

Aufstellung von Tarifen und deren Kontrolle in Schieds- und Schlichtungsverfahren. Weitere Unterschiede bestehen bei den gesetzlichen Vorgaben zur Transparenz wie etwa der Verpflichtung zur Auskunftserteilung und Rechnungslegung<sup>373</sup>. Schließlich ist auch die Verpflichtung zur Förderung sozialer und kultureller Belange durch die Verwertungsgesellschaften unterschiedlich ausgestaltet<sup>374</sup>.

Eine Sonderstellung nehmen die spanischen Wahrnehmungsbestimmungen ein. Sie sind zwar inhaltlich dem deutschen UrhWG angelehnt; jedoch steht es den Verwertungsgesellschaften frei, sich den wahrnehmungsrechtlichen Regularien nach Art. 147 ff. spanisches UrhG zu unterwerfen, so dass deren Anwendung nicht zwingend erfolgt<sup>375</sup>.

### C. Die Vereinbarkeit des Wahrnehmungsrechts mit europäischem Primärrecht

Zu untersuchen ist im Folgenden, inwieweit die vorbezeichneten wahrnehmungsrechtlichen Bestimmungen in den verschiedenen Mitgliedstaaten den primärrechtlichen Vorgaben genügen. Besonderes Augenmerk ist dabei auf den Gehalt der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 56 ff. AEUV (ex-Art. 49 ff. EG) zu richten.

#### I. Der Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit

Zunächst müsste der Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit eröffnet sein. Eine Dienstleistung im Sinne von Art. 57 AEUV (ex-Art. 50 EG) liegt vor, wenn es sich um eine selbstständige Leistung nicht-körperlicher Art handelt, die in der Regel

373 Vgl. dazu die Übersichten bei *KEA*, *The Collective Management of Rights in Europe*, S. 75 und 103 ff.

374 Mehrheitlich ist die Bereitstellung finanzieller Mittel zwar gesetzlich normiert, nicht überall ist dies jedoch verpflichtend. Auch differieren die gesetzlichen Vorgaben im Hinblick darauf, welcher Topf der Lizenzinnahmen angezapft wird: Geben manche mitgliedstaatlichen Wahrnehmungsgesetze nur grobe Vorgaben und belassen damit den Verwertungsgesellschaften einen gewissen Beurteilungsspielraum, sehen die Rechtsordnungen wie etwa in Österreich, Belgien, Dänemark, Frankreich und Spanien die Verwendung zahlenmäßig exakt festgelegter Prozentsätze (zwischen zehn und 50 Prozent) von den aus den gesetzlichen Privatkopielizenzen (etwa der Leerkassettenvergütung) erzielten Einnahmen zu Sozial- und Kulturzwecken vor. Vgl. dazu die detaillierte Übersicht bei *KEA*, *The Collective Management of Rights in Europe*, S. 85 ff. und 125 ff.

375 Vgl. *López*, in: *Rodríguez-Cano* (Hrsg.), S. 1937; *Alich*, GRUR Int. 2008, 996, 1003 f.: Den Anreiz, sich den Beschränkungen zu unterwerfen, bieten verschiedene gesetzliche Privilegierungen wie etwa die Vermutung der Aktivlegitimation gemäß Art. 150 spanisches UrhG und die Beteiligung an der Ausschüttung an den gesetzlichen Privatkopielizenzen gemäß Art 25 spanisches UrhG.

gegen Entgelt erbracht wird, und nicht dem Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 ff. AEUV (ex-Art. 43 ff. EG)) unterfällt<sup>376</sup>.

Die Rechtswahrnehmung durch Verwertungsgesellschaften stellt eine nicht-körperliche Leistung dar<sup>377</sup>, die auch selbstständig ausgeübt wird. Genauerer Überprüfung bedarf jedoch, ob die Leistungen von Verwertungsgesellschaften auch als in der Regel entgeltlich anzusehen sind. Entgeltlichkeit setzt voraus, dass die Dienstleistung einen Teil des Wirtschaftslebens ausmacht und für diese eine geldwerte Gegenleistung, die nicht völlig außer Verhältnis zum Wert der Dienstleistung steht, erbracht wird<sup>378</sup>. Was die Lizenzvergabe von Verwertungsgesellschaften an Musikknutzer angeht, ist diese Tätigkeit angesichts zu entrichtender Lizenzgebühren zweifellos als entgeltlich einzustufen. Nicht so eindeutig ist diese Frage im Hinblick auf die Treuhandtätigkeit von Verwertungsgesellschaften im Innenverhältnis zu den Rechtsinhabern zu beantworten; denn hier beschränkt sich die Gegenleistung in aller Regel auf die Verwaltungskosten, die die Verwertungsgesellschaften von den erzielten Lizezeinnahmen abziehen. Gleichwohl sieht die herrschende Auffassung in Deutschland den Wahrnehmungsvertrag zwischen den Mitgliedern und ihrer Gesellschaft als einen Geschäftsbesorgungsvertrag im Sinne von § 675 BGB und damit als einen entgeltlichen Vertrag an<sup>379</sup>. Nach anderer Auffassung handelt es sich hingegen um einen unentgeltlichen Auftrag nach § 662 ff. BGB<sup>380</sup>. Da das Tatbestandsmerkmal der Entgeltlichkeit im Sinne von Art. 57 Abs. 1 AEUV tendenziell weit ausgelegt wird<sup>381</sup> und Art. 57 Abs. 1 AEUV Entgeltlichkeit ohnehin nur in der Regel verlangt, ist richtigerweise auch die Wahrnehmungstätigkeit der Verwertungsgesellschaften im Innenverhältnis als entgeltlich zu qualifizieren. Da die anfallenden Gemeinkosten einer Verwertungsgesellschaft nicht einzelnen Nutzungsvorgängen zugeordnet werden können, spricht mehr dafür, deren Abzug als eine kostendeckende Vergütung und nicht nur als

376 Vgl. *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, S. 433, Rn. 855.

377 Verwertungsgesellschaften erbringen Leistungen auf zwei verschiedenen Ebenen, einerseits im Innenverhältnis zu den Rechtsinhabern, andererseits im Außenverhältnis zu den Musikknutzern; vgl. *Drexler*, Collecting Societies and Competition Law, S. 4; *ders.*, in: *Dreyfuss/First/Zimmerman* (Hrsg.), S. 164.

378 Vgl. *Kluth*, in: *Callies/Ruffert* (Hrsg.), Das Verfassungsrecht der EU, Art. 49/50 EG, Rn. 9 f.; EuGH, Rs. 263/86, Slg. 1988, 5365, Rn. 17 – *Humbel und Edel*.

379 Für die GEMA vgl. *Schricker/Reinbothe*, UrhG, § 6 WahrnG, Rn. 4; Gerlach, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhG, § 6 UrhWG, Rn. 4; BGH GRUR 1982, 308, 309 – *Kunsthändler*; BGH GRUR 1968, 321, 327 – *Haselnuss*; BGH GRUR 1966, 567, 569 – *GELU*.

380 Vgl. *Riesenhuber*, ZUM 2004, 417, 421; *Mauhs*, Der Wahrnehmungsvertrag, S. 43 (auch dienstvertragliche Elemente annehmend); tendenziell auch *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, S. 522, Rn. 1200.

381 Vgl. *Kluth*, in: *Callies/Ruffert* (Hrsg.), Das Verfassungsrecht der EU, Art. 49/50 EG, Rn. 9.

einen bloßen Aufwendersatz (im Sinne der §§ 662, 670 BGB) anzusehen<sup>382</sup>. Der Ersatz der Verwaltungskosten stellt somit eine Gegenleistung der Mitglieder mit einem eigenen wirtschaftlichen Wert dar, der auch nicht völlig außer Verhältnis zur Wahrnehmungstätigkeit der Verwertungsgesellschaft steht.

Ferner kommt es in Abgrenzung zur Niederlassungsfreiheit für die Eröffnung des Schutzbereichs der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 57 Abs. 3 AEUV grundsätzlich darauf an, dass sich der Dienstleistungserbringer oder -empfänger nur *vorübergehend* in einen anderen Mitgliedstaat begibt. Im Gegensatz dazu setzt die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 ff. AEUV) eine stabile und kontinuierliche Teilnahme am Wirtschaftsverkehr eines anderen Mitgliedstaates voraus<sup>383</sup>. Nach der Rechtsprechung des EuGH bemisst sich der vorübergehende Charakter einer Dienstleistung nicht allein nach der Dauer der fraglichen Tätigkeit, sondern auch nach deren Häufigkeit oder Periodizität<sup>384</sup>. Ebenso schließt der Aufbau einer gewissen Infrastruktur im Ausland, soweit sie (wie etwa Geschäftsräume) für die Leistungserbringung erforderlich ist, die Annahme einer nur vorübergehenden Tätigkeit nicht prinzipiell aus<sup>385</sup>. Hingegen spielt bei sog. Korrespondenzdienstleistungen, bei denen nur die Dienstleistung selbst, nicht aber Personen die Grenze überschreiten, das zeitliche Moment der lediglich vorübergehenden Leistungserbringung im Ausland keine Rolle; hier kann der Leistungsaustausch auch dauerhaft erfolgen, ohne dass dabei der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit tangiert wird<sup>386</sup>.

Wie jede primärrechtliche Grundfreiheit knüpft auch die Dienstleistungsfreiheit an einen grenzüberschreitenden Sachverhalt an. Hierbei sind bei der Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften mehrere Konstellationen vorstellbar: Nach dem Grundfall von Art. 57 Abs. 3 AEUV kann die Grenzüberschreitung im Grenzübertritt des Dienstleistungserbringers liegen (sog. aktive Dienstleistungsfreiheit). Dies ist etwa der Fall, wenn sich eine Verwertungsgesellschaft gelegentlich auf das Ge-

382 Die divergierende Beurteilung der Entgeltlichkeit der Wahrnehmungstätigkeit von Verwertungsgesellschaften im Innenverhältnis beruht letztlich auf einer unterschiedlichen Auslegung des Aufwendersbegriffs von § 670 BGB. Während die herrschende Auffassung von einem engen Aufwendersbegriff ausgeht, der die allgemeinen Geschäftskosten für Personal, Geschäftsräume oder die eigene Arbeitskraft etc. nicht umfasst und damit die in Abzug gebrachten Verwaltungskosten als eine (lediglich kostendeckende) Vergütung i.S.d. § 675 BGB ansieht, subsumiert die Gegenauffassung sämtliche Gemeinkosten einer Verwertungsgesellschaft unter das Tatbestandsmerkmal der Aufwendung. Vgl. *Riesenhuber*, ZUM 2008, 625, 634.

383 Vgl. EuGH, Rs. C-55/94, Slg. 1995, S. I-4165, Rn. 25 – *Gebhard*; *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der EU, Bd. I, Art. 43 EG, Rn. 24.

384 Vgl. *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, S. 431, Rn. 853; EuGH, Rs. C-3/95, Slg. 1996, I-6511, Rn. 22 – *Reisebüro Broede*.

385 Vgl. *Haratsch/Koenig/Pechstein*, a.a.O.; EuGH, Rs. C-55/94, Slg. 1995, S. I-4165, Rn. 27 – *Gebhard*.

386 Vgl. *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, S. 432, Rn. 854; *Kluth*, in: *Callies/Ruffert* (Hrsg.), Das Verfassungsrecht der EU, Art. 49/50 EG, Rn. 13.

biet eines anderen Mitgliedstaats, dort möglicherweise ausgestattet mit einer gewissen Infrastruktur, begibt und Lizenzen an Musiknutzer im EU-Ausland vergibt. Häufiger anzutreffen ist die Konstellation, dass lediglich die Dienstleistung selbst die Grenze überschreitet. Eine solche Korrespondenzdienstleistung stellt etwa die multiterritoriale Lizenzierung von Urheberrechten einer Verwertungsgesellschaft an ausländische Musiknutzer ausgehend von ihrem Inlandssitz dar. Im Fall, dass eine Verwertungsgesellschaft Zweigniederlassungen im EU-Ausland unterhält, in deren Rahmen sie dauerhaft, regelmäßig und kontinuierlich für die dortigen ausländischen Leistungsempfänger tätig wird, ist hingegen der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49 ff. AEUV (ex-Art. 43 ff. EG) eröffnet<sup>387</sup>.

## II. Der Gewährleistungsinhalt der Art. 56 ff. AEUV

Die Dienstleistungsfreiheit enthält sowohl ein Diskriminierungs- als auch ein allgemeines Beschränkungsverbot<sup>388</sup>. Sie verpflichtet nach der Rechtsprechung des EuGH nicht nur den Bestimmungsstaat (vgl. Art. 57 Abs. 3 AEUV), sondern auch den Herkunftsstaat des Dienstleistungserbringers oder -empfängers<sup>389</sup>. Freilich betrifft die hier untersuchte Problematik der grenzüberschreitenden Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften zuvorderst mitgliedstaatliche Regelungen, die die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit im ausländischen Ziel- bzw. Bestimmungsstaat behindern.

### 1. Diskriminierungsverbot

Das Diskriminierungsverbot umfasst einerseits *offene* Diskriminierungen, wenn also die eingreifende nationale Norm an ein unionsrechtliches Ausschlusskriterium – regelmäßig die Staatsangehörigkeit – benachteiligende Rechtsfolgen anknüpft<sup>390</sup>, andererseits aber auch *versteckte* bzw. *mittelbare* Diskriminierungen. Eine solche liegt vor, wenn sich die Schlechterstellung von EU-Ausländern aus zwar nicht per se unzulässigen, sondern neutralen Kriterien – etwa Wohnsitz oder Sprachkenntnisse – ergibt, die jedoch typischerweise nur EU-Ausländer betreffen

387 Vgl. auch die Fallbeispiele bei *Heine/Eisenberg*, GRUR Int. 2009, 277, 280 f.

388 Vgl. *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der EU, Bd. II, Art. 9/50 EG, Rn. 54.

389 Vgl. EuGH, verb. Rs. 286/82 und 26/83, Slg. 1984, 377, 401, Rn. 10 – *Luisi und Carbone*.

390 Vgl. *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, S. 342, Rn. 697; *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der EU, Bd. II, Art. 49/50 EG, Rn. 76.

und daher letztlich zu dem gleichen Ergebnis führen<sup>391</sup>. Die Grenzziehung zwischen beiden Formen der Diskriminierung ist nicht eindeutig zu treffen, da sie insbesondere vom EuGH nicht einheitlich gehandhabt wird<sup>392</sup>. Relevant ist die Unterscheidung gleichwohl, da nach (nicht unumstrittener) Ansicht unterschiedliche Anforderungen für eine mögliche Rechtfertigung bestehen: Während offene Diskriminierungen von vorneherein nur durch die geschriebenen Rechtfertigungsgründe gemäß Art. 62 AEUV i.V.m. Art. 52 AEUV legitimiert werden können, ist bei den versteckten Diskriminierungen (wie bei den unterschiedslosen Beschränkungen) nach einzelnen Entscheidungen des EuGH eine Rechtfertigung auch durch ungeschriebene „zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls“ möglich<sup>393</sup>.

## 2. Allgemeines Beschränkungsverbot

Die Dienstleistungsfreiheit enthält darüber hinaus ein allgemeines Beschränkungsverbot. Danach verlangen die Art. 56 ff. AEUV auch die Aufhebung aller *unterschiedslos* für einheimische wie EU-ausländische Dienstleistende geltenden Beschränkungen, wenn sie geeignet sind, die Tätigkeit des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen<sup>394</sup>.

Wie bei den anderen Grundfreiheiten stellt sich auch bei der Dienstleistungsfreiheit die Frage nach einer tatbestandsmäßigen Eingrenzung dieses weitgehenden allgemeinen Beschränkungsverbots in Anlehnung an die Grundsätze der für die Warenverkehrsfreiheit entwickelten *Keck*-Rechtsprechung des EuGH<sup>395</sup>. Es besteht heute im Wesentlichen Einigkeit darüber, dass kein grenzenloses Beschränkungsverbot besteht<sup>396</sup>. Denn die Grundfreiheiten haben nicht den Zweck, Frei-

391 Vgl. EuGH, Rs. C-388/01, Slg. 2003, S. I-721, Rn. 13 – *Kommission/Italien; Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, S. 342, Rn. 697, S. 440, Rn. 868.

392 Vgl. *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der EU, Bd. II, Art. 49/50 EG, Rn. 54; GA *Tesauro* in EuGH, Rs. C-129/95, Slg. 1988, I-1931, 1858-1869 – *Decker*. Als Beispiel für eine uneinheitliche Einstufung durch den EuGH dient das sogleich unter III. 2. zu untersuchende Kriterium des Niederlassungserfordernisses.

393 Vgl. etwa EuGH, Rs. C-111/91, Slg. 1993, I-817, 844, Rn. 12 – *Kommission/Luxemburg*; EuGH, Rs. C-272/92, Slg. 1993, I-5185, 5207, Rn. 18 – *Spotti*. Vgl. zum Streitstand *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der EU, Bd. I, Vorbem. zu den Art. 39-55, Rn. 139 f.

394 Vgl. EuGH, Rs. C-76/90, Slg. 1991, I-4221, 4243, Rn. 12 – *Säger*; EuGH, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165, 4197 f., Rn. 37 – *Gebhard*; EuGH, Rs. C-158/96, Slg. 1988, I-1931, 1946, Rn. 33 – *Kohll*; *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der EU, Bd. II, Art. 49/50 EG, Rn. 90.

395 Vgl. EuGH, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, Slg. 1993, S. I-6097, Rn. 14 ff – *Keck und Mithouard*.

396 Vgl. *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, S. 446 f., Rn. 878, 881.

heitsträger grundsätzlich von jeglichen mitgliedstaatlichen Belastungen freizustellen; stattdessen sollen sie sämtlichen Wirtschaftsteilnehmern im europäischen Binnenmarkt einen ungehinderten Zugang zu den nationalen Märkten verschaffen<sup>397</sup>. Die *Keck*-Formel wird daher unter dem Blickwinkel der Dienstleistungsfreiheit überwiegend dahingehend interpretiert, dass nicht-diskriminierende nationale Beschränkungen, die den spezifischen Marktzugang aus anderen Mitgliedstaaten erschweren, weiterhin am allgemeinen Beschränkungsverbot zu messen sind, jedoch darüber hinausgehende Behinderungen nur dem Diskriminierungsverbot unterfallen<sup>398</sup>. Demnach sind mitgliedstaatliche Bestimmungen, die (1.) den spezifischen Marktzugang für ausländische Dienstleistungen nicht behindern, (2.) für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer nach erfolgtem Marktzutritt unterschiedslos gelten und (3.) das Erbringen von inländischen Dienstleistungen und von Dienstleistungen aus anderen Mitgliedstaaten tatsächlich in gleicher Weise betreffen, keine verbotenen Dienstleistungsbeschränkungen<sup>399</sup>. Da der EuGH zu dieser Frage der Eingrenzung des allgemeinen Beschränkungsverbots im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit noch nicht eindeutig Stellung bezogen hat<sup>400</sup>, hat sich bislang noch keine klare Linie durchgesetzt, welche Art von mitgliedstaatlichen Regelungen den spezifischen Marktzugang oder lediglich die bloße Ausübung der Dienstleistung betreffen<sup>401</sup>. Denn auch die Dienstleistungsausübung kann in bestimmten Konstellationen mittelbar hindernden Einfluss auf den Marktzutritt haben. Dies ist etwa der Fall, wenn die Regelungen des Aufnahmestaates den Inhalt der Dienstleistung mitbestimmen, so dass der Dienstleister seine Tätigkeit für diesen Mitgliedstaat zu modifizieren hätte, was letztlich den dortigen Marktzugang erschwert<sup>402</sup>. Ebenso findet das allgemeine Beschränkungsverbot bei Ausübungsregelungen Anwendung, wenn die beteiligten Mitgliedstaaten den gleichen Sachverhalt doppelt regeln, da das Nebeneinander von Vorschriften zweier Mitgliedstaaten den Dienst-

397 Vgl. *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der EU, Bd. II, Art. 49/50 EG, Rn. 117 und 91 m.w.N.

398 Vgl. *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der EU, Bd. II, Art. 49/50 EG, Rn. 91 ff., 98; *Tiedje/Troberg*, in: *Groeben/Schwarze* (Hrsg.), Art. 49 EG, Rn. 108; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, S. 446, Rn. 878 ff.

399 Vgl. *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, S. 447 f., Rn. 881.

400 Der EuGH hat bislang betreffend die Dienstleistungsfreiheit einzig in der Rs. C-384/94, Slg. 1995, I-1141, 1176-1178, Rn. 33-38 - *Alpine Investments*, ausdrücklich auf die Grundsätze der *Keck*-Rechtsprechung rekurriert. Da Gegenstand dieses Falles jedoch eine Regelung des Herkunftsstaates war, wird die Entscheidung unterschiedlich interpretiert; vgl. dazu *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der EU, Bd. II, Art. 49/50 EG, Rn. 93.

401 Vgl. zur Abgrenzung allg. die Fallgruppen der Beschränkung des Marktzugangs bei *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der EU, Bd. II, Art. 49/50 EG, Rn. 99-125.

402 Vgl. *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der EU, Bd. II, Art. 49/50 EG, Rn. 118, 121. Ein Beispiel für eine unter das Beschränkungsverbot fallende, die Dienstleistungsausübung betreffende Inhaltsbestimmung stellt etwa die Vorgabe des Nettoprinzip bei der Berechnung der Werbezeiteinschränkung bei der ARD dar; vgl. EuGH, Rs. C-6/98, Slg. 1999, I-7599 – *ARD*.

leister über Gebühr belastet und damit den Marktzutritt weniger attraktiv erscheinen lässt<sup>403</sup>. Ferner misst der EuGH auch spezifische tätigkeitsbezogene Vorgaben, wie etwa Ausweis- oder Registrierungserfordernisse<sup>404</sup>, am allgemeinen Beschränkungsverbot, weil die Ausrichtung an die Vorschriften des Aufnahme Staates, auf die der Dienstleister seine Tätigkeit bislang nicht abgestimmt hat, einen erheblichen Mehraufwand für ihn bedeuten kann und damit ebenfalls eine potentielle Marktzugangsbarriere darstellt<sup>405</sup>. Insgesamt lässt sich daher an der bereits bestehenden Judikatur feststellen, dass der EuGH an die Tatbestandsmäßigkeit der spezifischen Marktzugangsbeschränkung keine allzu hohen Voraussetzungen stellt.

Entsprechend den im Rahmen der (die Warenverkehrsfreiheit betreffende) *Cassis*-Rechtsprechung des EuGH entwickelten Grundsätzen können unterschiedslos geltende Beschränkungsverbote der Mitgliedstaaten nur unter der Voraussetzung (1.) des Vorliegens eines „zwingenden Erfordernisses des Allgemeinwohls“ und (2.) unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips gerechtfertigt werden<sup>406</sup>. Im Rahmen der Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verlangt der EuGH in ständiger Rechtsprechung, dass (a) die beschränkenden Regelungen für alle im Hoheitsgebiet des Empfangsstaates tätigen in- und ausländischen Personen oder Unternehmen gelten, dass (b) dem Allgemeininteresse nicht bereits durch Vorschriften Rechnung getragen ist, dem der Dienstleister in dem Mitgliedstaat unterliegt, in dem er ansässig ist. (c) Die Vorschrift muss ferner geeignet sein, die Ziele, die durch die Regelung verwirklicht werden sollen, zu erreichen. (d) Schließlich dürfen sie nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieser Ziele erforderlich ist<sup>407</sup>.

Als zwingende Allgemeininteressen hat der EuGH unter anderem den Schutz des geistigen Eigentums<sup>408</sup>, das Interesse an der Funktionsfähigkeit und Sicherung der Rechtspflege<sup>409</sup> und die Lauterkeit des Handelsverkehrs<sup>410</sup>, nicht jedoch bloße

403 Vgl. *Roth*, in: *Dausen/Roth*, Rn. 129; GA *Lenz* in EuGH, Rs. C-379/92, Slg. 1994, I-3453, 3479 f., Rn. 88 – *Peralta*.

404 Vgl. EuGH, Rs. C-375/92, Slg. 1994, I-923 – *Kommission/Spanien* (Ausweiserfordernis für Fremdenführer); EuGH, Rs. C-358/98 vom 9.3.2000, *Kommission/Italien* (Eintragungserfordernis für Reinigungsfirmen in ein nationales Register).

405 Vgl. *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der EU, Bd. II, Art. 49/50 EG, Rn. 119, 122.

406 Vgl. *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, S. 449, Rn. 885.

407 Vgl. etwa EuGH, Rs. 279/80, Slg. 1981, 3305, 3325 f., Rn. 17, 20 – *Webb*; EuGH, Rs. C-76/90, Slg. 1991, I-4221, 4244, Rn. 15 – *Säger*; EuGH, Rs. C-3/95, Slg. 1996, I-9522, 6537 f., Rn. 31 – *Reisebüro Broede*.

408 Vgl. EuGH, Rs. 62/79, Slg. 1980, 881, 903, Rn. 15 – *Coditel I*; EuGH, Rs. C-255/97, Slg. 1999, I-2835, 2861, Rn. 21 – *Pfeiffer/Löwa*.

409 Grundlegend EuGH, Rs. 33/74, Slg. 1974, 1299 – *van Binsbergen*; EuGH, Rs. C-76/90, Slg. 1991, I-4221, 4244, Rn. 16 – *Säger*; EuGH, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165, 4197, Rn. 35-38 – *Gebhard*; EuGH, Rs. C-3/95, Slg. 1996, I-9522, 6537 f., Rn. 28 – *Reisebüro Broede*.

410 Vgl. EuGH, Rs. C-34/95, Slg. 1997, I-3843, 3891, Rn. 46 – *de Agostini*.

wirtschaftliche Erwägungen oder administrative Erfordernisse<sup>411</sup>, anerkannt. Die schützenswerten Belange sind nicht abschließend geregelt, sondern entsprechend den Schutzanliegen der Mitgliedstaaten erweiterbar<sup>412</sup>.

Die Darlegungs- und Untersuchungslast für das Vorliegen der Rechtfertigungsgründe trifft stets den normsetzenden Mitgliedstaat<sup>413</sup>. Nach den Vorgaben des EuGH ist dieser verpflichtet, die Zweckmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit der beschränkenden Maßnahmen zu untersuchen und konkrete Anhaltspunkte dafür zu liefern, dass die jeweilige Beschränkung unabdingbar ist<sup>414</sup>. Auf der anderen Seite steht dem Mitgliedstaat bei der Festlegung des Schutzniveaus eine vom EuGH nicht näher konturierte Einschätzungsprärogative zu: Grundsätzlich ist ein Mitgliedstaat in einem gewissen Rahmen frei, auf der Rechtsfolgenseite das Schutzformat nach seinem angestrebten Schutzziel frei zu wählen, soweit er zuvor auf der Tatbestandsseite die Gefahren- und Risikolage zutreffend ermittelt und beurteilt hat<sup>415</sup>. Der Spielraum der Mitgliedstaaten ist dabei tendenziell desto größer, je eher Sachverhalte tangiert sind, die über den Kreis der Wirtschaftspolitik im engen Sinne hinausgehen<sup>416</sup>. Auch bedeutet allein der Umstand, dass in einem anderen Mitgliedstaat weniger strenge Vorschriften gelten, nicht per se, dass die in Rede stehenden Vorschriften unverhältnismäßig sind<sup>417</sup>; eine Pflicht zur Anpassung an das Niveau des Mitgliedsstaates mit den geringsten Anforderungen besteht mithin nicht<sup>418</sup>.

Legt man diese Maßstäbe an die einzelnen Wahrnehmungsbestimmungen der Mitgliedstaaten an, so ergibt sich folgendes Bild:

411 Vgl. *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der EU, Bd. II, Art. 49/50 EG, Rn. 162 ff.

412 Vgl. *Tiedje/Troberg*, in: *Groeben/Schwarze* (Hrsg.), Art. 49 EG, Rn. 73.

413 Vgl. *Tiedje/Troberg*, a.a.O., Rn. 70.

414 Vgl. EuGH, Rs. C-42/02, Slg. 2003, S. I-13519, Rn. 25 – *Lindmann*; EuGH, Rs. C-147/03, Slg. 2005, S. I-5969, Rn. 63 – *Kommission/Österreich*; EuGH, Rs. C-8/02, Slg. 2004, S. I-2641, Rn. 46 – *Leichtle*.

415 Vgl. *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, S. 348, Rn. 703 a ff.

416 Vgl. *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der EU, Bd. II, Art. 49/50 EG, Rn. 172. So hat der EuGH etwa in der Rs. C-3/95, Slg. 1996, I-6511, Rn. 41 – *Reisebüro Broede*, den Mitgliedstaaten bezüglich der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege einen weitgehenden Ermessensspielraum zugebilligt.

417 Vgl. EuGH, Rs. C-3/95, Slg. 1996, I-6511, Rn. 42 – *Reisebüro Broede*; Rs. C-384/94, Slg. 1995, I-1141, 1176-1181, Rn. 51- *Alpine Investments*.

418 Vgl. *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der EU, Bd. II, Art. 49/50 EG, Rn. 173.



### III. Zulassungsbeschränkungen

#### 1. Gesetzliche Monopolstellung

Wie gesehen<sup>419</sup> zementieren manche mitgliedstaatliche Wahrnehmungsrechtsordnungen wie beispielsweise in Italien, Österreich, Ungarn und der Tschechischen Republik die Monopolstellung von Verwertungsgesellschaften auf gesetzlicher Grundlage, so dass für den betreffenden Aufgabenbereich stets nur eine einzige Gesellschaft tätig werden darf. Dies führt etwa nach österreichischem Recht dazu, dass anderen als den bereits zugelassenen Gesellschaften AKM (Aufführungsrechte) und Austro-Mechana (Vervielfältigungsrechte) nach § 2 Abs. 2 österreichisches VerwGesG das Klagerecht zur Geltendmachung ihrer Ansprüche fehlt.

Die gesetzliche Normierung einer Monopolstellung stellt die extremste Form der Beschränkung des Marktzugangs überhaupt – mehr noch als Niederlassungserfordernisse<sup>420</sup> – dar. Das Vorliegen einer Beschränkung des in Art. 56 AEUV verbürgten freien Dienstleistungsverkehrs steht daher außer Frage. Im Falle des österreichischen Rechts ist möglicherweise sogar an eine versteckte Diskriminierung zu denken: Angesichts der Tatsache, dass die Vergabe der einzigen Genehmigungen bereits zugunsten der lokalen Verwertungsgesellschaften AKM und Austro-Mechana erfolgt ist und die Auslegungsregel in § 3 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 österreichisches VerwGesG im Zweifel die bereits bestehenden Gesellschaften bevorzugt<sup>421</sup>, besteht wenig Aussicht auf eine Erlaubniserteilung für später auf den österreichischen Markt drängende Gesellschaften. Es ist insoweit kaum vorstellbar, dass einer Verwertungsgesellschaft mit Sitz im EU-Ausland die gesetzliche Monopolstellung in Österreich gewährt würde. Dies führt letztlich zu einer Abschottung des Marktes für sämtliche übrigen europäischen Verwertungsgesellschaften und damit zu einer strukturellen Benachteiligung von EU-ausländischen Dienstleistern<sup>422</sup>. Die Annahme einer versteckten Diskriminierung würde die Rechtfertigung einer solchen gesetzlichen Monopolstellung freilich noch mehr erschweren<sup>423</sup>. Gegen dieses Argument einer mittelbaren diskriminierenden Wirkung ließe sich allerdings anführen, dass die Norm ebenso den Marktzugang später entstehender *österreichischer* Verwertungsgesellschaften behindert.

419 Vgl. oben § 18. B.

420 Vgl. hierzu sogleich unten 2.

421 Vgl. dazu oben § 18. B.

422 In diesem Sinne wohl auch *Drexler*, *Collecting Societies and Competition Law*, S. 16.

423 Vgl. zum Streitstand, ob versteckte Diskriminierungen nur durch geschriebene Rechtfertigungsgründe oder auch durch zwingende Belange des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden können *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf*, *Das Recht der EU*, Bd. I, Vorbem. zu den Art. 39-55 EG, Rn. 139 f.

Auch bei Annahme einer (lediglich) unterschiedslos geltenden Beschränkung bestehen jedoch massive Zweifel an einer Rechtfertigung des Eingriffs in die Dienstleistungsfreiheit. Da sowohl die Europäische Kommission als auch der EuGH bei Verwertungsgesellschaften die Anwendung von Art. 106 Abs. 2 AEUV als zusätzlichen Rechtfertigungsgrund abgelehnt haben<sup>424</sup>, ist daher eine solche Beschränkung nur unter den vom EuGH aufgestellten ungeschriebenen Voraussetzungen gerechtfertigt, dass sich der Mitgliedstaat auf ein zwingendes Allgemeininteresse stützen kann und dabei der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt ist. Angesichts dessen, dass das gesetzliche Monopol als denkbar stärkster Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit jede Form der grenzüberschreitenden Dienstleistung blockiert, sind an die Erfüllung dieser Voraussetzungen jedoch besonders hohe Anforderungen zu stellen.

Bereits in der Vergangenheit wurden Zweifel an der Rechtmäßigkeit der gesetzlichen Monopolstellung der italienischen SIAE laut<sup>425</sup>. Auch die Europäische Kommission hat die Problematik der gesetzlichen Monopolstellung von Verwertungsgesellschaften im Zusammenhang mit deren europaweiter Wahrnehmungstätigkeit im Online-Bereich erkannt. So hat sie aus diesem Grund im November 2008 ein Vertragsverletzungsverfahren unter anderem gegen Tschechien und Ungarn eingeleitet<sup>426</sup>.

Grundsätzlich ist der Schutz des geistigen Eigentums als zwingendes Allgemeininteresse anerkannt<sup>427</sup> und stellt somit auf den ersten Blick einen tauglichen Rechtfertigungsgrund dar. Bei einer Konkretisierung dieses wenig konturscharfen Begriffs des Schutzes geistigen Eigentums auf die Besonderheiten der vorliegend zu prüfenden Rechtsfrage stellt sich jedoch die Subsumtion unter diesen Rechtfertigungsgrund als nicht so eindeutig dar, wie es zunächst erscheinen mag. Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH, dass bloße wirtschaftliche Erwägungen oder administrative Erfordernisse Beschränkungen von Grundfreiheiten nicht legitimieren können<sup>428</sup>, ist nämlich durchaus fraglich, ob die üblicherweise vorge-

424 Vgl. nur *Europäische Kommission*, Entscheidung vom 16.7.2008, COMP/C2/38.698, Rn. 256 ff. – *CISAC*; EuGH, Rs. 127/73, Slg. 1974, 313, Rn. 19, 22 – *BRT II*.

425 Die gesetzliche Monopolstellung der SIAE war bereits Gegenstand einer Vorabentscheidung (Rs. C-101/96, Slg. 1996, S. 1-3081 ff. – *Strafverfahren gegen Italia Testa*). Mangels hinreichender Begründung wurde die Vorlage jedoch ohne Entscheidung in der Sache als unzulässig abgewiesen; vgl. *Heine*, Wahrnehmung von Online-Musikrechten, S. 239, Fn. 892.

426 No. 2006/4238. Vgl. hierzu *Europäische Kommission*, Monopolstellung der Verwertungsgesellschaften: Vertragsverletzungsverfahren gegen Tschechien und Ungarn, Presseerklärung vom 27. November 2008, online abrufbar unter (zuletzt abgerufen am 13.12.2009): <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/1786&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=de>. Vgl. hierzu auch *Gyertyánfy*, IIC 2010, 59, 71 f.

427 Vgl. EuGH, Rs. 62/79, Slg. 1980, 881, 903, Rn. 15 – *Coditel I*.

428 Vgl. die Nachweise bei *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der EU, Bd. II, Art. 49/50 EG, Rn. 162 ff.

tragenen, den Belang des Urheberrechtsschutzes präzisierenden Schutzanliegen für den Beibehalt der gesetzlichen Monopolstellung als tragfähig angesehen werden können: Als Begründung für das Bestehen einer gesetzlichen Monopolstellung wird häufig die Vermeidung eines Wettbewerbs zwischen konkurrierenden Verwertungsgesellschaften zulasten der Rechtsinhaber angeführt, da eine solche Konkurrenzsituation zu einer Verminderung der Lizenzeinnahmen führen könnte<sup>429</sup>. Da die Verwertungsgesellschaften in der Regel über eine nicht unerhebliche Marktmacht verfügen, ist ferner der Wunsch nach einer fokussierten und damit effektiveren staatlichen Kontrolle (nur) einer einzigen Verwertungsgesellschaft als weiterer Rechtfertigungsgrund denkbar<sup>430</sup>, ebenso wie die Erwägung, zugunsten der Musikknutzer eine zentrale Anlaufstelle des gesamten Musikrepertoires (One-Stop-Shop) gesetzlich zu gewährleisten<sup>431</sup>.

Auch wenn die Abgrenzung zwischen den unzulässigen wirtschaftlichen bzw. administrativen Erwägungen und den anerkannten Schutzanliegen im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten kann, da auch letztere oftmals einen gewissen wirtschaftlichen Einschlag aufweisen<sup>432</sup>, bestehen in diesem Zusammenhang doch ernsthafte Bedenken, ob mit dem allgemeinen Anliegen des Schutzes geistigen Eigentums nicht eigentlich vor allem ökonomische bzw. verwaltungstechnische Motive bei der Gewährung einer gesetzlichen Monopolstellung im Vordergrund stehen: So soll die gesetzliche Verhinderung jeglichen Wettbewerbs zwischen Verwertungsgesellschaften in erster Linie der Sicherung finanzieller Einnahmen der Rechtsinhaber dienen. Ebenso ist zweifelhaft, ob der Wunsch der Musikknutzer nach einer rechtlich garantierten Rechtekonzentration bei einer einzigen Verwertungsgesellschaft (One-Stop-Shop) insoweit nicht bloße wirtschaftliche Zielsetzungen (niedrigere Transaktionskosten) berührt. Auch stellt sich die Frage, ob angesichts des weitreichenden Rechteentzugs infolge der Kommissions-Empfehlung vom 18. Oktober 2005 und des daraus resultierenden Unvermögens der SIAE bzw. der Austro-Mechana, weiterhin das gesamte Weltrepertoire im Online-Bereich anzubieten, die gesetzliche Sicherstellung eines nationalen One-Stop-Shops noch einen aner kennenswerten Rechtfertigungsgrund darstellen kann. Schließlich weist auch das Motiv einer erleichterten Kontrolle nur einer einzigen Verwertungsgesellschaft eine bedenkliche Nähe zu einem rein administrativen und damit zu einem gleichfalls nicht berücksichtigenswerten Belang auf. Vor diesem Hintergrund bestehen daher gute Gründe, die Zulässigkeit einer gesetzlichen Monopolstellung von

429 Vgl. etwa v. *Lewinski*, in: FS Schrickler, S. 401, 405 ff.

430 Dahingehend in Zusammenhang mit Genehmigungserfordernissen *Heine*, Wahrnehmung von Online-Musikrechten, S. 247.

431 Vgl. *Alich*, GRUR Int. 2008, 996, 1004.

432 Vgl. *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der EU, Bd. II, Art. 49/50 EG, Rn. 163.

Verwertungsgesellschaft bereits auf dieser Ebene des fehlenden Rechtfertigungsgrundes zu verneinen.

Zu prüfen ist überdies die Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Vorliegend bestehen beim Merkmal der Erforderlichkeit erhebliche Bedenken. Denn der EuGH sieht eine Regelung bereits dann nicht als erforderlich an, wenn das Ziel auch auf andere Weise erreicht werden kann; eine gleichermaßen vollständige und effektive Verwirklichung dieses Ziels wird hierbei nicht vorausgesetzt<sup>433</sup>. Wie bereits oben ausgeführt<sup>434</sup>, steht zwar dem betreffenden Mitgliedstaat ein gewisser Ermessensspielraum zu, auf welche Weise er sein angestrebtes Schutzziel erreichen will; diesen Spielraum grenzt der EuGH jedoch tendenziell umso mehr ein, je stärker wirtschaftliche Belange betroffen sind. Im vorliegenden Fall könnte die Qualität der Rechtswahrnehmung ebenso wie der Schutz der Interessen der Rechtsinhaber und Musiknutzer durch weniger einschneidende Vorschriften, insbesondere durch eine Gründungskontrolle sowie mittels einer laufenden behördlichen Aufsicht, gewährleistet werden<sup>435</sup>. Derartige Mechanismen ermöglichen eine gleichermaßen effektive Kontrolle auch mehrerer Verwertungsgesellschaften, garantieren ferner, wie etwa das deutsche UrhWG mit seinen Zulassungsvoraussetzungen (§ 3 UrhWG), deren Zuverlässigkeit und verhindern gleichzeitig das Entstehen zu vieler Wahrnehmungsunternehmen. Der Austarierung angemessener Tarifsätze und damit auch der Sicherung eines gewissen Vergütungsniveaus zugunsten der Rechtsinhaber können weniger einschneidende Schlichtungsverfahren dienen. Im Übrigen darf bei der Frage der Vergütungshöhe nicht übersehen werden, dass prinzipiell eine Rechtfertigung monopolbedingt erhöhter Lizenztarife nicht besteht. Verwertungsgesellschaften haben die Funktion der Senkung von Transaktionskosten bei Massennutzungen, nicht aber die der einseitigen Festlegung von Monopolpreisen<sup>436</sup>. Angesichts der Tatsache, dass aufgrund des gegebenen wirtschaftlichen Bezugs (s.o.) der Gestaltungsspielraum der betreffenden Mitgliedstaaten von vorneherein enger begrenzt sein dürfte, spricht daher viel dafür, dass der EuGH eine gesetzlich festgeschriebene Monopolstellung von Verwertungsgesellschaften nicht als erforderlich ansehen würde.

Schließlich ist die gesetzliche Monopolstellung einer einzigen Verwertungsgesellschaft in einem Mitgliedsstaat auch vor dem Hintergrund der letztjährigen Entwicklungen im Online-Bereich nach der Kommissions-Empfehlung vom 18. Oktober 2005 kaum als verhältnismäßig zu rechtfertigen. Denn mittlerweile ist aufgrund der Herausnahmeinitiativen keine europäische Verwertungsgesellschaft, weder die österreichische Auto-Mechana noch die italienische SIAE, mehr in der

433 Vgl. EuGH, Rs. C-250/95, Slg. 1997, I-2471, 2503 f., Rn. 36-42 – *Futura*.

434 Vgl. oben § 18. C. II. 2.

435 Ebenso *Matulionyte*, JWIP 2009, 467, 476.

436 Vgl. *Drexel*, *Collecting Societies and Competition Law*, S. 15; *ders.*, in: *Torremans* (Hrsg.), S. 264.

Lage, das Weltrepertoire in diesem Sektor wahrzunehmen. Angesichts dieser Marktentwicklung ist dem obigen Argument der Sicherstellung des One-Stop-Shops zugunsten der Musiknutzer nicht nur jegliche Grundlage entzogen (s.o.). Darüber hinausgehend muss es auch den ausländischen Verwertungsgesellschaften, die nunmehr die herausgenommenen angloamerikanischen Repertoireteile zentral wahrnehmen, möglich sein, rechtmäßig den vollständigen Zugang zu sämtlichen europäischen Märkten zu erlangen, was ihnen aufgrund der gesetzlich garantierten Monopolstellung in diesen Ländern bislang verwehrt ist. Ansonsten würde die nicht hinnehmbare Situation entstehen, dass in diesen Ländern überhaupt keine Verwertungsgesellschaft mehr die Rechte dieser Urheber und Verlage effektiv wahrnehmen und gerichtlich durchsetzen könnte.

Nach alledem ist somit nach zutreffender Auffassung die Normierung einer gesetzlichen Monopolstellung von Verwertungsgesellschaften mit Art. 56 AEUV nicht vereinbar<sup>437</sup>.

## 2. Niederlassungserfordernisse

Wie oben ausgeführt<sup>438</sup>, verlangen manche Wahrnehmungsrechtsordnungen wie beispielsweise in Österreich, der Tschechischen Republik oder der Slowakei einen Sitz der Verwertungsgesellschaft im Inland.

Das Ansässigkeits- bzw. Niederlassungserfordernis wird in der Rechtsprechung des EuGH je nach Fallkonstellation rechtsdogmatisch unterschiedlich eingeordnet. Grundsätzlich stellt dies ein klassisches Merkmal einer versteckten Diskriminierung von EU-Ausländern dar<sup>439</sup>. Im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit wird dieses Erfordernis jedoch in der Regel als eine typisierte unterschiedslose Beschränkung aufgefasst<sup>440</sup>. An deren Rechtfertigung stellt der EuGH jedoch besonders hohe Anforderungen, da die Voraussetzung eines Inlandssitzes jede Form der grenzüberschreitenden Dienstleistung blockiert und damit die Negation der Dienstleistungsfreiheit bedeutet<sup>441</sup>. Bloße Erwägungen administrativer Art, wie etwa die Erleichterung der behördlichen Kontrolle bei einem dort ansässigen Unternehmen,

437 Ebenso *Matulionyte*, JWIP 2009, 467, 476; *Hilty*, in: *Leistner* (Hrsg.), S. 155; dahingehend auch *Reinbothe*, in: *Gervais* (Hrsg.), S. 202; aus wettbewerbsrechtlicher Sicht zustimmend *Drexler*, *Collecting Societies and Competition Law*, S. 16.

438 Vgl. oben § 18. B.

439 Vgl. *Pache*, in: *Ehlers* (Hrsg.), § 11, Rn. 46.

440 Vgl. *Haratsch/Koenig/Pechstein*, *Europarecht*, S. 441, Rn. 870; EuGH, Rs. C-131/01, Slg. 2003, S. I-1659, Rn. 42 ff. – *Kommission/Italien* (Ansässigkeit eines Patentanwalts im Inland). Sind hingegen nicht Fragen der Berufsüberwachung betroffen, wird das Merkmal der Ansässigkeit wiederum meist als eine versteckte Diskriminierung aufgefasst; vgl etwa EuGH, Rs. C-360/89, Slg. 1992, S. I-3401, Rn. 11 – *Kommission/Italien* (Bevorzugung ansässiger Unternehmen bei Vergabe öffentlicher Bauaufträge).

441 Vgl. *Tiedje/Troberg*, in: *Groeben/Schwarze* (Hrsg.), Art. 49 EG, Rn. 45.

können ein Niederlassungserfordernis nicht legitimieren<sup>442</sup>. Daneben begreift der EuGH im Fall von *juristischen Personen* das Kriterium der Niederlassung als ein – entsprechend der Staatsangehörigkeit natürlicher Personen – eigenständiges Unterscheidungsmerkmal und damit konsequenterweise als eine offene Diskriminierung, die daher nicht durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls, sondern höchstens durch die geschriebenen Rechtfertigungsgründe (Art. 62 AEUV i.V.m. 52 AEUV) legitimiert werden kann<sup>443</sup>.

Im Ergebnis hat der EuGH – unabhängig von der jeweiligen dogmatischen Einordnung – Niederlassungserfordernisse bislang niemals, auch nicht in besonders sensiblen Bereichen des Wirtschaftslebens, als gerechtfertigt anerkannt<sup>444</sup>. Insofern ist daher eine Unvereinbarkeit auch der oben genannten wahrnehmungsrechtlichen Normen mit der Dienstleistungsfreiheit anzunehmen.

### 3. Rechtsformerfordernisse

Auch im Hinblick auf die in mehreren Mitgliedstaaten verbindlich vorgeschriebenen Rechtsformen von Verwertungsgesellschaften<sup>445</sup> lässt sich kein anderes Ergebnis rechtfertigen. Eine derartige Vorschrift beschränkt den Zugang zum Markt des Aufnahmestaates für einen EU-ausländischen Dienstleister, der nicht in der jeweils geforderten Rechtsform organisiert ist, sondern die Dienstleistung im Herkunftsstaat rechtmäßig in einer anderen Rechtsform erbringt<sup>446</sup>. Ein solcher beschränkender Typenzwang lässt sich nach Auffassung des EuGH auch nicht durch zwingende Erwägungen des Allgemeininteresses, namentlich des Gläubigerschutzes, rechtfertigen, da dieses Ziel ebenso durch den freien Dienstleistungsverkehr weniger beschränkende Mittel – etwa durch Stellung von Garantien – erreicht werden kann<sup>447</sup>. Gerade im hier untersuchten Fall würde die Zulassung von Land zu Land unterschiedlicher und sich damit ausschließender Rechtsformerfordernisse die europaweite Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften faktisch ausschlie-

442 Vgl. *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der EU, Bd. II, Art. 49/50 EG, Rn. 109; EuGH, Rs. 205/84, Slg. 1986, 3755, 3810, Rn. 54 – *Kommission/Deutschland*.

443 Vgl. *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, S. 441, Rn. 871; *Görlitz*, Mittelbare Diskriminierungen, S. 267, Fn. 1112. Vgl. die Formulierung in EuGH, Rs. C-17/92, Slg. 1993, S. I-2239, Rn. 13 – *Fedicine*: „... setzt der freie Dienstleistungsverkehr insbesondere die Beseitigung jeder Diskriminierung gegenüber dem Dienstleistenden aufgrund seiner Staatsangehörigkeit oder des Umstandes voraus, daß er in einem anderen als dem Mitgliedstaat niedergelassen ist, in dem die Dienstleistung zu erbringen ist.“

444 Vgl. *Tiedje/Troberg*, in: *Groeben/Schwarze* (Hrsg.), Art. 49 EG, Rn. 49.

445 Vgl. dazu oben § 18. B.

446 Vgl. EuGH, Rs. C-171/02, Slg. 2004, S. I-5674, 5680 f., Rn. 41 – *Kommission/Portugal* (Erfordernis, einen privaten Sicherheitsdienst in der Rechtsform einer juristischen Person zu betreiben).

447 Vgl. EuGH, Rs. C-171/02, Slg. 2004, S. I-5674, 5680 f., Rn. 43 – *Kommission/Portugal*.

Ben<sup>448</sup>. Überdies hat die Europäische Kommission bereits in ihrer Mitteilung vom 16. April 2004 ausdrücklich dargelegt, dass nach ihren Untersuchungen die Rechtsform einer Verwertungsgesellschaft keinen Zusammenhang mit der Effizienz ihrer Wahrnehmungstätigkeit aufweist, und forderte dementsprechend die freie Wahl der Rechtsform von Verwertungsgesellschaften<sup>449</sup>. Mangels Erforderlichkeit sind somit zwingende Rechtsformerfordernisse als unverhältnismäßig anzusehen und damit mit Art. 56 ff. AEUV nicht zu vereinbaren<sup>450</sup>.

#### 4. Gründungskontrolle

Die in vielen europäischen Staaten vorgesehene Erlaubnispflicht vor Aufnahme der Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften stellt eine unterschiedslose Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dar<sup>451</sup>. So fehlt beispielsweise einer ausländischen Verwertungsgesellschaft nach deutschem Wahrnehmungsrecht die Aktivlegitimation zur Geltendmachung urheberrechtlicher Abwehransprüche im Falle mangelnder Erlaubniserteilung (§ 1 Abs. 3 UrhWG)<sup>452</sup>, was deren Zugang auf den deutschen Markt erheblich erschwert. Das gleiche gilt auch für bloße Registrierungs-pflichten, wie es etwa das irische Recht vorsieht, da auch bereits solche weniger einschneidende Regelungen nach der Rechtsprechung des EuGH potentielle Marktzugangsbarrieren darstellen<sup>453</sup>.

Jedoch kommt eine Rechtfertigung aufgrund zwingender Gründe des Allgemeininteresses in Betracht. Derartige Genehmigungserfordernisse dienen dem anerkannten Schutzbelang der Sicherung der Rechtspflege<sup>454</sup>, die gewährleisten sollen, dass nur Verwertungsgesellschaften, die das erforderliche Maß an Zuverlässigkeit und eine ausreichende wirtschaftliche Grundlage aufweisen (vgl. etwa §§ 3 Abs. 1 Nr. 2 und 3 UrhWG), die Wahrnehmungstätigkeit aufnehmen<sup>455</sup>. Die

448 Dahingehend auch *Heine*, Wahrnehmung von Online-Musikrechten, S. 247.

449 Vgl. *Europäische Kommission*, Mitteilung über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten im Binnenmarkt vom 16. April 2004, Ziff. 3.5.1.

450 Zustimmend *Heine*, a.a.O.; vgl. speziell für das österreichische Recht auch *Enzinger*, GRUR Int. 2006, 985, 992.

451 Ebenso *Drexel*, in: *Hilty/Geiger* (Hrsg.), S. 369, 392 f. Der EuGH stuft Genehmigungserfordernisse grundsätzlich als Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs ein; vgl. etwa EuGH Rs. 279/80, Slg. 1981, 3305, 3325 f. Rn. 17, 20 – *Webb*; *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der EU, Bd. II, Art. 49/50 EG, Rn. 112 ff. m.w.N.

452 Vgl. oben § 17. A. I.

453 Vgl. EuGH, Rs. C-358/98, Slg. 2000, I-1255 – *Kommission/Italien* (Eintragungserfordernis für Reinigungsfirmen in ein nationales Register).

454 Hierzu grundlegend EuGH, Rs. 33/74, Slg. 1974, 1299 – *van Binsbergen*; EuGH, Rs. C-76/90, Slg. 1991, I-4221, 4244, Rn. 16 – *Säger*; EuGH, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165, 4197, Rn. 35-38 – *Gebhard*; EuGH, Rs. C-3/95, Slg. 1996, I-9522, 6537 f., Rn. 28 – *Reisebüro Broede*.

455 Vgl. *Drexel*, in: *Hilty/Geiger* (Hrsg.), S. 369, 393.

kollektive Rechtswahrnehmung betrifft angesichts der Konzentration einer Vielzahl von Vermögensinteressen von Rechtsinhabern und der daraus resultierenden Marktmacht einen sensiblen Bereich, dessen hinreichende präventive Kontrolle daher im Grundsatz durchaus gerechtfertigt erscheint<sup>456</sup>.

Darüber hinaus muss die nationale Bestimmung auch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen. In diesem Zusammenhang wird man den Mitgliedstaaten – anders als bei der Gewährung einer gesetzlichen Monopolstellung<sup>457</sup> – eine weitergehende Einschätzungsprärogative zur Verwirklichung der Schutzziele der Sicherung der Rechtspflege sowie der präventiven Kontrolle von Verwertungsgesellschaften zubilligen<sup>458</sup>. Die betreffenden Mitgliedstaaten müssen sich daher nicht etwa auf das mildere Mittel einer bloßen Anzeige- oder Registrierungspflicht einlassen, da ein „*race to the bottom*“ auf das jeweils niedrigste Schutzniveau eines Mitgliedsstaats durch die Grundfreiheiten nicht vorgeschrieben ist<sup>459</sup>.

Allerdings ist bei Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit zu beachten, dass dem nur vorübergehend in einem anderen Mitgliedstaat tätigen Dienstleister nicht alle Anforderungen entgegengehalten werden dürfen, die im Fall einer auf Dauer angelegten Niederlassung zu erfüllen sind<sup>460</sup>. Dies gilt umso mehr für Korrespondenzdienstleistungen, wo nur die Dienstleistung selbst die Grenze überschreitet und der Bezug zum Gebiet des Bestimmungsstaates daher noch geringer ist<sup>461</sup>. Hiergegen lässt sich jedoch anführen, dass Verwertungsgesellschaften, die ein bestimmtes Repertoire paneuropäisch lizenzieren, typischerweise nicht mehr nur gelegentlich, sondern vielmehr regelmäßig und dauerhaft im Ausland tätig werden. Der enge, eine separate Gründungskontrolle rechtfertigende Bezug zum Bestimmungsstaat wird daher bei der Tätigkeit der Vergabe von Online-Lizenzen naturgemäß weniger durch den Ort der Niederlassung als vielmehr durch die Häufigkeit und Kontinuität der Rechtswahrnehmung im Ausland hergestellt<sup>462</sup>.

Ferner kann es an der Erforderlichkeit der Genehmigungspflicht fehlen, soweit das geltend gemachte Allgemeininteresse bereits durch Vorschriften geschützt wird, denen der Dienstleistungserbringer in dem Mitgliedstaat unterliegt, in dem

456 Zustimmend *Drexl*, a.a.O.; *Heine*, Wahrnehmung von Online-Musikrechten, S. 247; *Alich*, GRUR Int. 2008, 996, 1004.

457 Vgl. dazu oben 3.

458 Vgl. dazu EuGH, Rs. C-3/95, Slg. 1996, I-6511, Rn. 41 – *Reisebüro Broede*, der den Mitgliedstaaten für den hier einschlägigen Rechtfertigungsgrund der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege ausdrücklich einen weitgehenden Ermessensspielraum gewährt hat.

459 Vgl. *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der EU, Bd. II, Art. 49/50 EG, Rn. 173.

460 Vgl. *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, S. 451 f., Rn. 889; EuGH, Rs. C-58/98, Slg. 2000, S. I-7919, Rn. 43 – *Corsten* (Pflicht zur Eintragung in die Handwerksrolle).

461 Vgl. EuGH, Rs. C-76/90, Slg. 1991, I-4221, 4243, Rn. 13 – *Säger*.

462 Vgl. *Drexl*, in: *Hilty/Geiger* (Hrsg.), S. 369, 393.



er niedergelassen ist. Unzulässig sind daher Doppelbelastungen für den Dienstleister, die aufgrund der Wiederholung von Kontrollen entstehen, die bereits im Herkunftsstaat durchgeführt worden sind. So müssen im Fall eines im Bestimmungsstaat vorgesehenen Erlaubniserteilungsverfahrens jedenfalls diejenigen Umstände und Voraussetzungen berücksichtigt werden, die der Dienstleister im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit schon in seinem Herkunftsstaat erbracht hat<sup>463</sup>. Sehen die nationalen Vorschriften eine solche Möglichkeit bzw. Ausnahmeregelungen nicht vor, so liegt bereits darin ein Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip<sup>464</sup>. Auch eine entsprechende Verwaltungspraxis genügt zur Erfüllung dieser Verpflichtung insoweit nicht, da sich diese naturgemäß beliebig ändern kann und meist nur unzureichend bekannt ist<sup>465</sup>. Legt man diese Maßstäbe zugrunde, so entspricht, soweit ersichtlich, nur das belgische Wahrnehmungsrecht den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes<sup>466</sup>. Nach Art. 65 (2) belgisches UrhG darf eine EU-ausländische Verwertungsgesellschaft im Inland tätig werden, soweit sie nach den gesetzlichen Voraussetzungen im Niederlassungsstaat gegründet wurde und dort rechtmäßig tätig ist<sup>467</sup>.

Entscheidend ist in diesem Zusammenhang freilich, wie weitgehend das vom EuGH statuierte Verbot von Doppelkontrollen im Niederlassungs- und Bestimmungsstaat aufzufassen ist. So stellt sich insbesondere die in der Praxis relevante Frage, ob sich die Unzulässigkeit von Doppelprüfungen nur auf die *Genehmigungsvoraussetzungen* beschränkt oder sich – weitergehend – auch auf die *Genehmigungserteilung als solche* erstreckt. Im ersteren Fall dürfte die Aufsichtsbehörde des Bestimmungsstaats lediglich einzelne Nachweise oder Sicherheiten, im Falle des deutschen UrhWG etwa der Nachweis der wirtschaftlichen Grundlage (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 UrhWG), nicht mehr prüfen, wenn diese bereits Gegenstand des vorhergehenden Genehmigungsverfahrens waren. Im letzteren Fall wäre jedoch die vollständige Genehmigungserteilung bindend für die Aufsichtsbehörden im Bestimmungsstaat.

463 Vgl. *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, S. 451 f., Rn. 889; EuGH, Rs. 279/80, Slg. 1980, 3305, Rn. 20 – *Webb*.

464 Vgl. *Haratsch/Koenig/Pechstein*, a.a.O.; EuGH, Rs. C-189/03, Slg. 2004, S. I-9289, Rn. 18 – *Kommission/Niederlande* (Erlaubnispflicht für private Sicherheitsdienste); EuGH, Rs. C-439/99, Slg. 2002, S. I-305, Rn. 27 f. – *Kommission/Italien* (Anforderungen an Messeveranstalter).

465 Vgl. EuGH vom 13.12.2007, Rs. C-465/05, Rn. 65 – *Kommission/Italien*; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, a.a.O.

466 Vgl. *Dillenz*, GRUR Int. 1997, 315, 317.

467 Art. 65 (1), (2) belgisches UrhG (i.d.F. vom 30.6.1994) lautet (in englischer Übersetzung): „Any person who collects or distributes the rights afforded by this Law on behalf of several owners of such rights shall be subject to the provisions of this Chapter. Such administration shall be carried out by a society that is regularly constituted in a country of the European Union in which it lawfully carries out the activities of a society for the collection or distribution of such rights”.

Der EuGH folgt bei der Beantwortung der Frage nach der Reichweite der Unzulässigkeit von Doppelprüfungen keiner einheitlichen Linie. In seiner *van Wesemael*-Entscheidung, die die Erlaubnispflichtigkeit gewerblicher Stellenvermittlungsbüros für Bühnenkünstler im Bestimmungsstaat betraf, ging der EuGH sehr weit. Er führte hierzu aus:

„Ein solches Erfordernis [der Genehmigungspflicht insgesamt] erweist sich ... dann als nicht erforderlich, wenn der in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Dienstleister dort eine Genehmigung besitzt, die unter Voraussetzungen erteilt worden ist, welche mit denen des Staates, in dem die Leistung erbracht wird, vergleichbar sind, und im Herkunftsstaat die gesamte Tätigkeit des Dienstleisters ohne Rücksicht darauf, in welchem Mitgliedstaat die Leistung erbracht werden soll, einer angemessenen Aufsicht unterstellt ist“<sup>468</sup>.

Demnach besteht nach Auffassung des EuGH dann keine separate Genehmigungspflicht im Bestimmungsstaat mehr bzw. ist eine bereits erteilte Genehmigung der Behörde des Niederlassungsstaates auch für die Aufsichtsbehörde im Bestimmungsland bindend, wenn die Genehmigungsvoraussetzungen in den betreffenden Ländern vergleichbar sind und eine umfassende Aufsicht seitens der Behörde des Herkunftsstaats besteht.

In der späteren *Webb*-Entscheidung war der EuGH betreffend den sensiblen Bereich der Arbeitnehmerüberlassung wesentlich zurückhaltender und räumte dem Bestimmungsstaat die Möglichkeit ein, auch dann eine eigene Genehmigung zur Aufnahme dieser Tätigkeit vorzuschreiben, obwohl die Behörde im Niederlassungsstaat bereits eine entsprechende Erlaubnis erteilt hatte. Freilich müssen die im Herkunftsstaat bereits vorgelegten Nachweise und Sicherheiten bei der zweiten Genehmigung berücksichtigt werden. Nach Ansicht des EuGH stellt es für die Mitgliedstaaten

„eine legitime, im Allgemeininteresse getroffene politische Entscheidung dar ..., für die Überlassung von Arbeitnehmern in ihrem Hoheitsgebiet eine Genehmigungsregelung einzuführen, um die Genehmigung versagen zu können, wenn die begründete Befürchtung besteht, dass diese Tätigkeit gedeihliche Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt beeinträchtigen würde oder dass dabei die Interessen der betroffenen Arbeitnehmer unzulänglich gewahrt würden. In Anbetracht der Unterschiede, die zwischen den Arbeitsmarktverhältnissen der verschiedenen Mitgliedstaaten bestehen können, sowie angesichts der Verschiedenheit der Beurteilungsmaßstäbe, die an diese Art von Tätigkeit angelegt werden, kann dem Mitgliedstaat, in dem die Leistung erbracht werden soll, nicht das Recht abgesprochen werden, eine Genehmigung zu verlangen, die

468 Vgl. EuGH vom 18.1.1979, verb. Rs. 110 und 111/78 Slg. 1979, 35, 52 f., Rn. 29 f. – *van Wesemael*.

unter denselben Voraussetzungen wie für seine eigenen Staatsangehörigen erteilt wird. Dies ginge jedoch dann über das angestrebte Ziel hinaus, wenn die Anforderungen, von denen die Erteilung einer Genehmigung abhängt, zu einer bloßen Wiederholung der Nachweise und Sicherheiten führen würde, die im Staat der Niederlassung verlangt werden<sup>469</sup>.

Diesen Vorgaben folgt im vorliegenden Fall etwa das bereits zitierte belgische Urheberrecht. Denn obgleich, wie oben dargestellt, das belgische Recht die ausländische Gründungskontrolle im Grundsatz anerkennt, dispensiert Art. 67 belgisches UrhG nicht vom Erfordernis einer zusätzlichen Erlaubniserteilung<sup>470</sup>.

Bei einem Vergleich dieser beiden Entscheidungen des EuGH sprechen die besseren Gründe dafür, in Übernahme der Grundsätze des *Webb*-Urteils die Genehmigungserteilung an Verwertungsgesellschaften im Herkunftsstaat nicht – auch nicht bei vergleichbaren Zulassungsvoraussetzungen – gleichzeitig auf die Tätigkeit im Bestimmungsstaat zu erstrecken, sondern sich im Rahmen der zweiten Genehmigungsprüfung europarechtskonform auf die Kontrolle derjenigen Erlaubniserteilungsvoraussetzungen, die noch nicht Gegenstand des ersten Verfahrens waren, zu beschränken. Der hier diskutierte Problembereich weist zu dem der *Webb*-Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt einen stärkeren und sachnäheren Bezug auf, was die Übernahme der darin formulierten Grundsätze nahe legt: Wie auch die Arbeitnehmerüberlassung betrifft auch die Tätigkeit der kollektiven Rechtswahrnehmung angesichts der Konzentration einer Vielzahl von Rechten in einer Hand, der Wahrnehmung gewichtiger Vermögensinteressen sowie der großen Marktmacht von Verwertungsgesellschaften einen sehr sensiblen Bereich. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass – vergleichbar dem der *Webb*-Entscheidung zugrunde liegenden Fall (Unterschiedlichkeit der Arbeitsmarktverhältnisse) – auch die Regulierung der kollektiven Rechtswahrnehmung in Europa bislang sehr unterschiedlich ausgestaltet ist. Zudem sind bei genauerer Betrachtung die Voraussetzungen, die der EuGH in der *van Wesemael*-Entscheidung aufgestellt hat, vorliegend auch gar nicht erfüllt: Denn neben der Vergleichbarkeit der Genehmigungsvoraussetzungen in den betreffenden Staaten wäre ebenso erforderlich, dass die gesamte Tätigkeit des Dienstleisters von den Behörden im Herkunftsstaat ohne Rücksicht darauf, in welchem Mitgliedstaat die Leistung erbracht werden soll, einer angemessenen Aufsicht unterstellt ist. Daran bestehen jedoch bei der Kontrolle von Verwertungsgesellschaften ernsthafte Zweifel: Wie bereits oben ausge-

469 Vgl. EuGH vom 17.12.1981, Rs. 279/80, Slg. 1980, 3305, Rn. 19 f. – *Webb*.

470 Art. 67 (1) belgisches UrhG (i.d.F. vom 30.6.1994) lautet (in englischer Übersetzung):  
“The societies referred to in Art. 65 shall be authorized by the Minister with responsibility for copyright to carry out their activities on the national territory”.

Vgl. dazu auch *Dillenz*, GRUR Int. 1997, 315, 328, Fn. 125.

führt<sup>471</sup>, sind aufgrund der streng territorialen Konzeption der nationalen Wahrnehmungsrechtsordnungen konsequenterweise auch die aufsichtsrechtlichen Befugnisse auf das jeweilige Inland beschränkt. So befähigt etwa das deutsche UrhWG das DPMA zur Aufsichtstätigkeit lediglich für das deutsche Territorium, es gewährt jedoch nicht die Befugnis zur Kontrolle auch im Ausland. Dieses örtlich begrenzte Aufsichtsrecht der nationalen Behörden ist somit das zentrale Argument gegen die Übertragung der Grundsätze der *van Wesemael*-Entscheidung des EuGH auf die Wahrnehmungstätigkeit von Verwertungsgesellschaften. Mag eine erneute Genehmigungspflicht im Bestimmungsland für bestimmte Einzelhandelsgewerbe wie etwa für Stellenvermittlungsbüros zu Recht nicht erforderlich sein, kann dies jedoch aus den genannten Gründen für Verwertungsgesellschaften nicht gelten. Somit ist nach der hier vertretenen Auffassung festzuhalten, dass eine Betriebsgenehmigung einer Verwertungsgesellschaft in ihrem Herkunftsstaat nicht zu einem Tätigwerden im EU-Ausland ohne eine zusätzliche Erlaubniserteilung im Bestimmungsstaat, soweit dort gesetzlich vorgesehen, befähigt<sup>472</sup>.

Dieses Ergebnis wirkt sich zwangsläufig auch auf die der Erlaubnisspflichtigkeit vorgelagerte Frage nach der *Einstufung* eines Wahrnehmungsunternehmens als Verwertungsgesellschaft im Sinne der jeweiligen europäischen Wahrnehmungsgesetze (etwa nach §§ 1 Abs. 1 und 2 UrhWG) aus. Sieht man aus den genannten Gründen eine separate Genehmigungspflicht im Bestimmungsstaat als zulässig an, kann konsequenterweise die vorgelagerte Frage der Qualifizierung als Verwertungsgesellschaft nach dem Wahrnehmungsrecht des Herkunftsstaats nicht – und zwar unabhängig davon, ob die Tatbestandsmerkmale in den betreffenden Rechtsordnungen vergleichbar sind oder nicht – die Einstufung als Verwertungsgesellschaft nach dem Wahrnehmungsrecht des Bestimmungsstaats präjudizieren. Somit wird sich beispielsweise eine Zentrallizenzierungsinitiative wie die CELAS, die nach Auffassung des DPMA nicht unter den Anwendungsbereich des deutschen UrhWG fällt, auf diese Entscheidung des DPMA bei der Wahrnehmungstätigkeit im Ausland gegenüber den dortigen Genehmigungsbehörden nicht mit Erfolg berufen können.

#### IV. Beschränkungen im Rahmen der Dienstleistungsausübung

Wahrnehmungsrechtliche Regelungen, die nicht unmittelbar die Aufnahme der kollektiven Wahrnehmungstätigkeit, sondern primär die Modalitäten der Dienstleistungsausübung betreffen, können ebenso die Dienstleistungsfreiheit beschrän-

471 Vgl. oben § 14. B. II.

472 Im Ergebnis ebenso *Dillenz*, GRUR Int. 1997, 315, 328; unklar diesbezüglich *Heine*, Wahrnehmung von Online-Musikrechten, S. 248.

ken. Allerdings besteht bei Bestimmungen, die in erster Linie die Art und Weise der Wahrnehmungsausübung tangieren und sich gleichzeitig unterschiedslos an alle Dienstleister wenden, ein erhöhter Begründungsaufwand dafür, dass überhaupt eine Beschränkung der Grundfreiheit vorliegt. Denn das allgemeine Beschränkungsverbot besteht, wie bereits oben dargestellt<sup>473</sup>, nicht grenzenlos und ist wesensmäßig nur dann einschlägig, wenn die Ausübungsregelungen mittelbar auch den Marktzugang beschränken, indem sie, beispielsweise durch den Zwang zur Modifizierung der Dienstleistungstätigkeit im Bestimmungsstaat, den Marktzutritt weniger attraktiv erscheinen lassen.

Ein Beispiel einer Ausübungsregelung stellt der Kontrahierungszwang zum Abschluss von Lizenzverträgen mit Musiknutzern zu angemessenen Bedingungen dar, der in mehreren europäischen Wahrnehmungsgesetzen kodifiziert ist<sup>474</sup>. Verwertungsgesellschaften werden zwar durch den Abschlusszwang nicht unmittelbar daran gehindert, im betreffenden Mitgliedstaat tätig zu werden. Gleichwohl hat der EuGH Kontrahierungszwänge wiederholt als eine faktische Marktbarriere und damit als Beschränkung der Dienst- und Niederlassungsfreiheit angesehen<sup>475</sup>. Nach Ansicht des EuGH stellt eine derartige Regelung eine erhebliche Einmischung in die den Wirtschaftsteilnehmern grundsätzlich zustehende Vertragsfreiheit dar, insbesondere wenn damit die Verpflichtung zur angemessenen Tarifgestaltung verbunden ist. Eine solche Verpflichtung macht den Zugang zum betreffenden Markt weniger attraktiv und hindert die ausländischen Gesellschaften daran, mit den im Inland ansässigen Gesellschaften wirksam in Wettbewerb zu treten. Denn der Abschlusszwang kann in Bezug auf Organisation und Investitionen zusätzliche Belastungen für ausländische Gesellschaften mit sich bringen; sie müssen gegebenenfalls ihre Geschäftspolitik und -strategie überdenken und sich den veränderten Bedingungen anpassen, was nicht unerhebliche Kosten nach sich ziehen kann<sup>476</sup>.

Eine Rechtfertigung dieser Beschränkung kommt allerdings aufgrund schutzwürdiger Interessen der Allgemeinheit in Betracht. Der Abschlusszwang stellt eine legitime gesetzgeberische Reaktion auf die (oft exklusive) Bündelung einer Vielzahl von Urheberrechten und der daraus folgenden monopolartigen Stellung von Verwertungsgesellschaften dar. Dieser Gefahr der missbräuchlichen Ausnutzung der Marktmacht wird durch die gesetzliche Vorgabe begegnet, die Nutzung der in die Verwertungsgesellschaft eingebrachten Rechte nicht von deren Belieben abhängig zu machen<sup>477</sup>. Mögen hierbei auch die Schutzziele zwischen einzelnen

473 Vgl. oben § 18. C. II. 2.

474 Vgl. oben § 18. B.

475 Vgl. EuGH vom 29.4.2009, Rs. C-518/06, Rn. 65 ff. - *Kommission/Italien* (Kontrahierungszwang von Versicherungsunternehmen).

476 Vgl. zu alledem EuGH vom 29.4.2009, Rs. C-518/06, Rn. 65 ff., 68 - *Kommission/Italien*.

477 Vgl. etwa *Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhG, § 11 UrhWG, Rn. 1; amtl. Begr. zum UrhWG, vom 23.3.2962, BT-Drs. IV/271, S. 17.

Mitgliedstaaten abweichen und andere Mitgliedstaaten einen Kontrahierungszwang nicht für erforderlich halten, ist jedem Mitgliedstaat dennoch ein Entscheidungsspielraum zur Verwirklichung dieses schützenswerten Belangs zuzubilligen. Die Europäische Kommission hat in ihrer Mitteilung vom 16. April 2004 sogar ausdrücklich einen Abschlusszwang der Verwertungsgesellschaften zugunsten der Nutzer gefordert<sup>478</sup>.

Die Verhältnismäßigkeit könnte höchstens vor dem Hintergrund bezweifelt werden, dass die traditionelle zumeist faktische Monopolstellung der Verwertungsgesellschaften im Online-Bereich durch die teilweise exklusive Wahrnehmung bedeutender Repertoire-Segmente durch die neu gebildeten Zentrallizenzinitiativen und angesichts der verstärkten grenzüberschreitenden Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften infolge der CISAC-Entscheidung vom 16. Juli 2008 zunehmend aufgeweicht wird. Hiergegen lassen sich jedoch gute Gründe anführen: Zum einen beschränken sich diese letztjährigen Entwicklungen allein auf den zwar stark im Wachstum begriffenen, aber noch vergleichsweise wirtschaftlich unbedeutenden Online-Sektor<sup>479</sup> – und auch in diesem Bereich nur auf den primären Online-Musikvertrieb und nicht auch auf die linearen digitalen Sendeformen<sup>480</sup>. Zum anderen nehmen die europäischen Verwertungsgesellschaften auch im Online-Bereich trotz des Entzugs wirtschaftlich relevanter angloamerikanischer Verlagsprogramme noch immer wichtige Teile des gesamten Rechtebestands kollektiv wahr und verfügen damit, mögen sie auch nicht mehr das komplette Weltrepertoire verwalten, weiterhin über eine große Marktmacht, was den Abschlusszwang auch künftig rechtfertigt. Denn auch in dieser neuen Lizenzsituation im Online-Bereich besteht unverändert das schützenswerte Interesse der Musiknutzer am Zugang zum von den Verwertungsgesellschaften verwalteten Repertoire<sup>481</sup>. Die Europarechtskonformität des Abschlusszwangs lässt sich daher mit guten Argumenten vertreten.

Daneben bestehen in vielen europäischen Wahrnehmungsrechtsordnungen eine Reihe weiterer Regelungen zur Ausübungskontrolle von Verwertungsgesellschaften<sup>482</sup>. So bestehen in einzelnen Mitgliedstaaten detaillierte Vorgaben zur Transparenz der kollektiven Wahrnehmungstätigkeit. So statuiert etwa das deutsche Wahrnehmungsrecht in § 9 UrhWG die Pflicht zur Rechnungslegung (Aufstellung

478 Vgl. *Europäische Kommission*, Mitteilung über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten im Binnenmarkt, vom 16.4.2004, Ziff. 3.5.2. Vgl. dazu oben § 6. B.

479 Vgl. oben § 1. A.

480 Vgl. dazu oben § 3. B. II. 1.

481 Ebenso *Heine*, Wahrnehmung von Online-Musikrechten, S. 249.

482 Es würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen, sämtliche wahrnehmungsrechtlichen Ausübungsregelungen einer eingehenden Prüfung ihrer Europarechtskonformität zu unterziehen, setzt dies doch stets eine umfassende Einzelfallprüfung voraus. Es sollen daher an dieser Stelle lediglich einzelne Argumentationsstränge im Hinblick auf ausgewählte Wahrnehmungsbestimmungen skizziert werden.

und Veröffentlichung des Jahresabschlusses und des Lageberichts) sowie zu deren Überprüfung durch sachverständige Prüfer, was gleichermaßen dem Interesse der Rechtsinhaber, der Aufsichtsbehörde und der Allgemeinheit dient<sup>483</sup>. Ferner besteht eine Auskunftspflicht über das wahrgenommene Repertoire sowie die Verpflichtung zur Publizität der Tarife (§§ 10, 13 Abs. 2 UrhWG) im Interesse der Nutzer. Die Unterrichtungspflicht gemäß § 20 UrhWG dient dagegen dem Interesse der Aufsichtsbehörde<sup>484</sup>.

Sämtliche genannten Vorgaben stellen nicht-diskriminierende Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit dar. Sie betreffen unterschiedslos alle in- und ausländischen Verwertungsgesellschaften und zwingen die ausländischen Verwertungsgesellschaften zu einer Modifizierung ihrer Wahrnehmungstätigkeit, was bei ihnen zusätzliche kostenrelevante Belastungen verursachen kann und damit den Marktzutritt weniger attraktiv erscheinen lässt. Vor diesem Hintergrund hat auch der EuGH Mitteilungspflichten als (unterschiedslose) Beschränkung der Grundfreiheiten angesehen<sup>485</sup>.

Gleichwohl stellt das Bedürfnis der Rechtsinhaber, der Musiknutzer sowie der Allgemeinheit nach einer transparenten Wahrnehmungstätigkeit durchaus einen aner kennenswerten rechtfertigenden Schutzbelang dar, da dadurch die Kontrolle der Verwertungsgesellschaften erleichtert wird<sup>486</sup>. Es könnten jedoch Zweifel an der Erforderlichkeit dieser gesetzlichen Vorgaben bestehen, wenn es dabei zu einer mehrfachen und überlagernden Anwendung verschiedener nationaler Auskunftsverpflichtungen käme. Wie bereits erwähnt<sup>487</sup>, sind aber die mitgliedstaatlichen Wahrnehmungsrechtsordnungen und damit auch die daraus resultierenden Auskunftsbefugnisse auf das jeweilige nationale Territorium beschränkt. Zudem sind die Transparenzvorgaben regelmäßig auch in tatsächlicher Hinsicht auf die inländischen Märkte zugeschnitten, was sie für ausländische Nutzer und Aufsichtsbehörden wenig effektiv erscheinen lässt<sup>488</sup>. Aus diesen Gründen ist ein Verstoß gegen das Verbot von Doppelbelastungen zu verneinen<sup>489</sup>. Im Übrigen hat auch die Europäische Kommission wiederholt die Bedeutung der Transparenz der kollektiven Wahrnehmungstätigkeit zum Schutz der Rechtsinhaber und Nutzer deutlich

483 Vgl. *Riesenhuber*, ZUM 2004, 417, 417.

484 *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, § 20 UrhWG, Rn. 1.

485 Vgl. EuGH, Urteil vom 25.10.2001, verb. Rs. C-49/98, C-50/98, C-52/98 bis C-54/98 und C-68/98 bis C-71/98., Slg. 2001, S. I-7831 – *Finalarte u.a.* (Verpflichtung von Unternehmen des Baugewerbes zur Auskunftserteilung an Behörden des Aufnahmestaats); ebenso *Tiedje/Troberg*, in: *Groeben/Schwarze* (Hrsg.), Art. 49 EG, Rn. 46, dort Fn. 68.

486 Vgl. *Heine*, Wahrnehmung von Online-Musikrechten, S. 249.

487 Vgl. oben § 14. B. II.

488 So verlangt beispielsweise das deutsche Wahrnehmungsrecht die Veröffentlichung des Jahresabschlusses und der Tarife gemäß §§ 13 Abs. 2, 9 Abs. 6 S. 1 UrhWG nur in einem deutschen Register (Bundesanzeiger) und macht auch sonst keine Vorgaben zur Veröffentlichung in anderen Sprachen.

489 Ebenso *Heine*, a.a.O.; *Alich*, GRUR Int. 2008, 996, 1004.

gemacht<sup>490</sup>. Es ist daher anzunehmen, dass diese Regelungen einer europarechtlichen Überprüfung standhalten.

Im Rahmen der fortlaufenden staatlichen Kontrolle sehen ferner manche Wahrnehmungsgesetze, wie etwa das deutsche UrhWG (§§ 19 Abs. 3 und 4 UrhWG), Auskunftsrechte der Aufsichtsbehörde sowie Teilnahmerechte an Mitgliederversammlungen vor. Zumindest bei letzterer Regelung stellt sich in der Tat die Frage, ob eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit angenommen werden kann. Denn bei den aufsichtsrechtlichen Teilnahmerechten ist nicht ersichtlich, dass sie spezifische marktzugangsbeschränkende Wirkung auf ausländische Verwertungsgesellschaften aufweisen, da sie weder Mehrkosten verursachen noch sonst die ausländischen Gesellschaften über Gebühr belasten. Somit dürfte insoweit nicht das allgemeine Beschränkungs-, sondern nur das Diskriminierungsverbot Anwendung finden. Da diese Regelungen aber ersichtlich unterschiedslos für in- und ausländische Verwertungsgesellschaften gelten, scheidet insoweit ein Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit aus.

#### D. Der Einfluss der Dienstleistungsrichtlinie

Neben dem Primärrecht könnte auch die Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt – die sog. *Dienstleistungsrichtlinie*<sup>491</sup> – als sekundäres Unionsrecht erheblichen Einfluss auf die mitgliedstaatliche Regulierung der grenzüberschreitenden Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften ausüben (unten I.). Entscheidende Frage hierbei bleibt freilich, ob die Dienstleistungsrichtlinie auf die kollektive Rechtswahrnehmung durch Verwertungsgesellschaften überhaupt Anwendung findet (unten II.).

#### I. Der Regelungsgehalt der Dienstleistungsrichtlinie und ihre potentiellen Auswirkungen auf das Wahrnehmungsrecht der Mitgliedstaaten

Erklärtes Ziel der Dienstleistungsrichtlinie ist es, die immer noch bestehenden Behinderungen des grenzüberschreitenden Austauschs von Dienstleistungen zu be-

490 Vgl. *Europäische Kommission*, Mitteilung über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten im Binnenmarkt vom 16.4.2004, Ziff. 3.5.3. und Kommissions-Empfehlung, vom 18.10.2005, Ziff. 6, 7, 8 u. 14. Vgl. dazu auch *Riesenhuber*, ZUM 2004, 417, 417.

491 Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt vom 12.12.2006, ABl. L 376/36 vom 27.12.2006, online abrufbar unter (zuletzt abgerufen am 19.9.2009): <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:376:0036:0068:de:PDF>.