



Prof. Dr. Josef Drexl,
LL.M. (Berkeley)
Direktor

Tel.: +49 89 24246-434
Fax: +49 89 24246-507
josef.drexl@ip.mpg.de

München, den 14. August 2015

Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Innovation und Wettbewerb*

zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 9. Juni 2015 für ein Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten durch Verwertungsgesellschaften (Verwertungsgesellschaftengesetz – VGG)

Das Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb ist ein Forschungsinstitut der Max-Planck-Gesellschaft. Seine primäre Aufgabe ist die Grundlagenforschung zu rechtlichen und ökonomischen Fragestellungen im Bereich des Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechts. Das Institut berät regelmäßig Regierungen und Parlamente auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene. Nachfolgend nimmt das Institut Stellung zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 9. Juni 2015 für ein neues Verwertungsgesellschaftengesetz (nachfolgend: VGG-E).

- 1 Anlass für den Referentenentwurf ist die Umsetzung der EU-Richtlinie 2014/26/EU vom 26. Februar 2014 über die kollektive Rechtewahrnehmung (nachfolgend VG-RL).¹ Die Umsetzung in das nationale Recht hat gemäß Art. 43 Abs. 1 VG-RL bis zum 10. April 2016 zu erfolgen. Jedoch beschränkt sich der Entwurf des Ministeriums keineswegs auf diese Umsetzung. Vielmehr nimmt das Ministerium die Richtlinie zum Anlass, eine grundsätzliche Neuord-

* Verfasst von Josef Drexl (Direktor des Instituts). Die Stellungnahme wird unterstützt durch Reto M. Hilty (Direktor des Instituts) sowie Sylvie Nérison (Referentin des Instituts).

¹ Richtlinie 2014/26/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die kollektive Rechtewahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten und die Vergabe von Mehrgebietslizenzen für Rechte an Musikwerken für die Online-Nutzung im Binnenmarkt, ABl. EU 2014 L 84, S. 72.

nung des Systems der kollektiven Rechtswahrnehmung vorzuschlagen. Im Zuge dieser Gesetzgebung soll das Urheberrechtswahrnehmungsgesetz (UrhWG) aus dem Jahre 1965 durch ein neues VGG zu ersetzen werden. Das Institut begrüßt diesen Ansatz.

- 2 Diese Stellungnahme kann nicht auf alle Vorschriften des umfassenden Entwurfs eingehen. Sie besteht aus zwei Teilen. In einem ersten Teil wird grundlegend auf die grenzüberschreitende Anwendung des zukünftigen VGG eingegangen (unten I.). Im zweiten Teil wird bestehender Änderungsbedarf bei einzelnen Vorschriften des VGG-E diskutiert (unten II.).

I. Die grenzüberschreitende Anwendbarkeit des neuen VGG

- 3 § 1 VGG-E regelt den Anwendungsbereich nur in sachlicher Hinsicht. Zur grenzüberschreitenden Anwendbarkeit finden sich nur vereinzelt Hinweise. Anders als im bisherigen § 1 Abs. 1 UrhWG fehlt insbesondere eine allgemeine Beschränkung der Anwendbarkeit auf die Wahrnehmung von Rechten nach dem Urheberrechtsgesetz. Nur einzelne Vorschriften enthalten eine entsprechende Beschränkung (so z.B. in Bezug auf die Erlaubnispflicht nach § 77 Abs. 1 VGG-E). Damit ist davon auszugehen, dass das neue VGG im Grundsatz auch die Wahrnehmung von Rechten nach ausländischem Urheberrecht erfassen soll.² Zu diesem weiten Ansatz ist der deutsche Gesetzgeber im Lichte der Vorgaben der VG-RL verpflichtet. Die dort enthaltenen Bestimmungen, die durch die Mitgliedstaaten in Bezug auf die Regelung der Rechtswahrnehmung durch Verwertungsgesellschaften umzusetzen sind, beschränken sich gerade nicht auf die Wahrnehmung nur der Rechte, die sich aus dem nationalen Urheberrecht ergeben.
- 4 Auch im Lichte jener Vorschriften, die punktuell grenzüberschreitende Sachverhalte ansprechen, wird nicht ausreichend deutlich, welchen übergeordneten Prinzipien der Entwurf verpflichtet ist. Diesbezüglich besteht Nachbesserungsbedarf. Wird schließlich die grenzüberschreitende Anwendung des Gesetzes nicht weiter präzisiert, läuft das Gesetz Gefahr, gegen die Vorgaben der Richtlinie zu verstoßen, weil nämlich u.U. Sachverhalte erfasst werden, die nach der Richtlinie nicht geregelt werden dürfen. Aber auch darüber hinausgehend ist zu klären, ob der Anwendungsbereich nicht möglicherweise in Bezug auf Drittstaaten zu weit gezogen wird. Schließlich sind im Sinne der Rechtssicherheit weitere Vorschriften erforderlich, um Gesetzesanwendung im grenzüberschreitenden Bereich zu erleichtern. Diese Vorschriften sollen in diesem Teil der Stellungnahme entwickelt werden.

² Bestätigt wird dies durch die Begründung zu § 2 VGG-E.

- 5 Der deutsche Gesetzgeber steht bei der Abgrenzung des grenzüberschreitenden Anwendungsbereichs vor einer schwierigen Aufgabe. Dies liegt zum einen daran, dass das EU-Recht keineswegs mit letzter Klarheit regelt, inwieweit der nationale Gesetzgeber die Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften aus anderen EU-Mitgliedstaaten sowie Staaten des EWR³ auf deutschem Territorium noch regeln darf. Schließlich geht es auch um die Frage, ob der Entwurf die Tätigkeit deutscher Gesellschaften in anderen EU-Mitgliedstaaten ausreichend erfasst, wo dies aufgrund des europäischen Richtlinienrechts geboten ist. Zum anderen wird die Aufgabenstellung dadurch erschwert, dass die VG-RL einen primär verwaltungs- und aufsichtsrechtlichen Ansatz verfolgt. Das deutsche Wahrnehmungsrecht zeichnet sich aber durch eine Durchmischung von zivil- und öffentlich-rechtlichen Elementen aus. So können Verstöße gegen primär zivilrechtliche Vorschriften, wie zum Wahrnehmungs- und Abschlusszwang, durch verwaltungsrechtliche Sanktionen geahndet werden. Die zivilrechtliche Dimension des Wahrnehmungsrechts führt zur Frage des Verhältnisses der VG-RL zum Internationalen Privatrecht. Ob die VG-RL auch Änderungen des Kollisionsrechts vorschreibt, ist keineswegs klar und ist daher im Folgenden zu erörtern. Soweit schließlich Spielraum für den deutschen Gesetzgeber im Hinblick auf die Anwendung des Gesetzes auf ausländische Verwertungsgesellschaften, insbes. auch aus anderen EU-Mitgliedsstaaten, besteht, stellt sich die weitere Frage, ob und in welcher Weise der deutsche Gesetzgeber diesen Spielraum nutzen sollte.
- 6 Die folgende Analyse geht in mehreren Stufen vor. Zunächst sind die europäischen Vorgaben zu ermitteln. Als Richtlinie zur Förderung des Binnenmarktes⁴ soll die VG-RL der Verwirklichung der Grundfreiheiten in Bezug auf die Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften, die in der EU niedergelassen sind, dienen. Hierauf nimmt die Richtlinie ausdrücklich Bezug, indem sie für die beiden Arten der Dienstleistungserbringung durch Verwertungsgesellschaften, nämlich (1.) für die Wahrnehmung von Rechten der in anderen Mitgliedstaaten wohnhaften oder ansässigen Rechtsinhaber (im Folgenden: Wahrnehmungsdienstleistung) und (2.) für die Vergabe von Lizenzen an in anderen Mitgliedstaaten wohnhafte oder ansässige Nutzer (im Folgenden: Lizenzdienstleistungen) in den Genuss der Grundfreiheiten des AEUV, insbesondere also der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV), kommen soll.⁵ Nachfolgend wird deshalb in einer ersten Stufe zunächst die Anwendung von Art. 56 AEUV unter Berücksichtigung der Dienstleistungsrichtlinie dargestellt (unten 1.) und sodann die einge-

³ Im Folgenden wird aus Gründen der Einfachheit stets nur von den EU-Mitgliedstaaten gesprochen, obwohl die Richtlinie auch im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten des EWR (Norwegen, Island, Liechtenstein) Geltung beansprucht.

⁴ Siehe Erwägungsgrund 1 VG-RL.

⁵ Dass es sich in beiden Fällen um Dienstleistungen i.S. der Dienstleistungsfreiheit des europäischen Rechts handelt, hat der EuGH erst kürzlich bestätigt. Siehe EuGH v. 27. Februar 2014, Rs. C-351/12, OSA, EU:C:2014:110, Rn. 60 f.

tretenen Veränderungen durch die VG-RL erörtert (unten 2.). Außerdem ist zu klären, inwieweit das europäische Recht auch die Anwendung privatrechtlicher Regeln erfasst und eventuell Einfluss nimmt auf das Internationale Privatrecht (unten 3.). Diese Analyse dient der Bestimmung des Spielraums für den nationalen Gesetzgeber, innerhalb dessen dieser autonom ein grenzüberschreitendes Regelungskonzept entwickeln kann. Entsprechend sind Regelungen vorzuschlagen, die dieses Regelungskonzept umsetzen (unten 4.).

1. Die Dienstleistungsfreiheit von Verwertungsgesellschaften im System des Art. 56 AEUV, insbesondere im Lichte der OSA-Entscheidung des EuGH

- 7 Das System der Dienstleistungsfreiheit ist in Europa zweistufig geregelt. Art. 56 AEUV schafft die primärrechtliche Grundlage. Die Vorschrift erlaubt die Rechtfertigung von Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs durch den nationalen Gesetzgeber im Lichte zwingender Gründe des Allgemeininteresses. Zu diesen Gründen gehört auch der Schutz des Urheberrechts.⁶
- 8 Lange war umstritten, ob die Dienstleistungen der Verwertungsgesellschaften über Art. 16 der Dienstleistungs-RL⁷ liberalisiert werden, mit der Folge, dass die Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten nicht mehr unter Berufung auf das Urheberrecht als zwingendem Grund des Allgemeininteresses einer zusätzlichen Kontrolle unterworfen werden dürfte.⁸ Ungewissheit bestand vor allem im Hinblick auf die Bedeutung des Ausnahmetatbestandes des Art. 17 Nr. 11 Dienstleistungs-RL, wonach Art. 16 keine Anwendung finden soll auf Urheberrechte und verwandte Schutzrechte. Seit der OSA-Entscheidung des EuGH, die zeitlich mit der Annahme der VG-RL durch den europäischen Gesetzgeber zusammenfiel, ist diese Frage geklärt. Der EuGH bezieht den Ausnahmetatbestand des Art. 17 Nr. 11 Dienstleistungs-RL gerade auch auf die grenzüberschreitenden Dienstleistungen der Verwertungsgesellschaft und begründet dies damit, dass nur Dienstleistungen vom Anwendungsbereich des Art. 16 ausgenommen werden können.⁹

⁶ Grundlegend, EuGH v. 18. März 1989, Rs. C-62/7, Coditel gegen Ciné Vog („Coditel I“), EU:C:1980:84, Slg. 1980, I-881, Rn. 15; v. 4. Oktober 2011, Verb. Rs. C-403/08 und 429/08, Football Association Premier League und Murphy, EU:C:2011:631, Slg. 2011, I-9083, Rn. 93 f.; sowie jüngst der EuGH in der OSA-Entscheidung (Fn. 5), Rn. 71.

⁷ Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. EU 2006 L 376, S. 36.

⁸ Art. 16 Abs. 1 UAbs. 3 b) Dienstleistungs-RL erlaubt nur noch eine Rechtfertigung aus Gründen der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Gesundheit oder des Schutzes der Umwelt.

⁹ EuGH (Fn. 5), Rn. 65. Im Ergebnis schon ebenso die Stellungnahme des MPI zum Vorschlag der Kommission für die VG-RL. Siehe Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law on the Proposal of the European Parliament and of the Council on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online uses in the internal market, 17. Januar 2013, Rn. 20,

- 9 Damit war geklärt, dass der Fall, der dem EuGH in OSA vorlag, nach den primärrechtlichen Grundsätzen des Art. 56 AEUV zu prüfen war.¹⁰ In dem tschechischen Vorlageverfahren bejahte der EuGH die Vereinbarkeit eines gesetzlichen Verwertungsmonopols mit der Dienstleistungsfreiheit.¹¹ Dabei sah der EuGH das gesetzliche Monopol einer Verwertungsgesellschaft zum Schutze des Urheberrechts nicht nur als geeignet an,¹² sondern bejahte auch dessen Erforderlichkeit. Dabei stützte sich der Gerichtshof wesentlich auf den territorialen Charakter des Urheberrechts, das System der zwischen den nationalen Verwertungsgesellschaften geschlossenen Gegenseitigkeitsverträge sowie vor allem die Erwägung, dass es zu erheblichen Problemen bei der Kontrolle der Nutzung der Rechte sowie der Erhebung von Gebühren kommen würde, wenn dem Nutzer erlaubt würde, für die Erteilung der Lizenz oder der Erhebung der Gebühren eine beliebige in der Union niedergelassene Verwertungsgesellschaft zu wählen.¹³
- 10 Diese Rechtfertigungsprüfung der OSA-Entscheidung verdient auch für das deutsche Wahrnehmungsrecht Beachtung. Auch wenn im Zuge der Reformdebatte in Deutschland nicht die Forderung nach Einführung eines gesetzlichen Monopols im Raume steht, zeigt die Entscheidung doch, dass der EuGH gegenüber der Rechtfertigung von Maßnahmen des Lizenzstaates im Lichte des Urheberrechts sehr großzügig ist.¹⁴
- 11 Freilich muss für die gegenwärtige Reformdebatte in Deutschland auch der in mehrerer Hinsicht beschränkte Anwendungsbereich der OSA-Entscheidung zur Kenntnis genommen werden. Zum einen war nur über die Anwendung von Art. 56 AEUV auf Lizenzdienstleistungen von Verwertungsgesellschaften zu ent-

http://www.ip.mpg.de/fileadmin/templates/pdf/Max_Planck_Comments_Collective_Rights_Management_01.pdf (abgerufen am 13. August 2015). Zur OSA-Entscheidung siehe auch *Drexl*, Collective Management of Copyrights and the EU Principle of Free Movement of Services after the OSA Judgment – In Favour of a More Balanced Approach, in: Purnhagen/Rott (Hrsg.), *Varieties of European Economic Law and Regulation – Liber Amicorum for Hanns Micklitz*, 2014, S. 459.

¹⁰ EuGH (Fn. 5), Rn. 67 ff.

¹¹ EuGH (Fn. 5), Rn. 79.

¹² EuGH (Fn. 5), Rn. 72.

¹³ EuGH (Fn. 5), Rn. 73-78.

¹⁴ Der EuGH erwägt an keiner Stelle, ob weniger einschneidende Maßnahmen ausreichend sein könnten. Dagegen hat GA Sharpston durchaus auf die vor dem EuGH vorgebrachten Gegenargumente reagiert. Vor allem wurde vorgebracht, dass in Staaten, die kein gesetzliches Monopol vorsehen, keine Zersplitterung des Repertoires zu beobachten sei. Dem hält die Generalanwältin entgegen, dass nicht auszuschließen sei, dass in Staaten mit gesetzlichem Monopol dieses einen wichtigen Beitrag zur Vermeidung einer Zersplitterung des Repertoires leiste. Entsprechend kommt sie wie später der EuGH zum Schluss, dass das gesetzliche Monopol gerechtfertigt sei. Siehe GA Sharpston v. 14. November 2013, Rs. C-351/12, OSA, EU:C:2013:749, Rn. 78-82.

scheiden. Dagegen lassen sich der Entscheidung keine Rückschlüsse auf die Kontrolle von in anderen Mitgliedstaaten niedergelassene Verwertungsgesellschaften entnehmen, die Wahrnehmungsdienstleistungen an inländische Rechteinhaber erbringen. Schließlich bezieht sich der EuGH bei seiner Rechtsfertigungsprüfung ausdrücklich auf die Konstellation des Ausgangsfalles.¹⁵ Bei diesem ging es um die Weitersendung von Rundfunk- und Fernsehprogrammen durch den Betreiber von Kureinrichtungen. Damit war insbesondere die grenzüberschreitende Online-Zugänglichmachung von Werken nicht Gegenstand des Verfahrens. Vor allem ist aber zur Kenntnis zu nehmen, dass für die OSA-Entscheidung die VG-Richtlinie noch nicht zu berücksichtigen war. Deshalb ist es besonders bedeutsam, dass der EuGH seine zentralen Ausführungen auf den „gegenwärtigen Stand des Unionsrechts“ beschränkte.¹⁶ Noch deutlicher wurde die Generalanwältin in ihrem Schlussantrag. GA Sharpston sah das gesetzliche Monopol gerade deshalb als gerechtfertigt an, weil es noch keinen unionsrechtlichen Rahmen zur gleichzeitigen Gewährleistung der Dienstleistungsfreiheit und der Funktionsfähigkeit der Verwaltung der Lizenzvergabe und Gebühreneinzahlung gab. Dabei berief sie sich ausdrücklich auf die Begründung des Richtlinienvorschlages durch die Kommission, wonach ein Tätigwerden der Kommission gerade zur Behebung von Problemen erforderlich sei.¹⁷

2. Änderungen durch die VG-Richtlinie

- 12 Damit stellt sich die Frage, ob die VG-RL die grenzüberschreitende Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften nicht grundsätzlich anders regelt¹⁸ und den Mitgliedstaaten entgegen der OSA-Entscheidung die Befugnis zur Regelung der Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten im Inland nun sogar vollständig untersagt.
- 13 Zu erörtern ist damit, ob die VG-RL nicht zu einer Liberalisierung führt, die gerade jener nach Art. 16 Dienstleistungsrichtlinie entspricht. Diesbezüglich sind jedoch Zweifel angebracht. Weder finden sich in der VG-RL Bestimmungen, die jenen des Art. 16 Dienstleistungs-RL entsprechen, noch wird in der VG-RL Bezug genommen auf die Geltung des Art. 16 Dienstleistungs-RL. Letzteres ergibt sich auch nicht aus Erwägungsgrund 4 der Richtlinie, der als Ziel die Verwirklichung der „in den Verträgen verankerten Freiheiten“ in Bezug auf die Wahrnehmungs- und Lizenzdienstleistungen zugunsten der Verwertungsgesellschaften innerhalb der EU formuliert.¹⁹ Dort wird gerade nicht aus-

¹⁵ Siehe EuGH (Fn. 5), Rn. 67.

¹⁶ EuGH (Fn. 5), Rn. 76 und 77.

¹⁷ GA Sharpston (Fn. 14), Rn. 81.

¹⁸ Diese Frage wird auch angesprochen, aber letztlich nicht entschieden, bei *Peifer*, Umsetzung der EU-Richtlinie für Verwertungsgesellschaften in deutsches Recht – Umsetzungsbedarf aus wissenschaftlicher Sicht, ZUM 2014, 453, 458.

¹⁹ Siehe dazu schon oben bei Fn. 4.

geführt, dass diese Gewährleistung entsprechend den Regeln des Art. 16 Dienstleistungsrichtlinie gestaltet sein soll.

14 Die Gründe für diese Unklarheiten sind in der Geschichte des Erlasses der Richtlinie zu finden. Die Kommission hat sich schon kurz nach Erlass der Dienstleistungsrichtlinie auf den Standpunkt gestellt, dass Art. 16 Dienstleistungsrichtlinie auch für die Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften im Binnenmarkt gelte.²⁰ Entsprechend wurde im Erwägungsgrund 3 des Kommissionsvorschlages für die VG-Richtlinie ausdrücklich zum Ausdruck gebracht, dass Verwertungsgesellschaften den nationalen Vorschriften unterliegen, die in Umsetzung der Dienstleistungs-RL erlassen wurden.²¹ Noch konkreter äußerte sich das Impact Assessment-Papier zum Kommissionsvorschlag für die VG-RL. Dort wurde ausdrücklich von der Anwendung des Art. 16 Dienstleistungs-RL ausgegangen. Danach sei es Mitgliedstaaten nicht mehr erlaubt, die Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften, die in anderen Mitgliedstaaten niedergelassen sind, von einer Erlaubnis oder gar einer Niederlassungspflicht abhängig zu machen.²² Im Gesetzgebungsverfahren war jedoch die Frage, ob Art. 16 der Dienstleistungs-RL Anwendung findet und vor allem Anwendung finden sollte umstritten. Tatsächlich wäre es wohl sogar möglich gewesen, ohne Änderung der Dienstleistungs-RL eine Sonderregelung für den Bereich der kollektiven Rechtewahrnehmung zu schaffen, der gemäß Art. 3 Abs. 1 Dienstleistungsrichtlinie der Vorrang gebührt hätte.²³ Die Kommission beharrte jedoch weiter auf ihrer Position. Die kritische Diskussion führte schließlich dazu, dass im Erwägungsgrund 4 die Bezugnahme auf die Geltung der Dienstleistungs-RL nicht mehr auftaucht. Die Verneinung der Anwendbarkeit des Art. 16 Dienstleistungs-RL durch den EuGH erfolgte unmittelbar nach der endgültigen Annahme der Richtlinie durch den europäischen Gesetzgeber und konnte so im Gesetzgebungsverfahren nicht mehr berücksichtigt werden. Damit lässt sich feststellen, dass der Richtlinien-Vorschlag von der Kommission unter der irri- gen Annahme der Geltung von Art. 16 Dienstleistungs-RL formuliert wurde, die verschiedenen Institutionen sich aber keineswegs in dieser Frage einig waren. Mithin bleibt nichts anderes übrig, als die Freiheit des deutschen Gesetz-

²⁰ Siehe Europäische Kommission, Handbuch zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, 2007, S. 49.

²¹ Vorschlag der Kommission vom 11. Juli 2012 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über kollektive Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten und die Vergabe von Mehrgebietslizenzen für die Online-Nutzung von Rechten an Musikwerken im Binnenmarkt, COM(2012) 372 final.

²² Commission Staff Working Document, Impact Assessment, 11. Juli 2012, SWD(2012) 204 final, S. 11 Fn. 43.

²³ Auf dieser Linie schlug auch die GRUR vor, in der VG-RL klarzustellen, dass Art. 16 Dienstleistungs-RL keine Anwendung findet. Siehe *GRUR*, Stellungnahme zum Vorschlag einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die kollektive Rechtewahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten und die Vergabe von Mehrgebietslizenzen für die Online-Nutzung von Rechten an Musikwerken im Binnenmarkt, *GRUR* 2013, 155 (156).

gebers, das Handeln von Verwertungsgesellschaften, die in anderen Mitgliedstaaten niedergelassen sind, ausschließlich im Lichte der Bestimmungen der VG-Richtlinie zu bestimmen.

- 15 Diese Vorschriften ergeben letztlich kein eindeutiges Bild. Von Relevanz sind vor allem Art. 36 und 37 VG-RL. Art. 36 Abs. 1 verpflichtet zunächst die Mitgliedstaaten dazu, die Einhaltung der nationalen Vorschriften durch die Verwertungsgesellschaften, die in ihrem Hoheitsgebiet ansässig sind, durch ihre Behörden zu überwachen. Diese Konzentration auf die Kontrolle durch die Behörden des Sitzstaates findet eine Bestätigung in Art. 37 Abs. 2 VG-RL. Danach kann die Behörde eines anderen Staates, wenn sie der Auffassung ist, dass ein Verstoß gegen das Recht des Sitzstaates vorliegt, auf eigene Initiative Informationen an die Behörde des Sitzstaates richten und diese zum Ergreifen geeigneter Maßnahmen auffordern. Damit verfolgt die VG-RL eine Konzentration der Kontrolle von Verwertungsgesellschaften auf das Recht und die Behörden des Sitzstaates. Entsprechend wird auch im Schrifttum gefolgert, Art. 36 Abs. 1 und Art. 37 Abs. 2 VG-RL gingen von einer umfassenden Geltung des Grundsatzes des Sitzstaates aus und verbieten vor allem dem Lizenzstaat jegliche weitere Regelung und Kontrolle.²⁴
- 16 Diesen Vorschriften fehlt aber eine ausdrückliche Aussage dahin gehend, dass den Mitgliedstaaten die Regelung der inländischen Betätigung einer Verwertungsgesellschaft mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat generell verboten ist.²⁵ Anders als nach Art. 16 Dienstleistungs-RL wird dem Tätigkeitsstaat gerade nicht die zusätzliche Kontrolle untersagt. In entsprechender Weise besteht ein deutlicher Kontrast zu anderen Richtlinien, in denen der europäische Gesetzgeber ebenfalls eine Umsetzungs- und Kontrollpflicht des Sitzstaates statuiert, aber gleichzeitig eine zweite Kontrolle durch den Empfangsstaat explizit ausschließt.²⁶

²⁴ So *Staats*, Umsetzung der EU-Richtlinie für Verwertungsgesellschaften in deutsches Recht – Umsetzungsbedarf aus der Sicht der VG Wort, ZUM 2014, 470, 472.

²⁵ Dies scheint auch *Staats* (Fn. 24), 472 f., nicht anders zu sehen, soweit er der OSA-Entscheidung sogar den Spielraum entnehmen möchte, gewisse Tätigkeiten, die Verwaltung von verwertungsgesellschaftspflichtigen Rechten im Inland ansässigen Gesellschaften vorzubehalten.

²⁶ Siehe vor allem die Regelung des Herkunftslandprinzips in Art. 3 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABl. EU 2000 L 178, S. 1; ebenso die Regelung des Sendelandprinzips in Art. 2 und 3 Abs. 1 der Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste („Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste“) (kodifizierte Fassung), ABl. EU 2010 L 95, S. 1.

17 Auch steht einer zusätzlichen Kontrolle durch den Tätigkeitsstaat nicht notwendig Erwägungsgrund 9 der Richtlinie entgegen. Nach diesem Erwägungsgrund verfolgt Teil II, der das Verhältnis der Verwertungsgesellschaften zu den Rechteinhabern und zu den Nutzern regelt, lediglich eine Mindestharmonisierung. Mitgliedstaaten ist es danach erlaubt, „für die in ihrem Hoheitsgebiet ansässigen Organisationen für die kollektive Rechtewahrnehmung“ strengere Vorschriften vorzusehen. Dies schließt jedenfalls dem Wortlaut nach nicht aus, dass Mitgliedstaaten, in denen Verwertungsgesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten tätig werden, ihr Recht zur Anwendung bringen, solange dieses Recht nicht über die Anforderungen der Richtlinie hinausgeht. Dass dies bis zu einem gewissen Grade auch tatsächlich möglich ist und sein sollte, zeigt ein Blick auf das Verhältnis der Richtlinie zum Internationalen Privatrecht sowie eine wertende Betrachtung.

3. Verhältnis der Richtlinie zum Internationalen Privatrecht

18 Das geltende deutsche Wahrnehmungsrecht auf der Grundlage des UrhWG kennt zahlreiche Vorschriften von privatrechtlicher Bedeutung. Zentral sind insoweit der Wahrnehmungszwang nach § 6 UrhWG sowie der Abschlusszwang nach § 11 UrhWG. Beide Vorschriften begründen einen unmittelbaren Anspruch des Rechteinhabers bzw. des Lizenzpetenten auf Vertragsschluss (Kontrahierungszwang), der im Verweigerungsfall von den Anspruchsinhabern vor den Gerichten durchgesetzt werden kann.²⁷ Ebenso wirken die Grundsätze der Verteilung nach § 7 UrhWG unmittelbar auf das Privatrechtsverhältnis zwischen Verwertungsgesellschaft und Berechtigtem ein.²⁸ Die privatrechtliche Qualifikation dieser Vorschriften schließt nicht aus, dass auch die Aufsichtsbehörde bei ihrer Nichteinhaltung Maßnahmen ergreift. Die Aufsicht erstreckt sich grundsätzlich auf alle Verpflichtungen, die sich aus dem UrhWG ergeben. Die zivil- und verwaltungsrechtliche Durchsetzung stehen insoweit nebeneinander.

19 Hiervon unterscheidet sich die VG-RL nicht in grundsätzlicher Weise. Zwar ist zur Kenntnis zu nehmen, dass Art. 36 und 37 VG-RL lediglich die verwaltungsrechtliche Aufsicht durch nationale Behörden regelt. Daneben bestimmt die Richtlinie aber auch Rechte von Personen, die diesen unmittelbar gegenüber den Verwertungsgesellschaften zustehen. So statuiert Art. 5 Abs. 1 VG-RL eine Sicherstellungspflicht der Mitgliedstaaten bei der Verwirklichung der in den Absätzen 2 bis 8 niedergelegten „Rechte“ der Rechtsinhaber. Dieser Si-

²⁷ Siehe etwa BGH vom 13. Juni 2002, Az. I ZR 1/00, BGHZ 151, 92 = GRUR 2002,961 = ZUM 2002, 821 – Mischtonmeister.

²⁸ Das OLG München v. 17. Oktober 2013, Az. 6 U 2492/12, GRUR 2014, 272 – Verlegeranteil (noch nicht rechtskräftig) hat das Verbot der willkürlichen Verteilung über die AGB-Kontrolle in Bezug auf den Berechtigungsvertrag auch im Rechtsstreit zwischen dem Rechteinhaber und der Verwertungsgesellschaft berücksichtigt.

cherstellungspflicht können die Mitgliedstaaten wohl nur durch Einräumung von unmittelbaren Ansprüchen sowie Mitgliedschaftsrechten der Rechtsinhaber nachkommen. Entsprechend ist das Recht, sich die Verwertungsgesellschaft auszusuchen, die der Rechtsinhaber mit der Wahrnehmung seiner Rechte beauftragt, als zivilrechtlicher Wahrnehmungszwang im Einklang mit der bisherigen Konzeption des Art. 6 Abs. 1 UrhWG auszugestalten. Dem steht nicht entgegen, dass auch die Behörde des Sitzstaates verwaltungsrechtliche Maßnahmen gemäß Art. 36 Abs. 1 VG-RL treffen kann, sofern eine Gesellschaft ihre Kontrahierungspflicht verletzt. Entsprechendes gilt für die Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen der Verwertungsgesellschaft und den Nutzern (Art. 16 f. VG-RL). Auch wenn dort nicht von „Rechten“ des Nutzers gesprochen wird, entspricht gerade die zivilrechtliche Ausgestaltung mit Rechten und Pflichten am besten einer wirksamen Umsetzung der Sicherstellungspflicht durch die Mitgliedstaaten.

- 20 Die privatrechtliche Ausgestaltung führt im grenzüberschreitenden Bereich zur Frage des anwendbaren Rechts. In Hinblick darauf kann Art. 36 und 37 VG-RL gerade nichts entnommen werden, da dort nur die Überwachung der einschlägigen Vorschriften durch nationale Behörden geregelt wird, aber nicht die Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche durch die Zivilgerichte. Auch ansonsten finden sich in der Richtlinie keine Bestimmungen zum Internationalen Privatrecht. Im Gegenteil soll nach Erwägungsgrund 56 der VG-RL die Anwendung von Kollisionsnormen unberührt bleiben.
- 21 Damit scheint die VG-RL, was das Verhältnis zum Internationalen Privatrecht betrifft, der Konzeption der Dienstleistungs-RL zu folgen. Diese bestimmt in Art. 3(2) ausdrücklich, dass sie nicht die Regeln des Internationalen Privatrechts betrifft. Dies wird bestätigt durch Art. 17 Nr. 15 Dienstleistungs-RL, wonach die Bestimmungen über die vertraglichen und außervertraglichen Schuldverhältnisse vom Anwendungsbereich des Art. 16 ausgenommen sind. Entsprechend erklärt auch die Kommission, dass Art. 17 Abs. 15 dazu dient, die Anwendung der Regeln des Internationalen Privatrechts gegen die Anwendung des Art. 16 Dienstleistungs-RL abzusichern.²⁹ Die Anwendung des Art. 16 Dienstleistungs-RL bleibt damit auf das öffentliche Recht beschränkt.³⁰ Entsprechend kann auch Art. 36 und 37 VG-RL, die Art. 16 Dienstleistungs-RL mit der Festlegung eines Sitzlandprinzips am nächsten kommen, nur Geltung für das öffentliche Recht beanspruchen. Auch können Art. 36 keine Aussagen zur internationalen Zuständigkeit für die gerichtliche Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche, die sich aus dem Wahrnehmungsrecht ergeben, entnommen werden. Diese beurteilt sich ausschließlich nach der EuGVVO (Brüssel I-

²⁹ Europäische Kommission (Fn. 20), S. 17.

³⁰ Ibid., S. 18.

VO).³¹ Ebendies hat die Europäische Kommission in ihrem Handbuch zur Dienstleistungsrichtlinie auch für die Anwendung von Art. 16 Dienstleistungsrichtlinie klargestellt.³²

22 Schließlich erbringt die Analyse der Parallelproblematik bei der Anwendung des Herkunftslandprinzips nach Art. 3 Abs. 1 und 2 der RL über den elektronischen Geschäftsverkehr (kurz: E-Commerce-RL)³³ weitere Einsichten für das Verhältnis der VG-RL zum Internationalen Privatrecht. Für das Herkunftslandprinzip der E-Commerce-RL wurde von namhaften Stimmen im Schrifttum ein kollisionsrechtliches Verständnis gefordert, obwohl Art. 1 Abs. 4 E-Commerce-RL ausdrücklich klarstellt, dass die Richtlinie weder zusätzlichen Regeln des Internationalen Privatrechts schafft noch die internationale Zuständigkeit von Gerichten betrifft. In der Rechtssache *eDate und Martinez* hat der EuGH schließlich eine kollisionsrechtliche Bedeutung des Herkunftslandprinzips verneint.³⁴ Allerdings bewirkt diese Entscheidung nicht, dass das Herkunftslandprinzip im zivilrechtlichen Bereich wirkungslos bleibt. Vielmehr verneinte der EuGH lediglich die Erforderlichkeit einer kollisionsrechtlichen Umsetzung des Herkunftslandprinzips.³⁵ Sicherzustellen sei gleichwohl, dass der Dienstleistungsempfänger im Abrufstaat im Ergebnis nicht schlechter behandelt werde als im Niederlassungsstaat.³⁶ Dies bedeutet, dass im privatrechtlichen Bereich zunächst über das Internationale Privatrecht das anwendbare Recht zu ermitteln ist. Dies kann auch das Recht des Abrufstaates sein. Erst das Anwendungsergebnis unterliegt der Kontrolle des Herkunftslandprinzips. Soweit das anwendbare Recht des Herkunftsstaates strengere Vorschriften vorsieht als das Recht des Niederlassungsstaates, hat dessen Anwendung zu unterbleiben.

23 Diese Grundsätze lassen sich auf das Wahrnehmungsrecht und damit die Umsetzung der VG-RL übertragen. Danach ist der nationale Gesetzgeber grundsätzlich frei, und z.T. sogar verpflichtet, eine privatrechtliche Umsetzung zu wählen, d.h. zivilrechtliche Rechtspositionen der Beteiligten untereinander zu begründen, die mit zivilrechtlichen Mitteln durchgesetzt werden können. Die Frage, welche nationale Rechtsordnung insoweit zur Anwendung berufen ist,

³¹ **Verordnung (EU) Nr. 1215/2012** des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. EU 2012 L 351, S. 1.

³² Europäische Kommission (Fn. 20), S. 18.

³³ Siehe hierzu weiterführend *Drexl* in Münchener Kommentar zum BGB, Band 11, 6. Aufl. 2015, IntLautR Rn. 60 ff.

³⁴ EuGH v. 25. November 2011, Verb. Rs. C-509/09 und C-161/10, *eDate und Martinez*, EU:C:2011:685, Slg. 2011, I-10269, Rn. 60.

³⁵ *Ibid.*, Rn. 68.

³⁶ *Ibid.*, Rn. 67.

beurteilt sich nach den Bestimmungen des Internationalen Privatrechts des für den Rechtsstreit zuständigen Gerichts. Führt dieses zur Anwendung des Rechts des Mitgliedstaates, in dem eine Verwertungsgesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaates tätig wird, stellt sich die Frage, ob diese Anwendung europarechtlich kontrolliert werden kann. Hier ist zu sehen, dass in der VG-RL eine Vorschrift wie Art. 3 Abs. 2 E-Commerce-RL, die die Anwendung strengerer Maßstäbe als nach dem Recht des Niederlassungsstaates verbietet, nicht zu finden ist. Dennoch kann die Anwendung dieses nationalen Rechts zu einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit führen. Zu kontrollieren wäre diese ausschließlich nach den Grundsätzen des Art. 56 AEUV, was eine Rechtfertigung im Lichte aller relevanten zwingenden Gründe des Allgemeininteresses erlaubt.

- 24 Schließlich muss man sich Klarheit über die einschlägigen Kollisionsnormen verschaffen. Aus der Sicht der Umsetzungsaufgabe, vor der der deutsche Gesetzgeber steht, geht es um die Frage, welche Anknüpfungsregeln die Anwendung der zivilrechtsrelevanten Vorschriften des deutschen Wahrnehmungsrechts bestimmen. Das geltende deutsche UrhWG gilt, wie sich aus § 1 Abs. 1 UrhWG ergibt, nur für die Wahrnehmung von Rechten nach dem deutschen UrhG. Diese Vorschrift begründet aber keine Kollisionsnorm, sondern regelt lediglich den geografischen Anwendungsbereich des Gesetzes in Anschluss an den immaterialgüterrechtlichen Territorialitätsgrundsatz.³⁷ Zur Frage der sachlichen Anwendbarkeit des UrhWG kommt man allerdings nur, soweit man vorher die Anwendbarkeit deutschen Rechts kollisionsrechtlich feststellt. In den Blick zu nehmen sind auch hier die Regeln über den Wahrnehmungszwang (§ 6 UrhWG) sowie den Abschlusszwang (§ 11 UrhWG), die im Grundsatz erhalten bleiben sollen (siehe §§ 9 und 34 VGG-E).³⁸ In beiden Fällen ist zunächst eine vertragliche Anknüpfung nach den Regeln der Rom I-VO abzulehnen.³⁹ Gemäß Art. 10 Abs. 1 Rom I-VO regelt diese Verordnung zwar das anwendbare Recht in Bezug auf das Zustandekommen eines Vertrages. Erfasst werden damit aber nur die Regeln über den Vertragsschluss sowie die Voraussetzungen für die Wirksamkeit des Vertrages. Der zivilrechtliche Anspruch auf Vertragsschluss begründet dagegen einen gesetzlichen Anspruch, der dem schuldrechtlichen Anspruch vorgelagert ist. Dagegen ließe sich an die Anwendbarkeit von Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO und damit eine Beurteilung von Wahrnehmungs- und Abschlusszwang nach den Regeln des Schutzlandprinzips denken. Was allerdings den Abschlusszwang betrifft, scheidet die Anwendung von Art. 8 Abs. 1 Rom

³⁷ Siehe auch *Drexl* (Fn. 33), IntImmGR Rn. 228. Auch der Territorialitätsgrundsatz selbst ist nicht dem Kollisionsrecht, sondern dem anwendbaren Sachrecht zuzuordnen; siehe *Drexl* (Fn. 33), IntImmGR Rn. 14.

³⁸ Zur dieser kollisionsrechtlichen Anknüpfung siehe umfassend *Drexl* (Fn. 33), IntImmGR Rn. 231.

³⁹ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom I“), ABl. EU 2008 L 177, S. 6.

II-VO⁴⁰ schon daran, dass diese Vorschrift nur für gesetzliche Schuldverhältnisse gilt, die sich zugunsten des Rechtsinhabers aus der Verletzung von Immaterialgüterrechten ergeben. Der Abschlusszwang richtet sich aber gerade umgekehrt gegen die Verwertungsgesellschaft als Treuhänder des Rechteinhabers. Aber auch für den Wahrnehmungszwang lässt sich nicht nach Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO anknüpfen. Zwar geht es auch beim Wahrnehmungszwang um gesetzliche Ansprüche des Rechtsinhabers. Aber die Verordnung gilt nicht für alle gesetzlichen Schutzverhältnisse, sondern nur für solche, die sich aus einem – im deutschen Sinne – unerlaubten, und damit rechtlich missbilligten Verhalten ergeben.⁴¹ Damit fehlt es an einer europäischen Kollisionsnorm, so dass auf das nationale Kollisionsrecht zurückzugreifen ist. Bei Fehlen ausdrücklicher Normen auch im nationalen Kollisionsrecht erscheint die Beurteilung sowohl des Wahrnehmungs- als auch des Abschlusszwangs nach dem Recht des Schutzlandes als angemessen.⁴² Für den Wahrnehmungszwang spricht dafür, dass es gerade Ziel des Gesetzgebers ist, über die Verpflichtung der Verwertungsgesellschaften das gesetzgeberische Programm des nationalen Urheberrechts zu verwirklichen, den Rechteinhabern einen angemessenen Ausgleich für die Werkschöpfung zu verschaffen. Besonders überzeugend ist die Anknüpfung nach dem Schutzlandprinzip, wo der Gesetzgeber verwertungsgesellschaftspflichtige Rechte, insbes. in Form von gesetzlichen Vergütungsansprüchen, geschaffen hat. In diesen Fällen besteht ein untrennbarer Zusammenhang zwischen dem materiellen Recht und dem Zugang zu Verwertungsgesellschaften. Der Abschlusszwang soll dagegen Nutzern den Werkzugang ermöglichen. Damit steht er in konzeptioneller Nähe zu den Schutzschranken, für die ebenso nach dem Schutzlandprinzip, nämlich nach Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO, anzuknüpfen ist. Die Anwendung des Schutzlandprinzips hat für die Anwendung des deutschen Wahrnehmungsrechts zudem den Vorteil, dass sie zu einem Gleichlauf der kollisionsrechtlichen und sachlichen Anwendbarkeit des UrhWG führt. Der Wahrnehmungs- und Abschlusszwang greifen, soweit Rechte nach dem UrhG wahrgenommen oder lizenziert werden.

- 25 Für die Umsetzung der VG-RL erscheint dieses Ergebnis für beide Arten der grenzüberschreitenden Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften bedeutsam. Soweit § 34 VGG-E die Beibehaltung des Abschlusszwangs vorschlägt, würde dieser auch für Verwertungsgesellschaften mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten gelten. Dem steht Art. 36 Abs. 1 VG-RL nicht entgegen, da diese Vorschrift lediglich behördliche Reaktionen auf Verstöße gegen den Abschlusszwang be-

⁴⁰ Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), ABl. EU 2007 L 199, S. 40.

⁴¹ Siehe *Drexl* (Fn. 33), IntImmGR Rn. 161 m.w.N. (dort auch unter Hinweis darauf, dass für die gesetzlichen Vergütungsansprüche grundsätzlich nicht nach Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO anzuknüpfen ist).

⁴² Siehe hierzu *Drexl* (Fn. 33), IntImmGR Rn. 231.

trifft. Europarechtlich ist nur zu fragen, ob die Anwendung von § 34 VGG-E im Lichte von Art. 56 AEUV gerechtfertigt werden kann. Problematisch erscheint dagegen die Beschränkung des Anwendungsbereichs des Wahrnehmungszwangs (§ 9 VGG-E) auf Rechte nach dem UrhG. Eine solche entspräche nämlich nicht dem Art. 5 Abs. 2 VG-RL. Diese Vorschrift möchte grundsätzlich dem Rechtsinhaber die Möglichkeit der Wahl darüber verschaffen, welche Rechte er welcher nationalen Verwertungsgesellschaft zur Wahrnehmung einräumt. Dem widerspräche es, wenn Verwertungsgesellschaften die Wahrnehmung von Rechten nach fremden Rechtsordnungen verweigern könnten. Der Anwendungsbereich des § 9 VGG-E ist entsprechend den Vorgaben der Richtlinie und im Vergleich zur bisherigen Regelung in § 6 UrhWG auch zu erweitern, um der Aufsichtsbehörde gemäß Art. 36 Abs. 1 VG-RL die notwendigen Kontrollbefugnisse zu verschaffen. Entsprechend muss aber auch die zivilrechtliche Anwendbarkeit weiter gezogen werden, um auch die zivilrechtliche Durchsetzung von Art. 5 Abs. 2 VG-RL zu gewährleisten. Im EU-Kontext geht es eben nicht mehr nur um die Gewährleistung des Zugangs zum System der kollektiven Wahrnehmung in Bezug auf die Durchsetzung des nationalen Urheberrechts, sondern im gesamten Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit. Hierunter fällt sowohl der Fall, dass ein Rechtsinhaber aus einem anderen Mitgliedstaat seine auch ausländischen Rechte, einschließlich der Rechte von Drittstaaten, einer deutschen Verwertungsgesellschaft einräumt,⁴³ sondern auch jener Fall, dass ein deutscher Rechtsinhaber einer deutschen Gesellschaft Rechte nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates zur Wahrnehmung überträgt.⁴⁴

4. Vorschlag für einen kohärenten Ansatz

26 Nach den soeben getroffenen Ausführungen verpflichtet einerseits die Richtlinie, nämlich in Bezug auf den Wahrnehmungszwang, den Anwendungsbereich der nationalen Vorschriften zu erweitern. Dagegen ist es eine Entscheidung des deutschen Gesetzgebers, ob er über Art. 11, 36 Abs. 1 VG-RL hinaus einen zi-

⁴³ Fall der sog. Korrespondenzdienstleistung, in dem Dienstleistungserbringer und Dienstleistungsempfänger in verschiedenen Mitgliedstaaten ansässig sind und die Dienstleistung ohne physische Grenzüberschreitung durch den Dienstleistungserbringer oder den Dienstleistungsempfänger geschieht. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Rechte nach den nationalen Rechten der Mitgliedstaaten oder von Drittstaaten begründet sind.

⁴⁴ Diese Konstellation scheint auf den ersten Blick nicht unter die Bestimmungen der Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV zu fallen, da Dienstleistungserbringer und -empfänger nicht wie vom Wortlaut des Art. 56 Abs. 1 AEUV gefordert in unterschiedlichen Mitgliedstaaten ansässig sind. Jedoch hat der EuGH entschieden, dass jegliche Verbindung zum Staatsgebiet eines anderen Mitgliedstaates ausreicht, um einen Fall in den Anwendungsbereich des Art. 56 AEUV zu bringen. So kann sich nach Auffassung des EuGH auch ein Touristenführer, der mit Touristen aus dem eigenen Heimatstaat nach Griechenland reist, gegen Tätigkeitsbeschränkungen des griechischen Rechts auf die Dienstleistungsfreiheit berufen. Siehe EuGH v. 26. Februar 1991, Rs. C-198/89, Kommission gegen Griechenland, Slg. 1991, I-727, Rn. 9. Zur Anwendung dieser Rechtsprechung im Bereich der kollektiven Rechtswahrnehmung siehe *Drexel* (Fn. 9), 467 f.

vilrechtlichen Abschlusszwang vorsehen möchte. Dies wirft die Frage nach einem in sich schlüssigen Konzept für die Abgrenzung des geographischen Anwendungsbereichs auf, das insgesamt die Regelung des VGG leiten kann. Dabei ist auch das Verhältnis zu Drittstaaten zu berücksichtigen.

- 27 Anzusetzen ist bei der Unterscheidung zwischen den beiden grenzüberschreitenden Tätigkeitsformen, nämlich (1.) der Wahrnehmung von Rechten von Rechtsinhabern aus anderen Mitgliedstaaten und (2.) der Erteilung von Lizenzen in einem anderen Mitgliedstaat. Dem entsprechen für das deutsche Recht die zentralen Fragen, ob der Wahrnehmungszwang nach § 9 VGG-E auch dann gelten soll, wenn eine Verwertungsgesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat Rechte von Personen mit gewöhnlichem Aufenthalt oder einer Niederlassung in Deutschland wahrnimmt und ob der Abschlusszwang auch gegenüber Verwertungsgesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten durchgesetzt werden soll. Daneben ist noch an eine dritte Konstellation zu denken, die für das deutsche Recht durchaus bedeutsam ist. In den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit fällt auch jener Fall, dass die Verwertungsgesellschaft mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat Rechte nach deutschem Recht, die von Personen aus dem Sitzstaat gehalten werden, vor deutschen Gerichten einklagt, um eine Rechtsverletzung abzustellen. In diesem Fall ist ein ausreichender Bezug zum anderen Mitgliedstaat gegeben, auch wenn Dienstleistungserbringer und -empfänger im selben Mitgliedstaat ansässig sind.⁴⁵ Praktische Bedeutung würde dies vor allem erlangen, sofern man sich entschließen sollte, die Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften im Inland, anders als in § 77 Abs. 2 VGG-E vorgesehen, aber im Einklang mit der bisherigen Rechtslage, der Erlaubnispflicht zu unterwerfen und das Fehlen einer Erlaubnis damit zu ahnden, dass die wahrgenommenen Rechte nicht im Inland geltend gemacht werden können.
- 28 Im Folgenden zu begründen ist, dass das deutsche Recht grundsätzlich keine Anwendung finden sollte, soweit es um das Verhältnis ausländischer Verwertungsgesellschaften zu deutschen Rechteinhabern geht. Umgekehrt sollte aber das deutsche Recht sehr wohl die grenzüberschreitende Lizenzerteilung einer ausländischen Gesellschaft, einschließlich solcher aus anderen EU-Mitgliedstaaten, an deutsche Nutzer sowie die grenzüberschreitende Geltendmachung von gesetzlichen Vergütungsansprüchen solcher Gesellschaften gegenüber deutschen Nutzern erfassen.
- a) Zur Unanwendbarkeit der §§ 9 bis 33 VGG-E auf das Verhältnis ausländischer Verwertungsgesellschaften zu inländischen Rechtsinhabern*
- 29 Was das Verhältnis ausländischer Verwertungsgesellschaften zu inländischen Rechtsinhabern betrifft, besteht kein berechtigtes Bedürfnis Deutschlands, die Regeln der §§ 9 bis 33 VGG-E durchzusetzen. Für Gesellschaften aus anderen

⁴⁵ Siehe dazu die Ausführungen zu Rn. 25 und Fn. 44.

Mitgliedstaaten der EU liegt dies unmittelbar auf der Hand, denn für diese sichert gerade die VG-RL ein ausreichend hohes Schutzniveau ab. Aber auch im Hinblick auf Verwertungsgesellschaften aus Drittstaaten sollte nichts anderes gelten, da hier Rechtsinhaber den grenzüberschreitenden Wettbewerb zwischen Verwertungsgesellschaften nutzen und somit keines besonderen Schutzes bedürfen. Dies gilt insbesondere für den Wahrnehmungszwang nach § 9 VGG-E. Dieser rechtfertigt sich aus der starken Marktstellung der nationalen Verwertungsgesellschaften auf dem inländischen Wahrnehmungsmarkt. Über eine entsprechende Rechtsstellung verfügt dagegen die ausländische Gesellschaft gegenüber deutschen Rechtsinhabern nicht. Dies gilt insbesondere dort, wo der ausländischen Gesellschaft auch die Rechte nach dem deutschem UrhG eingeräumt werden. Anderes gilt allenfalls, soweit entweder das ausländische Urheberrecht spezielle Rechte vorsieht, die nach deutschem Recht vollkommen unbekannt sind, oder weil es an Gegenseitigkeitsverträgen mit der deutschen Gesellschaft fehlt. In beiden Fällen ist auch der deutsche Rechteinhaber auf die Rechteeinräumung auf die ausländische Gesellschaft angewiesen.⁴⁶ Dafür, auch in diesen Fällen von einer Anwendung des deutschen Rechts abzusehen, spricht aber, dass das Regelungsinteresse des deutschen Staates äußerst gering ist und die Anwendung der §§ 9-33 VGG-E tief in die Grundstrukturen ausländischer Verwertungsgesellschaften eingreifen würde. Insbesondere erscheint es als unangemessene extraterritoriale Anwendung deutschen Rechts, wenn die deutsche Aufsicht Maßnahmen gegen Verwertungsgesellschaften außerhalb des Geltungsbereichs der VG-RL ergreift, weil diese nicht den Vorschriften der §§ 9-33 VGG-E folgen.

- 30 Die hier geforderte Einschränkung kommt im Text des VGG-E jedoch bislang nicht zum Ausdruck. Nach § 1 VGG-E findet das Gesetz auf alle dort genannten Organisationen unabhängig davon Anwendung, wo diese niedergelassen sind. Vorzuschlagen ist daher eine zweistufige Regelung des Anwendungsbereichs. Zum Zwecke der Rechtsklarheit sollte der geografische Anwendungsbereich des Gesetzes gleich zu Beginn des Gesetzes durch Einfügung eines § 1 Abs. 2 grundsätzlich weit gezogen werden. Durch Einfügung einer weiteren Vorschrift zu Beginn von Teil 2, Abschnitt 1, aber noch vor der Überschrift zu

⁴⁶ Siehe hierzu auch EuGH v. 2. März 1983, Rs. 7/82, GVL gegen Kommission, EU:C:1983:52, Slg. 1983, 483. Der EuGH bestätigte die Kommissionsentscheidung, in der die Ablehnung der Wahrnehmung von Rechten der ausübenden Künstler aus anderen Mitgliedstaaten nach deutschem Urheberrecht durch die GVL als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung eingestuft wurde. Diese Entscheidung ist vor allem deshalb überzeugend, weil zur Zeit der Ablehnung die verwandten Schutzrechte in den Mitgliedstaaten noch nicht harmonisiert waren und verschiedene Mitgliedstaaten noch keinen Vergütungsanspruch für die Zweitverwertung ihrer Darbietungen kannten. Als Folge davon gab es auch kein flächendeckendes System von Gegenseitigkeitsverträgen. Ausländische Rechteinhaber waren daher auf die unmittelbare Wahrnehmung ihrer Rechte in Deutschland durch die GVL angewiesen. Siehe hierzu auch *Drexel*, Copyright, Competition and Development, Studie des Max-Planck-Instituts für die WIPO, 2013, S. 235 ff., http://www.ip.mpg.de/fileadmin/user_upload/Report_Copyright-Competition-Development_December-2013.pdf (abgerufen am 13. August 2015).

Unterabschnitt 1 (im Folgenden § 8a), wäre sodann der Anwendungsbereich der Vorschriften über das Innenverhältnis zwischen den Verwertungsgesellschaften und den Rechtsinhabern zu beschränken. Diese Vorschriften könnten den folgenden Wortlaut haben:

§ 1 Abs. 2:

Dieses Gesetz gilt auch für Organisationen im Sinne von Absatz 1 mit Sitz im Ausland sowie für die Wahrnehmung von Rechten nach ausländischem Recht, sofern sich aus den Bestimmungen dieses Gesetzes nichts Abweichendes ergibt.

§ 8a Eingeschränkter Anwendungsbereich

Die Vorschriften dieses Abschnitts finden nur Anwendung auf im Inland ansässige Verwertungsgesellschaften.

- 31 Damit würde sich der Anwendungsbereich der Vorschriften über das Innenverhältnis im Vergleich zum geltenden UrhWG in verschiedener Hinsicht ändern. Anders als nach dem UrhWG wäre die Anwendung der §§ 9-33 VGG nicht mehr auf die Wahrnehmung von Rechten nach dem deutschen UrhG beschränkt, sondern es würde auch die Wahrnehmung von Rechten nach ausländischem Urheberrecht erfasst. Dies erscheint im Lichte der VG-RL zwingend geboten, da die Bestimmungen in Kapitel 1 von Titel II der Richtlinie (Art. 4 ff.) grundsätzlich unabhängig davon gelten, nach welchem nationalen Recht die einer Verwertungsgesellschaft eingeräumten Rechte begründet sind. Die Vorschriften gelten auch für die Wahrnehmung von Rechten nach dem Recht von Drittstaaten.⁴⁷ Die zuständige deutsche Behörde ist verpflichtet, gemäß Art. 36 Abs. 1 VG-RL diese Vorschriften ohne Rücksicht darauf, aus welchem nationalen Recht sich die wahrgenommenen Rechte ergeben, durchzusetzen.
- 32 Der vorgeschlagene § 8a schließt jedoch die Anwendung des deutschen Rechts aus, soweit einer ausländischen Verwertungsgesellschaft Rechte nach dem deutschen UrhG eingeräumt werden sollen oder eingeräumt werden. Damit verwirklicht § 8a für die öffentlich-rechtliche Anwendung das in Art. 36 Abs. 1 VG-RL verankerte Sitzlandprinzip.
- 33 Der vorgeschlagene § 8a solle aber auch kollisionsrechtlich verstanden werden. Soweit man wie oben dargestellt (Rn. 24) für den Wahrnehmungszwang nach dem Schutzlandprinzip anknüpft, käme man, soweit es um die Wahrnehmung von Rechte nach dem deutschen UrhG geht, zur Anwendung der §§ 8a ff., wobei ein Wahrnehmungszwang nach deutschem Recht nicht bestünde, soweit es

⁴⁷ Dies entspricht auch dem Gedanken der Dienstleistungsfreiheit, da Rechteinhaber aus einem Mitgliedstaat Rechte nach beliebigen Rechtsordnungen einer Verwertungsgesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat einräumen können und sich insoweit auf die Dienstleistungsfreiheit berufen können. Siehe auch Fn. 43.

um die Wahrnehmung von Rechten nach dem deutschen UrhG durch eine ausländische Verwertungsgesellschaft geht. Insoweit gelangt man zu einem richtigen Ergebnis, ohne § 8a kollisionsrechtlich verstehen zu müssen. Geht es dagegen um die Anwendung von § 9 VGG-E auf die Wahrnehmung von Rechten nach ausländischem Urheberrecht durch eine inländische Gesellschaft, liefe § 9 VGG-E unter Beibehaltung der beschriebenen kollisionsrechtlichen Anknüpfung leer. Die Anknüpfung nach dem Schutzlandprinzip führt nämlich zur Anwendung ausländischen Rechts und verfehlt damit die gebotene Anwendung von § 9 VGG-E. Entsprechend muss die Erfassung auch dieses Falles durch eine Änderung des Kollisionsrechts abgesichert werden. Dies gelingt, indem man § 8a auch als einseitige Kollisionsnorm versteht. Dieses Verständnis erscheint auch im Lichte des Richtlinienrechts geboten, da Art. 5 Abs. 2 VG-RL eine Verpflichtung zur Anerkennung eines zivilrechtlich durchsetzbaren Rechts auf Wahrnehmung begründet. Dieser Anspruch ist kollisionsrechtlich für alle Rechte abzusichern, die in den Tätigkeitsbereich der Gesellschaft fallen, unabhängig davon, nach welchen Rechten diese Rechte begründet sind. Auf die kollisionsrechtliche Bedeutung von § 8a sollte in der Gesetzesbegründung hingewiesen werden.

b) Zur grundsätzlichen Anwendbarkeit des VGG-E auf die grenzüberschreitende Erteilung von Lizenzen und die grenzüberschreitende Geltendmachung von Vergütungsansprüchen nach den Bestimmungen des UrhG

- 34 Die Anwendung der Bestimmungen des deutschen Rechts, die das Verhältnis der Verwertungsgesellschaften zu den Nutzern regeln, ist angesichts des in Art. 36 Abs. 1 VG-RL niedergelegten Sitzlandprinzips nicht unproblematisch, soweit auch die Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften aus andern EU-Mitgliedstaaten erfasst werden soll. Eine solche Anwendung ist jedoch zulässig, sowie es nur um die zivilrechtliche Durchsetzung, also insbes. der §§ 34-43 VGG-E, geht. Wie dargestellt lässt sich die Geltung eines Sitzlandprinzips allenfalls für die verwaltungsrechtliche, nicht aber für die zivilrechtliche Durchsetzung begründen (siehe Rn. 18 ff.).
- 35 Die Anwendbarkeit der §§ 34-43 VGG-E auch auf Verwertungsgesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten ist dringend geboten, um durch eine einheitliche Anwendung des Abschlusszwangs sowie der Grundsätze der Tarifbestimmung den unverfälschten Wettbewerb auf den deutschen Lizenzmarkt sowie eine einheitliche Wahrnehmung von Vergütungsansprüchen nach deutschem UrhG unabhängig vom Sitz der Verwertungsgesellschaften sicherzustellen.⁴⁸ Von einer Anwendung des Abschlusszwangs auf alle Verwertungsgesellschaften scheint

⁴⁸ Zur Forderung über die Richtlinienumsetzung durch deutsches Recht einen Beitrag zu funktionierendem Wettbewerb zu leisten siehe auch *Holz Müller*, Umsetzung der EU-Richtlinie für Verwertungsgesellschaften in deutsches Recht – Umsetzungsbedarf aus der Sicht der GEMA, ZUM 2014, 468.

auch § 34 Abs. 1 VGG-E auszugehen, der einerseits ausdrücklich von der Einräumung von „Nutzungsrechten“ spricht und damit an den Konzeptionen des deutschen Rechts anknüpft sowie andererseits keine Beschränkung des Anwendungsbereichs auf inländische Gesellschaften vornimmt. Der Beibehaltung des bisherigen Systems des Abschlusszwangs in Bezug auch auf ausländische Gesellschaften ist grundsätzlich zuzustimmen.

- 36 Diesen Anwendungsbereich bringt § 34 Abs. 1 VGG-E allerdings nicht in ausreichendem Maße zum Ausdruck. Im Einklang mit dem bereits vorgeschlagenen § 8a sollte daher zu Beginn von Teil 2, Abschnitt 2, aber noch vor der Überschrift zu Unterabschnitt 1, die folgende Vorschrift eingefügt werden:

§ 33a: Eingeschränkter Anwendungsbereich

Die Vorschriften dieses Abschnitts finden nur Anwendung, soweit es um die Einräumung und Geltendmachung von Rechten nach den Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes geht.

- 37 Dieser Vorschlag muss sich aber auch in das System der VG-RL einfügen. Diesbezüglich stellt sich insbesondere die Frage, ob der vorgeschlagene § 33a den Anwendungsbereich des Gesetzes nicht sogar zu eng zieht, soweit es um die behördliche Durchsetzung der Art. 16 und 17 VG-RL durch die Behörden des Sitzstaates geht. Der Richtlinie liegt in der Tat der Gedanke zugrunde, dass die Einhaltung der Art. 16 und 17 VG-RL, auch soweit es um das Tätigwerden von Verwertungsgesellschaften in anderen Mitgliedstaaten geht, ausschließlich von den Behörden des Sitzstaates nach eigenem Recht überwacht werden soll. Für diese Kontrolle benötigt aber die deutsche Aufsichtsbehörde eine Rechtsgrundlage im materiellen Recht. § 33a würde eine solche Rechtsgrundlage aber verhindern, da die zur Umsetzung von Art. 16 und 17 VG-RL geschaffenen Vorschriften gerade keine Anwendung finden auf die Einräumung und Geltendmachung von Rechten nach ausländischem Urheberrecht. Dieses Problem lässt sich am besten durch Einfügung eines zweiten Absatzes in § 33a erreichen. Diese Vorschrift könnte folgender Wortlaut gegeben werden:

§ 33a Abs. 2:

Soweit Verwertungsgesellschaften mit Sitz im Inland auch unmittelbar Rechte für das Territorium anderer Mitgliedstaaten der EU oder des Europäischen Wirtschaftsraumes einräumen oder geltend machen, gelten die Bestimmungen dieses Abschnitts auch, soweit dies zur Einhaltung von Art. 16 und 17 der Richtlinie 2014/26/EU erforderlich ist. Die sich daraus ergebenden Verpflichtungen begründen keine Ansprüche unmittelbar zwischen den Verwertungsgesellschaften und den Nutzern; ihre Einhaltung wird ausschließlich gemäß den Bestimmungen von Teil 4 dieses Gesetzes überwacht.

Dieser Vorschlag hat ausschließlich das Ziel, eine materiell-rechtliche Grundlage für Aufsichtsmaßnahmen zur Überwachung der Richtlinienverpflichtungen zu schaffen. Durch die Bezugnahme auf die Vorschriften der Richtlinie wird sichergestellt, dass deutsche Verwertungsgesellschaften, die im Ausland tätig werden, nicht durch überschießende Verpflichtungen des deutschen Rechts in ihrer Tätigkeit behindert werden. So wäre es insbesondere nicht angemessen, den Abschlusszwang behördlich durchzusetzen, wenn im Lizenzstaat im Einklang mit der Richtlinie ein solcher Abschlusszwang nicht vorgesehen wird. Zudem kann insbesondere die Verpflichtung nach § 35 Abs. 2 zum Zusammenwirken mehrerer Verwertungsgesellschaften scheitern, wenn diese Gesellschaften in unterschiedlichen Staaten niedergelassen sind.

- 38 § 33a greift aber umgekehrt zu weit, soweit die Vorschrift i.V. mit § 76 Abs. 1 VGG-E der Aufsichtsbehörde Befugnisse zum Ergreifen von Durchsetzungsmaßnahmen gegenüber Verwertungsgesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten verschaffen würde. Geht man davon aus, dass Art. 36 Abs. 1 VG-RL nur Durchsetzungsmaßnahmen der Sitzbehörde erlaubt, würde sich § 33a richtlinienwidrig auswirken. Dem könnte durch Einfügung eines weiteren Satzes in § 76 Abs. 1 VGG-E mit folgendem Wortlaut vorgebeugt werden:

§ 76 Abs. 1 Satz 2:

Dies gilt nicht in Bezug auf die Einhaltung der sich aus den §§ 34-43 ergebenden Verpflichtungen zur Einräumung und Geltendmachung von Rechten durch eine Verwertungsgesellschaft mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraumes.

- 39 Festzuhalten bleibt, dass diese gesetzliche Regelung wenig glücklich ist. Sachgemäß wäre es vielmehr, die Regelung der behördlichen Durchsetzung der Bestimmungen über das Außenverhältnis zwischen den Verwertungsgesellschaften und den Nutzern den Behörden jenes Staates anzuvertrauen, für den Rechte eingeräumt oder geltend gemacht werden. Diese Behörden sind auch im europäischen Binnenmarkt als die sach nächsten anzusehen. Vor allem lässt sich die Angemessenheit der Vergütung, wie sie von Art. 16 Abs. 2 UAbs. 2 VG-RL vorgeschrieben wird, nur nach den Gegebenheiten des Marktortes und nicht jenen des Sitzstaates der Verwertungsgesellschaft bestimmen. Die Behörden des Sitzstaates haben zudem kaum Anreize, die Marktbedingungen auf fremdem Territorium zu überwachen und durch Ergreifen behördlicher Maßnahmen zu schützen. Die von Art. 37 Abs. 2 VG-RL vorgesehene Möglichkeit der Behörde im Lizenzstaat, die Behörde des Sitzstaates um das Ergreifen von Maßnahmen zu ersuchen, bleibt wohl eine wenig Erfolg versprechende Notlösung. Diese Grundsatzkritik trifft aber den europäischen und nicht den deutschen Gesetzgeber.

II. Kommentierung einzelner Vorschriften des VGG-E

40 Die folgenden Ausführungen legen den Schwerpunkt auf Bestimmungen des VGG-E, für die das Institut besonderen Änderungsbedarf erkennt. Dabei wird ein besonderes Augenmerk auf die Vereinbarkeit mit der VG-RL und inzwischen bereits diskutierte Zweifelsfragen sowie zusätzlicher Wert auf die Erhöhung der Rechtssicherheit gelegt.

1. Gegenstand des Gesetzes und Begriffsbestimmungen (Teil 1)

41 Bei der Definition der in § 1 genannten Organisationen, auf die das Gesetz Anwendung findet, hält sich das Gesetz sehr an den Text der Richtlinie, ohne dass im Einzelnen klar ist, welche Einheiten der einen oder anderen Erscheinungsform zuzuordnen sind. Die notwendigen Klarstellungen sind hier in der Tat der Praxis zu überlassen.

42 Eine Nachbesserung ist jedoch am Text des § 2 Abs. 2 Nr. 1 vorzuschlagen. Wenn dort verlangt wird, dass eine Organisation, um eine Verwertungsgesellschaft zu sein, alternativ die Voraussetzung erfüllen muss, dass ihre Anteile von ihren „Mitgliedern“ gehalten oder sie von ihren „Mitgliedern“ beherrscht wird, scheint das Gesetz etwas zu fordern, was gesellschaftsrechtlich gesprochen ohnehin von jeder Organisationsform erfüllt wird. Verständlich wird dieses Erfordernis jedoch, wenn man die Vorschrift im Zusammenhang mit der Definition von „Mitgliedern“ in § 7 liest. Dies entspricht auch den Definitionen der Richtlinie in Art. 3 a) und d). Ebenso weist die Gesetzesbegründung auf diesen Zusammenhang hin. Zur Förderung der Rechtsklarheit wird hier vorgeschlagen, entweder den Begriff der Mitglieder durch „Berechtigte oder Einrichtungen, die Rechtsinhaber vertreten“ zu ersetzen oder den Begriff der Mitglieder mit dem Zusatz „im Sinne von § 7“ zu versehen.

2. Regelung des Innenverhältnisses (§§ 9-33 VGG-E)

43 Die Begründung scheint von einer Richtlinienverpflichtung zur Beibehaltung des Wahrnehmungszwangs auszugehen. Dem stimmt das Institut zu, schlägt aber inhaltliche Änderungen des Wortlauts vor. Vorzugswürdig wäre folgender Text, der die Änderungen kenntlich macht.

§ 9 Wahrnehmungszwang

Die Verwertungsgesellschaft ~~nimmt~~ **ist verpflichtet**, auf Verlangen des Rechtsinhabers Rechte seiner Wahl an Arten von Werken und sonstigen Schutzgegenständen ~~wahr-~~ **zu angemessenen Bedingungen** wahrzunehmen, wenn

1. ~~der Rechtsinhaber entweder Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Ab-~~

~~kommens über den Europäischen Wirtschaftsraum ist oder er dort seinen Wohnsitz oder seine Niederlassung hat,~~

2. die Rechte, die Werke und sonstigen Schutzgegenständen sowie die Gebiete zum Tätigkeitsbereich der Verwertungsgesellschaft gehören und
3. der Wahrnehmung keine objektiven Gründe entgegenstehen.

~~Die Bedingungen, zu denen die Verwertungsgesellschaft ihre Rechte des Berechtigten wahrnimmt (Wahrnehmungsbedingungen), müssen angemessen sein.~~

- 44 Zunächst besteht keine Veranlassung, die Formulierung einer „Verpflichtung“ bei der bisherigen Regelung des Wahrnehmungszwangs in § 6 Abs. 1 UrhWG aufzugeben. Die Formulierung als Verpflichtung unterstreicht, dass dieser Verpflichtung der Verwertungsgesellschaft auch ein Anspruch des Rechtsinhabers gegenübersteht, wie dies im Übrigen auch von Art. 5 Abs. 2 VG-RL gefordert wird. Die Umstellung in der Formulierung i.V. zu § 6 Abs. 1 UrhWG könnte zu Spekulationen über eine inhaltliche Änderung Anlass geben. Vor allem könnten Rechtsanwender auf die irrige Idee kommen, die Vorschrift wäre nunmehr nur noch behördlich durchsetzbar.
- 45 Gestrichen werden sollte die Beschränkung der Berechtigung auf Rechtsinhaber aus der EU und dem EWR. Eine entsprechende Beschränkung würde den Verpflichtungen aus der Richtlinie widersprechen. Diese spricht nur von „Rechtsinhabern“, ohne gegenüber Rechtsinhabern aus Drittstaaten zu diskriminieren. Hieran sollte angeknüpft und dies in der Begründung erklärt werden. Eine inhaltliche Änderung gegenüber der bestehenden Rechtslage wäre damit nicht verbunden, da der Wahrnehmungszwang nach § 6 UrhWG nach richtiger Ansicht auch schon heute über den Inländergrundsatz des Konventionsrechts (mittlerweile auch TRIPS) für alle konventionsgeschützten Ausländer gilt.⁴⁹
- 46 Fraglich ist, ob die Angemessenheitsklausel, wie sie sich in § 6 Abs. 1 UrhWG findet, im Lichte der Richtlinienvorgaben halten lässt. Die Begründung geht davon aus, dass dieses Erfordernis über die Richtlinie hinausgeht, ohne jedoch die Zulässigkeit zu thematisieren. Das Institut ist der Auffassung, dass die Richtlinie eine solche Regelung nicht verbietet. Dabei ist zu sehen, dass die Angemessenheitsklausel gerade nicht spezifisch zugunsten des Rechteinhabers eingeführt wurde, sondern die Verpflichtung der Verwertungsgesellschaft einschränken soll.⁵⁰ Danach hat die Klausel die Funktion, Rechtsinhaber an der Durchsetzung eines Wahrnehmungszwangs nach deren subjektiven Vorstellungen zu hindern. Dieser Erwägung entspricht die Möglichkeit, im Einklang mit der Richtlinie die Wahrnehmung aus objektiven Gründen abzulehnen. Um die

⁴⁹ Siehe Schrickler/Loewenheim/Reinbothe, Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, § 6 UrhWG Rn. 9.

⁵⁰ Ibid., Rn. 13.

ses Verständnis zu erhalten, sollte aber Angemessenheitsklausel weiterhin als Kriterium des Umfangs des Kontrahierungszwangs normiert werden und damit entgegen dem Vorschlag nicht aus diesem Regelungszusammenhang herausgelöst werden. Der obige Vorschlag entspricht damit dem bisherigen Regelungsmodell des § 6 Abs. 1 UrhWG. Dessen ungeachtet kann die Angemessenheit auch zugunsten des Rechtsinhabers verstanden werden. Unangemessene Vertragsbedingungen der Verwertungsgesellschaft muss er nicht akzeptieren. Auch in dieser Hinsicht lässt sich die Angemessenheitsklausel durchaus im Lichte der VG-RL halten, nämlich wenn man die Angemessenheit richtlinienkonform im Lichte der allgemeinen Grundsätze nach Art. 4 VG-RL auslegt. Daran anknüpfend ließe sich über eine weitere Änderung nachdenken. Artikel 4 könnte durch eine gesonderte Vorschrift, die sich an den Wortlaut von Art. 4 hält, in das deutsche Recht mit Geltung für Abschnitt 1 von Teil 2 (in der jetzigen Zählung § 8b) umgesetzt werden. In § 9 könnte dann folgender klarstellender Satz angefügt werden: „Bedingungen gelten als angemessen, sofern sie den Grundsätzen des § 8b entsprechen.“ Oder man formuliert schon im obigen Text des § 9 „zu angemessenen Bedingungen im Einklang mit § 8b“.

47 § 18 Abs. 1 VGG-E regelt die Befugnis der Mitgliederversammlung über die Ernennung und Entlassung sowie die Vergütung der Mitglieder einer Reihe von Gremien zu entscheiden. Genannt werden hier der Aufsichtsrat, der Verwaltungsrat sowie das Aufsichtsgremium, ohne dass das Verhältnis dieser Gremien zueinander klar würde. Zudem wird allein das Aufsichtsgremium an anderer Stelle (§ 22 VGG-E) im Anschluss an die Vorgaben von Art. 9 VG-RL gesondert geregelt. Nur bei diesem Aufsichtsgremium handelt es sich um eines, das die Verwertungsgesellschaft haben muss. Hier ergibt der Gesetzeszusammenhang nicht klar, weshalb mit dem Aufsichtsrat und dem Verwaltungsrat weitere Organe genannt werden. Nach der Begründung beruht die Vorschrift auf der Überlegung, dass es grundsätzlich zulässig sei, dass die Befugnisse des Aufsichtsgremiums an ein anderes Organ, also auch einen gesellschaftsrechtlich vorgeschriebenen Aufsichtsrat oder einen Verwaltungsrat, delegiert werden. Die Vorschrift soll so sicherstellen, dass das Gremium, das faktisch die Aufsicht wahrnimmt, von der Mitgliederversammlung entsprechend der Vorschrift kontrolliert wird. Dieser Regelungsgehalt kommt im Gesetzestext aber nur unzureichend zum Ausdruck. Zu unterscheiden sind verschiedene Fallkonstellationen. Hat eine Verwertungsgesellschaft lediglich einen „Aufsichtsrat“ oder einen „Verwaltungsrat“, der schon nach der Satzung die Aufgaben des Aufsichtsgremiums nach § 22 erfüllt, so ist dieses Gremium auch gesetzliches „Aufsichtsgremium“ nach § 22 und § 18. Besteht ein Aufsichtsrat oder ein Verwaltungsrat neben dem Aufsichtsgremium, u.U. mit anderer Zusammensetzung, ist es nur dann einsichtig, die Mitglieder des Aufsichtsgremiums gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 4 auszunehmen, sofern die Delegation unmittelbar aufgrund von Satzungsbestimmungen erfolgt.

- 48 Überprüft werden sollte, ob der Verzicht auf die nach Art. 8 Abs. 9 VG-RL zulässige Limitierung des Stimmrechts für die Mitgliederversammlung richtig ist. Sinnvoll könnte es sein, soweit Verlage oder andere Unternehmen Mitglieder sind, das Abstimmungsverhalten davon abhängig zu machen, wie stark solche Mitglieder an den Ausschüttungen partizipieren.
- 49 In § 16 sollten als Beispiele für verschiedene Kategorien nicht nur die Inhaber von verwandten Schutzrechten genannt werden, sondern vor allem auch die Urheber und Inhaber abgeleiteter Rechte, wie Verleger und Produzenten.
- 50 § 19 Abs. 4 erlaubt die Vertretung von Mitgliedern in der Hauptversammlung. Bedenklich ist diese Vorschrift, soweit sie von der von Art. 8 Abs. 10 UAbs. 2 VG-RL gelassenen Möglichkeit, das Recht der Vertretung weiter zu beschränken, keinen Gebrauch macht. Solche Einschränkungen vor allem in Hinblick auf die Zahl der durch eine einzelne Person vertretenen Mitglieder sowie den Ausschluss von Nichtmitgliedern als Vertreter erscheinen dringend erforderlich, um sicherzustellen, dass bei i.d.R. eher schwach besuchten Mitgliederversammlungen das Abstimmungsergebnis nicht durch Sammeln zahlreicher Vollmachten durch Einzelpersonen bestimmt wird. Diese Gefahr ist besonders groß, soweit in Verwertungsgesellschaften getrennt nach Berufsgruppen abgestimmt wird.
- 51 § 32 VGG-E weicht in Bezug auf die Förderung kultureller und sozialer Zwecke vom geltenden Recht ab, soweit die heutigen Soll-Vorschriften (§ 7 Satz 2 und 8 UrhWG) durch Kann-Vorschriften ersetzt werden sollen. Begründet wird dies mit zunehmendem grenzüberschreitendem Wettbewerb zwischen Verwertungsgesellschaften. Diese Gefahr scheint vor allem wegen Art. 15 Abs. 1 VG-RL (umzusetzen durch § 45 VGG-E) durchaus zu bestehen, wonach Abzüge von den Einnahmen aus Rechten, die aufgrund von Gegenseitigkeitsverträgen erzielt werden, nur vorgenommen werden dürfen, wenn die andere Gesellschaft zustimmt. Insoweit könnte ein Anreiz für Rechtsinhaber bestehen, sich ausländischen Verwertungsgesellschaften anzuschließen, die keine Abzüge zulassen. Dennoch kann die Begründung zu § 32 VGG-E nicht überzeugen. Zum einen hängt die Entscheidung, welcher Gesellschaft sich ein Rechtsinhaber anschließt, von vielen Faktoren ab, wobei den Abzügen zu sozialen und kulturellen Zwecken wohl eher nur geringe Bedeutung zukommt. Zudem erlaubt auch die geltenden Soll-Vorschriften den deutschen Verwertungsgesellschaften flexibel auf zunehmenden Wettbewerb zu reagieren, zumal § 32 keineswegs vorgibt, wie viel in die entsprechenden Fördermaßnahmen investiert werden soll. Schließlich spricht gerade auch Art. 12 Abs. 4/§ 45 VGG-E für eine Beibehaltung der Soll-Vorschriften. Sowohl die Soll-Vorschriften als auch die Durchführung entsprechender kultureller und sozialer Maßnahmen unterstützen die Akzeptanz der kollektiven Rechtswahrnehmung in der Gesellschaft. Daran sollte der Gesetzgeber festhalten. Vor allem können sich die deutschen Verwertungsgesellschaften im Rahmen von Verhandlungen über Gegenseitigkeits-

verträgen mit ausländischen Gesellschaften auf die Soll-Vorschriften berufen, um die Zulässigkeit entsprechender Abzüge nach § 45 VGG-E durchzusetzen. Tendenziell sollten ohnehin eher die kleineren Verwertungsgesellschaften in Europa an der Abzugsfähigkeit im Rahmen von Art. 12 Abs. 4 VG-RL interessiert sein, da sie einen vergleichsweise höheren Anteil ihrer Einnahmen in das Ausland zu überweisen haben. Das deutsche Recht und die deutschen Verwertungsgesellschaften sollten hier mit gutem Beispiel vorangehen. Würden dagegen die deutschen Verwertungsgesellschaften, als Folge der weiteren Entwicklung nach Aufgabe der Soll-Vorschrift, ihre Zustimmung nach Art. 15 Abs. 1 VG-RL verweigern, könnte dies eine Spirale nach unten in Gang setzen und die Durchführung entsprechender Programme auch in anderen EU-Mitgliedstaaten gefährden.

3. Regelung des Außenverhältnisses (§§ 34-40)

- 52 Grundsätzlich zu begrüßen ist, dass der Vorschlag für die Beibehaltung des Abschlusszwangs in § 34 Abs. 1 plädiert. Wie weiter oben dargestellt wurde (Rn. 18 ff.), erlaubt die Richtlinie im Grundsatz, dass auch Verwertungsgesellschaften aus anderen EU-Mitgliedstaaten dem zivilrechtlich wirkenden nationalen Abschlusszwang und der deutschen Tarifkontrolle unterworfen werden, soweit solche Gesellschaften unmittelbar Rechte nach dem deutschen UrhG einräumen oder geltend machen. Art. 16 VG-RL legt zwar Grundsätze der diskriminierungsfreien Lizenzierung fest, gibt aber keinen Anspruch des Nutzers auf Lizenzierung. Art. 16 Abs. 1 VG-RL verlangt lediglich, dass die Verwertungsgesellschaften Lizenzverträge nach Treu und Glauben verhandeln. Damit gelingt es der RL insbesondere nicht, die Verhandlungsmacht zwischen Nutzern und den Verwertungsgesellschaften angesichts der Monopolstellung der Verwertungsgesellschaften angemessen zu verteilen.⁵¹ Was den Text des § 34 Abs. 1 VGG-E betrifft, ist lediglich vorzuschlagen – genauso wie bei § 9 VGG-E (siehe Rn. 44) – an der Formulierung einer Verpflichtung der Verwertungsgesellschaften nach dem Vorbild von § 11 UrhWG festzuhalten.
- 53 Unsicherheiten bestehen im Hinblick auf die korrekte Umsetzung von Art. 16 Abs. 2 UAbs. 1 VG-RL durch § 34 Abs. 2 VGG-E. Diese Vorschriften sollen sicherstellen, dass Verwertungsgesellschaften für die Dauer von drei Jahren mit Lizenzbedingungen für neuartige Online-Dienste experimentieren können, ohne dass solche Lizenzbedingungen als Präzedenzfälle für weitere Lizenzen herangezogen werden können.⁵² Der Wortlaut der Richtlinie schließt die Berufung

⁵¹ Entgegen *Peifer* (Fn. 18), 461, ist nicht davon auszugehen, dass zunehmender Wettbewerb zwischen Verwertungsgesellschaften in der EU das Monopolproblem löst. Was den Wettbewerb im Lizenzmarkt angeht, werden Verwertungsgesellschaften in aller Regel nicht dasselbe Repertoire vertreten, so dass deren jeweiligen Leistungen aus der Sicht der Nutzer i.d.R. nicht als substituierbar betrachtet werden können.

⁵² Siehe Erwägungsgrund 32 der VG-RL.

auf den Präzedenzfall aber in Bezug auf „andere Online-Dienste“ aus, während § 34 Abs. 2 VGG-E von „anderen Anbietern von Online-Diensten“ spricht. Damit stellt sich die Frage, ob die Ausschlusswirkung der Richtlinie sich nur auf „andersgeartete Online-Dienste“ bezieht, während gleichartige Dienste bereits vorher in den Genuss der Anwendung von Art. 12 kämen. Dieses Verständnis ist jedoch abzulehnen. In Bezug auf andersgeartete Online-Dienste scheidet die Bezugnahme schon deshalb, weil es insoweit an einer Diskriminierung im Sinne von Art. 12 Abs. 1 UAbs. 1 sowie § 34 Abs. 1 VGG-E fehlt. Dagegen wird die Ausnahme gerade für gleichartige Online-Dienste benötigt. Allein dieses Verständnis entspricht der Zwecksetzung der Vorschrift. Die Verwertungsgesellschaft soll zunächst für drei Jahre mit Lizenzbedingungen experimentieren können, was letztlich zu innovativen Lizenzmodellen Ansporn geben soll.

4. Gesetzliche Vermutung (§ 49) und Anzeigepflicht (§ 82)

- 54 Nicht konsistent gelöst erscheint die Regelung der gesetzlichen Vermutung in § 49 Abs. 2 unter Berücksichtigung der Problemlagen im grenzüberschreitenden Bereich, soweit nämlich die Vermutung schon dann scheitern soll, wenn eine „berechtigte“ Verwertungsgesellschaft nicht an der Geltendmachung mitwirkt. Da der Entwurf in § 77 Abs. 2 Verwertungsgesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten von der Erlaubnispflicht ausnimmt, kann jede solche Gesellschaft, soweit ihr auch Rechte nach dem deutschen Urheberrechtsgesetz eingeräumt sind, als berechtigt im Sinne des § 49 Abs. 2 VGG-E angesehen werden. Dies ist unangemessen, da für solche Gesellschaften gerade nicht gesichert ist, dass sie die Rechte unmittelbar grenzüberschreitend geltend machen wollen. Dies gilt erst recht, soweit diese Gesellschaften Gegenseitigkeitsverträge abgeschlossen haben und die Geltendmachung damit gerade den inländischen Partnergesellschaften überlassen. Entsprechend sollte der Wortlaut des § 77 Abs. 2 abgeändert werden. Anstelle der bloßen Berechtigung sollte verlangt werden, dass die Gesellschaft die relevanten Rechte im Sinne des § 84 VGG-E auch geltend machen kann. Für eine Verwertungsgesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat der EU ist es daher erforderlich, dass sie ihre Tätigkeit im Inland gemäß § 82 VGG-E angezeigt und damit ihren Willen zur unmittelbaren Durchsetzung der Rechte im Inland zum Ausdruck gebracht hat. Für eine Verwertungsgesellschaft aus Drittstaaten ist nach §§ 84 i.V.m. § 77 Abs. 1 VGG-E die Erlaubnis zum Tätigwerden im Inland zu verlangen.

5. Aufsicht, einschließlich Erlaubnispflicht (Teil 4)

- 55 Die wichtigste Entscheidung, die im Rahmen der Aufsicht vom Gesetzgeber zu treffen ist, bezieht sich auf die Frage der Behandlung von Auslandsgesellschaften, vor allem solchen aus anderen Mitgliedstaaten, in Bezug auf die bislang geltende Erlaubnispflicht.

- 56 Der Vorschlag entscheidet sich in § 77 Abs. 1 VGG-E zu Recht für die grundsätzliche Beibehaltung der Erlaubnispflicht. Im Einklang mit der bisherigen Rechtslage beschränkt § 77 Abs. 1 die Erlaubnispflicht richtigerweise auf die Wahrnehmung von Rechten aus dem deutschen UrhG. Weder der Gesetzeswortlaut noch die Begründung ergibt jedoch, wann eine Wahrnehmung entsprechender Rechte vorliegt. Die Frage geht vor allem dahin, ob es für eine solche Wahrnehmung ausreicht, dass eine ausländische Gesellschaft lediglich bereit ist, sich Rechte nach dem UrhG zur Wahrnehmung einräumen zu lassen, aber die Erteilung und Geltendmachung der Rechte im Inland aufgrund von Gegenseitigkeitsverträgen den deutschen Partnergesellschaften überlässt. Im Ergebnis ist ein solches weites Verständnis abzulehnen. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass international die Einräumung der Weltrechte zur gängigen Praxis von Verwertungsgesellschaften gehört. Dies würde bei Gesellschaften aus Drittstaaten stets dazu führen, dass sie eine Erlaubnis nach § 77 Abs. 1 VGG-E benötigen. Im Ergebnis würde eine solche Auslegung auch die Funktionsfähigkeit des bestehenden internationalen Systems der kollektiven Rechtewahrnehmung beeinträchtigen. Von einer Wahrnehmung von Rechten nach dem UrhG sollte daher nur ausgegangen werden, wenn eine ausländische Verwertungsgesellschaft auch Rechte nach dem UrhG Nutzern einräumt oder gegenüber solchen geltend macht. Dem entspricht auch die Sanktion des § 84 VGG-E, wonach bei Fehlen der Erlaubnis die entsprechenden Rechte von der Verwertungsgesellschaft nicht geltend gemacht werden können. Der Gesetzgeber sollte die Voraussetzungen der Erlaubnispflicht entsprechend konkretisieren.
- 57 Nach der Begründung soll die grundsätzliche Beibehaltung der Erlaubnispflicht unter Hinweis auf Erwägungsgrund 9 der Richtlinie weiter erlaubt sein. Dem ist zuzustimmen. Weniger klar ist, ob Erwägungsgrund 9 es umgekehrt verbietet, eine Erlaubnispflicht auch gegenüber Verwertungsgesellschaften mit Sitz in anderen EU-Mitgliedstaaten beizubehalten. Dieser Ansicht folgt das VGG-E.⁵³ Hierfür spricht, dass nach Erwägungsgrund 9 den Mitgliedstaaten die Anwendung strengerer Vorschriften als von der Richtlinie gefordert nur im Hinblick auf Verwertungsgesellschaften einräumt, „die in ihrem Hoheitsgebiet ansässig sind“. Anderes könnte sich allein aus der OSA-Rechtsprechung des EuGH (oben Rn. 8 ff.) ergeben, wonach Mitgliedstaaten sogar ein gesetzliches Monopol zur Verhinderung der Zersplitterung des Repertoires rechtfertigen können. Der Gefahr einer solchen Zersplitterung hilft die Richtlinie gerade nicht ab, da sie die grenzüberschreitende Rechtewahrnehmung durch ausländische Verwertungsgesellschaften ohne den Weg über Gegenseitigkeitsverträge fördert. Insgesamt lässt sich kaum vorhersehen, welcher Position der EuGH in dieser Frage folgen würde. Im System der Richtlinie ließe sich die Regelungsbefugnis des Lizenzstaates möglicherweise unter Hinweis darauf halten, dass die Richtlinie keine Regelung enthält, die diesem Staat die zusätzliche Kontrolle gene-

⁵³ Siehe die Begründung, S. 74.

rell verbietet. Dennoch bleibt festzuhalten, dass eine Entscheidung zugunsten der Anwendung der Erlaubnispflicht gegenüber Gesellschaften aus anderen EU-Staaten mit einem besonderen europarechtlichen Risiko verbunden wäre. Dabei ist zu betonen, dass auch die vorgesehene Anzeigepflicht nach § 82 Nr. 1 VGG-E für solche Gesellschaften über das von der Richtlinie Geforderte hinausgeht und sich entgegen ließe, dass insoweit das deutsche Recht zu viel fordere. Dennoch setzt die Funktionsfähigkeit der grenzüberschreitenden Wahrnehmung die Anzeigepflicht voraus. Dies gilt nicht nur für die Aufsicht nach Art. 76 Abs. 2 VGG-E, worauf die Begründung zu § 82 hinweist, sondern vor allem auch in Bezug auf gesetzliche Vermutung nach § 49 Abs. 2 VGG-E (Rn. 53).

- 58 Auf die Frage, ob über die Anzeigepflicht hinaus auch eine Erlaubnispflicht für Gesellschaften aus anderen EU-Mitgliedstaaten unionsrechtlich zulässig ist, käme es nicht an, soweit der Gesetzgeber eine solche für entbehrlich betrachten sollte. Dies hängt im Wesentlichen von der Funktion der Erlaubnispflicht ab. Diese soll nicht etwa die Tätigkeit von ausländischen Gesellschaften im Inland verhindern, sondern lediglich sicherstellen, dass nur Gesellschaften, die die notwendige Gewähr für eine ordentliche Rechtswahrnehmung bieten, im Inland tätig werden. Für die Beibehaltung der entsprechenden Erlaubnispflicht spricht, dass die VG-RL eine solche nicht unionsrechtlich in allen Mitgliedstaaten durchsetzt und damit kein entsprechendes Schutzniveau wie in Deutschland garantiert. Im Lichte der Versagungsgründe des § 79 sind jedoch Abstriche an den Anforderungen an die Erteilung der Erlaubnis im Verhältnis zu Gesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten zu machen. So ließe sich eine Versagung der Erlaubnis nicht damit begründen, dass das Statut der Gesellschaft nicht den Anforderungen des VGG entspricht. Denn die Maßstäbe hierfür richten sich nach den Vorschriften der VG-RL und werden über das Recht des Sitzstaates durchgesetzt. Dagegen macht vor allem die Prüfung der Zuverlässigkeit der zur Vertretung der Gesellschaft berechtigten Person im Hinblick auf die Ausübung ihrer Tätigkeit sowie der wirtschaftlichen Grundlagen gemäß § 79 Nr. 2 und 3 VGG-E durchaus Sinn. Dies gilt umso mehr für die Geltendmachung von gesetzlichen Vergütungsansprüchen in Deutschland, was eine besondere Vertrautheit mit dem deutschen Rechtssystem und beachtlichen organisatorischen Aufwand erfordert. Überdies würde das Argument, die Erlaubnispflicht sei entbehrlich, auch besondere Gefahren mit sich bringen. Zum einen würde sich die Frage stellen, weshalb gegenüber Gesellschaften aus Drittstaaten die Erlaubnispflicht noch beibehalten wird. Diese könnten sich durchaus mit Überzeugungskraft auf die Gleichbehandlung mit Gesellschaften aus anderen EU-Mitgliedstaaten berufen. Im Gegensatz zu Gesellschaften aus anderen EU-Mitgliedstaaten stehen ja der deutschen Aufsicht gegenüber Gesellschaften aus Drittstaaten alle hoheitlichen Maßnahmen zur Verfügung, um die Beachtung des deutschen Rechts ex post durchzusetzen. Insoweit erscheint bei letzteren die ex-ante-Zulassung weniger erforderlich. Zum anderen führt das Absehen

von der Erlaubnispflicht zur Inländerdiskriminierung.⁵⁴ Dies könnte mittelfristig zur Forderung führen, auch in Bezug auf in Deutschland ansässige Gesellschaften auf die Erlaubnispflicht zu verzichten.

- 59 Zum Teil wird darüber nachgedacht, jedenfalls für die Geltendmachung verwertungsgesellschaftspflichtiger Rechte eine Niederlassungspflicht von Verwertungsgesellschaften im Inland vorzusehen. Insbesondere *Staats* sieht für eine solche Regelung Spielraum. Zwar dürfe eine solche Niederlassungspflicht nach Art. 16 Abs. 2 a) Dienstleistungs-RL nicht vorgesehen werden. Aber diese Richtlinie sei nach der OSA-Entscheidung nicht anwendbar.⁵⁵ Zu fragen ist aber auch, ob die VG-RL eine solche Niederlassungspflicht zulässt. Im Lichte des Erwägungsgrundes 9 erscheint dies besonders problematisch. Die Verpflichtung zur Niederlassung im Inland begründet im System der Grundfreiheiten im Vergleich zur Erlaubnispflicht den stärkeren Eingriff, auch wenn für die Niederlassung die Begründung einer Zweigstelle oder die Gründung eines Tochterunternehmens ausreicht. Wesentlich erscheint zudem, dass mit der bloßen Niederlassungspflicht noch nichts gewonnen ist. Sie schafft vielmehr erst die Voraussetzung für die uneingeschränkte Anwendung des deutschen Wahrnehmungsrechts. Dies zeigt, dass die Niederlassungspflicht vor allem die Funktion hat, den Liberalisierungsansatzes der VG-RL zugunsten von Verwertungsgesellschaften mit Sitz in anderen EU-Mitgliedstaaten zu unterlaufen.
- 60 Nach diesen Erwägungen empfiehlt das Institut dem deutschen Gesetzgeber die Beibehaltung der Erlaubnispflicht für Verwertungsgesellschaften mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten der EU sowie des EWR in Betracht zu ziehen. Zu denken wäre aber nur an eine „Erlaubnispflicht light“, die insbesondere von der Anwendung des § 79 Nr. 1 VGG-E absieht und auch die Nachweispflichten nach § 78 VGG-E zurücknimmt. Der deutsche Gesetzgeber muss sich aber bei einer solchen Entscheidung der Gefahr bewusst sein, dass mit einer solchen Regelung möglicherweise gegen die Richtlinie verstoßen wird.
- 61 Unbefriedigend bleibt der Katalog der Befugnisse, die der Aufsichtsbehörde nach § 85 VGG-E zur Verfügung stehen. Die Richtlinie verpflichtet zwar nicht zur Einführung bestimmter Sanktionen, fordert aber dennoch, dass die vom nationalen Recht vorgesehenen Maßnahmen und Sanktionen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sind (Art. 36 Abs. 2 Satz 2). Vor allem an der Wirksamkeit der deutschen Aufsicht wurde immer wieder gezweifelt.⁵⁶ Auch an guten Vorschlägen für Verbesserungen aus dem Kreis der Wissenschaft hat

⁵⁴ Zur zunehmend schwieriger werdenden verfassungsrechtlichen Begründung der Erlaubnispflicht siehe *Peifer* (Fn. 18), 458.

⁵⁵ *Staats* (Fn. 24), 472 f.

⁵⁶ Siehe vor allem den Bericht der Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages „Kultur in Deutschland“, BT-Drs. 16/7000, S. 282, der die Aufsicht als mangelhaft bezeichnet.

es nicht gefehlt.⁵⁷ Diese Vorschläge müssen hier nicht wiederholt werden. Der Umstand, dass der Entwurf auf diese Diskussion nicht reagiert, hat seine Gründe. Im europäischen Vergleich dürfte die deutsche Aufsicht trotz seiner Schwächen immer noch eine der strengsten sein, sofern in anderen Staaten überhaupt eine solche Aufsicht schon besteht. Die Förderung der grenzüberschreitenden Rechtswahrnehmung auf der Grundlage des Sitzlandprinzips schwächt die Aufsicht weiter. Entsprechend bringen auch der VGG-E und dessen Begründung an verschiedenen Stellen zum Ausdruck, dass in Deutschland ansässige Verwertungsgesellschaften zunehmend unter den Druck des Wettbewerbs mit ausländischen Verwertungsgesellschaften kommen werden. Damit scheint ein Ausbau des Sanktionsapparats und vor allem die Präzisierung der in § 85 VGG-E wieder sehr vage gehaltenen Bestimmungen nicht zeitgemäß zu sein. Dennoch ist nicht zu befürchten, dass eine solche Reform Deutschland als Standort von Verwertungsgesellschaften gefährden würde. Die deutschen Verwertungsgesellschaften sind im internationalen Vergleich gut aufgestellt, vielleicht auch weil in Deutschland immer ein Mindestmaß an Kontrolle herrschte. Wirksame Kontrolle kann auch einen Wettbewerbsvorteil bedeuten, gerade wenn es darum geht, Rechtsinhaber anzuziehen, die von Aufsichtsmaßnahmen profitieren. Damit bleibt dem deutschen Gesetzgeber zu raten, jedenfalls mittelfristig eine Reform des Sanktionsapparats anzustreben.

6. Schiedsstellenverfahren

- 62 Das Institut bezieht keine Stellung zu den Regelungen des Schiedsstellenverfahrens in Teil 5, obwohl vor allem § 107 VGG-E zur Sicherheitsleistung besondere praktische Bedeutung zukommt. Es ist davon auszugehen, dass hierzu die betroffenen Verwertungsgesellschaften und Industrieverbände ausreichend Stellung nehmen werden.

7. Gebietsübergreifende Vergabe von Online-Rechten an Musikwerken

- 63 Zur Umsetzung von Titel III der VG-RL zur Vergabe von Mehrgebietslizenzen zur Online-Nutzung von Musikwerke wählt der Entwurf zu Recht einen vorsichtigen Ansatz. Die Umsetzung beschränkt sich auf die Einführung jener Vorschriften, die durch die Richtlinie erforderlich werden. Dessen ungeachtet bleibt zu kritisieren, dass die Richtlinie nur die grenzüberschreitende Lizenzierung eines Teils der Rechte regelt, die für die Online-Verwertung von Musik benötigt werden. Insbesondere erfasst Titel III der Richtlinie nicht die Online-Lizenzierung der verwandten Schutzrechte der Tonträgerhersteller und ausübenden Künstler. Dass auch der Entwurf von einer solchen Erstreckung der Regelungen absieht, ist schon deshalb verständlich, weil ein nationaler Alleingang angesichts des grenzüberschreitenden Charakters des von der Richtlinie

⁵⁷ Siehe etwa die Ausführungen bei *Podszun/Franz*, Das Aufsichtsregime über Verwertungsgesellschaften, ZGE 2015, 15, 38 ff.

gewählten Regelungsmodells gar nicht denkbar ist. Entsprechend sollte man nun erst einmal die weitere Entwicklung abwarten und sehen, ob die gegenwärtig nach wie vor sehr unbefriedigende Situation auf den Märkten für Lizenzen für die Online-Nutzung von Musikwerken infolge der europäischen Gesetzgebung sich zum Besseren wendet.

8. Abschließende Bemerkungen

- 64 Nicht immer glücklich ist die im Entwurf gewählte Terminologie. Zum Teil liegt dies daran, dass Begriffe der Richtlinie einfach übernommen werden, obwohl diese Begriffe im deutschen Rechtssystem nicht verankert sind. Gleichzeitig werden bewährte Begriffe des deutschen Wahrnehmungsrechts einfach aufgegeben. Als Folge würden zahlreiche Zweifelsfragen entstehen. Zu nennen ist etwa die Verwendung des Begriffs des „Rechteverwertungsvertrages“ in § 5 VGG-E, des Begriffs der „Repräsentationsvereinbarung“ statt des etablierten Begriffs des „Gegenseitigkeitsvertrages“ sowie des Begriffs des „Statuts“ statt „Satzung oder Gesellschaftsvertrag“.