

Nike Schmidt

Verwertung von Musikrechten

Eine urheberrechtliche Studie zur Nutzungsart am Beispiel der Vervielfältigung im Online-Bereich



Nomos

Schriften zum Medien- und Informationsrecht

herausgegeben von
Prof. Dr. Boris P. Paal, M.Jur.

Band 27

Nike Schmidt

Verwertung von Musikrechten

Eine urheberrechtliche Studie zur Nutzungsart am Beispiel
der Vervielfältigung im Online-Bereich



Nomos

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

Zugl.: Freiburg, Univ., Diss., 2016

ISBN 978-3-8487-4295-0 (Print)

ISBN 978-3-8452-8557-3 (ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	11
Kapitel 1 Europarechtlicher Hintergrund	15
A. Neue rechtliche Rahmenbedingungen für Verwertungsgesellschaften in Europa	15
I. Die Online-Empfehlung der EU-Kommission	15
1. Die sogenannte »Option 3«	15
2. »GEMA«-Entscheidungen der EU-Kommission	17
II. Grünbuch und Richtlinie über die kollektive Rechtewahrnehmung	19
III. Überblick über die Systemunterschiede der Rechteverwertung in Europa	20
B. Methodik der rechtlichen Umsetzung	21
I. Empfehlung gemäß Art. 288 AEUV	22
II. Die Diskussion zur Umsetzung in Deutschland und Besonderheiten der Auslegung	23
III. Die Regelungen im Einzelnen	25
1. Schaffung von Rechtekategorien im Online-Bereich	25
2. Rechtevergabe nach Kategorien	26
3. Orientierung am angloamerikanischen Copyright-System	31
4. Zwischenergebnis	33
C. Ergebnis	33
D. Fazit	33
Kapitel 2 Das »MyVideo«-Urteil und die herrschende Meinung zur Bestimmung einer Nutzungsart	35
A. Die herrschende Meinung im Überblick	35
I. Das sog. »MyVideo«-Urteil des OLG München	36

II. Historische Entwicklung der Nutzungsart in der Rechtsprechung	38
1. Begriffliche Differenzierung zwischen Verwertungsrecht und Nutzungsart	38
a) »Wilhelm Busch« und »Kassettenfilm«	38
b) »GEMA-Vermutung I«	40
c) »CB-infobank II«	40
d) Fazit	40
2. Wirtschaftliche und technische Eigenständigkeit	41
a) Wirtschaftliche Erheblichkeit und Vorbereitungshandlungen	41
b) Alternativität von technischer und wirtschaftlicher Eigenständigkeit?	43
(1) »White Christmas«	43
(2) »Zauberberg« und »Blu-ray-Disc«	43
c) Herausbildung eines eigenständigen Marktes	45
(1) Substituierbarkeit auf dem Markt – Investitionsschutz für Verwerter?	46
(2) Abgrenzung nach Verbraucherkreisen	49
(3) Marktbegriff?	49
d) Fazit	50
3. Erwägungen zum Verkehrsschutz	51
a) »Rundfunkwerbung« und »Nutzung von Musik für Werbezwecke«	51
b) »Taschenbuch-Lizenz«	52
c) »MyVideo«	55
d) Bewertung	56
e) Fazit	58
4. Neue Nutzungsart i. S. d. § 31 Abs. 4 UrhG und Urheberschutz	58
a) Definitionsansätze des BGH	59
b) Beteiligung des Urhebers an neuen Verwertungsformen	59
c) Problem der wirtschaftlichen Eigenständigkeit bei neuen Nutzungsarten	61
5. Fazit	61
III. Verständnis der Nutzungsart in der Literatur	62
1. Keine grundsätzliche Abweichung von der Rechtsprechung	62

2. Unterschiede	63
a) Verkehrsübung	63
b) Gesetz	66
3. Zusammenfassung	66
IV. Ergebnis	66
B. Fazit	68
Kapitel 3 Neubewertung der Nutzungsart am Beispiel »Vervielfältigung im Online-Bereich« (sog. Upload)	69
A. Dogmatische Grundlagen des Urhebervertragsrechts	69
I. Anwendbarkeit des § 31 Abs. 1 UrhG	70
1. Urhebervertragsrecht vs. Urheberrecht	70
a) Auslegung des § 31 Abs. 1 UrhG	71
b) Verwertungsrechte gemäß §§ 15 ff. UrhG als vorrangige Rahmenbestimmungen?	73
2. Anwendbarkeit als Folge der Wechselwirkung	78
3. Zwischenergebnis	80
II. Funktionelle Anforderungen an die Nutzungsart i.S.d. § 31 UrhG	80
1. Verfassungsrechtliche Anforderungen	80
2. Funktionen der Rechtsfigur Nutzungsart	83
a) Schutz des Urhebers durch § 29 Abs. 2 UrhG nach der monistischen Theorie	83
b) Nutzungsart als Schutzinstrument für den Urheber	84
c) Schutz der Verwerterinteressen	85
3. Fazit	88
III. Ergebnis	88
B. Verkehrsschutz – Prinzip oder Ausnahme?	89
I. Das Konzept des Verkehrsschutzes auf dem Prüfstand	89
II. Die Nutzungsart – Begriff oder Typus?	91
III. »Dinglichkeit«, Quasi-Dinglichkeit, Gegenständlichkeit und Absolutheit von ausschließlichen Nutzungsrechten	94
IV. Schutzniveau und Haftungsrisiko	97
1. Unmittelbar verkehrsschützende Normen im Urheberrechtsgesetz	98
a) Urheberbezeichnung gemäß § 10 Abs. 3 UrhG	98
b) Erschöpfungsgrundsatz gemäß § 17 Abs. 2 UrhG	100

c) Fazit	102
2. Mittelbarer Verkehrsschutz	103
a) Publizität und Gutgläubensschutz	103
b) Numerus clausus vs. Kausalverhältnis	104
c) Fazit	108
3. Systemimmanentes Haftungsrisiko bei »Splitterrechten«?	109
a) Hohe Anforderungen an die erforderliche Sorgfalt	109
b) Faktische Überdehnung der Prüfungspflichten bei der Rechteklärung?	111
c) Überschießende Verbotsbefugnisse	114
d) Haftungsrisiko für einfache und ausschließliche Rechte im Online-Bereich im Vergleich	116
e) Lizenzanalogie	118
f) Fazit	120
V. Ergebnis	120
C. Wirtschaftliche Eigenständigkeit der Vervielfältigung im Online- Bereich	121
I. Historie des Vervielfältigungsrechts im Überblick	122
II. Upload als Vervielfältigung gemäß § 16 UrhG	126
1. Begriff und Funktionen der §§ 15 ff. UrhG	127
a) Streitpunkt urheberrechtliche Relevanz	127
b) Konkretisierung der Verfügungsbefugnis – Perspektive des Urhebers	129
c) Normative Kontroll- und Sicherungsfunktion	131
d) Zwischenergebnis	132
e) Verwertung durch Einräumung von Nutzungsrechten – Perspektive des Verwerter	133
(1) Gesetzliche Rückkoppelung an die Verwertungsrechte	133
(2) Fazit	135
2. Prinzipielle Voraussetzungen wirtschaftlicher Beteiligung	136
a) Leitbildfunktion des Beteiligungsgrundsatzes	137
(1) Anknüpfungspunkt für den Anspruch auf Beteiligung	140
(aa) Beteiligung an mehraktigen Nutzungen	140
(bb) Gefahr der »Doppel«-Vergütung?	142

(cc) Zwischenergebnis	147
(2) Entfallen der Beteiligung bei Zweckbestimmung?	147
(aa) Grundsatz der Zweckneutralität	148
(bb) Anwendbarkeit des »computerrechtlichen« Vervielfältigungsbegriffs	149
(cc) Notwendigkeit der einheitlichen teleologischen Auslegung von § 16 UrhG	152
(dd) Anspruch auf Beteiligung an der Vervielfältigung für die Online-Nutzung	154
(ee) Ergebnis	156
b) Fazit	156
3. Ergebnis	157
III. »Eigenständige wirtschaftliche Bedeutung« gemäß § 44 a UrhG	157
1. Bestimmung der wirtschaftlichen Eigenständigkeit	158
a) Teleologischer Ansatz	159
(1) »Karen Murphy«-Urteil des EuGH	159
(2) Wirtschaftliche Eigenständigkeit durch Manipulation	161
(3) Wirtschaftliche Eigenständigkeit durch Funktionalität	165
(4) Fazit	167
b) Pragmatischer Ansatz	167
2. Zwischenergebnis	170
3. Bewertung für den Upload-Vorgang	171
a) Technische Trennbarkeit	171
b) Anwendung auf dauerhafte Vervielfältigungen	172
c) Konsequenzen für die Bewertung des Upload- Vorgangs	174
d) Zwischenergebnis	176
4. Drei-Stufen-Test als Rückausnahme zur Interessenabwägung	176
IV. Vervielfältigung in anderen gesetzlichen Schrankenregelungen	177
1. Verfassungsrechtliche Einordnung	178
a) Inhalts- und Schrankenbestimmungen gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG	179
b) Streitpunkt Geltungsgrund der Schranken: Naturrecht vs. Verfassungsrecht?	180

c) Funktion der gesetzlichen Schranken	184
d) Fazit	188
e) Ergebnis	188
2. Systematisch-funktionale Einordnung der urheberrechtlichen Schranken der §§ 16 und 19 a UrhG	189
a) Annexvervielfältigungen gemäß § 52 b UrhG	190
b) Regelungsgehalt des § 52 a Abs. 3 UrhG	191
(1) Regelungszweck	191
(2) Parallele zu § 42 a UrhG?	193
c) § 55 UrhG – Schranke als gesetzliche Nutzungsart?	196
(1) Schranke als gesetzliche Nutzungsart	196
(2) Teleologische Unterschiede zu §§ 52 a und b UrhG	200
(3) Bezugspunkte der »gesetzlichen Nutzungsart«	201
(4) Zwischenfazit	203
d) Grenzen der Privatkopie-Privilegierung des § 53 Abs. 1 Satz 2 UrhG	204
(1) Unentgeltlichkeit nach § 53 Abs. 1 Satz 2 UrhG	204
(2) Privilegierungszweck und -grenze	206
e) Fazit	206
V. Ergebnis	207
VI. Fazit	208
Schlussbetrachtung	211
Literaturverzeichnis	215

Einleitung

In den letzten Jahrzehnten hat sich das Konsumverhalten der Musiknutzer bekanntermaßen stark verändert. Durch das Internet ist Musik inzwischen leicht zugänglich und damit immer und überall verfügbar. Für Nutzer ist es zudem immer unwichtiger, Musik tatsächlich physisch, sei es als Platte, CD oder Datei zu besitzen. Aufgrund der ständigen Verfügbarkeit des Internets über Smartphones, Laptops, Tablets etc. und damit auch des Zugangs zu Musikanbietern ist dieses Besitzdenken unzeitgemäß geworden. Für den Musikgenuss ist der dauerhafte, physische Besitz schlicht nicht mehr notwendig. Möglich macht diese Unabhängigkeit des Musikgenusses unter anderem die Technik des Streaming. Daher etablieren sich in jüngster Zeit neben den klassischen Download-Angeboten immer mehr Streaming-Angebote, die diese Nachfrage mit zunehmendem Erfolg bedienen. Der Markt für Music-on-demand-Angebote diversifiziert sich folglich immer weiter. Hinzu kommt, dass die Verbreitung von Musik über das Internet nicht vor nationalen Grenzen Halt macht und im immer stärker zusammenwachsenden Europa auch gar nicht soll. Gleichermäßen steigt spiegelbildlich der Bedarf der Anbieter an Rechten, um Musik auf diese und ähnliche Weise online verfügbar machen zu können. Dabei sind sie auf die Lizenzierung durch die jeweiligen Verwertungsgesellschaften bzw. Rechteinhaber angewiesen.

Die EU-Kommission ist bestrebt, dieser Entwicklung Rechnung zu tragen und die Wahrnehmung von Musikrechten in Europa einfacher, effizienter und transparenter zu gestalten. Gestalt angenommen hat dieses Bestreben zum einen in der »Option 3« der sog. Online-Empfehlung¹ aus dem Jahr 2005, und zum anderen in der »Richtlinie über die kollektive Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten und die Vergabe von Mehrgebietslizenzen für Rechte an Musikwerken für die Online-Nutzung im Binnenmarkt« aus dem Jahr 2014². Ziel beider Regelwerke ist

1 Empfehlung der Kommission vom 18. Oktober 2005 für die länderübergreifende kollektive Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten, die für legale Online-Musikdienste benötigt werden 2005/737/EWG, ABl. L 276/54 vom 21.10.2005, abgedruckt in GRUR Int. 2006, 220.

2 Richtlinie 2014/26/EU, ABl. L 84/72 vom 20.3.2014.

die Verwirklichung des Binnenmarktes, die Schaffung von mehr Wettbewerb zwischen Rechteinhabern und eine größere Flexibilität der Rechteinhaber. Die Verwertung von Musikrechten befindet sich in der Folge seit einigen Jahren im Umbruch. Die größte Veränderung betrifft die Lizenzierung angloamerikanischer Repertoire-Kataloge. Hier sind die Verlage dazu übergegangen, diejenigen Rechte, über die sie selbst verfügen können, aus dem System der Gegenseitigkeitsverträge und damit aus dem Repertoire der nationalen Verwertungsgesellschaften herauszuziehen, um sie selbst europaweit zu lizenzieren. Traditionell verfügen die angloamerikanischen Verlage jedoch nur über das Vervielfältigungsrecht an von ihnen vertretenen Werken, nicht hingegen über das Aufführungsrecht.

Diese Trennung der Vervielfältigungsrechte von den Aufführungsrechten bei der Lizenzierung stellt das deutsche Urheberrechtsgesetz vor altbekannte Fragen in völlig neuer Gestalt. Es ist schließlich eine der Grundfragen des Urheberrechts, wie der Inhalt eines Nutzungsrechts zu bestimmen ist, wie mithin eine Nutzungsart umrissen sein muss, um Gegenstand eines Nutzungsrechts zu sein.

Diese Frage wird in Bezug auf das Vervielfältigungsrecht im Online-Bereich, das für den Betrieb eines Online-Musikdienstes notwendig ist, seit dem sog. »MyVideo«-Urteil des OLG München³ in jüngster Zeit kontrovers diskutiert. In diesem Urteil wurde die Zulässigkeit der eigenständigen Lizenzierung des Vervielfältigungsrechts verneint. Das Urteil ist nicht rechtskräftig geworden, weil sich die streitenden Parteien verglichen haben. Bislang gibt es daher keine höchstrichterliche Entscheidung zur Zulässigkeit dieser Lizenzierungspraxis, die sich im Nachgang zur sog. Online-Empfehlung auch in Deutschland etabliert hat, sodass die Rechtslage in Deutschland nach wie vor unklar ist.

Ziel der vorliegenden Untersuchung ist es, zu prüfen, ob es sich bei der Vervielfältigung im Online-Bereich zum Zwecke der anschließenden öffentlichen Zugänglichmachung (sog. Upload) um eine eigenständige Nutzungsart handelt, die in der Folge getrennt vom Recht der öffentlichen Zugänglichmachung lizenziert werden kann. Hierbei wird zunächst der europarechtliche Hintergrund dargestellt, vor dem sich die Fragestellung abspielt (Kapitel 1). Dies ist notwendig, da europarechtliche Bestimmungen diesen Bereich des Urheberrechts maßgeblich prägen. Im Anschluss wird die Rechtslage in Deutschland unter eingehender Darstellung der herr-

3 OLG München ZUM 2010, 709 – MyVideo.

schenden Meinung zur Nutzungsart in Rechtsprechung und Literatur dargestellt und untersucht (Kapitel 2). Den Hauptteil der vorliegenden Untersuchung bildet Kapitel 3, in dem die konkrete Bewertung der Vervielfältigung im Online-Bereich anhand der in Kapitel 1 und 2 herausgearbeiteten Ergebnisse vorgenommen wird.

Kapitel 1 Europarechtlicher Hintergrund

Wahrnehmung und Lizenzierung von Musikrechten im Online-Bereich haben sich im Zuge der bereits erwähnten Online-Empfehlung in ganz Europa stark verändert. Diese Veränderung zeigt sich am deutlichsten an der Lizenzierung des Vervielfältigungsrechts für die Online-Nutzung von angloamerikanischem Repertoire. Fand dessen Wahrnehmung und Lizenzierung vor der Umsetzung der sog. Option 3 in Europa praktisch ausschließlich durch Verwertungsgesellschaften statt, liegt sie heute in der Regel in Händen von sogenannten Direktlizenzierern, die die Vervielfältigungsrechte an diesem Repertoire im Auftrag der großen anglo- bzw. amerikanischen Musikverlage grenzüberschreitend in mehreren Territorien bzw. paneuropäisch lizenzieren.

Sachlich wurde diese Veränderung durch die Neuordnung der rechtlichen Rahmenbedingungen für Verwertungsgesellschaften in Europa mittels der Online-Empfehlung herbeigeführt. Von besonderer Bedeutung ist dabei die Art und Weise, wie diese Neuordnung herbeigeführt wurde. Dabei ist der Vergleich der unterschiedlichen Systeme der Rechteverwaltung in verschiedenen (europäischen) Ländern entscheidend für das Verständnis der Herausforderung, die diese Neuordnung für das deutsche Urheberrechtsgesetz bedeutet.

A. Neue rechtliche Rahmenbedingungen für Verwertungsgesellschaften in Europa

I. Die Online-Empfehlung der EU-Kommission

1. Die sogenannte »Option 3«

Die »Empfehlung der Kommission vom 18. Oktober 2005 für die länderübergreifende kollektive Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten, die für legale Online-Musikdienste benötigt werden«⁴ (sog. Online-Empfehlung) hat zum Ziel, dem gewerblichen Nutzer ein

4 Online-Empfehlung, aaO. (Fn. 1).

multiterritorial ausgelegtes Lizenzierungssystem zur Verfügung zu stellen, das der Online-Welt gerecht wird⁵. Dabei ist die Neuordnung der Lizenzvergabe für Musikurheberrechte nach Auffassung der EU-Kommission notwendiges Mittel zum Zweck. Lizenzen sollen nicht mehr nur territorial erworben werden, sondern aus einer Hand für die gesamte EU⁶. Die Rechteinhaber sollen daher die Wahrnehmung aller Online-Rechte, die zum Betrieb legaler Online-Musikdienste notwendig sind, in einem territorialen Umfang ihrer Wahl einer Verwertungsgesellschaft ihrer Wahl anvertrauen können⁷. Hierbei kann der Rechteinhaber in dreifacher Hinsicht von der Neuregelung profitieren. Zum einen kann er eine Verwertungsgesellschaft frei wählen. Er kann bestimmen, wie weit die Rechteeinräumung geografisch ausgedehnt sein soll und darüber hinaus bekommt er die Möglichkeit zur separaten Übertragung bzw. Einräumung und Herausnahme aller Online-Rechte. Dies soll nach Ansicht der Kommission dem gewerblichen Nutzer mehr Rechtssicherheit bringen und gleichzeitig das Wachstum legaler Online-Dienste fördern, um so höhere Einnahmen für die Rechteinhaber zu erzielen⁸.

Die Kommission hatte bei der Ausarbeitung der Online-Empfehlung drei rechtspolitische Optionen angedacht, um die Rahmenbedingungen für die Online-Musikverwertung innerhalb Europas zu verbessern⁹. Option 1 war, nichts zu tun und auf eine Selbstregulierung des Marktes zu vertrauen. Vor dem Hintergrund des sich stark verändernden grenzüberschreitenden Anbieter- und Nutzerverhaltens im Online-Bereich und der besonderen Rolle, die Musik im Bereich der Entwicklung der Online-Dienste einnimmt¹⁰, sowie angesichts der Nachteile, die aus Sicht der Kommission damit einhergehen würden, war dies keine verfolgenswerte Option¹¹.

5 S. Erwägungsgrund 8 der Online-Empfehlung, ABl. L 276/54.

6 Müller, ZUM 2009, 121, 126.

7 Ziffer 3 der Online-Empfehlung, ABl. L 276/54.

8 S. Erwägungsgrund 8 der Online-Empfehlung, ABl. L 276/54.

9 Commission Staff Working Document – Impact Assessment reforming cross-border collective management of copyright und related rights for legitimate online music services (SEC [2005] 1254 vom 11.10.2005), abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market.

10 S. Commission Staff Working Document, Ziffer 1.1.

11 S. nur Commission Staff Working Document, aaO. (Fn. 9) Ziffer 4.8. (keine Wirkung außerhalb der EU), 4.9. (u.a. Verlust der Attraktivität des Geschäftsmodells Verwertungsgesellschaft).

Option 2 war ein Modell, in dem allen denkbaren Verwertungsgesellschaften in Europa, unabhängig von deren Größe, das Weltrepertoire zur europaweiten Vergabe zur Verfügung gestanden hätte. Durch die Gegenseitigkeitsverträge wäre zwar sichergestellt gewesen, dass jede Verwertungsgesellschaft gleichermaßen die Rechte der Rechteinhaber hätte lizenzieren können¹². Es wäre also ein Wettbewerb zwischen den Verwertungsgesellschaften um die Nutzer bzw. Lizenznehmer entstanden. Gleichwohl hat die Kommission diese Option verworfen, weil die kleineren Verwertungsgesellschaften im Ergebnis völlig abhängig seien von den Gegenseitigkeitsverträgen, um überhaupt das gesamte EU-Repertoire anbieten zu können¹³. Dieses Problem konnte durch Option 2 nicht gelöst werden¹⁴.

Die von der EU-Kommission favorisierte Option 3 hingegen soll den Rechteinhabern die Möglichkeit geben, eine (Verwertungs-)Gesellschaft, die ihre Online-Musik-Rechte paneuropäisch verwertet, frei zu wählen. Damit bekommt die (Verwertungs-)Gesellschaft das unmittelbare Recht zur Lizenzierung an Dritte, ohne auf Tochtergesellschaften oder sonstige Vermittler zurückgreifen zu müssen¹⁵. Somit verzichtete die Kommission auf einen Wettbewerb aller Verwertungsgesellschaften um die Lizenznehmer zugunsten von Option 3 und damit zugunsten eines Wettbewerbs um die Rechteinhaber – also des genauen Gegenteils von Option 2.

2. »GEMA«-Entscheidungen der EU-Kommission

Die Idee, die insgesamt hinter »Option 3« steht, ist allerdings nicht neu und die Möglichkeit der Herausnahme einzelner Rechte durch den Rechteinhaber aus einer Verwertungsgesellschaft ist auch nicht erst durch die Online-Empfehlung geschaffen worden. Bereits in der »Entscheidung der Kommission vom 2. Juni 1971 betreffend ein Verfahren nach Artikel 86 des Vertrages (IV/26.760 – »GEMA«)¹⁶« wurde dies thematisiert. Gegenstand des Verfahrens bildete die Prüfung der damaligen Wahrnehmungspraxis der GEMA. Die GEMA hatte seinerzeit nämlich eine Vielzahl von

12 S. Commission Staff Working Document, aaO. (Fn. 9) Ziffer 4.10.

13 Ebenda.

14 Ebenda.

15 S. Commission Staff Working Document, aaO. (Fn. 9) Ziffer 3. Spiegelstrich 3.

16 71/224/EWG, ABl. L 134/15 vom 20.06.1971, abgedruckt in UFITA 65 (1972), 344 ff.

Wahrnehmungsmandaten aus dem Ausland übernommen, wobei diese Mandate nur die mechanischen Vervielfältigungsrechte für Deutschland betrafen¹⁷.

Schlussendlich stellte die Kommission zum einen fest, dass es unzulässig sei, den GEMA-Mitgliedern die freie Wahl zu nehmen, ihre Rechte für Länder, in denen die GEMA nicht unmittelbar tätig ist, ganz oder teilweise der GEMA oder einer anderen Verwertungsgesellschaft zur Wahrnehmung einzuräumen¹⁸. Gleiches gelte zum anderen für die Frage, ob die GEMA-Mitglieder für Länder, in denen die GEMA unmittelbar tätig ist, ihre Rechte insgesamt der GEMA oder aufgeteilt nach verschiedenen Nutzungssparten, d. h. nach den verschiedenen Auswertungsformen, mehreren Gesellschaften zur Wahrnehmung einräumen können¹⁹. Dieser zweite Aspekt der Entscheidung ist der für diese Untersuchung interessantere. Da im angloamerikanischen Rechtskreis Vervielfältigungs- und Aufführungsrecht traditionell von verschiedenen Rechteinhabern wahrgenommen werden, bedeutet diese Entscheidung, dass bereits damals die getrennte Wahrnehmung dieser beiden Rechtekategorien von der Kommission für zulässig gehalten wurde. Es ist folglich schon seit einigen Jahrzehnten gängige Praxis, dass sich bei angloamerikanischem Repertoire die Vervielfältigungs- und Aufführungsrechte an einem Werk bei der GEMA durch die Einräumung zur Wahrnehmung durch verschiedene Rechteinhaber erstmals vereinen²⁰. Dies spiegelt sich auch wider in den verschiedenen Rechtekategorien des § 1 GEMA-Berechtigungsvertrags²¹ (der damaligen Fassung)²², an denen sich die EU-Kommission auch bei der Online-Empfehlung orientiert hat. Die Sparten bzw. Rechtekategorien des Berechtigungsvertrages dienen dabei als Konkretisierung der inhaltlich umfassenden und exklusiven Rechteeinräumung zur Wahrnehmung an die GEMA²³.

Die Einräumung oder Herausnahme von Online-Rechten war zum Zeitpunkt der Entscheidung im Jahr 1972 aber natürlich noch nicht ausdrück-

17 ABl. Nr. L 134/15, II. C. 2. a), UFITA 65 (1972), 344, 357.

18 ABl. Nr. L 134/15, a. E., Entscheidungssatz Artikel 1 Ziffer 7. lit. a), UFITA 65 (1972), 344, 367.

19 ABl. Nr. L 134/15, a. E., Entscheidungssatz Artikel 1 Ziffer 7. lit. b), UFITA 65 (1972), 344, 367.

20 Heyde, Lizenzierung, S. 241.

21 Im Folgenden: GEMA-BerV.

22 M. Schmidt, ZUM 2005, 783, 784; Staudt, in: Recht und Praxis der GEMA, Kap. 10 Rn. 365.

23 Vgl. Staudt, in: Recht und Praxis der GEMA, Kap. 10 Rn. 38 ff., 46.

lich vorgesehen²⁴. Dennoch ist ohne Weiteres erkennbar, dass die Kommission in den Entscheidungen von der Möglichkeit der isolierten Herausnahme und damit auch der getrennten Wahrnehmung ausgeht²⁵. An dieser Stelle zeigt sich schon, dass die EU-Kommission mit der Online-Empfehlung eine bereits in den 1970er Jahren vertretene Rechtsansicht lediglich wiederholt.

II. Grünbuch und Richtlinie über die kollektive Rechtewahrnehmung

Diese Rechtsansicht zeigt sich auch in weiteren Initiativen der Kommission im Nachgang zur Online-Empfehlung, z. B. in einer Konsultation für ein Grünbuch²⁶, anhand derer ein Regelungsrahmen erarbeitet werden sollte, der den Online-Vertrieb audio-visueller Werke in der Europäischen Union verbindlich festschreibt. In der Konsultation war ausdrücklich auch nach dem Erwerb von Musikrechten gefragt worden. In der Einleitung gibt die Kommission eindeutig zu erkennen, dass sie den mit der Online-Empfehlung beschrittenen Weg hin zu einem europäischen Binnenmarkt für richtig hält. Dies bestätigt die Kommission auch mit dem am 11.7.2012 vorgelegten Richtlinienvorschlag über kollektive Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten und die Vergabe von Mehrgebietslizenzen für die Online-Nutzung von Rechten an Musikwerken im Binnenmarkt²⁷, betont aber, dass die Umsetzung der Online-Empfehlung noch nicht zufriedenstellend war²⁸. Insofern war dann aus Sicht der Kommission auch die Verabschiedung der Richtlinie vom 26.2.2014²⁹ unumgänglich, die bis April 2016 in nationales Recht umgesetzt werden musste, was in Deutschland mit dem Verwertungsgesellschaftengesetz (VGG) auch geschehen ist. Auch in dieser Richtlinie geht die EU-Kommission den mit

24 *Alich*, GRUR Int. 2008, 996, 997.

25 *Müller*, ZUM 2011, 13, 19 sieht in dieser Entscheidung sogar einen eindeutigen Hinweis auf die getrennte Lizenzierbarkeit.

26 Grünbuch der EU-Kommission vom 13.7.2011 über den Online-Vertrieb von audiovisuellen Werken in der Europäischen Union, KOM(2011) 427/3.

27 S. z. B. Erwägungsgrund 23 des Richtlinienvorschlags KOM(2012) 372 final, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/management/index_de.htm#report; ausführlich hierzu *Ventroni*, MMR 2012, 565.

28 S. nur Richtlinien-Vorschlag COM(2012) 372 final, Begründung 1.3, S. 4 und 2.3 Option B2, S. 6 f.; ausführlich *Ventroni*, MMR 2012, 656.

29 Richtlinie 2014/26/EU, ABl. L 84/72.

der Online-Empfehlung eingeschlagenen Weg konsequent weiter³⁰. So setzt die Kommission in Erwägungsgrund 37 der Richtlinie über die kollektive Rechtswahrnehmung voraus, dass das Vervielfältigungsrecht und das Recht der öffentlichen Wiedergabe, die für den Betrieb eines Online-Musikdienstes erworben werden müssen, von verschiedenen Verwertungsgesellschaften wahrgenommen werden können.

III. Überblick über die Systemunterschiede der Rechteverwertung in Europa

Der Richtlinienentwurf sowie die darauf basierende Richtlinie stellen Meilensteine auf dem Weg zur Harmonisierung der rechtlichen Rahmenbedingungen für Verwertungsgesellschaften in Europa dar. Die Vereinheitlichung dieses Bereichs ist vor allem deshalb eine besondere Herausforderung, weil ganz unterschiedliche Systeme der Rechtswahrnehmung berücksichtigt werden müssen. Die Wahrnehmung von Musikrechten unterscheidet sich innerhalb Europas vor allem nach Rechtskreisen, wobei eine exakte Trennung nicht möglich ist. Dies zeigt sich in größter Deutlichkeit am Vervielfältigungsrecht, das im kontinentaleuropäischen Rechtskreis grundsätzlich anders verwertet wird als im angloamerikanischen Copyright-System. Letzteres ist weniger vom Geist der schöpferischen Leistung des Individuums geprägt, die es zu schützen gilt, sondern vielmehr ein Mittel, um Investitionen abzusichern. Daher ist es traditionell ein Recht der Verleger³¹. In Ländern, in denen das Copyright-System vorherrscht, werden die sog. mechanischen Rechte, also die Vervielfältigungsrechte am Werk, in der Regel zu 100 Prozent einem Musikverlag (translativ) übertragen, der wiederum eine Verwertungsgesellschaft mit der Verwaltung der Rechte beauftragen kann³². Damit geht die Kontrolle über das Vervielfältigungsrecht zunächst in vollem Umfang auf die Verlage über, die dann für die Verwertung des Werks keine weitere Einwilligung des Urhebers benötigen. Dies führt zur getrennten Wahrnehmung von Vervielfältigungs- und Ausführungsrechten und einer entsprechend starken Stellung der Verlage,

30 *Holzmüller*, ZUM 2014, 468 ff.

31 *Ellins*, Copyright Law, S. 357.

32 Commission Decision of 22 May 2007 declaring a concentration to be compatible with the common market and the functioning of the EEA Agreement, Case No COMP/M.4404 – Universal/BMG Music Publishing, Rn. 160.

neben denen die Verwertungsgesellschaften bei der Verwertung des Vervielfältigungsrechts in der Praxis keine nennenswerte Rolle spielen. Eine solche Trennung ist allerdings nicht auf den traditionell vom Copyright-System geprägten angloamerikanischen Rechtskreis beschränkt, sondern auch in Kontinentaleuropa anzutreffen³³.

In anderen kontinentaleuropäischen Ländern hingegen, insbesondere in Deutschland, spielten die Verlage wiederum neben den Verwertungsgesellschaften bei der Rechtswahrnehmung traditionell kaum eine Rolle. Das Gros der Urheber bringt in der Regel seine Rechte – ohne Unterscheidung zwischen Vervielfältigungs- und Aufführungsrecht – durch Abschluss des Berechtigungsvertrages in die Verwertungsgesellschaft ein, bevor sie einen Verlagsvertrag schließen. Selbst wenn es sich zeitlich umgekehrt verhält, kommen die Verlage – aufgrund der Unübertragbarkeit der Urheberrechte z. B. nach deutschem Recht – nie in die Position, so frei über die Vervielfältigungsrechte verfügen zu können wie die angloamerikanischen Verlage, die dem Copyright-System unterliegen.

B. Methodik der rechtlichen Umsetzung

Wohl auch wegen dieser großen Unterschiede zwischen den beiden in Europa herrschenden Systemen – kontinentaleuropäisches System auf der einen und Copyright-System auf der anderen Seite – und der damit einhergehenden Schwierigkeiten der Harmonisierung hat die EU-Kommission zunächst das Mittel der Empfehlung gemäß Art. 288 AEUV gewählt.

33 Dänemark: KODA (Komponistrettigheder i Danmark); Schweden: STIM (Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå); Finnland: TEOSTO (Säveltäjain Tekijänoikeustoimiste); Norwegen: TONO (Norsk Komponistforenings internasjonale musikkbyrå); Österreich: AKM (Autoren Komponisten Musikverleger) nimmt die Aufführungsrechte wahr, während die AUME (Austro Mechana) die mechanischen Rechte aus der Nutzung von Ton- und Bildträgern auswertet; Frankreich: SACEM (Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique) nimmt die Aufführungsrechte wahr und SDRM (Société pour l'administration du droit de reproduction mécanique des auteurs, compositeurs, éditeurs, réalisateurs et doubleurs sous-titreurs) die Vervielfältigungsrechte.

I. Empfehlung gemäß Art. 288 AEUV

Die Empfehlung ist ein Rechtsakt, der in Art. 288 Abs. 5 AEUV i. V. m. Art. 17 Abs. 1 EUV als eigenständiges, aber nicht verbindliches Instrument der EU-Kommission vorgesehen ist, steht also von seiner Bedeutung her unter den demokratisch legitimierten Akten »Richtlinie« und »Verordnung«. Die Kommission hat mit dem Instrument der Empfehlung also einen Weg gewählt, der ohne Beteiligung des Parlaments möglich ist³⁴. Der damalige Binnenmarkt-Kommissar Charlie *McCreedy* hatte bereits im Jahr 2005 deutlich gemacht, dass der sog. »soft law and partnership approach« dem Markt die Chance eröffnen soll, sich in die von der Kommission gewünschte Richtung zu entwickeln. Für den Fall, dass sich diese Entwicklung nicht einstellen sollte, werde die Kommission den Erlass eines rechtlich verbindlichen Instruments in Betracht ziehen³⁵. Es wurde zu diesem Zeitpunkt also ganz bewusst darauf verzichtet, das Mittel einer Richtlinie zu wählen, um – aus Sicht der Kommission – möglichst schnell und effizient im Sinne der Verwirklichung des Binnenmarktes handeln zu können.

Die Empfehlung fällt damit in die Kategorie »Soft Law«, das zwar nicht verbindlich und damit nicht strikt zu befolgen ist, aber nach der Rechtsprechung des EuGH von den Mitgliedstaaten und deren Organen zu berücksichtigen ist, d. h. es besteht die Verpflichtung für die Mitgliedstaaten, sich mit ihnen auseinanderzusetzen und die Nichtbefolgung ggf. zu begründen³⁶. Insgesamt kann aber eine Empfehlung der EU-Kommission von vorneherein nicht die gleiche rechtliche Wirkung entfalten wie eine Richtlinie oder gar eine Verordnung – tatsächlich muss die Wertung für die Online-Empfehlung aber anders ausfallen³⁷.

34 *Schierholz*, in: Walter/von Lewinski, Rn. 12.0.86.

35 *Drexler*, in: Riesenhuber, Wahrnehmungsrecht, § 10, S. 200 mit Hinweis auf die Rede des Kommissars *McCreedy* anlässlich der »UK Presidency Conference on Copyright and the Creative Economy« vom 7.10.2005, abrufbar unter: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/588&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> (zuletzt abgerufen am 26.5.2016).

36 EuGH vom 13.12.1989 - Rs. 322/88 – Grimaldi, Slg. 1989, 4407 Leitsatz Ziff. 4, Rn. 18.

37 *Drexler*, in: Riesenhuber, Wahrnehmungsrecht, § 10, S. 199 f.; *Schierholz*, in: Walter/von Lewinski, Rn. 12.0.86 m. w. N.

II. Die Diskussion zur Umsetzung in Deutschland und Besonderheiten der Auslegung

Trotz dieses unverbindlichen Charakters hat die Umsetzung der Online-Empfehlung in Deutschland hohe Wellen geschlagen. Die Problematik wird durch eine weitreichende gesetzliche Neuregelung voraussichtlich noch weiter an Bedeutung gewinnen. Dabei wird es maßgeblich darauf ankommen, ob und wie es gelingt, die Ziele der EU-Kommission mit dem nationalen Recht in Einklang zu bringen. Bereits die Auslegung der einzelnen Regelungen der Empfehlung aber ist in der juristischen Diskussion in Deutschland streitig. Nach einer Ansicht lässt sich die vom Recht der öffentlichen Zugänglichmachung getrennte Lizenzierung des Vervielfältigungsrechts mit der Online-Empfehlung unproblematisch begründen³⁸. Nach anderer Ansicht ist diese Auslegung keineswegs zwingend³⁹. Wegen des gegensätzlichen Verständnisses der Regelungen sind zunächst die Besonderheiten der Auslegung einer Empfehlung darzustellen.

Bei der Auslegung von Richtlinien, Verordnungen, Empfehlungen etc. gilt grundsätzlich, dass nicht bereits nach der Auslegung des Wortlauts – unabhängig davon, ob sich aus den Sprachfassungen unterschiedliche Auslegungsmöglichkeiten ergeben – die Prüfung abgebrochen werden darf⁴⁰. Auch wenn bereits nach dem Wortlaut der verschiedenen Sprachfassungen ein bestimmtes Verständnis naheliegt, muss dieses Verständnis mit den Ergebnissen weiterer Auslegungsmethoden untermauert werden⁴¹.

Aufgrund des relativ hohen Harmonisierungsgrades, den das Urheberrecht seit der sog. Info-Richtlinie⁴² aufweist⁴³, zumindest was die Verwertrungsrechte und deren Schranken angeht, muss eine systematische Auslegung vorgenommen werden. Ein schlichter Verweis auf den fragmentarischen Charakter der Harmonisierung, der eine systematische Auseinander-

38 Heyde, Lizenzierung, S. 217; Runge, Kollektive Lizenzierung, S. 59; Pentheroudakis, Urheberrechtlicher Wandel, S. 419; zurückhaltender, aber im Ergebnis zustimmend Düsing, Gestaltung einer europäischen Lizenzierungspraxis, S. 99, 159, 160.

39 Ullrich, ZUM 2010, 311, 319; Altemark, Wahrnehmung, S. 261.

40 Riesenhuber, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, § 10 Rn. 18.

41 Riesenhuber, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, § 10 Rn. 15 m. w. N. auch zur Gegenansicht, der sog. Acte-claire-Doktrin.

42 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 (ABl. L 167, S. 10).

43 Walter, in: Walter/von Lewinski, Rn. 16.0.3.