit dem Wettbewerbsrecht in **Koexistenz** gelebt habe und die Grenzziehung zwischen beiden Rechtsordnungen allgemein anerkannt – „well-established“ – sei, „is this co-existence“ – so *Mogg* – „now being questioned by some“. Diese Infragestellung erfolge insbesondere unter dem Blickwinkel des wett-

7 Vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. g EG.

8 Eine Übersicht dazu bei *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 133ff.; *Walter-Walter*, Europäisches Urheberrecht, S. 1115ff.; *Schricker-Schricker*, Einl. Rn. 47; *Riesenhuber/v. Vogel*, EuZW 2004, 519; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 27 Rn. 8 (insb. Fn. 17); zur Harmonisierung des Urheberrechts siehe auch *Schippa*, Die Harmonisierung des Urheberrechts im Zeitalter von Internet und digitaler Technologie.

9 Zu den Verwertungsgesellschaften vgl. etwa *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 1153ff.; *Rehbinder*, Urheberrecht, §§ 64f.; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 30 Rn. 1ff.

10 *Walter-Walter*, Europäisches Urheberrecht, S. 1165.

11 KOM(2004) 261 endg. (im folgenden: „Mitteilung der Kommission über die Wahrnehmung von Urheberrechten“).

12 Siehe etwa *Riesenhuber/v. Vogel*, EuZW 2004, 519ff.; *Mestmäcker*, WuW 2004, 754ff.; *Reinbothe*, ZEuS 2004, 367, 375ff.; *Ungerer*, Vortrag auf der Tagung der „Independent Music Companies Association (IMPALA)“; *ders.*, Vortrag beim „Regulatory Forum European Cable Communication Association (ECCA)“.

13 KOM(2004) 261 endg., S. 6.

14 *Mogg*, Eröffnungsrede der Konferenz „European Copyright Revisited“.

bewerbsrechtlichen Verbots des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 82 EG). Auf diese Weise sei das Urheberrecht in die Defensive geraten.¹⁵ Zu den von *Mogg* nicht näher spezifizierten „some“, die das Urheberrecht einer verschärften Prüfung am Maßstab des europäischen Wettbewerbsrechts unterwerfen wollen, gehören durchaus auch eigene Kollegen aus der EU-Kommission, nämlich solche aus der Generaldirektion IV für Wettbewerb.

- 8 Auf diese **neuen Herausforderungen für das Urheberrecht** durch die Praxis der EU-Kommission wie die sie begleitenden konzeptionellen Äußerungen soll im Folgenden schwerpunktmäßig eingegangen werden. Da die Kommission ihre Versuche zu einer neuen Standortbestimmung des Urheberrechts im Wettbewerbsrecht in gleicher Weise für den materiellen Urheberrechtsschutz wie für die Wahrnehmung der Urheberrechte seitens der Verwertungsgesellschaften unternimmt, werde ich vor allem auf letztere Problematik – in meinem Thema bezeichnet als „Verwaltung“ der Urheberrechte – eingehen.

II. Grundlagen

- 9 Bevor ich mich allerdings näher mit der Änderung der Haltung der Kommission beim Schutz der Urheberrechte im europäischen Wettbewerbsrecht befasse, möchte ich mit wenigen Worten die **normativen Grundlagen des EG-Wettbewerbsrechts und die Grundsätze der Rechtsprechung** in Erinnerung rufen, die sich, wie erwähnt, als Zustand der „Koexistenz“¹⁶ von Urheberrecht und Wettbewerbsrecht beschreiben lassen.¹⁷
- 10 Während **Art. 81 EG** bekanntlich ein Verbot der Kartellabsprachen mit grenzüberschreitender Wirkung statuiert, verbietet **Art. 82 EG** die einseitige mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung im Gemeinsamen Markt. Diese beiden grundlegenden Vorschriften des europäischen Wettbewerbsrechts haben den Gerichtshof verschiedentlich auch in bezug auf urheberrechtliche Positionen und die zum Schutze des Urheberrechts berufenen Verwertungsgesellschaften beschäftigt. In der Mehrzahl der Fälle bildete Art. 82 EG den entscheidenden rechtlichen Maßstab.

15 „Copyright is seen by many as being on the defensive. There is an increasing tendency on the part of regulators in other fields, particularly those of competition law and new media technology, to raise questions on the role of copyright.“ „Copyright grants undeniably a monopoly right. Traditionally, competition law has co-existed with intellectual property law: the boundaries of the relationship have been well established. But this co-existence is now being questioned by some.“ *Mogg*, Eröffnungsrede der Konferenz „European Copyright Revisited“.

16 Vgl. *Mogg*, Eröffnungsrede der Konferenz „European Copyright Revisited“.

17 Zum Verhältnis von Urheberrechten und Wettbewerbsrecht allgemein *Mestmäcker*, FS Immenga, S. 261, 266 ff.; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 28 Rn. 1 ff. Siehe zum Verhältnis von Urheberrechten und europäischem Wettbewerbsrecht z.B. *Lane*, EC Competition Law, S. 317 ff.; *Jones/Sufrin*, EC Competition Law, S. 400 ff.

Im Hinblick auf Art. 81 EG hat der Gerichtshof zunächst festgestellt, daß das Gebrauchmachen von einer durch das Urheberrecht verliehenen Rechtsposition das Kartellverbot grundsätzlich nicht verletze, es sei denn, es lägen besondere wirtschaftliche oder rechtliche Begleitumstände vor, die eine spürbare Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs im Hinblick auf die Besonderheiten des jeweiligen Marktes bezwecken oder bewirken.¹⁸ **11**

In bezug auf die **Wahrnehmung der Urheberrechte** hat der EuGH sodann anerkannt, daß die auf gegenseitige Vertretung gerichteten Verträge zwischen den nationalen Verwertungsgesellschaften der einzelnen Mitgliedstaaten „Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen sind, die für sich allein den Wettbewerb nicht in einer Weise beschränken, die sie unter das Verbot von Artikel 81 Abs. 1 EG-Vertrag fallen ließen“.¹⁹ **12**

Auf die **spezifischen Bedürfnisse der Verwertungsgesellschaften** ist der EuGH eingegangen, als er ihre Aufgabe und die sich daraus ergebenden praktischen Konsequenzen wie folgt gekennzeichnet hat: **13**

„Bei dem fraglichen Unternehmen [handelt es sich] um eine Vereinigung mit dem Zweck ..., die Rechte und Interessen ihrer Mitglieder vor allem gegenüber bedeutenden Musikverbrauchern und -verteilern, wie den Rundfunkanstalten und Schallplattenherstellern, zu wahren. Um diese Rechte und Interessen wirkungsvoll wahrnehmen zu können, muß die Vereinigung über eine Stellung verfügen, die voraussetzt, daß die der Vereinigung angeschlossenen Urheber ihre Rechte an sie abtreten, soweit das notwendig ist, um ihrer Tätigkeit das erforderliche Volumen und Gewicht zu verleihen.“²⁰

Die Rechtsprechung des Gerichtshofes nimmt hier zu Recht die Besonderheiten in den Blick, die das Urheberrecht im Vergleich zu anderen subjektiven Rechten kennzeichnen. Das Urheberrecht kann von dem einzelnen Rechtsinhaber allein meist schwerlich effektiv wahrgenommen werden, sondern dieser ist zur wirkungsvollen Ausübung seines Rechts auf einen kollektiven Schutz angewiesen, den die Verwertungsgesellschaften bieten. **14**

Allerdings hat der EuGH den Verwertungsgesellschaften auch **keine Vorzugsstellung gemäß Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG** zuerkannt, wonach u.a. „Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind,“ von den Vorschriften des Vertrages, insbesondere den Wettbewerbsregeln, insofern befreit sind, als die Anwendung dieser Vorschriften „die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert“. Denn der Staat habe die Verwertungsgesellschaften nicht mit einer besonderen öffentlichen Aufgabe betraut.²¹ **15**

18 EuGH v. 6.10.1982 – Rs. 262/81 *Coditel/I. Cine-Vog Films*, Slg. 1982, 3381 Rn. 9ff., insb. Rn. 20 (Coditel II).

19 EuGH v. 13. 7. 1989 – Rs. 395/87 *Tournier*, Slg. 1989, 2565 Rn. 20.

20 EuGH v. 21. 3. 1974 – Rs. 127/73 *SABAM*, Slg. 1974, 313 Rn. 9, 11.

21 Zu den Aufgaben der Verwertungsgesellschaften siehe *Becker*, FS Kreile, S. 27ff.; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 30 Rn. 6ff.

mehr nähmen sie Privatinteressen wahr, „auch wenn es sich dabei um gesetzlich geschützte geistige Eigentumsrechte handelt.“²² Auf ähnlicher Linie liegt die Rechtsprechung des EuGH zu **Art. 82 EG**.²³ Auch diese Vorschrift wird nur ausnahmsweise in bezug auf die Ausübung des Urheberrechts und für die Wahrnehmung der Urheberrechte durch die Verwertungsgesellschaften angewendet.

- 16** In der trotz ihrer relativ beschränkten Sachaussage wohl mit am häufigsten kommentierten Entscheidung *Magill*²⁴ hatte der EuGH die **Vorenthaltung von Programminformationen** seitens der irischen Fernsehsender, die jeweils für ihr eigenes Programm einen Programmführer veröffentlichten, gegenüber dem Verlag *Magill*, der einen seinerzeit nicht existierenden umfassenden wöchentlichen Fernsehprogrammführer herausgeben wollte, als mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung gewertet. Der Gerichtshof hatte im konkreten Fall „außergewöhnliche Umstände“ angenommen, die eine Einschränkung des nach irischem Recht an den Programminformationen bestehenden Urheberrechts rechtfertigten.

- 17** So formuliert der EuGH in *Magill* wie folgt:

„Zwar trifft es zu, daß sich die Voraussetzungen und die Modalitäten des Schutzes eines Immaterialgüterrechts (...) nach nationalem Recht bestimmen und daß das ausschließliche Recht der Vervielfältigung zu den Vorrechten des Urhebers gehört, so daß die Verweigerung einer Lizenz als solche keinen Mißbrauch einer beherrschenden Stellung darstellen kann. (...) Die Ausübung des ausschließlichen Rechts durch den Inhaber kann jedoch (...) unter außergewöhnlichen Umständen ein mißbräuchliches Verhalten darstellen.“²⁵

- 18** Diese Rechtsprechung nimmt insofern auf das Urheberrecht Rücksicht, als sie den bloßen Gebrauch dieses Rechts grundsätzlich als wettbewerbsrechtskonform einstuft. Andernfalls würde sie das Urheberrecht nämlich um seine Essenz und seinen wirtschaftlichen Wert bringen. Denn was nützte eine vom Recht anerkannte und garantierte exklusive Position, wenn von ihr gerade aus Gründen des Konkurrenzschutzes kein Gebrauch gemacht werden dürfte?
- 19** Es ist deshalb nur folgerichtig, wenn die Rechtsprechung allein bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände eine **Einschränkung des Urheberrechts** aus wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten in Erwägung zieht. Inzwischen hat der EuGH die Anforde-

22 Vgl. EuGH v. 27.3.1974 – Rs. 127/73 *SABAM*, Slg. 1974, 313 Rn. 23; dazu insbesondere *Mestmäcker*, in: Geistiges Eigentum und Kultur im Spannungsfeld von nationaler Regelungskompetenz und europäischem Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht; siehe auch *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 30 Rn. 6.

23 Übersicht über die Rechtsprechung zu Art. 82 EG in bezug auf „intellectual property rights“ bei *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 28 Rn. 122ff.; *Vogelaar*, *The European Competition Rules*, S. 119ff.; *Coates/Finnegan* in: Faull/Nikpay (Hrsg.), *The EC Law of Competition*, Kapitel 8 Rn. 204ff.

24 Siehe zu „Magill“ etwa *Jones/Sufrin*, *EC Competition Law*, S. 405ff.; *Pilny*, GRUR Int. 1995, 954ff.; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 28 Rn. 123ff.

25 EuGH v. 6.4.1995 – verb. Rs. C-241/91 P und C-242/91 P *RTE und ITP* Slg. 1995, I-743 Rn. 49f. (*Magill*).

rungen an die außergewöhnlichen Umstände im Vorabentscheidungsverfahren *IMS Health*²⁶ konkretisiert, dazu sogleich.

III. Neuere Entwicklungen

Die Kommission schickt sich allerdings neustens an, von diesen **Grundsätzen der Koexistenz** und der Rücksichtnahme des Wettbewerbsrechts auf das Urheberrecht praktisch und konzeptionell in gewisser Weise **Abschied zu nehmen**, zumindest die Gewichte im Verhältnis von Wettbewerbsrecht und Urheberrecht neu auszutarieren und zu Lasten des Urheberrechts zu verschieben. Dies gilt sowohl für das materielle Urheberrecht als auch für die Verwaltung seitens der Verwertungsgesellschaften. **20**

Eine Gemeinsamkeit beim strategischen Vorgehen besteht darin, daß die Kommission – jedenfalls ihre Generaldirektion Wettbewerb – zunächst den besonderen **Wert des Urheberrechts** und den Nutzen der Verwaltung durch die Verwertungsgesellschaften herausstellt, beide aber dann im weiteren Verlauf der Argumentation und auch der Verwaltungspraxis **deutlich einschränkt**. **21**

1. Der Fall *IMS Health*

Für die **Einschränkung beim materiellen Urheberrecht** kann hier beispielhaft auf die einstweilige Anordnung verwiesen werden, die die Kommission im Fall *IMS Health* getroffen hatte.²⁷ **22**

In diesem spektakulären Fall²⁸, der in der Öffentlichkeit als Test- bzw. Musterfall bezeichnet worden ist, hatte die Kommission im Wege einer (administrativen) einstweiligen Anordnung am 3. Juli 2001 verfügt, daß *IMS Health*, der Weltmarktführer bei der Sammlung von Daten über Verschreibungen und den Absatz von Arzneimitteln, konkurrierenden Unternehmen Lizenzen für die von ihm entwickelte Struktur „1860 Bausteine“ zu erteilen hat. Mit dieser Struktur wird das Gebiet der Bundesrepublik in **geographische Absatzsegmente**, sog. Bausteine, unterteilt, mit deren Hilfe sich der Bestellverlauf für pharmazeutische Produkte systematisch nachverfolgen läßt. **23**

26 EuGH v. 29. 4. 2004 – Rs. C-418/01 *IMS Health*, Slg. 2004, I-5039.

27 Kommissionsentscheidung, Case COMP D3/38.044 – NDC Health/IMS Health: Interim measures, ABl. Nr. L 59 v. 28. 2. 2002, S. 18. Diese einstweilige Anordnung wurde von der Kommission in der Zwischenzeit mangels Dringlichkeit des Falles aufgehoben, da eine der beiden betroffenen Konkurrentinnen ihre Marktstellung verbessert, die andere ihre Aktivitäten in Deutschland eingestellt hat, Kommissionsentscheidung vom 13. 8. 2003, 2003/741/EG, COMP D3/38.044 – NDC Health/IMS Health: Einstweilige Maßnahme, ABl. Nr. L 268 v. 18. 10. 2003, S. 69.

28 Der gesamte Komplex von Verfahren, die sich in Hauptsache- und einstweiligem Rechtsschutzverfahren zusätzlich entwickelt haben, kann hier verständlicherweise nicht behandelt werden. Siehe dazu den Überblick bei *Käller*, Die Verweigerung einer immaterialgüterrechtlich geschützten Leistung und das Mißbrauchsverbot des Art. 82 EG, S. 69ff.

- 24** Die **EU-Kommission** war in ihrer einstweiligen Anordnung zu dem Ergebnis gelangt, daß die Weigerung von *IMS Health prima facie* einen Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung iSd Art. 82 EG darstelle. Das OLG Frankfurt²⁹ hatte zwei Wochen zuvor gerade gegenteilig entschieden. Es stellte im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes in zweiter Instanz fest, daß der in Frage stehenden Bausteine-Struktur urheberrechtlicher Schutz zukomme.³⁰
- 25** Kurz darauf hat der **Präsident des EuG** die Entscheidung der Kommission im Wege einer einstweiligen Anordnung bis zum Abschluß des Hauptsacheverfahrens ausgesetzt.³¹ Diese Aussetzungsentscheidung ist im Beschwerdeverfahren vom **Präsidenten des EuGH** bestätigt worden.³² Außerdem hat das LG Frankfurt a. M. dem EuGH am 22. Oktober 2001 ein Vorabentscheidungsersuchen unterbreitet, in dem speziell danach gefragt wird, welchen Einfluß es unter EG-Wettbewerbsrecht (Art. 82 EG) habe, wenn ein durch Urheberrecht geschütztes Werk unter einer gewissen Beteiligung einschlägiger industrieller Kreise entwickelt worden ist.³³ Nachdem das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH³⁴ abgeschlossen wurde, ist der Rechtsstreit in der Hauptsache durch das EuG für erledigt erklärt worden, da für *IMS Health* kein Interesse an einer Aufhebung der einstweiligen Anordnung der Kommission mehr bestehe.³⁵
- 26** Der Präsident des EuG hat seine einstweilige Anordnung sehr ausführlich begründet und zu dem Verhältnis von Urheberrecht und Wettbewerbsrecht auch unter prinzipiellen Gesichtspunkten Stellung genommen. Aus diesem Grunde eignet sich, neben der Vorabentscheidung des EuGH, bereits dieser im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes getroffene Beschluß ebenso wie die bestätigende Beschwerdeentscheidung des Präsidenten des EuGH sowohl für eine **grundsätzliche Erörterung des Verhältnisses von Urheberrecht und Wettbewerbsrecht** als auch als Beleg dafür, daß die Kommission in diesem Fall eine Neuorientierung beim Schutz des geistigen Eigen-

29 OLG Frankfurt v. 19. 6. 2001 – 11 U 66/2000; vgl. dazu *Schwarze*, EuZW 2002, 75ff.

30 *IMS Health* handelt nach Auffassung des OLG Frankfurt auch nicht mißbräuchlich im Sinne des Art. 82 EG, wenn es nachahmenden Wettbewerbern gegenüber Unterlassungsansprüche geltend macht. Das OLG Frankfurt hat später mit Urteil vom 17. 9. 2002 (11 U 67/2000) abweichend von früheren Urteilen entschieden, daß *IMS Health* kein urheberrechtlicher Unterlassungsanspruch zustehe, da sie nicht alleinige Inhaberin bzw. Nutzungsberechtigte des Urheberrechts an der Segmentstruktur sei. Allerdings habe sie einen Unterlassungsanspruch aus § 1 UWG (a.F.) gegen die Verwendung der Segmentstruktur durch ihre Konkurrentinnen.

31 Beschluß des Präsidenten des EuG v. 10. 8. 2001 – Rs. T-184/01 R 1 und Beschluß des Präsidenten des EuG v. 26. 10. 2001 – Rs. T-184/01 R 2, *IMS Health*.

32 Beschluß des Präsidenten des EuGH v. 11. 4. 2002 – Rs. C-481/01 P (R), *IMS Health*.

33 Vgl. zur Beteiligung der Industrie an der Entwicklung der „1860 Bausteine-Struktur“ EuGH v. 29. 4. 2004 – Rs. C-418/01 *IMS Health*, Slg. 2004, I-5039 Rn. 28ff. Der EuGH kommt zu dem Ergebnis, daß die Beteiligung der Industrie bei der Beantwortung der Frage, ob sich ein Unternehmen in einer entsprechenden Situation mißbräuchlich im Sinne des Art. 82 EG verhält, zu berücksichtigen ist.

34 EuGH v. 29. 4. 2004 – Rs. C-418/01 *IMS Health*, Slg. 2004, I-5039.

35 Beschluß des EuG v. 10. 3. 2005 – Rs. T-184/01 3, *IMS Health*, noch nicht in Slg.; der Tenor ist veröffentlicht in ABl. Nr. C 155 v. 25. 6. 2005, S. 20f.

tums im Wettbewerbsrecht vorgenommen hat. Dies gilt umso mehr, als sowohl die Kommission in ihrer Entscheidung als auch die beiden Beschlüsse im vorläufigen Rechtsschutzverfahren sich auf die bis dahin maßgeblichen Grundsatzurteile des Gerichtshofs zur Abgrenzung von Urheberrecht und Wettbewerbsrecht bezogen haben.

Worin besteht nun der neue Ansatz der Kommission in ihrer einstweiligen Anordnung? Die Kommission hat in ihrer Entscheidung zwar das Urheberrecht von *IMS Health* an der Segmentstruktur anerkannt, aber im Ergebnis auf einen Anspruch auf Erhalt von Lizenzgebühren reduziert. Sie ist der Auffassung, daß *IMS Health* im konkreten Fall ihre marktbeherrschende Stellung mißbrauche, wenn sie die Erteilung von Lizenzen an ihre Konkurrenten für die Verwendung ihrer Bausteine-Struktur verweigert. **27**

Zur Begründung beruft sich die Kommission³⁶ insbesondere auf die Urteile *Magill*, *Ladbroke* und *Bronner*.³⁷ Im Urteil *Bronner*³⁸ wurden die **Voraussetzungen des Art. 82 EG** weiter konkretisiert und das Urteil *Magill* **restriktiv ausgelegt**. Der Fall selbst beschäftigt sich nach seinem Sachverhalt zwar nicht ausdrücklich mit dem Urheberrecht, er ist aber hier gleichwohl zu nennen, weil zum einen der EuGH in dieser Entscheidung eine eigene nachfolgende, sozusagen authentische Interpretation des Urteils *Magill* vorgenommen hat und zum anderen die Kommission sich im Fall *IMS Health* auf *Bronner*³⁹ berufen hat. In diesem Vorabentscheidungsverfahren ging es darum, ob die Antragstellerin, die *Bronner GmbH & Co KG*, Herausgeberin der österreichischen Tageszeitung „Der Standard“, gestützt auf Art. 82 EG, Zugang zu dem Hauszustellungssystem der Antragsgegnerin, der konkurrierenden *Mediaprint*, beanspruchen konnte. **28**

Die größere *Mediaprint* hatte für ihre Tageszeitungen ein landesweites Hauszustellungssystem geschaffen, das die direkte Auslieferung der Zeitungen an die Abonnenten in den frühen Morgenstunden garantierte. *Bronner* wollte gegen Entgelt ihre Zeitung über dieses Hauszustellungssystem verteilen. Dies lehnte die *Mediaprint* jedoch ab. **29**

Dem Urteil *Bronner* ist eine deutliche **Zurückhaltung** zu entnehmen, was die Annahme einer **Abschlußpflicht** auf Grund von Art. 82 EG betrifft. Zunächst betont das Urteil *Bronner* in seiner Bezugnahme auf den Fall *Magill* den nur sehr eingeschränkten Anwendungsbereich dieser Entscheidung. Der EuGH hebt, wie bereits in *Magill*, hervor, daß die Ausübung eines gewerblichen Schutzrechts als solche keinen Mißbrauch einer beherrschenden Stellung darstellt, sondern sie nur „unter außergewöhnlichen Umständen“ mißbräuchlich sein könne.⁴⁰ **30**

36 Kommissionsentscheidung, Case COMP D3/38.044 – NDC Health/IMS Health: Interim measures, ABl. Nr. L 59 v. 28. 2. 2002, S. 18.

37 EuGH v. 6. 4. 1995 – verb. Rs. C-241/91 P und C-242/91 P *RTE und ITP*, Slg. 1995, I-743 Rn. 49f. (*Magill*); EuG v. 12. 6. 1997 – Rs. T-504/93 *Tiercé Ladbrooke. I. Kommission*, Slg. 1997, II-923; EuGH v. 26. 11. 1998 – Rs. C-7/97 *Bronner. I. Mediaprint*, Slg. 1998, I-7817.

38 EuGH v. 26. 11. 1998 – Rs. C-7/97 *Bronner. I. Mediaprint*, Slg. 1998, I-7817.

39 Siehe zum Fall *Bronner* auch *Jones/Sufrin*, EC Competition Law, S. 412 ff.

40 EuGH v. 26. 11. 1998 – Rs. C-7/97 *Bronner. I. Mediaprint*, Slg. 1998, I-7817 Rn. 39.

- 31** Wie eng der Anwendungsbereich des Art. 82 EG mit der Folge eines Kontrahierungszwanges gezogen wird, ergibt sich daraus, daß der EuGH einen Mißbrauch im Fall *Bronner* nur dann in Betracht zieht, wenn kumulativ **drei Voraussetzungen für die Annahme einer Abschlußpflicht** erfüllt sind:
1. Die Verweigerung der begehrten Leistung muß geeignet sein, jeglichen Wettbewerb auf dem betreffenden Markt durch den diese Leistung begehrenden Konkurrenten auszuschalten,
 2. die Verweigerung darf nicht objektiv zu rechtfertigen sein, und
 3. die verweigerte Leistung muß in dem Sinne unentbehrlich sein, daß sie weder tatsächlich noch – weitergehend sogar – potentiell ersetzbar wäre.⁴¹
- 32** Bei der Beurteilung einer Leistung als unentbehrlich geht der Gerichtshof von einem hohen Standard zumutbarer eigener Anstrengungen aus. So sei der Zugang nicht bereits dann unentbehrlich, wenn die Schaffung eines eigenen Hauszustellungssystems unrentabel sei.⁴²
- 33** Generalanwalt *Jacobs*,⁴³ der den Fall in seinen Schlußanträgen auch im Lichte der so genannten Essential-Facilities-Doktrin⁴⁴ würdigte, hat auf das Bild eines „wagemutigen Unternehmers“ hingewiesen, dessen Maßstäbe für die Frage der Zumutbarkeit des Aufbaus einer Alternativorganisation maßgeblich seien. Er hat die folgende prinzipielle Erwägung hinzugefügt:
- „Würde man dem Vorbringen von Bronner zustimmen, so würde dies dazu führen, daß die Gemeinschafts- und die nationalen Behörden und Gerichte die Gemeinschaftsmärkte umfassend regeln müßten, was in weiten Bereichen der Wirtschaft eine Festsetzung der Lieferpreise und eine Festlegung der Lieferbedingungen mit sich brächte. Ein solches Vorgehen wäre nicht nur undurchführbar, sondern langfristig auch dem Wettbewerb abträglich und wohl kaum mit einer freien Marktwirtschaft vereinbar.“⁴⁵
- 34** Zusammengefasst mit den Schlußanträgen des Generalanwalts in dieser Sache führt die Entscheidung des EuGH also zu einem ausgesprochen **restriktiven Ergebnis**, was einen Kontrahierungszwang wegen Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung anbelangt. Inzwischen hat der EuGH durch Bezugnahme auf o. g. Kriterien und deren Konkretisierung im Vorabentscheidungsverfahren *IMS Health* klargestellt, daß die wettbewerbsrechtlichen Standards bei der Interpretation des Art. 82 EG auch

41 EuGH v. 26. 11. 1998 – Rs. C-7/97 *Bronner*. I. *Mediaprint*, Slg. 1998, I-7817 Rn. 41.

42 EuGH v. 26. 11. 1998 – Rs. C-7/97 *Bronner*. I. *Mediaprint*, Slg. 1998, I-7817 Rn. 45.

43 Schlußanträge des GA *Jacobs* vom 28. 5. 1998 – Rs. C-7/97 *Bronner*. I. *Mediaprint*, Slg. 1998, I-7794.

44 Zur Essential-Facilities-Doktrin siehe *Jacobi*, Third-Party Access im Europäischen Wettbewerbsrecht – Artikel 82 EG-Vertrag als Grundlage eines Zugangsanspruchs Dritter zu fremden Infrastruktureinrichtungen; *Schwarze-Brinker*, Art. 82 EG Rn. 37ff.; *Lange-Hübschle*, § 3 Rn. 73ff.; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 18 Rn. 30ff.; zu den Einzelheiten dieser auf amerikanisches Antitrust-Recht zurückgehenden Lehre mit dem Grundfall *United States*. I. *Terminal Railroad Association of St. Louis*, 224 US 383 (1912) von 1912 siehe Rn. 45ff. der Schlußanträge des GA *Jacobs* in der Rechtssache *Bronner*.

45 Schlußanträge des GA *Jacobs* vom 28. 5. 1998 – Rs. C-7/97 *Bronner*. I. *Mediaprint*, Slg. 1998, I-7794 Rn. 69.

dann gelten, wenn es sich um eine auf Urheberrecht beruhende Monopolsituation handelt.⁴⁶

Im Fall **IMS Health** akzeptiert die Kommission in ihrer Entscheidung zwar den in der Rechtsprechung gebilligten Grundsatz, daß das Recht, die Erteilung von Lizenzen abzulehnen, vom spezifischen Gegenstand des Urheberrechts umfaßt werde und deshalb grundsätzlich keinen Mißbrauch einer beherrschenden Stellung bedeute. Allerdings nimmt sie hier „außergewöhnliche Umstände“ an, die ihre Entscheidung in diesem Fall rechtfertigten. Die Verwendung der geographischen Segmentstruktur sei für die Konkurrenten von *IMS Health* unentbehrlich. 35

Auf diese Weise gelangt die **Kommission** – gemessen an den bisherigen Leitlinien und Wertungsmaßstäben der Rechtsprechung – zu einer **Einschränkung des Schutzes des geistigen Eigentums** im europäischen Wettbewerbsrecht, obwohl sie im Ausgangspunkt in ihrer Entscheidung im Fall *IMS Health* die wesentliche Rolle der Rechte an geistigem Eigentum bei der Förderung von Innovation und Wettbewerb hervorgehoben hat.⁴⁷ 36

Es verwundert deshalb nicht, daß auch in wissenschaftlichen Stellungnahmen die von der Kommission gegenüber *IMS Health* durch einstweilige Anordnung verfügte Zwangslizenz als eine nicht hinnehmbare Einschränkung des (geistigen) Eigentumsrechts gewertet worden ist.⁴⁸ Die Perspektive der EU-Kommission ist auf die Situation der Wettbewerber verengt, ohne in gleichem Maße die rechtlich geschützten Interessen des Urheberrechtsinhabers in den Blick zu nehmen. 37

Inzwischen hat der EuGH im Vorabentscheidungsverfahren *IMS Health* jedoch die Voraussetzungen konkretisiert, unter denen die **Verweigerung einer Lizenzerteilung mißbräuchlich** im Sinne des Art. 82 EG ist. Danach verstößt ein Unternehmen durch Verweigerung einer Lizenz gegen Art. 82 EG (und zwar nur dann), wenn: 38

1. keine Rechtfertigungsgründe vorliegen,
2. die Lizenz wesentlich für die beabsichtigte Tätigkeit auf dem nachgelagerten Markt ist (Geeignetheit der Lizenzverweigerung, jede Konkurrenz für den Schutzrechtsinhaber auf dem nachgelagerten Markt auszuschließen), und
3. durch die Verweigerung der Lizenzerteilung das Entstehen eines neuen Erzeugnisses bzw. einer neuen Dienstleistung, die der Schutzrechtsinhaber nicht anbietet, verhindert wird und für diese eine potentielle Verbrauchernachfrage besteht.⁴⁹

46 EuGH v. 29. 4. 2004 – Rs. C-418/01 *IMS Health*, Slg. 2004, I-5039 insb. Rn. 28, 37f., 40ff.

47 Dieses Argumentationsmuster verfolgt auch *Ungerer* in seinem Vortrag auf der Tagung der „Independent Music Companies Association (IMPALA)“ *ders.*, Vortrag beim „Regulatory Forum European Cable Communication Association (ECCA)“.

48 Siehe Bericht über die Tagung der Turiner ICER in der FAZ vom 5. 12. 2001 mit Hinweis auf v. *Weizsäcker/Lober*, GRUR Int. 2002, 7ff.; kritisch auch *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 28 Rn. 131.

49 EuGH v. 29. 4. 2004 – Rs. C-418/01 *IMS Health*, Slg. 2004, I-5039 Rn. 28 ff., 34 ff.; siehe dazu auch *Käller*, Die Verweigerung einer immaterialgüterrechtlich geschützten Leistung und das Mißbrauchsverbot des Art. 82 EG, S. 76ff.

- 39** Damit hat der Gerichtshof deutlich gemacht, daß es auf die Frage nach „realistischen Absatzmöglichkeiten“⁵⁰ für die Konkurrenten nicht ankommt und den entsprechenden Ansatz der Kommission zurückgewiesen. Für das Vorliegen außergewöhnlicher Umstände ist, neben den anderen o. g. Punkten, allein die Verhinderung eines neuen Erzeugnisses bzw. einer neuen Dienstleistung, wofür zumindest eine potentielle Verbrauchernachfrage besteht, maßgeblich. Damit dürfte der EuGH die Bestrebungen der Kommission nach einer Einschränkung des geistigen Eigentums im europäischen Wettbewerbsrecht (jedenfalls zum gegenwärtigen Zeitpunkt) zurückgewiesen und das Urheberrecht, wenn nicht gestärkt, so doch zumindest nicht weiter begrenzt haben.⁵¹ Allerdings ist zu befürchten, daß die Kommission weiter bei ihrer rein wettbewerbsorientierten Haltung bleibt und auch in Zukunft versuchen wird, das Urheberrecht mit wettbewerbsrechtlichen Argumenten einzuschränken.

2. Fragen der kollektiven Rechtswahrnehmung

- 40** In Parallelität zu dieser Praxis der (versuchten) materiell-rechtlichen Neubestimmung des Urheberrechts im europäischen Wettbewerbsrecht greift die Kommission auch die **Wahrnehmung der Urheberrechte durch die Verwertungsgesellschaften** auf.

a) Tendenzen der Kommissionspolitik

- 41** In diesem Zusammenhang hat die FAZ über ein Gespräch mit dem damaligen Leiter der Generaldirektion IV für Wettbewerb Ende des Jahres 2001 wie folgt berichtet:

„Die Europäische Kommission will verstärkt die marktbeherrschenden Inhaber exklusiver Schutzrechte ins Visier nehmen. So droht nach IMS Health, dem Weltmarktführer von Marktdaten pharmazeutischer Erzeugnisse, auch dem Musikrechteinhaber GEMA Ungemach aus Brüssel.“⁵²

50 S. dazu *Schwarze*, EuZW 2002, 75, 80.

51 Auch GA *Jacobs* hat kürzlich in seinen Schlußanträgen vom 28.10.2004 in der Rs. C-53/03 *Syfait u. a. / Glaxosmithkline AVEE*, Rn. 64f. auf die o. g. Kriterien abgestellt, die der Gerichtshof in den Rs. C-7/97 (*Bronner*) und C-418/01 (*IMS Health*) zur Klärung der Frage, wann der Gebrauch eines gewerblichen Schutzrechts mißbräuchlich gem. Art. 82 EG ist und daraus ein Kontrahierungszwang resultiert, herausgearbeitet hat. In der Rs. C-53/03 geht es um die Frage, ob ein Pharmaunternehmen seine marktbeherrschende Stellung gem. Art. 82 EG mißbraucht, wenn es sich weigert, die bei ihm eingehenden Bestellungen von Arzneimittelgroßhändlern vollständig auszuführen, um den Parallelhandel mit seinen Erzeugnissen zu begrenzen. Generalanwalt *Jacobs* kommt zu dem Schluß, daß ein marktbeherrschendes Unternehmen zwar zur Lieferung einer Ware bzw. zur Erbringung einer Dienstleistung verpflichtet sein könne, diese Pflicht aber in mehrfacher Hinsicht begrenzt sei (Rn. 66f.). Weiter kommt *Jacobs* im vorliegenden Fall zu dem Ergebnis, daß die Absicht der Begrenzung des Parallelhandels durch ein marktbeherrschendes Pharmaunternehmen nicht zwingend gegen Art. 82 EG verstoße, daß ein solches Verhalten aber in der Regel mißbräuchlich sei und der Rechtfertigung bedürfe. *Jacobs* sieht im gegebenen Fall das Verhalten des Pharmaherstellers als gerechtfertigt an, da der europäische Arzneimittelmarkt wegen der staatlichen Regulierung von Preisen und Vertrieb, der besonderen Auswirkungen des Parallelhandels auf die wirtschaftlichen Verhältnisse der Pharmaunternehmen sowie der Auswirkungen auf die Verbraucher eine besondere Struktur aufweise (Rn. 69ff., 76ff.).

52 FAZ v. 18.12.2001 (S. 15).

Wie die FAZ weiter schreibt, will die EU-Behörde „mögliche Konflikte zwischen dem Schutz des geistigen Eigentums und dem Wettbewerbsrecht offenbar stärker zugunsten der Wettbewerbsfreiheit lösen“.⁵³ **42**

Nach Aussage des ehemaligen Generaldirektors der Generaldirektion Wettbewerb, *Schaub*, soll zwar die legitime Ausübung geistigen Eigentums nicht in Frage gestellt werden. Geprüft werden müßten jedoch die Fälle, in denen der **Markteintritt** nur unter Verwendung eines einzigen Systems möglich sei und dies dem Rechteinhaber einen enormen Vorsprung verschaffe. *Schaub* zieht dann ausdrücklich folgenden Vergleich: „Das ist durchaus ähnlich wie bei der Versorgung über die bislang von Monopolisten gehaltenen Versorgungsleitungen. Da kann der Leitungsinhaber auch nicht sagen, hier kommt kein anderer durch.“⁵⁴ **43**

Zudem hat *Drauz*, heute stellvertretender Generaldirektor und Direktor in der Generaldirektion Wettbewerb der EU-Kommission, in einem Beitrag zu einem Kolloquium des Europa-Instituts Freiburg vom 9./10. November 2001 angekündigt: „Die Struktur des Managements der Rechteverwertung wird uns jedenfalls in den nächsten Monaten verstärkt beschäftigen.“⁵⁵ **44**

b) *Das Wood-Papier*

Der Eindruck von einer beabsichtigten Politikänderung der EU-Kommission wird bestätigt durch einen Vortrag, den *Wood*, seinerzeit als *Deputy Head of Unit, Media and Music Publishing* der EU-Kommission, auf einer Tagung der SGAE vom 12. bis 14. November 2001 in Madrid unter dem Titel „Collective Management and EU Competition Law“ gehalten hat. *Wood* hat seinen Vortrag ausdrücklich als „health warning of even greater strength than normal“ bezeichnet.⁵⁶ **45**

Am Besten wird man die Kommission künftig bei allen Schritten an den Grundsätzen messen, die *Wood* in seinem Papier eingangs wie folgt formuliert hat: **46**

“The first point is that collecting societies are absolutely necessary for the mass of authors and may be the only way of making copyright function for certain types of works. They are therefore in the frontline of efforts in the Community to promote creativity and cultural diversity. Community competition policy recognises the legitimate need to protect the interests of authors, composers and publishers of music, and should not intervene if the result of that intervention would be to increase the overall costs of managing contracts and monitoring the use of protected musical works.”⁵⁷

Hier werden also **drei Eckpfeiler** genannt, welche die Politik der Kommission tragen sollen: **47**

1. Die Unverzichtbarkeit der Verwertungsgesellschaften für die Mehrzahl der Autoren zur Wahrnehmung der Urheberrechte,

53 FAZ v. 18.12.2001 (S. 15).

54 FAZ v. 18.12.2001 (S. 15).

55 *Drauz*, in: Regulierung im Bereich von Medien und Kultur, S. 111.

56 *Wood*, Collective Management and EU Competition Law, S. 3.

57 *Wood*, Collective Management and EU Competition Law, S. 2.

2. die außerordentlich wichtige Rolle des geistigen Eigentums zur Sicherung von Kreativität wie kultureller Vielfalt – und zu ergänzen wäre: von Innovation und Wettbewerb – und
3. sozusagen die Selbstverpflichtung der Kommission, nicht mit administrativen Mitteln einzugreifen, wenn sich durch die Intervention die Gesamtkosten für die Verwaltung und Nutzungsüberwachung der urheberrechtlich geschützten Werke erhöhen würden.

c) *Die Mitteilung „Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten im Binnenmarkt“*

48 Mittlerweile hat die Kommission diese Gesichtspunkte in einer Mitteilung zur „Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten im Binnenmarkt“ aufgegriffen.⁵⁸ Sie kommt in der Mitteilung zu dem Ergebnis, daß in bezug auf die Verwertungsgesellschaften **Harmonisierungsbedarf** besteht.⁵⁹ Sie hat angekündigt, zu diesem Zweck ein Rechtsinstrument zu erlassen.⁶⁰ Die Mitteilung bringt zum Ausdruck, daß die Kommission einen weiteren Positionsausbau der Verwertungsgesellschaften bremsen bzw. deren Macht zurückdrängen möchte, indem sie verstärkt die Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages auf ihr Verhalten anwendet.⁶¹ Allerdings erkennt auch die Kommission, ähnlich wie *Wood*, die grundsätzlich unverzichtbare Rolle der Verwertungsgesellschaften zur Wahrnehmung von Urheberrechten⁶² und die wichtige Funktion des geistigen Eigentums zur Sicherung von Kreativität und kultureller Vielfalt – zumindest im Grundsatz – ausdrücklich an.⁶³

d) *Die Bewertung des geistigen Eigentums im Lichte des Art. 151 EG*

- 49** Diese grundsätzliche positive Bewertung der Bedeutung des geistigen Eigentums im System des europäischen Gemeinschaftsrechts und speziell des europäischen Kartellrechts ist zutreffend und sollte deshalb beibehalten werden.
- 50** Was speziell die Bedeutung des geistigen Eigentums für die „**cultural diversity**“ anbelangt, von der *Wood* in seinem Papier eingangs spricht und die auch die Kommission in ihrer Mitteilung nennt, so wird diesem Gesichtspunkt in der neueren Rechtsprechung des Gerichtshofs nach Aufnahme des Kulturartikels in die Verträge (erst Art. 128 EGV; jetzt Art. 151 EG) besonders Rechnung getragen.
- 51** Hierfür bietet das Urteil in der Rechtssache *Metronome Musik GmbH .l. Music Point Hokamp GmbH*⁶⁴ das beste Beispiel. In diesem Urteil räumt der Gerichtshof unter

58 KOM(2004) 261 endg.

59 *Riesenhuber/v. Vogel*, EuZW 2004, 519, 520f. stehen den Harmonisierungsbestrebungen unter Hinweis auf die fehlenden Belege für einen Harmonisierungsbedarf sehr kritisch gegenüber. Aber auch *Reinbothe*, ZEuS 2004, 367, 377 sieht Bedarf für eine Harmonisierung der Regeln über die Wahrnehmung von Rechten.

60 KOM(2004) 261 endg., S. 23.

61 KOM(2004) 261 endg., S. 18ff.; s. dazu sogleich unter f., g.

62 KOM(2004) 261 endg., S. 4, 16.

63 KOM(2004) 261 endg., S. 7.

64 EuGH v. 28. 4. 1998 – Rs. C-200/96 *Metronome Musik GmbH.l. Music Point Hokamp*, Slg. 1998, I-1971.

Berufung auf Art. 151 EG dem „**Gebot der kulturellen Rücksichtnahme**“⁶⁵ den Vorrang ein in dem Konflikt zwischen der möglichst konsequenten Durchsetzung der wirtschaftlichen Gebote des Binnenmarkts und dem Schutz der Vorbehaltsrechte der Mitgliedstaaten auf kulturellem Gebiet. Unter Bezugnahme auf Art. 151 EG bestärkt er die Feststellung, daß der Schutz des Urheberrechts an Werken der Literatur und Kunst zu den dem Gemeinwohl dienenden Zielen der Gemeinschaft zu zählen ist.⁶⁶

e) *Verwertungsgesellschaften als verfahrensmäßige Sicherung des Urheberrechts*

Anders als es die Kommission beabsichtigt, wenn sie die Verwertungsgesellschaften stärker ins Visier nimmt, läßt sich der besondere Schutz, den das geistige Eigentum im europäischen Gemeinschaftsrecht materiell-rechtlich genießt, nicht von den Formen und Verfahren trennen, durch die es geschützt wird.⁶⁷

52

Die Anerkennung des **Zusammenhangs zwischen materiellem und verfahrensrechtlichem Schutz** zählt nicht nur im deutschen Verfassungsrecht zu den charakteristischen Merkmalen der jüngeren Rechtsentwicklung. So liegt beim Grundrechtsschutz für das Eigentum, der auch das geistige Eigentum umfaßt⁶⁸, der Schwerpunkt inzwischen nicht mehr allein bei der Sicherung der materiell-rechtlichen Rechtspositionen, sondern er wird auch auf den Schutz durch Organisation und Verfahren erstreckt.⁶⁹

53

Das BVerfG hat bezüglich der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG den Zusammenhang von materieller Schutzgewähr und angemessener Verfahrensgestaltung anerkannt und das Recht des Eigentümers auf Verfolgung und Durchsetzung seiner Interessen betont.⁷⁰ Auch die Rechtsprechung des EuGH hat sich explizit davon leiten lassen, daß zum Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten eine angemessene Verfahrensgestaltung erforderlich ist.⁷¹

54

Die verfahrensmäßige Wahrnehmung der als geistiges Eigentum geschützten Urheberrechte durch die Verwertungsgesellschaften hat sich bewährt. Deshalb kann in

55

65 *Schwarze*, in: Geistiges Eigentum und Kultur im Spannungsfeld von nationaler Regelungskompetenz und europäischem Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht, S. 125, 156; siehe auch *Hirsch*, Die Rechtsprechung des EuGH zum Binnenmarkt im Medien- und Kulturbereich, in: ebd., S. 159, 164; vgl. auch *Everling*, Buchpreisbindung im deutschen Sprachraum und Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 35: „Pflicht der Gemeinschaftsorgane zur Rücksichtnahme auf die nationalen kulturpolitischen Ziele“.

66 EuGH v. 28. 4. 1998 – Rs. C-200/96 *Metronome Musik GmbH./Music Point Hokamp*, Slg. 1998, I-1971, Rn. 23.

67 Siehe in diesem Zusammenhang *Reinbothe*, ZEuS 2004, 367, 374.

68 Dazu *Rehbinder*, Urheberrecht, Rn. 108 ff.

69 So widmete etwa *Hesse* in seinem Lehrbuch Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, einen Abschnitt dem Thema „Grundrechtsverwirklichung und -sicherung durch Organisation und Verfahren“, § 11 Abs. 3 Rn. 358 ff.

70 Vgl. nur BVerfGE 46, 321, 333.

71 Siehe vor allem Urteil des EuGH v. 15. 10. 1987 – Rs. 222/86 *Unectef./Heylens u. a.*, Slg. 1987, 4097, Rn. 14 ff.; EuG v. 30. 1. 2002 – Rs. T-54/99 *max.mobil Telekommunikationsservice GmbH./Kommission*, Slg. 2002, II-313; siehe dazu auch *Schwarze*, NVwZ 2000, 241 ff.

diese Verfahrensgestaltung auch nicht ohne zwingenden rechtfertigenden Grund eingegriffen werden, dies umso weniger, als – worauf später noch näher eingegangen werden soll – der deutsche Gesetzgeber im Interesse des (Eigentums-)Schutzes der Urheber die treuhänderische Wahrnehmung dieser Rechte durch die Verwertungsgesellschaften vorgesehen hat.

- 56** Die Verpflichtung der Kommission zu einem sorgfältigen und unparteiischen Verwaltungsverfahren gerade auch in Wettbewerbssachen hat das EuG kürzlich in einer grundsätzlichen Entscheidung vom 30. Januar 2002⁷² erneut unterstrichen⁷³. Das **Recht auf eine geordnete Verwaltung** sei nämlich ein wesentliches rechtsstaatliches Element der gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten und in Art. 41 Abs. 1 der am 7. Dezember 2000 in Nizza proklamierten Charta der Grundrechte der Europäischen Union⁷⁴ zum Ausdruck gebracht.

f) Die Bewertung der Gegenseitigkeitsverträge

- 57** Die Praxis der Gegenseitigkeitsverträge, die für die Kommission in erster Linie der Stein des Anstoßes zu sein scheint, ist von der Rechtsprechung im Grundsatz ausdrücklich **als zulässig anerkannt** worden.⁷⁵
- 58** Dennoch wird diese Praxis von Seiten der Kommission auch und vor allem vor dem Hintergrund der neueren technologischen Entwicklung vermehrt rechtlich in Zweifel gezogen. Dies geschah zum einen im Papier von *Wood*⁷⁶. Zum anderen sowohl in der Mitteilung der Kommission über die Wahrnehmung von Urheberrechten⁷⁷ als auch in diversen Vorträgen des *Head of Division Media* der Direktion C (Information, Kommunikation und Medien) der Generaldirektion Wettbewerb der EU-Kommission, *Ungerer*.⁷⁸ Die Kommission hat es sich zur Aufgabe gemacht, für mehr Transparenz und Effizienz bei größerem Wettbewerb unter den Verwertungsgesellschaften zu sor-

72 EuG v. 30.1.2002 – Rs. T-54/99 *max.mobil Telekommunikationsservice GmbH./Kommission*, Slg. 2002, II-313.

73 Grundsätzlich erkennt dies zwar auch Generalanwalt *Poiarés Maduro* in seinen Schlußanträgen vom 21.10.2004 in dem Revisionsverfahren *max.mobil Telekommunikationsservice GmbH./Kommission* (Rs. C-141/02 P) an, Rn. 52 f. Im konkreten Fall lehnt er aber eine Herleitung eines Klagerechts im Rahmen des Art. 86 EG aus dem Recht auf ein sorgfältiges und unparteiisches Verwaltungsverfahren entschieden ab, s. Rn. 54 ff. Damit wendet er sich gegen die erstinstanzliche Entscheidung des EuG, s. vorherige Fn.

74 ABl. Nr. C 364 v. 18.12.2000, S. 1. Inzwischen wurden die Bestimmungen der Charta der Grundrechte der Europäischen Union als Teil II in den Vertrag über eine Verfassung für Europa übernommen.

75 Vgl. EuGH v. 13.7.1989 – Rs. 395/87 *Tournier*, Slg. 1989, 2565 Rn. 20; EuGH v. 13.7.1989 – verb. Rs. 110/88, 241/88 und 242/88 *Lucazeau u. a./SACEM*, Slg. 1989, 2823 Rn. 14.

76 *Wood*, *Collective Management and EU Competition Law*.

77 KOM(2004) 261 endg., S. 18 ff.; s. dazu allg. *Riesenhuber/v. Vogel*, *EuZW* 2004, 519, 520 ff.

78 *Ungerer*, Vortrag auf der Tagung der „Independent Music Companies Association (IMPALA)“, S. 5 ff.; *ders.*, Vortrag beim „Regulatory Forum European Cable Communication Association (ECCA)“ S. 5 ff.

gen. Dies geht sowohl aus Äußerungen der Kommission⁷⁹ als auch der Kommissionspraxis⁸⁰ hervor. So spricht sich die Kommission für eine verstärkte gemeinschaftsweite Lizenzerteilung aus. Sie schlägt insoweit vor, daß es zwar bei der Praxis der Gegenseitigkeitsverträge bleiben sollte, daß aber jede Verwertungsgesellschaft berechtigt sein müsse, in jedem Mitgliedstaat gemeinschaftsweite Lizenzen zu vergeben, nicht nur – wie bisher – im eigenen Land. Somit entstünde für die Nutzer ein Wahlrecht, in welchem Mitgliedstaat sie eine Gemeinschaftslizenz erwerben.⁸¹ Nach dem „Simulcasting“-Abkommen besteht diese Möglichkeit schon im dort geregelten Bereich der zeitgleichen Wiedergabe von Tonaufnahmen im Internet, die im Hörfunk bzw. Fernsehen ausgestrahlt werden. Die Schaffung eines solchen Wahlrechts ist das Ziel der Kommission. Sie will nach ihren Angaben so den Wettbewerb zwischen den Verwertungsgesellschaften fördern und die in ihren Augen bestehende künstliche Marktaufteilung sowie die faktischen Monopolstellungen der nationalen Verwertungsgesellschaften beseitigen.⁸² Dazu paßt die Forderung nach getrennter Ausweisung der Verwaltungs- und der Lizenzgebühren bei der Vergabe von Lizenzen. Insoweit sollen ersichtlich die Grundsätze der Entscheidung „Simulcasting“⁸³, die nur einen kleinen, wirtschaftlich bis jetzt relativ unbedeutenden Ausschnitt aus dem Online-Bereich betreffen, verallgemeinert werden.⁸⁴ Der Kommission geht es auch darum, daß die derzeitigen Quasi-Monopolstellungen der Verwertungsgesellschaften nicht auf neue (Online-)Rechte bzw. Gebiete erstreckt werden.⁸⁵ Laut Kommission

79 KOM(2004) 261 endg., S. 21f.; *Ungerer*, vorige Fn.; s. dazu auch *Riesenhuber/v. Vogel*, EuZW 2004, 519, 521f., die dem Gemeinschaftsgesetzgeber die Rechtssetzungskompetenz absprechen.

80 So hat die Kommission in ihrer „Simulcasting“-Entscheidung, in der es um Gegenseitigkeitsverträge mehrerer nationaler Verwertungsgesellschaften betreffend die gleichzeitige Verbreitung von Tonbandaufnahmen im Internet mit der Übertragung der Rundfunk- und/oder Fernsehsignale durch Rundfunk- und Fernsehsender geht, die Freistellung gem. Art. 81 Abs. 3 EG davon abhängig gemacht, daß die Verwertungsgesellschaften Verwaltungs- und Lizenzgebühren getrennt ausweisen, um so die Transparenz für die Nutzer zu erhöhen, s. ABl. Nr. L 107 v. 30. 4. 2003, S. 58ff. (s. vor allem Rn. 69ff.). Zur „Simulcasting“-Entscheidung siehe ausführlich *Mestmäcker*, WuW 2004, 754ff. (insb. zur Trennung von Verwaltungs- u. Lizenzgebühr S. 761ff.), der das Vorgehen der Kommission kritisiert und ihr die Kompetenz zu einer derartigen Entscheidung abspricht. *Mestmäcker* kommt zu dem Ergebnis, daß die Kommission von den Verwertungsgesellschaften ein Verhalten einfordert, das gegen Art. 81 Abs. 1 EG verstößt (s. aaO S. 769).

81 KOM(2004) 261 endg., S. 11, 20; so auch *Riesenhuber/v. Vogel*, EuZW 2004, 519, 522.

82 Dies äußert ausdrücklich vor allem *Ungerer*, Vortrag auf der Tagung der „Independent Music Companies Association (IMPALA)“ S. 5 ff.; *ders.*, Vortrag beim „Regulatory Forum European Cable Communication Association (ECCA)“ S. 5 ff.

83 S. ABl. Nr. L 107 v. 30. 4. 2003, S. 58ff.

84 Siehe dazu *Mestmäcker*, WuW 2004, 754, 758. In diese Richtung gehen auch die Ausführungen von *Ungerer*, Vortrag beim „Regulatory Forum European Cable Communication Association (ECCA)“ S. 6. Auch in der Mitteilung KOM(2004) 261 endg., S. 21 wird eine generelle Veröffentlichung der Gebührensätze der Verwertungsgesellschaften gefordert, was eine getrennte Ausweisung von Verwertungs- und Lizenzgebühr voraussetzen dürfte.

85 Aus diesem Grund steht die Kommission dem Santiago-Abkommen betreffend musikalische

seien die Gründe, die die Lizenzvergabe an nur im entsprechenden Mitgliedstaat lebende Personen rechtfertigen, durch den Technologiefortschritt hinfällig, da die Verwertungsgesellschaften nunmehr in der Lage seien, die Beachtung der von ihnen im Ausland vergebenen Lizenzen eigenständig zu kontrollieren.⁸⁶

- 59 Allerdings ist zunächst darauf hinzuweisen, daß die von der Rechtsprechung herausgearbeiteten und anerkannten Grundsätze durch **tatsächliche Veränderungen**, so bedeutsam sie auch sein mögen, nicht aufgehoben oder obsolet werden. Die faktische Entwicklung kann schwerlich die Normativität des Wettbewerbsrechts beseitigen oder grundlegend verändern. Insbesondere ist die These mehr als zweifelhaft und allem Anschein nach eher ihr Gegenteil richtig, daß den heute verfügbaren praktisch unbegrenzten und rasanten Verbreitungsformen geschützter Werke eine parallel verlaufende Entwicklung neuer und effizienter Kontrollmöglichkeiten bei der Verwertung und Nutzung gegenüberstünde.⁸⁷
- 60 Hier müßte die Kommission nicht nur den entsprechenden Nachweis erbringen, den sie aber auch in ihrer Mitteilung über die Wahrnehmung von Urheberrechten schuldig bleibt, sondern – wenn man sie an der Grundsatzerklärung im Papier *Wood* festhält⁸⁸ – auch überzeugend dartun, daß die dann auftretenden **Gesamtkosten für Verwaltung und Kontrolle** im Verhältnis zum bisherigen bewährten und effizienten System der Gegenseitigkeitsverträge nicht gesteigert würden.

g) *Digital Rights Management (DRM)*

- 61 Aber nicht nur die Praxis der Gegenseitigkeitsverträge stößt bei der Kommission auf Kritik. So wird immer wieder darauf hingewiesen, daß es z.B. bei den **Online-Diensten** und auf Grund der **Digital Rights Management-Systeme (DRMs)** einer Neubewertung der Rechtsprechung, insbesondere der GEMA-Grundsätze, bedürfe.⁸⁹
- 62 Es sei nicht mehr hinnehmbar, daß Urheber sämtliche Rechte an einem Werk von einer Verwertungsgesellschaft bzw. daß sie ihre Rechte überhaupt von einer Verwertungsgesellschaft wahrnehmen lassen müssen. Nach dem Vorschlag der Kommission und den Thesen *Ungerers* soll eine größere Flexibilität für die Rechteinhaber geschaffen werden. Dank DRM-Systemen seien diese in der Lage, ihre Rechte individuell wahrzunehmen. Außerdem sei nicht einsehbar, warum die Rechte an der Online-Nutzung ebenfalls zwingend auf eine Verwertungsgesellschaft übertragen werden müßten. Es müsse für die Rechteinhaber z.B. möglich sein, die „klassischen“ Rechte auf

Aufführungsrechte im Internet sehr ablehnend gegenüber, s. *Ungerer*, Vortrag beim „Regulatory Forum European Cable Communication Association (ECCA)“ S. 9f.

86 S. KOM(2004) 261 endg., S. 20 sowie *Ungerer*, Vortrag beim „Regulatory Forum European Cable Communication Association (ECCA)“, Brüssel, 23. 6. 2004 (S. 6), vgl. Fn. 12. Vgl. dazu auch *Mestmäcker*, WuW 2004, 754, 759.

87 So aber die Kommission, KOM(2004) 261 endg., S. 11f., 20. Ebenso *Ungerer*, Vortrag beim „Regulatory Forum European Cable Communication Association (ECCA)“ S. 8f. Sowohl die Kommission als auch *Ungerer* berufen sich vor allem auf DRM-Systeme.

88 *Wood*, Collective Management and EU Competition Law.

89 KOM(2004) 261 endg., S. 19, 22.

die Verwertungsgesellschaften zu übertragen, Online-Rechte aber individuell wahrzunehmen. Ein mögliches „bundling“ müsse verhindert werden.⁹⁰

Allerdings erscheint die **Wirksamkeit von DRM-Systemen** fraglich. So hat die Kommission in ihrer Mitteilung selbst ausgeführt, daß DRM-Systeme erst dann effektiv sind, wenn eine interoperable technische Infrastruktur besteht, verschiedene DRM-Systeme also kompatibel sind, und auch eine ausreichende Verbraucherakzeptanz gegeben ist. Da das noch nicht der Fall sei, „bieten DRMs zum gegenwärtigen Zeitpunkt keine politische Lösung zur Gewährleistung eines angemessenen Gleichgewichts der beteiligten Interessen“.⁹¹ Dennoch hält die Kommission an ihren erwähnten Forderungen fest.

Insgesamt gesehen pocht die Kommission also trotz gravierender Probleme auf mehr **Flexibilität für die Rechteinhaber** und auf einen (verstärkten) Wettbewerb der Verwertungsgesellschaften untereinander, der vor allem zu Gunsten der Nutzer zu mehr Transparenz und Effizienz führen soll.

Das Vorgehen der Kommission ist jedoch erheblich zu kritisieren und abzulehnen, da DRM-Systeme wegen ihrer Unausgereiftheit nicht in der Lage sind, die Rechte der Urheber effektiv zu schützen. Im übrigen muß ein **Ausverkauf der Rechte**, der z.B. droht, wenn ein unerfahrener Rechteinhaber von einem (wirtschaftlich) mächtigen und erfahrenen Nutzer „übrumpelt“ wird, in jedem Fall verhindert werden.⁹²

Für eine akzeptable Weiterentwicklung der für die treuhänderische Wahrnehmung der Urheberrechte geltenden kartellrechtlichen Grundsätze gehört nämlich auch der Nachweis, daß es sich dabei wiederum um einen **gerechten Interessenausgleich** aller Beteiligten (Urheber, Verwerter, Verbraucher) und nicht nur um eine besondere Rücksichtnahme auf eine Gruppe – etwa die Simulcasting-Betreiber⁹³ – handelt.⁹⁴

h) Gebot eines widerspruchsfreien Bewertungskonzepts

Es ist weiterhin zu beachten, daß die bisherigen Rechtsprechungsgrundsätze nicht beliebig zu Gunsten der Kommission und zu Lasten der Verwertungsgesellschaften aus-

90 S. dazu insgesamt KOM(2004) 261 endg., S. 19, 22; *Ungerer*, Vortrag auf der Tagung der „Independent Music Companies Association (IMPALA)“, S. 7 f., *ders.*, Vortrag beim „Regulatory Forum European Cable Communication Association (ECCA)“ S. 8 f.

91 KOM(2004) 261 endg., S. 12 f. Kritisch zu DRMs äußert sich auch *Reinbothe*, ZEuS 2004, 367, 380. Siehe zur fehlenden Verbraucherakzeptanz gegenüber Urheberrechten allg. *ders.*, aaO, S. 378 f., 383. *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 30 Rn. 3, gehen sogar davon aus, daß der Technologiefortschritt zu einer Verstärkung der kollektiven Rechtswahrnehmung führen wird.

92 So auch *Riesenhuber/v. Vogel*, EuZW 2004, 519, 522 f.

93 Zum „Simulcasting“ näher *Drauz*, in: Regulierung im Bereich von Medien und Kultur, S. 110 f., mit Hinweis auf die Mitteilung der Kommission über einen Antrag zur Freistellung nach Art. 81 III EG der IFPI-Mustervereinbarung (ABl. Nr. C 231 v. 17. 8. 2001, S. 4) sowie *Mestmäcker*, WuW 2004, 754 ff., der das Simulcasting als Testfall bzgl. der Leistungsschutzrechte von Tonträgerherstellern heranzieht.

94 *Riesenhuber/v. Vogel*, EuZW 2004, 519, 523, werfen der Kommission vor, sie habe sich die Interessen der Nutzer zu eigen gemacht.

gelegt werden dürfen. Insbesondere muß die Kommission die **Widerspruchsfreiheit** ihres Konzepts sicherstellen, um grundsätzlichen rechtlichen Geboten zu genügen.⁹⁵

- 68** Wenn die Kommission praktisch die strengeren Regeln für Unternehmen der Daseinsvorsorge⁹⁶ hinsichtlich der Transparenzanforderungen auch auf die Verwertungsgesellschaften anwenden will – dies wird schon im Papier von *Wood* ausdrücklich in Erwägung gezogen⁹⁷, und auch die Ausführungen in der Mitteilung der Kommission über die Wahrnehmung von Urheberrechten sowie von *Ungerer* laufen darauf hinaus, wenn dies auch nicht explizit geäußert wird, – müßte sie ihnen zumindest aber auch den privilegierten Schutz nach Art. 86 Abs. 2 EG zuteil werden lassen.⁹⁸ Dies geschieht aber unter Berufung auf die gegenteilige Rechtsprechung des EuGH gerade nicht.⁹⁹

i) Die Kompetenz der Gemeinschaft

- 69** Schließlich spricht für die Beibehaltung der bisherigen wettbewerbsrechtlichen Einordnung der Verwertungsgesellschaften und ihrer Praxis der Gegenseitigkeitsverträge die **Kompetenzverteilung** zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten beim Schutz des geistigen Eigentums.¹⁰⁰
- 70** In Deutschland erfüllen die Verwertungsgesellschaften den auch verfassungsrechtlich legitimierten Auftrag, den Urheber und sein Werk zu schützen und die Nutzungsrechte auf der Grundlage und in Übereinstimmung mit dem nationalen Urheberrecht gegenüber den Musiknutzern wahrzunehmen.¹⁰¹ Dieser Auftrag, in dem sich kulturelle, wirtschaftliche und soziale Komponenten miteinander verbinden, ist auf der

95 Vgl. dazu zuletzt *Jarras*, AÖR 2001, 588; *Brüning*, NVwZ 2002, 33 ff.

96 Dazu näher die Mitteilung der Kommission v. 20. 9. 2000 zu den Leistungen der Daseinsvorsorge (KOM(2000) 580 endg., ABl. Nr. C 17 v. 19. 1. 2001, S. 4); eine nähere Erörterung der Problematik in: *Schwarze* (Hrsg.), Daseinsvorsorge im Lichte des Wettbewerbsrechts.

97 Dazu das Papier von *Wood*, *Collective Management and EU Competition Law*, S. 5 („a number of similarities“).

98 Ausführlich zur Frage der Einordnung der Verwertungsgesellschaften als Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbringen, *Mestmäcker*, Urheberrechte und Verwertungsgesellschaften im europäischen Gemeinschaftsrecht, Sonderdruck aus *Mestmäcker/Schulze*, Kommentar zum deutschen Urheberrecht, S. 81 ff.

99 EuGH v. 21. 3. 1974 – Rs. 127/73 *SABAM*, Slg. 1974, 313. Zu der im Schrifttum vertretenen Auffassung, die Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften sei mit derjenigen von Gewerkschaften zu vergleichen, die grundsätzlich nicht den Wettbewerbsvorschriften unterliegen, siehe *Wünschmann*, Kollektive Verwertung von Urheber- und Leistungsschutzrechten, S. 61 ff., mit Hinweisen u.a. auf Arbeiten von *Hubmann*, *Dietz* und *van Isacker*.

100 Siehe dazu auch *Mestmäcker*, in: Geistiges Eigentum und Kultur im Spannungsfeld; s. auch *Riesenhuber/v. Vogel*, EuZW 2004, 519, 521, die der Gemeinschaft die Rechtssetzungskompetenz auf dem Gebiet der Verwertungsgesellschaften absprechen.

101 Siehe *Lerche*, Rechtsfragen der Verwirklichung kultureller und sozialer Aufgaben bei der kollektiven Wahrnehmung von Urheberrechten, insbesondere mit Blick auf den sog. 10%-Abzug der GEMA, GEMA-Jahrbuch 1997/98, S. 80 ff.; zu Status und Funktion von Verwertungsgesellschaften allg. s. *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 30 Rn. 6 ff.

IV. Eckpunkte für die künftige Einordnung des Urheberrechts in das Wettbewerbsrecht

Basis mitgliedstaatlicher Kompetenz von der staatlichen Gesetzgebung erteilt und in Deutschland im **Urheberrechtswahrnehmungsgesetz** in Form treuhänderischer Rechte-wahrnehmung ausgestaltet worden.

Aus der Entstehungsgeschichte des Urheberrechtswahrnehmungsgesetzes ist hervor-zuheben, daß bereits damals die Praxis der Gegenseitigkeitsverträge bekannt war und ersichtlich vom deutschen Gesetzgeber gebilligt worden ist. So heißt es in der einschlägigen Bundestagsdrucksache:¹⁰² 71

„Die wachsende Verbreitung der Werke der Literatur und der Kunst in aller Welt hat zur Folge, daß der einzelne Urheber nicht nur im Inland, sondern auch im Ausland auf die Wahrnehmung seiner Rechte bedacht sein muß. Diesem Bedürfnis der Urheber tragen die in den einzelnen Staaten bestehenden Verwertungsgesellschaften durch Abschluß sog. Gegenseitigkeitsverträge Rechnung.“

Folgt man den Erläuterungen von *Reinbothe*¹⁰³ in dem von *Schricker* herausgege-benen Kommentar zum Urheberrecht, so ist „die kollektive Wahrnehmung durch Ver-wertungsgesellschaften (...) auch im Europäischen Binnenmarkt unerläßlicher Be-standteil von Urheber- und Leistungsschutzrechten.“ Es müßten zwingende Gründe vorhanden sein, diese bewährte Praxis, die das Prinzip eines angemessenen Interes-senausgleichs mit einem kostengünstigen und effizienten Kontrollsystem verbindet, aufzugeben oder grundlegend zu ändern. Ich füge hinzu: Dies gilt auch in Zeiten des Wandels, die durch die Digitalisierung und das Aufkommen der neuen Dienste der Informationsgesellschaft charakterisiert sind. 72

IV. Eckpunkte für die künftige Einordnung des Urheberrechts in das Wettbewerbsrecht

Welche Eckpunkte sind nun künftig zu beachten, wenn es um die Einordnung des Urheberrechts in das europäische Wettbewerbsrecht geht? 73

1. Der grundrechtliche Schutz des geistigen Eigentums

Unter den neueren Rechtsentwicklungen, welche den Schutz des Urheberrechts all-gemein im System des Gemeinschaftsrechts unterstreichen, ist zunächst Art. 17 Abs. 2 der **EU-Grundrechtecharta** bzw. Art. II-17 Abs. 2 des Entwurfs für einen Vertrag über eine **Verfassung für Europa**¹⁰⁴ zu nennen. Dort heißt es: „Geistiges Eigentum wird ge-schützt.“ 74

102 BT-Dr. IV/271 (23. 3. 1962), S. 9 unter dem Stichwort „Internationale Verflechtung der Ver-wertungsgesellschaften“.

103 *Schricker-Reinbothe*, vor §§ 1 ff. UrhWG Rn. 16.

104 S. zum Verfassungsentwurf ausführlich *Schwarze* (Hrsg.), *Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents*; speziell zur Aufnahme der Grundrechtecharta in den Verfassungs-vertrag siehe *Hirsch*, in: *Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents*, S. 111 ff.

75 Zwar ist die Grundrechtecharta ebenso wie der Verfassungsentwurf bislang kein rechtsverbindlicher Bestandteil der Gemeinschaftsverträge. Die Grundrechtecharta ist aber bereits wiederholt in der Praxis des Europäischen Gerichtshofs von den Generalanwälten in ihren Schlußanträgen und auch vom Gericht Erster Instanz in einer Entscheidung vom 30. Januar 2002 ausdrücklich als zusätzliche Erkenntnisquelle für den Nachweis bestimmter allgemeiner Rechts- und Verfassungsgrundsätze im Gemeinschaftsrecht herangezogen worden.¹⁰⁵

2. Geistiges Eigentum in der Rechtsprechung von EuG und EuGH

76 Auch die Rechtsprechung hat den Schutz des geistigen Eigentums in letzter Zeit besonders betont.

77 So hebt der Präsident des EuG in seiner einstweiligen Anordnung im Fall *IMS Health* zunächst die grundlegende Bedeutung des Urheberrechts sowohl für den einzelnen Rechtsinhaber als auch für die Gesellschaft insgesamt hervor.¹⁰⁶ Wie auch sonst in der Rechtsprechung des EuGH anerkannt, ist der Schutz durch das Urheberrecht nach Auffassung des Präsidenten des EuG die Belohnung für die zuvor auf eigenes Risiko getätigten Investitionen.¹⁰⁷ So werde der berechtigte Schutz für den Urheber auch nicht deshalb geschmälert, weil er das Urheberrecht verständlicherweise zu seinen eigenen wirtschaftlichen Interessen nutzt.¹⁰⁸ Dabei umfasse das Urheberrecht das ausschließliche Recht, darüber zu bestimmen, wie es genutzt werde:

„Seine Reduzierung auf ein rein wirtschaftliches Recht, Gebühren einzunehmen, verkürzt den Wesensgehalt dieses Rechts und ist grundsätzlich geeignet, dem Rechtsinhaber einen potentiell schweren und nicht wieder gutzumachenden Schaden zuzufügen.“¹⁰⁹

78 Nach Ansicht des Präsidenten des EuG besteht am Schutz des Eigentums im allgemeinen und des geistigen Eigentums im Besonderen zudem ein öffentliches und nicht nur ein privates Interesse.¹¹⁰ Dieser Gesichtspunkt, der übrigens schon in den *Federa-*

105 EuG v. 30. 1. 2002 – Rs. T-54/99 *max.mobil Telekommunikationsservice GmbH./Kommission*, Slg. 2002, II-313 Rn. 48, 57; siehe zum Status der Grundrechtecharta (vor Aufnahme in den Verfassungsvertrag) *Schwarze*, in: FS Kirchhoff, S. 245, 246ff.

106 Beschluß des Präsidenten des EuG v. 26. 10. 2001 – Rs. 184/01 R 2 Rn. 125.

107 Beschluß des Präsidenten des EuG v. 26. 10. 2001 – Rs. 184/01 R 2 Rn. 143.

108 Beschluß des Präsidenten des EuG v. 26. 10. 2001 – Rs. 184/01 R 2 Rn. 143.

109 Beschluß des Präsidenten des EuG v. 26. 10. 2001 – Rs. 184/01 R 2 Rn. 125; diese Sichtweise hat der EuGH, Urteil v. 29. 4. 2004 – Rs. C-418/01 *IMS Health*, Slg. 2004, I-5039 Rn 34f., erneut bestätigt, da er einen Lizenzerteilungszwang nur unter außergewöhnlichen Umständen bejaht, s. o. Die Kommission scheint in ihrer Mitteilung über die Wahrnehmung von Urheberrechten, KOM(2004) 261 endg., S. 9, jedoch davon auszugehen, daß Zwangslizenzen ganz allgemein weniger mit Gemeinschaftsrecht – allenfalls mit Art. 295 EG – als vielmehr mit internationalen Abkommen kollidieren könnten.

110 Beschluß des Präsidenten des EuG v. 26. 10. 2001 – Rs. 184/01 R 2 Rn. 143. Vgl. auch *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 26 Rn. 2: „[Zu berücksichtigen sind] die öffentlichen Interessen, denen die nationalen Schutzrechtssysteme [für gewerbliche Schutzrechte und Urheberrechte] dienen.“

IV. Eckpunkte für die künftige Einordnung des Urheberrechts in das Wettbewerbsrecht

list Papers, die die Entstehung der Verfassung der Vereinigten Staaten vorbereitet und kommentiert haben, erwähnt wird¹¹¹ (Kap. 43), wird auch vom Präsidenten des EuGH in seiner bestätigenden Beschwerdeentscheidung anerkannt.¹¹²

Abgesehen von diesen gerichtlichen Entscheidungen hat sich der **ehemalige Präsident des EuGH Rodríguez Iglesias** auch abstrakt zu der Frage des Schutzes des geistigen Eigentums im europäischen Wettbewerbsrecht geäußert, so etwa auf einer Veranstaltung des Europa-Instituts Freiburg vom 16. Februar 1998. Dort hat er ausgeführt:

„Dem Gerichtshof ist vorgeworfen worden, das Ziel des Binnenmarktes zu sehr in den Vordergrund zu stellen und den gewerblichen Schutzrechten nicht die erforderliche Beachtung zu schenken. Kritisiert wurde auch die vom Gerichtshof betonte Unterscheidung zwischen Bestehen und der Ausübung eines gewerblichen Schutzrechts. Meiner Meinung nach war diese Kritik nicht ganz ungerechtfertigt. (...)

Die Unterscheidung zwischen Bestehen und Ausübung von gewerblichen Schutzrechten findet sich übrigens seit 1990 nicht mehr in den Urteilen des Gerichtshofes. Ohne ein Beratungsgeheimnis preiszugeben, kann ich Ihnen versichern, daß dies kein Zufall, sondern ein bewußtes Abrücken von einem nicht angemessenen rechtlichen Ansatz ist.“¹¹³

Die vom Präsidenten des EuGH dort ausdrücklich erwähnte „neue Sensibilität“ für die Urheberrechte wird man auch von der Kommission bei ihrer künftigen Politik einfordern müssen. **80**

3. Resümee

Will man insbesondere aus der Rechtsprechung ein knappes Resümee ziehen, so sind es die folgenden **Eckpunkte**, die zu beachten sind, wenn es künftig darum geht, den Standort des Urheberrechts und dessen Verwaltung im europäischen Wettbewerbsrecht zu bestimmen. **81**

Zunächst gilt nach wie vor, wie es Generalanwalt *Jacobs* in seinen Schlußanträgen im Fall *Tournier*¹¹⁴ dargelegt hat, daß es sich „wegen der ungewöhnlichen Natur der in Rede stehenden Rechte am geistigen Eigentum in jeder Hinsicht um einen Markt mit **Ausnahmecharakter** handelt“. **82**

Zum Ausnahmecharakter des geistigen Eigentums tritt der **Kompetenzvorbehalt für die Mitgliedstaaten** hinzu, die, trotz aller zu verzeichnenden Rechtsangleichung auf diesem Gebiet in dem Mehrebenensystem der Europäischen Gemeinschaft, für die **83**

111 „The copyright of authors has been solemnly adjudged, in Great Britain, to be a right of common law. The right to useful inventions seems with equal reason to belong to the inventors. The public good fully coincides in both cases with the claims of individuals.“, *Madison*, *The Federalist* No. 43, Abs. 1, vgl. die Ausgabe von *Earle: Hamilton/Jay/Madison*, *The Federalist*, A Commentary on the Constitution of the United States, S. 279.

112 Beschluß des Präsidenten des EuGH v. 11. 4. 2002 – Rs. 481/01 P (R) *IMS Health*, Rn. 82.

113 *Rodríguez Iglesias*, in: Unverfälschter Wettbewerb für Arzneimittel im europäischen Binnenmarkt, S. 9, 19f.

114 EuGH v. 13. 7. 1989 – Rs. 395/87 *Tournier*, Slg. 1989, 2565.

Gestaltung des materiellen Urheberrechtsschutzes wie der Urheberrechtswahrnehmung zuständig sind.¹¹⁵

- 84** Weiter gilt wegen des besonderen geistig-schöpferischen Gehaltes der geschützten Rechte das hier erwähnte „**Gebot der kulturellen Rücksichtnahme**“¹¹⁶, das nicht nur die Interpretation der Grundfreiheiten, sondern auch die Auslegung der Wettbewerbsregeln des Vertrages bestimmen muß.
- 85** Es kommt ein letzter Gesichtspunkt hinzu, der aus der Rechtsprechung des EuGH abzuleiten und vom damaligen Präsidenten *Rodríguez Iglesias* in seiner erwähnten Beschwerdeentscheidung im Fall *IMS Health* sowie vom EuGH im Vorabentscheidungsverfahren *IMS Health* noch einmal hervorgehoben worden ist: Eine Einschränkung des Urheberrechts durch europäisches Wettbewerbsrecht kommt, wenn überhaupt, nur „unter außergewöhnlichen Umständen“ in Betracht.¹¹⁷ Dieser Gesichtspunkt kann auch für die Verwaltung der Urheberrechte Geltung beanspruchen.

V. Argumente für einen besonderen Schutz des Urheberrechts im europäischen Wettbewerbsrecht

- 86** Abschließend möchte ich noch auf einige **Einwände** eingehen, die neuerdings gegen einen besonderen Schutz des Urheberrechts im europäischen Wettbewerbsrecht ins Feld geführt werden.
- 87** So plädiert *Heinemann* in seiner umfassenden Untersuchung über „Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung“ dafür, für das geistige Eigentum die gleichen Einschränkungsgründe heranzuziehen, wie sie sonst nach den Regeln des BGB (§ 903) für das Eigentum gelten.¹¹⁸ Auf diese Weise will er eine Einschränkungsmöglichkeit für das Urheberrecht auch durch das europäische Wettbewerbsrecht eröffnen.
- 88** Diesem Ansatz kann ich nicht zustimmen, da entscheidende **Unterschiede zwischen „normalem“ und geistigem Eigentum** bestehen. Zunächst ist an die eingangs erwähnte gemischte rechtliche Natur des geistigen Eigentums – einerseits Persönlichkeitsrecht, andererseits Vermögensrecht – zu erinnern.¹¹⁹ Weitere wesentliche Unterschiede lie-

115 S. zur Kompetenzfrage bzgl. Harmonisierungsmaßnahmen bei Verwertungsgesellschaften allg. *Riesenhuber/v. Vogel*, EuZW 2004, 519, 521 und speziell zur Frage der Kompetenz der Kommission, die Trennung von Lizenz- und Verwaltungsgebühr in der Simulcasting-Entscheidung zu fordern, *Mestmäcker*, WuW 2004, 754, 761 ff. Die Kommission geht in ihrer Mitteilung über die Wahrnehmung von Urheberrechten, KOM(2004) 261 endg., S. 20 ff., jedoch davon aus, die Gemeinschaft sei zu Harmonisierungsmaßnahmen berechtigt und hat sogar schon den Vorschlag eines entsprechenden Rechtsinstruments angekündigt.

116 Siehe oben III, 2. d.

117 Beschluß des Präsidenten des EuGH v. 11. 4. 2002 – Rs. 481/01 P (R) *IMS Health* Rn. 64; EuGH v. 29. 4. 2004 – Rs. C-418/01 *IMS Health*, Slg. 2004, I-5039 Rn. 35.

118 *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, S. 494.

119 Siehe oben I, am Anfang.

V. Argumente für besonderen Schutz des Urheberrechts im europäischen Wettbewerbsrecht

gen u.a. darin, daß geistiges Eigentum anders als normales Eigentum rechtlich nur auf Zeit geschützt¹²⁰ ist und auch sonst spezifischen gesetzlichen Einschränkungen unterliegt. Es kommt hinzu, daß es unkörperlich und das seinem Schutz unterliegende „Produkt“ beliebig reproduzierbar ist. Insbesondere diese Aspekte sprechen dagegen, beim geistigen Eigentum die gleichen gesetzlichen Einschränkungsregeln heranzuziehen, wie sie für das „normale“ Eigentum bestehen.

Auch **Konfliktauflösungsregeln**, wie sie sonst bei Normkonflikten in ein und demselben Rechtssystem gelten, nämlich eine praktische Konkordanz (*Hesse*) oder einen schonenden Ausgleich (*Leerche*) vorzunehmen¹²¹, **können nicht ohne weiteres angewandt werden**. Der Schutz des geistigen Eigentums findet nämlich auf einer anderen Normebene als dem Gemeinschaftsrecht statt, und das europäische Gemeinschaftsrecht erkennt dies mit dem Vorbehalt zugunsten der Mitgliedstaaten ausdrücklich an (Art. 295 EG). 89

Daraus ließe sich durchaus der Schluß ziehen, daß das Urheberrecht als zeitlich begrenzte Belohnung für erfolgreiche Innovation von den Geboten des europäischen Wettbewerbsrechts gänzlich auszunehmen ist. Wenn man demgegenüber dem Ansatz der Rechtsprechung folgt und eine Einschränkung jedenfalls unter „außergewöhnlichen Umständen“ gestattet, so besteht das entscheidende Problem darin, näher zu bestimmen, wann nun solche besonderen Umstände vorliegen. 90

Meines Erachtens kann hier nur eine Auflösung anhand **konkreter Fallgruppen** weiterhelfen. Abstrakte Kategorien mögen zwar der Beschreibung des Problemfeldes dienen; sie sind aber nach meiner Auffassung schwerlich geeignet, die genaue Zuordnung von Urheberrecht und Wettbewerbsrecht im Einzelfall zu gewährleisten. So tragen die im Schrifttum vertretenen Ansichten, das Verhältnis von Urheberrecht und Wettbewerbsrecht als „komplementär“ oder als „gegensätzlich“ einzustufen¹²², nur wenig zur Lösung bei. Das Gleiche gilt für die Annahme, Urheberrecht und Wettbewerbsrecht seien zumeist komplementär, könnten aber gelegentlich miteinander in Konflikt geraten.¹²³ 91

Die einstweilen erkennbaren Bestrebungen der Kommission, etwa aus Gründen technischer Neuerungen wie der Digitalisierung oder auf Grund von **Parallelüberlegungen zu den „Durchleitungsfällen“** das Urheberrecht zu beschränken, stellen jedenfalls keine solchen „außergewöhnlichen Umstände“ dar. „Durchleitungsfälle“ haben, wie viele andere Fälle, in denen es um den Zugang zu besonders wichtigen Einrichtungen geht, die Besonderheit, daß diese Einrichtungen zumeist mittels staatlicher Subven- 92

120 Zur Bedeutung der Schutzdauer des Urheberrechts vgl. etwa Nordemann/Vinck/Hertin-Nordemann § 64 UrhG, Rn. 1 ff. Allgemein zur Schutzdauer s. *Rehbinder*, Urheberrecht, Rn. 86 ff.

121 Vgl. *Schwarze*, JZ 1993, 591 ff.

122 Zu diesen Ansichten *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, S. 1.

123 So die Formulierung von *Vesterdorf*, The Role of Copyright and related Rights as a Policy as compared to other Policies.

tionen oder zu einem Zeitpunkt geschaffen wurden, zu dem das Unternehmen noch eine staatlich anerkannte Monopolstellung innehatte.¹²⁴

- 93** Zudem zeigt das Urteil *Bronner*¹²⁵, daß hohe Anforderungen an eigene Anstrengungen des Konkurrenten zu stellen sind, bevor die Unentbehrlichkeit der geforderten Leistung bejaht werden darf.
- 94** Die Gleichstellung von Fällen urheberrechtlichen Zusammenhangs mit den „Durchleitungsfällen“ würde das Urheberrecht als ein besonderes Recht in seinem Kern treffen. In gleicher Weise läßt sich die Ausübung des Urheberrechts nicht in Fällen direkter Konkurrenz wie im Fall *IMS Health* aus Wettbewerbsgründen beschränken.¹²⁶
- 95** Die Kommission muß sich also fragen lassen, ob sie die Folgen bedenkt, wenn sie im Namen des Wettbewerbs ihre administrativen Kontrollkompetenzen deutlich ausdehnen will.
- 96** Es hat sicher gute Gründe gegeben, insbesondere in den Anfangszeiten der europäischen Integration der Kommission weitreichende Befugnisse zur Errichtung eines gemeinsamen Marktes und einer europäischen Wettbewerbsordnung einzuräumen. Nachdem ein gemeinsamer Markt seit längerem existiert und eine wirksame europäische Wettbewerbsordnung etabliert ist, muß allerdings auch die Kommission als Wettbewerbsbehörde beim Einsatz ihrer Instrumente streng darauf achten, daß durch die bestehende Kompetenzverteilung und Machtbalance zwischen europäischem Wettbewerbsrecht und dem nach wie vor vorrangig durch die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen und deren Gerichte garantierter Schutz des geistigen Eigentums nicht beeinträchtigt werden.
- 97** Als **Fazit** läßt sich festhalten, daß die Ausübung der mit dem Urheberrecht verbundenen Befugnisse durch das europäische Wettbewerbsrecht grundsätzlich nicht eingeschränkt wird. Da das Urheberrecht auf einigen Gebieten wie z.B. der Musik nur durch kollektive Rechtewahrnehmung¹²⁷ wirksam geltend gemacht werden kann, umfaßt diese Grundregel auch die kollektive Rechtewahrnehmung durch die Verwertungsgesellschaften.
- 98** Die Ausübung der aus dem Urheberrecht erwachsenen Befugnisse ist als zeitlich befristete Ausnahme von der Konkurrenz und als Belohnung für geistig-schöpferische Innovation aus Wettbewerbsgründen prinzipiell nicht einschränkbar, so wie es die Rechtsprechung anerkannt hat.

124 Dazu allgemein *Schwarze* (Hrsg.), *Der Netzzugang für Dritte im Wirtschaftsrecht; Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 18 Rn. 30ff.

125 EuGH v. 26. 11. 1998 – Rs. C-7/97 *Bronner/I. Mediaprint*, Slg. 1998, I-7817.

126 *Schwarze*, *EuZW* 2002, 75, 80; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 28 Rn. 131.

127 Zu den modernen Problemen der Wahrnehmung von Urheberrechten etwa durch Musiktäuschbörsen (*Napster*) vgl. *Becker*, in: *Regulierung im Bereich von Medien und Kultur*, S. 57ff. Dennoch beruft sich die Kommission gerade auf Online-Dienste und Technologiefortschritt, wenn sie annimmt, Rechteinhaber seien nicht mehr zwingend auf Verwertungsgesellschaften angewiesen, s. KOM(2004) 261 endg., S. 19, 22; sowie *Ungerer*, Vortrag beim „Regulatory Forum European Cable Communication Association (ECCA)“, S. 8f., 11.

Ob es doch einmal „außergewöhnliche Umstände“ geben mag, die ausnahmsweise eine andere Lösung rechtfertigen, bleibt gegenwärtig mehr oder minder Gegenstand spekulativer Einschätzungen. Der Ausnahmefall *Magill* eignet sich schon wegen seiner beschränkten sachlichen Reichweite und der nachfolgend im *Brommer*-Urteil vorgenommenen restriktiven Interpretation nicht zur Verallgemeinerung. Daran hat sich auch durch das Urteil des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren *IMS Health*¹²⁸ nicht viel geändert, da noch nicht absehbar ist, wie die dort aufgestellten Kriterien interpretiert werden. **99**

So will ich mich abschließend zwar nicht gegen den dargestellten Ausnahmeverbehalt der Rechtsprechung aussprechen; mir fallen aber gegenwärtig deutlich mehr Beispiele dafür ein, wann diese „außergewöhnlichen Umstände“ nicht vorliegen, als daß ich positiv Fälle wüßte, wann sie anzunehmen wären. Das Urheberrecht selbst und seine Verwaltung durch die Verwertungsgesellschaften dürfen allerdings durch das Gebrauchmachen von diesem Ausnahmeverbehalt auch nicht ansatzweise in Frage gestellt werden. **100**

128 EuGH v. 29. 4. 2004 – Rs. C-418/01 *IMS Health*, Slg. 2004, I-5039.

Kapitel 6

Gegenseitigkeitsverträge von Verwertungsgesellschaften im Binnenmarkt*

– Die Leistungsschutzrechte der Tonträgerhersteller als Testfall (*Simulcasting*) –

Inhaltsübersicht	Rn.
I. Die Wahrnehmung der Rechte der Tonträgerhersteller an Tonträgern im Internet . . .	3–5
II. Musiklizenzen Online – Ein Experiment	6–12
III. Gegenseitigkeitsverträge	13–21
IV. Die Trennung von Lizenzgebühr und Verwaltungsgebühr	22–46
1. Relevante Märkte und relevante Verträge	26–28
2. Entscheidungsbefugnisse der Kommission im Freistellungsverfahren	29–34
3. Die unterlassene Trennung von Lizenz- und Verwaltungsgebühr	35–39
4. Kosten und Preise	40–46

- 1 Die EG-Kommission will die Organisation und Praxis urheberrechtlicher Verwertungsgesellschaften an die Erfordernisse des Binnenmarktes anpassen.¹ Dazu gehört die **Überprüfung der Gegenseitigkeitsverträge**, durch die sich Verwertungsgesellschaften ihre Rechte zur Wahrnehmung in ihren jeweiligen Tätigkeitsbereichen übertragen. Die Kommission hält die Neubewertung für notwendig, um den durch das Internet und die Digitaltechnik veränderten Bedingungen der Wahrnehmung und Kontrolle von Urheberrechten Rechnung zu tragen. Für die neue wettbewerbsrechtliche Beurteilung der kollektiven Wahrnehmung von Urheberrechten beruft sich die Kommission u.a. auf ihre Entscheidung *Simulcasting*.²
- 2 Die Entscheidung stellt eine neue Art von Gegenseitigkeitsverträgen der Verwertungsgesellschaften der europäischen Tonträgerhersteller nach Art. 81 Abs. 3 von dem Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG frei. Gegenstand der Verträge ist die gegenseitige Wahrnehmung der auf die Verwertungsgesellschaften der Tonträgerhersteller zur Wahrnehmung übertragenen Leistungsschutzrechte im Verhältnis zu Sendeanstalten im

* Der Beitrag beruht auf einer Untersuchung des Verfassers, die zuerst in WuW 2004, 754–769 veröffentlicht wurde.

1 Mitteilung der Kommission v. 16. 4. 2004 an den Rat, das Europäische Parlament und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuß: Die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten im Binnenmarkt, KOM(2004) 261 endg., im Folgenden zitiert als Mitteilung Verwertungsgesellschaften.

2 Kommission v. 8. 10. 2002, ABl. 2003 L 107/58 – IFPL./Simulcasting.

I. Die Wahrnehmung der Rechte der Tonträgerhersteller an Tonträgern im Internet

Internet, den sog. *Simulcastern*. Danach soll jede der beteiligten Gesellschaften berechtigt sein, das Gesamtrepertoire dieser Gesellschaften mit Wirkung für den europäischen Wirtschaftsraum an Nutzer zu lizenzieren (*One-Stop-Shop*). Die Kommission folgert aus ihrer Entscheidung, daß die traditionelle territoriale Begrenzung der Wahrnehmung von Urheberrechten durch Verwertungsgesellschaften unter den neuen Bedingungen der Digitaltechnik überholt sei.³ Die Praxis der Verwertungsgesellschaften könne so ausgestaltet werden, daß die Nutzer (*Simulcaster*) die Wahl hätten, von welcher Verwertungsgesellschaft im europäischen Wirtschaftsraum sie eine Gesamtlizenz für die Repertoires aller beteiligten Gesellschaften für den gesamten europäischen Wirtschaftsraum erwerben könnten.⁴ Zu prüfen ist, ob die von den Verwertungsgesellschaften der Tonträgerhersteller in Aussicht genommenen und von der Kommission gebilligten oder geforderten Regelungen allgemein wichtige gemeinschaftsrechtliche Maßstäbe für die kollektive Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten erkennen lassen. Die Kommission fügt den Sachverhalt der Entscheidung *Simulcasting* in einen technischen und rechtlichen Zusammenhang ein, der vorab darzustellen ist.

I. Die Wahrnehmung der Rechte der Tonträgerhersteller an Tonträgern im Internet

Das Internet hat die Bedingungen, unter denen die Tonträgerindustrie ihr Produkt – den Tonträger – vermarktet und vor unberechtigtem Eingriffen schützen kann, grundlegend verändert. Der unbefugte Zugriff richtet sich nicht mehr nur auf das Endprodukt, den Tonträger („Raubkopien“): Das Internet ermöglicht es, die auf Tonträger aufgenommene Musik ohne Träger im Ganzen oder getrennt nach einzelnen Titeln zu komprimieren, zu speichern, zu übermitteln, abzurufen, abzuhören oder erneut aufzuzeichnen. Urheber, Verwertungsgesellschaften, Musikverlage und Tonträgerhersteller haben die **unerlaubte Nutzung ihrer Produkte im Internet** von Anfang an nachhaltig bekämpft. Der Fall *Napster* ist repräsentativ für den Kampf gegen unbefugte Nutzung von Urheberrechten und Leistungsschutzrechten im Internet.⁵ Die Ausbreitung immer neuer Formen des unentgeltlichen Zugriffs auf geschützte Tonträger war damit jedoch nicht beendet.⁶ Es war deshalb unerlässlich, den Teilnehmern des Internet Möglichkeiten zur rechtmäßigen und entgeltlichen Nutzung urheberrechtlich geschützter Musik anzubieten. Das **Internet war als ein neuer Vertriebsweg** für das entgeltliche Angebot neuer Produkte (*streaming, downloading, burning*) zu nutzen. Zu diesem Zweck gründeten die großen Tonträgerhersteller in den USA zwei

3 Zusammenfassende Stellungnahme der Kommission zur Bedeutung der Entscheidung im 22. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2002, Rn. 146–150.

4 Mitteilung Verwertungsgesellschaften, sub 3.4.

5 *A & M Records Inc. v. Napster Inc.*, 239 N. 3d 1004 (9th Cir. 2001).

6 Überblick über die Entwicklung in den USA bei *First*, *Online Music Joint Ventures: Taken for a Song*.

Portale⁷, welche die Produkte der Mutterunternehmen im Internet vertreiben. Die Antitrust-Behörden prüften unter anderem, ob die Tonträgerindustrie damit den Zweck verfolgte, die Entwicklung eines Musikmarktes im Internet zu behindern, um ihre tradierte starke Stellung auf dem oligopolistischen Tonträgermarkt zu stabilisieren. Diese Bedenken erwiesen sich jedoch angesichts der Entwicklung der neuen Märkte als unbegründet.⁸

- 4 Eine Voraussetzung für die wirksame Wahrnehmung der Leistungsschutzrechte im Internet war deren rechtliche Anpassung an die neue technische Umwelt. Das ist in den letzten Jahren weltweit geschehen. Das **Schutzrecht der Hersteller von Tonträgern** wurde im Grundsatz als echtes Ausschließlichkeitsrecht ausgestaltet und auf das der digitalen Technik angepaßte Recht der öffentlichen Wiedergabe und des Senderechts erstreckt.⁹ Der WPPT trat mit der Ratifizierung durch die Europäische Union und die Bundesrepublik am 20. Mai 2001 in Kraft.¹⁰
- 5 In Deutschland gewährten die §§ 85, 86 UrhG a. F. den Herstellern von Tonträgern nur ein Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht, aber kein Recht der öffentlichen Wiedergabe und kein Senderecht.¹¹ Das am 13. Dezember 2003 in Kraft getretene **Gesetz über die Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft**¹² hat die für die Verwertungsrechte der Hersteller von Tonträgern geltenden Vorschriften in § 85 UrhG neu gefaßt. Der deutsche Gesetzgeber hat damit die Richtlinie 2001/29 EG vom 22. Mai 2001¹³ in deutsches Recht umgesetzt. Artikel 3 Abs. 2 der Richtlinie begründet für die Tonträgerhersteller in bezug auf ihre Tonträger das ausschließliche Recht, zu erlauben oder zu verbieten, daß die Tonträger drahtgebunden oder drahtlos in einer Weise der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, daß sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind. Entsprechend begründet § 85 Abs. 1 UrhG das Recht, den Tonträger öffentlich zugänglich zu machen. Das Recht ist übertragbar und kann nach den für Urheberrechte geltenden Regeln lizenziert werden (§ 85 Abs. 2 UrhG). Von dieser Möglichkeit machen die am Freistellungsverfahren *Simulcasting* beteiligten Verwertungsgesellschaften in der im Folgenden darzustellenden Weise Gebrauch.

7 Musicnet und Pressplay.

8 Department of Justice, Antitrust Division: Statement Regarding the Closing of its Investigation into The Major Record Labels' Pressplay and MusicNet Joint Ventures, issued December 23, 2003, http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2003/201946.htm.

9 Zuerst der unter der Herrschaft der WIPO verhandelte WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT).

10 Siehe dazu *Dünnwald*, ZUM 2004, 161; zur Entwicklung *Kreile*, ZUM 1996, 964–966. In den USA gilt für die Rechte am Tonträger der Digital Performance Right in Sound Recordings Act (DPR), Public Law 104-39; Ergänzt durch den Digital Millennium Copyright Act (DMCA), 17 USC § 106–114.

11 Zur Rechtsentwicklung *Schricker-Vogel*, § 85 UrhG Rn. 1–9.

12 Gesetz v. 10. 9. 2003, BGBl. I 1774; Überblick bei *Lamberl/Schwipps*, GRUR 2004, 293–300; auch *Dünnwald*, ZUM 2004, 161–181.

13 ABl. 2001 L 167/70.