

Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zuhanden des Bundesministeriums der Justiz betreffend die Empfehlung der Europäischen Kommission über die Lizenzierung von Musik für das Internet vom 18. Oktober 2005 (2005/737/EG)

Das Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht beschäftigt sich im Rahmen einer Arbeitsgruppe intensiv mit der Zukunft der Verwertungsgesellschaften und der zukünftigen Gestaltung des Wahrnehmungsrechts in der Europäischen Union. Unser Institut hat insbesondere die Stellungnahme der Bundesregierung¹ zum Mitarbeiterpapier der Kommission vom 7. Juli 2005 zur Kenntnis genommen. Die Auffassung der Bundesregierung wird von uns durchgehend geteilt. Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf eine Evaluierung der Rechtspolitik der Kommission und eine Empfehlung für das weitere Vorgehen der Bundesregierung. Gerne stehen wir Ihnen für Rückfragen und eine weitere Zusammenarbeit zur Verfügung.

• Wettbewerbssteuerung durch die Rechteinhaber anstatt Wettbewerbssteuerung durch die Online-Nutzer

(1) Nach dem von der Kommission favorisierten Modell der grenzüberschreitenden Verwertung von Online-Musikrechten (sog. Option 3) soll der Wettbewerb zwischen den Verwertungsgesellschaften durch die Rechteinhaber und nicht durch die Nachfrager von Online-Rechten (Online-Nutzer) gesteuert werden. Ausgangspunkt dieser Überlegungen ist die Annahme eines „Wahrnehmungsmarktes“, auf dem Rechteinhaber Wahrnehmungsdienstleistungen von konkurrierenden Verwertungsgesellschaften nachfragen. Nach den Vorstellungen der Kommission soll die vom Rechteinhaber ausgesuchte Verwertungsgesellschaft grundsätzlich die Rechte unmittelbar an nachfragende Online-Nutzer im Wege von Mehrstaatenlizenzen erteilen. Damit würden die als nachteilig empfundenen Gegenseitigkeitsverträge zwischen den Verwertungsgesellschaften überflüssig. Von der Wettbewerbssteuerung durch die Rechteinhaber verspricht sich die Kommission die Durchsetzung eines effizienten Systems der kollektiven Wahrnehmung. Die Argumentation der Kommission steht und fällt folglich mit der Möglichkeit eines dauerhaften Wettbewerbs zwischen Verwertungsgesellschaften um die Rechteinhaber.

(2) Nach den Vorstellungen der Kommission soll eine Verwertungsgesellschaft also nur noch Lizenzen in Bezug auf das von ihr selbst verwaltete Repertoire einräumen können. Da das System der Gegenseitigkeitsverträge allmählich – nämlich im Zuge einer Migration der Rechteinhaber zur Option 3 – abgelöst werden soll, hat die einzelne Verwertungsgesellschaft keinen Zugriff mehr auf das Repertoire einer anderen Gesellschaft. Dabei geht die Kommission, offensichtlich unter der Annahme, dass eine Verwertungsgesellschaft die Wahrnehmung bestimmter Rechte auch ablehnen kann, von einer Spezialisierung der Verwertungsgesellschaften auf einzelne Musiksparten aus. Damit stellt das Kommissionsmodell keineswegs die Existenz nationaler Verwertungsgesellschaften in Frage. Vor allem die Verwertungsgesellschaften kleinerer Länder mit eigener Sprache bleiben weiterhin erforderlich, um die Rechte in Bezug auf die national

geprägte Musik zu verwalten. Ungarische Musik beispielsweise dürfte weiterhin nur von der ungarischen Verwertungsgesellschaft verwaltet werden und nicht von der deutschen GEMA. Diese spartenmäßige Spezialisierung der Verwertungsgesellschaften führt aber gerade nicht zu einem umfassenden Wettbewerb der Verwertungsgesellschaften innerhalb der EU untereinander. Vielmehr kommt es zur Bildung von sachlich getrennten Märkten entsprechend den einzelnen Sparten. Tatsächlich ist der Urheber von Musikwerken genauso wie der ausübende Künstler auf eine bestimmte Musiksparte festgelegt. Ein Wechsel in eine andere Sparte stößt auf erhebliche Marktzutritts Hindernisse. Entsprechendes gilt für die Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften; der einzelnen Verwertungsgesellschaft wird das Know-how zur Verwertung von Musik einer fremden Sparte, vor allem soweit es um Musik fremder Sprachräume geht, fehlen.

(3) Die branchenspezifische Spezialisierung führt also dazu, dass sich die wettbewerbspolitischen Vorteile des Kommissionsmodells nur sehr unterschiedlich in den einzelnen Sparten bemerkbar machen werden. Vor allem für spezifisch national geprägte oder wenig populäre Musiksparten droht von Anfang an ein Monopol einzelner spezialisierter Verwertungsgesellschaften. Anders liegt es dagegen jedenfalls anfangs bei der populären, international vermarktungsfähigen Musik. Um diese werden vor allem die großen Verwertungsgesellschaften in einen Wettbewerb treten. Freilich ist auch für diesen Bereich ein Konzentrationsprozess nicht ausgeschlossen. Die Kommission selbst geht davon aus, dass für diese Art der Musik allenfalls 3 bis 4 Verwertungsgesellschaften übrig bleiben und hält diese Konzentration angesichts der zunehmenden Konzentration auf der Verwerterseite für gerechtfertigt. Die Kommission erklärt freilich nicht, weshalb die Konzentration beim Oligopol halt machen würde und nicht – ähnlich wie im deutschen Wahrnehmungssystem – zu einem faktischen „europäischen Verwertungsmonopol“ auch für die grenzüberschreitend populäre Musik führen würde. Anders als das deutsche UrhWG trifft die Empfehlung indessen keinerlei Vorkehrungen gegen das drohende Monopol, das sich auch zulasten der Rechteinhaber auswirken würde. Europarechtlich stünde alleine die Anwendung des Art. 82 EG zur Verfügung.

(4) Der Weg in ein europäisches Verwertungsmonopol ist aus einem weiteren Grund nicht weniger unwahrscheinlich als die Entstehung natürlicher Verwertungsmonopole in Deutschland. Die Kommission orientiert sich, soweit es um die Auswahl der zuständigen Verwertungsgesellschaft geht, einseitig an der Qualität der Wahrnehmungsdienstleistung. Dies ist allerdings nur ein Wettbewerbsfaktor. Viel bedeutsamer für die Entscheidung der Rechteinhaber ist der Umfang der Ausschüttungen, die eine bestimmte Verwertungsgesellschaft gewährleisten kann. Im Wettbewerb der Verwertungsgesellschaften innerhalb einer Sparte wird dabei die Größe des Repertoires zum entscheidenden Faktor. Von der größeren Verwertungsgesellschaft kann der Online-Nutzer bei gleichen Transaktionskosten den Zugang zu einem bedeutsameren Repertoire erlangen. Er wird also den Vertragsschluss mit der größeren Gesellschaft vorziehen. Diese Verwertungsgesellschaft ist dann aber auch in der Lage, den Rechteinhabern ein Mehr an Ausschüttungen zu verschaffen. Zusätzlich verteilen sich die Fixkosten der Verwaltung auf mehr Rechteinhaber. Auch für die Rechteinhaber ist es daher rational, ihre Rechte der großen Verwertungsgesellschaft anzuvertrauen. Es ist daher zu befürchten, dass sich infolge der Vorteile des großen Repertoires die Märkte der einzelnen Sparten ausnahmslos auf ein Monopol zu bewegen werden. Damit handelt es sich im Ergebnis bei der von der Kommission favorisierten Option 3 um kein funktionsfähiges, dauerhaft auf Wettbewerb aufbauendes Verwertungsmodell.

¹ Stellungnahme der Bundesregierung der Bundesrepublik Deutschland vom 20.9.2005 zum Commission Staff Working Document “Study on a Community Initiative on the Cross-Border Collective Management of Copyright” (7.7.2005), <http://forum.europa.eu.int/irc/Download/kvebA1J8mIG-pq63LPiORbAqNINRpEy-XZQBqDprAORQT6BYR4Id21fEoMqyJRqDyzUeUtvFZfZV5p6QsroUmVK-oCYxMQ2G/CQHYS4Rb4/Bundesministerium%20der%20Justiz%20-%20Deutschland_de.pdf>.

- **Das Recht der Rechteinhaber, die zuständige Verwertungsgesellschaft und den Umfang der wahrzunehmenden Rechte selbst zu bestimmen**

(5) Als Mittel zur Durchsetzung des Kommissionsmodells postuliert die Empfehlung ein „Recht“ des Rechteinhabers zu entscheiden, welcher Verwertungsgesellschaft er seine Online-Rechte überlassen will (Nr. 3 und 5 der Empfehlung). Dieses Wahlrecht wird von der Kommission auch auf die wahrzunehmenden einzelnen Online-Rechte und das geographische Gebiet der Wahrnehmung bezogen. Da der Empfehlung keine rechtsverbindliche Wirkung zukommt, äußert sie sich nicht dazu, wie dieses „Recht“ rechtlich zu verstehen ist. Eine genauere Analyse ergibt, dass sich ein solches Wahlrecht des Rechteinhabers weder ökonomisch, d.h. aufgrund der Marktgegebenheiten, noch juristisch begründen lässt.

(6) Da die Empfehlung den Rechteinhaber durchaus konsequent als Nachfrager von Dienstleistungen auf einem Wahrnehmungsmarkt versteht, kann sich das postulierte Wahlrecht nur im System des Vertragsrechts materialisieren, d.h. die Wahlfreiheit des Rechteinhabers lässt sich nur als Hinweis auf die Vertragsfreiheit des Rechteinhabers verstehen. Dieser Vertragsfreiheit steht aber die Vertragsfreiheit der Verwertungsgesellschaft als Dienstleister gegenüber. Verwertungsgesellschaften müssen also den Vertragsschluss auch ablehnen können. Hiervon geht auch die Kommission aus, denn nur bei einem solchen „Ablehnungsrecht“ sind eine spartenspezifische Spezialisierung und das erhoffte effiziente Verwertungssystem überhaupt denkbar. Damit hängt das Maß an Wahlfreiheit des einzelnen Rechteinhabers von der ökonomischen Werthaltigkeit der einzelnen Rechte und der Marktrationalität ab. Auf dem Papier geht die Kommission zwar von der Möglichkeit territorial begrenzter Einräumungen von Online-Rechten aus. Tatsächlich benötigt aber die Gegenseite – nämlich jene der Online-Nutzer – den Zugang zu den Weltrechten. Folglich werden auch Verwertungsgesellschaften nur bereit sein, die Weltrechte zu verwalten. Die Wahrnehmung nur einzelner Online-Rechte werden die Verwertungsgesellschaften entsprechend dann ablehnen, wenn diese einzelnen Rechte keine sinnvolle Online-Verwertung gestatten.

(7) Ein weiter reichendes Wahlrecht des Rechteinhabers lässt sich unter diesen Umständen nur über einen umfassenden Kontrahierungszwang begründen. Ein Kontrahierungszwang bedarf aber der ökonomischen und grundrechtlichen Rechtfertigung. Diese Rechtfertigung gelänge mit dem Hinweis auf das drohende Monopol. Da die Kommission die Verwertungsgesellschaften aber gerade einem Wettbewerb um die Rechteinhaber aussetzen möchte und von der dauerhaften Funktionsfähigkeit dieses Wettbewerbs ausgeht, muss sie den Verwertungsgesellschaften auch alle Mittel des Wettbewerbs zugestehen, einschließlich des Rechts, den Vertragsschluss in Bezug auf nicht attraktive Rechte abzulehnen. Mit dieser Haltung ist ein Kontrahierungszwang unvereinbar.

(8) Die rechtliche Situation ändert sich grundsätzlich, sobald innerhalb einer Sparte eine marktbeherrschende Stellung einer Verwertungsgesellschaft festgestellt werden kann. Der Kontrahierungszwang aus Art. 82 EG beschränkt sich dann aber immer noch auf Vertragsschlüsse innerhalb dieser Sparte, da nur für diese die marktbeherrschende Stellung besteht. Schließlich kann die Verwertungsgesellschaft jede ökonomisch unsinnige – wie die territorial begrenzte – Rechteinräumung ablehnen. Es fehlt insoweit an einem Missbrauch i.S. von Art. 82 EG.

(9) Ein weiter gehendes Wahlrecht des Rechteinhabers ergibt sich auch nicht aus dem deutschen Wahrnehmungszwang gemäß § 6 UrhWG. Der Anwendungsbereich des Gesetzes beschränkt sich auf die Wahrnehmung von Rechten nach dem dt.

UrhG und gilt daher gerade nicht für die grenzüberschreitende Wahrnehmung von Rechten auch im Ausland.

(10) Durchaus zu überlegen wäre es, im Hinblick auf das drohende europäische Wahrnehmungsmonopol entsprechend dem Vorbild des § 6 UrhWG einen europäischen Wahrnehmungszwang einzuführen. Diesen Schritt geht die Empfehlung bewusst nicht. Er passt, wie dargestellt, auch nicht zum Marktmodell der Kommission, das – wenn auch ohne überzeugende Begründung – einen dauerhaften Wettbewerbsmarkt unterstellt.

- **Der „übersehene“ Wettbewerb mit der Individualverwertung**

(11) Weder in der Empfehlung noch im Impact Assessment wird ausreichend der Systemwettbewerb zwischen der kollektiven Verwertung und der Individualverwertung berücksichtigt. Hierin liegt ein wesentlicher Mangel der Kommissionsempfehlung.

(12) Die Kommission verschweigt, dass große institutionelle Rechteinhaber, wie die amerikanischen Majors, schon heute über ein so großes Repertoire verfügen, dass sie namentlich ihre Online-Rechte selbst wahrnehmen können. Gleichzeitig betätigen sich diese Rechteinhaber zunehmend selbst als Online-Verwerter. Bezeichnend für die im Online-Bereich verschwimmenden Rollen ist der Umstand, dass die amerikanische Major Company Universal als Online-Nutzer gegen europäische Verwertungsgesellschaften eine Kartellrechtsbeschwerde bei der Kommission mit der Behauptung eingelegt hat, diese Verwertungsgesellschaften hätten ihre Gebührensätze für die Online-Verwertung untereinander abgesprochen, während die amerikanischen Behörden gegen die amerikanischen Majors einschließlich Universal wegen des Verdachts ermitteln, dass diese als Rechteinhaber gegenüber anderen Online-Nutzern die Preise abgesprochen haben sollen. Wesentlich erscheint jedenfalls, dass im Online-Bereich in der Individualverwertung eine Alternative zur kollektiven Verwertung liegt. Diese Alternative besteht freilich nur für jene Art von Musik, die wiederum für die Unternehmen der Unterhaltungsbranche als besonders gewinnbringend angesehen wird, also die grenzüberschreitend vermarktungsfähige Musik, die vor allem durch die englische Sprache geprägt ist. Anderer, d.h. anspruchsvollerer und national geprägter Musik wird der Weg in diese Form der Individualverwertung dagegen versperrt bleiben.

(13) Der Wettbewerb mit der Individualverwertung kann nicht ohne Auswirkungen auf den zukünftigen Bestand der Verwertungsgesellschaften bleiben. So erzielen die urheberrechtlichen Verwertungsgesellschaften auf dem Gebiet der Musik, wie die deutsche GEMA, einen wesentlichen Teil ihrer Einnahmen aus der Offline-Verwertung ihres Repertoires in der Form von CDs. Soweit es ihnen nicht gelingen sollte, aus der Migration dieser Verwertung in den Online-Bereich Nutzen zu ziehen, wird ihre Existenz aus deutscher Sicht gleichwohl nicht notwendig in Frage gestellt, weil ihnen jedenfalls noch die Wahrnehmung des Aufführungs- und des Senderechts verbleibt. Das erweist sich schon daran, dass im Ausland die Rechte zur Tonträgernutzung musikalischer Werke verbreitet durch spezielle Verwertungsgesellschaften wahrgenommen werden. Bedrohlicher wäre es, wenn in der Zukunft auch noch der Rundfunk als weitere wichtige Einnahmequelle durch das Webcasting von Online-Radiostationen ersetzt werden sollte.

- **Zweifelhaftes Konzept der „Verwertungsgesellschaften“ und der „Rechteinhaber“**

(14) Im engen Zusammenhang mit dem Systemwettbewerb im Verhältnis zur Individualverwertung steht schließlich die

Konzeption von Verwertungsgesellschaften. Die Empfehlung definiert diese in Nr. 1e) zusammen mit a) als bloße Inkassobüros der Rechteinhaber. Öffentliche Interessen an der kollektiven Verwertung, wie sie im nationalen Wahrnehmungsrecht eine wichtige Rolle spielen und im sog. Echerer-Bericht des Europäischen Parlaments vom 11. Dezember 2003² mit Recht hervorgehoben wurden, werden von der Kommission ausgeblendet. Tatsächlich verdienen sie besondere Beachtung, zumal die Grenzlinie zwischen Verwertungsgesellschaften und großen Verwertern, die Rechte von den Werkschöpfern und ausübenden Künstlern erwerben und im eigenen Namen wahrnehmen, zunehmend verschwimmen.

(15) Schwerer noch wiegt die mangelnde Differenzierung beim Begriff der Rechteinhaber in Nr. 1 g) der Empfehlung. Damit wird der grundsätzliche Konflikt zwischen den kreativen Werkschöpfern und den ausübenden Künstlern einerseits und den derivativ berechtigten Verwertern, der der Reform des deutschen Urhebervertragsrechts zugrunde lag, überdeckt. Dabei ginge es gerade darum, den Verwertungsgesellschaften zum Schutze dieser Kreativen auch in der Zukunft eine wichtige Rolle in der Online-Verwertung zu bewahren. Die Kommission sorgt sich umgekehrt – und im Widerspruch zum Regelungsproblem des Urhebervertragsrechts – um die Inhaber abgeleiteter Rechte, denen der Zugang zu einigen nationalen Verwertungsgesellschaften verwehrt sei, und empfiehlt daher ohne Rücksicht auf das materielle Urheberrecht eine Gleichbehandlung tatsächlich nicht vergleichbarer Kategorien von Rechteinhabern (Nr. 13 a) der Empfehlung). Gerade europäischen Kulturschaffenden erweist die Kommission damit einen Bärendienst.

(16) Von der Kommission übersehen wird schließlich, dass die Musikverwerter regelmäßig auf die Erteilung von Lizenzen für die originären Rechte verschiedener Rechteinhaber angewiesen sind, um auch nur ein Musikstück online anbieten zu können. Klassischerweise benötigt werden die Rechte des Komponisten, des Textdichters, der beteiligten ausübenden Künstler und des Tonträgerherstellers. Ein effizientes Spartenmodell der Verwertung kann deshalb nur entstehen, wenn die verschiedenen Rechteinhaber kooperieren und ihre Rechte gemeinsam nur einer Verwertungsgesellschaft anvertrauen. Diese Koordinationsfunktion wird natürlicherweise der Tonträgerhersteller oder ein anderer Verwerter übernehmen. Dieser wird letztlich darüber entscheiden, welche Verwertungsgesellschaft – und ob überhaupt eine Verwertungsgesellschaft – mit der kollektiven Verwertung beauftragt wird. Auch aus diesem Grund fördert die mangelnde Differenzierung zwischen verschiedenen Gruppen von Rechteinhabern ganz besonders die Interessen der Inhaber abgeleiteter Rechte – Tonträgerhersteller und anderer Verwerter – zulasten der Kreativen.

• Verhältnis zum materiellen Recht

(17) Auch im Internet ist man sich weitgehend darüber einig, dass das Bestimmungslandprinzip Anwendung findet. Dies bedeutet, dass sich der Online-Nutzer im Grundsatz die Weltrechte verschaffen muss. Im Verwertungsmodell der Kommissionsempfehlung wird daran nur formal festgehalten. Zwar werden auch hier Mehrstaatenlizenzen eingeräumt. Diese haben aber jeden Bezug zur Rechtslage in den Mitgliedstaaten verloren. Bezeichnenderweise verkürzt die Kommission in ihrer Argumentation das Urheberrecht mit seiner komplexen Interessenlage im Dreieck der Kreativen, der Verwerter und der Nutzer auf einen

² Bericht über einen Gemeinschaftsrahmen für Verwertungsgesellschaften im Bereich des Urheberrechts (2002/2274(INI)), <http://www.europarl.eu.int/omk/sipade3?PUBREF=-//EP//NONSGML+REPORT+A5-2003-0478+0+DOC+PDF+V0//DE&L=DE&LEVEL=3&NAV=S&LSTDOC=Y>.

gemeinsamen Grundstock der Mitgliedstaaten an Online-Rechten. Dass die nationalen Rechtsordnungen aber etwa im Hinblick auf die Frage, wem die Rechte zustehen und wie die Einnahmen zwischen den Kreativen und den Verwertern zu verteilen sind, erheblich von einander abweichen, ignoriert die Kommission. Die Empfehlung setzt stattdessen faktisch ein einheitliches europäisches Urheberrecht voraus, das es bis heute nicht gibt.

• Auswirkungen auf Kreativität und kulturelle Vielfalt

(18) Die Kommissionsempfehlung begünstigt mit ihrer ausschließlichen Orientierung an der Marktrationalität ausschließlich jene Musik, die heute für die grenzüberschreitende Verwertung hohe Einkünfte verspricht. Dagegen wird der innovativeren, anspruchsvolleren Musik, deren Marktfähigkeit erst noch bewiesen werden muss, der Marktzugang erschwert. U.U. findet sich nicht einmal eine Verwertungsgesellschaft, für die die Verwertung solcher Musik ökonomisch rentabel erscheint. Damit wird der gegenwärtige europäische – wesentlich auf englischsprachigen Massenproduktionen ausgerichtete – Durchschnittsgeschmack das Verwertungsmodell der Kommission regieren. Beschränkt wird sowohl die Kreativität als auch die für Europa besonders wichtige kulturelle Vielfalt von Musik im Online-Bereich. Die Empfehlung untergräbt damit geradezu zentralste Zielsetzungen des Urheberrechts. Ziel der Regelung kollektiver Verwertung sollte es stattdessen sein, den gleichmäßigen Zugang von Musik jeglicher Art zur Online-Verwertung zu ermöglichen.

• Würdigung im Lichte des deutschen Wahrnehmungsrechts

(19) Die Empfehlung nimmt keine Rücksicht auf das bestehende Wahrnehmungsrecht in Deutschland und anderen Mitgliedstaaten. Beispielhaft lässt sich dies an der Erlaubnispflicht des § 1 Abs. 1 UrhWG belegen. Dieser Vorschrift unterliegt auch eine ausländische Verwertungsgesellschaft, die in der Zukunft eine grenzüberschreitende Lizenz für Rechte nach dem dt. UrhWG vergibt. Ob die Dienstleistungsfreiheit des EG-Vertrages (Art. 49 EG) der Anwendung dieser Vorschrift entgegensteht, ist denn auch zweifelhaft und wurde von der Kommission an keiner Stelle erörtert. Tatsächlich kann auch eine ausländische Verwertungsgesellschaft die Erlaubnis ohne größere Probleme erlangen. Sie ist freilich gleichermaßen gehalten, die Verpflichtungen des UrhWG einzuhalten wie eine nationale, u.a. also auch die Rechnungslegungspflichten nach § 9 UrhWG. Geschieht dies nicht, ist die Erlaubnis nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 UrhWG zu widerrufen. Diese deutsche Regelung macht deutlich, dass sich ein grenzüberschreitendes Wettbewerbsmodell für Verwertungsgesellschaften ohne Errichtung eines europäischen Aufsichtsrechts letztlich nicht durchsetzen lassen wird. Den Weg der Einführung eines Herkunftslandprinzips als Binnenmarktprinzip des Wahrnehmungsrechts ist die Kommission jedenfalls in der Empfehlung gerade nicht gegangen³. Sie vermeidet diese Diskussion durch die Wahl der Empfehlung als unverbindliches Regelungsinstrument. Im Lichte der berechtigten Regelungsanliegen, die hinter dem dt. UrhWG stehen, spricht auch im Lichte der gemeinschaftsrechtlichen Dienstleistungsfreiheit nichts dagegen, das deutsche Wahr-

³ Ob ein solches Prinzip über Art. 16 der vorgeschlagenen Dienstleistungsrichtlinie – Vorschlag vom 25.2.2004 – für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt, KOM(2002) 2 endg./2 – droht, ist zweifelhaft. Art. 16 Nr. 13 des Vorschlags erklärt das Herkunftslandprinzip für das Urheberrecht für nicht anwendbar. Hier wäre eine Klarstellung sinnvoll, dass diese Ausnahme auch für die Dienstleistung der Verwertungsgesellschaften sowohl im Verhältnis zu den Rechteinhabern als auch den Nutzern gilt.

nehmungsrecht auch grenzüberschreitend weiterhin zur Anwendung zu bringen.

- **Handlungsempfehlung für die Bundesregierung**

(20) Die Empfehlung bietet keinen Anlass für ein unmittelbares Tätigwerden des deutschen Gesetzgebers. Wegen der offensichtlichen Mängel des Kommissionsansatzes ist auch eine freiwillige Umsetzung des Kommissionsmodells im Sinne von Nr. 2 und 16 der Empfehlung nicht ratsam.

(21) Die „Umsetzung“ einer nicht schlüssigen Kommissionsempfehlung ist nicht zuletzt auch aus Gründen des Legalitätsprinzips zu vermeiden. Einer bloßen Empfehlung fehlt nämlich die demokratische Legitimation, weil eine Behandlung durch den Rat und das Parlament ausbleibt. Die unterschwellige „Andeutung“ einer späteren Richtlinie im Falle einer unterbleibenden Anpassung durch die Kommission erscheint vor diesem Hintergrund nicht unproblematisch; die Mitgliedstaaten könnten damit zu Anpassungen ihres nationalen Rechts gebracht werden, die vom europäischen Gesetzgeber möglicherweise – und vorliegend mit Blick auf den vorstehend erwähnten sog. Echerer-Bericht des Europäischen Parlaments sogar mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit – gar nicht mitgetragen würden.

(22) Umgekehrt sollte die Bundesregierung auch nicht untätig bleiben. Auf der Linie ihrer Stellungnahme zum Mitarbeiterpapier vom Juli 2005 sollte die Diskussion im Verbund mit anderen Mitgliedstaaten fortgeführt und der Kommission ein funktionsfähiges Gegenmodell aufgezeigt werden.

(23) In diesem Zusammenhang ist in einem ganzheitlichen Ansatz ein umfassendes Regelungsmodell für die Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften in der EU zu entwickeln; eine Begrenzung auf die Online-Verwertung von Musik ignoriert die Realitäten. Zu führen ist eine offene Diskussion über die Funktionsbestimmung von Verwertungsgesellschaften, die vor allem den Konflikt zwischen den Interessen der Kreativen und der Verwerter offen anspricht. Denn ein überzeugendes Wahrnehmungsrecht für die EU lässt sich nicht ohne Rücksicht auf die Grundfragen des Urhebervertragsrechts lösen. Es ist zu befürchten, dass sich ein auf den besonderen Schutz der Kreativen ausgerichtetes Wahrnehmungsrecht in der EU gegen das anders geartete Copyright nicht durchsetzen lassen wird. Die Politik der Kommission sollte freilich umgekehrt auch nicht ein rein ökonomisch ausgerichtetes Marktmodell zugunsten der Verwerter gegen das kontinentaleuropäische Verständnis des Urheberrechts durchzusetzen versuchen.

(24) Besonders regelungsbedürftig ist das Recht der Gegenseitigkeitsverträge, die ja gerade im Offline-Bereich auch nach den Vorstellungen der Kommission weiterhin die grenzüberschreitende kollektive Verwertung von Urheberrechten bestimmen werden. Hierbei handelt es sich um ein Regelungsthema des europäischen Binnenmarktes, das nicht ohne verbindliche Regelung des europäischen Gesetzgebers behandelt werden kann.

(25) Ungeachtet der hier vorgetragenen Kritik am Kommissionsmodell ist nach dem Auslaufen der Santiago-Vereinbarung eine Lösung für die grenzüberschreitende Wahrnehmung von Online-Rechten im Bereich der Musik zu finden. Zumindest einsteilen bildet hierfür die von der Kommission diskutierte Option 2 nach dem Vorbild der IFPI/Simulcasting-Vereinbarung einen brauchbaren Lösungsansatz.