

## **SCHIEDSSTELLE**

nach dem Gesetz über die Wahrnehmung  
von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten  
durch Verwertungsgesellschaften  
beim Deutschen Patent- und Markenamt

München, den 05.11.2019

Tel.: 089 / 2195 – (...)

Fax: 089 / 2195 -(...)

**Az.: Sch-Urh 158/17**

## **In dem Schiedsstellenverfahren**

(...)

**- Antragsteller -**

Verfahrensbevollmächtigte:

(...)

**gegen**

(...)

**- Antragsgegnerin -**

erlässt die Schiedsstelle nach dem Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten durch Verwertungsgesellschaften beim Deutschen Patent- und Markenamt durch den Leitenden Regierungsdirektor (...) als Vorsitzenden und die Regierungsdirektorinnen (...) als Beisitzerinnen folgenden

## **Einigungsvorschlag:**

I. Den Beteiligten wird folgender Gesamtvertrag vorgeschlagen:

### **Gesamtvertrag**

Zwischen

der (...)

Und

dem (...)

### **§ 1 Vertragsgegenstand, Definitionen**

(1) Gegenstand dieses Gesamtvertrags ist die Einräumung von Nutzungsrechten durch die (...) an Mitglieder des (...) betreffend Darbietungen ausübender Künstler, für die dem Veranstalter ein Leistungsschutzrecht nach § 81 UrhG zusteht, soweit das Recht vom Veranstalter an die (...) zur Wahrnehmung übertragen wurde. Die Mitglieder des (...) schließen Einzelverträge zu den Bedingungen dieses Gesamtvertrags ab.

(2) Im Sinne dieses Vertrages bedeutet

- „Lizenznehmer“ das Mitglied des (...), das diesem Gesamtvertrag beiträgt;

- „Veranstalter“ das nach § 81 UrhG berechnigte Unternehmen

- „Mitschnitt“ die Aufnahme der von einem Unternehmen veranstalteten Darbietung eines ausübenden Künstlers auf Bild- oder Tonträger, für die dem Veranstalter nach § 81

Urhebergesetz (ggf. in Verbindung mit den Regeln des europäischen Rechts oder der Staatsverträge) ein Leistungsschutzrecht zukommt;

- „TT“ ein handelsüblicher Tonträger (Singular und/oder Plural), insbesondere CD, SACD, Vinyl oder MC;

- „BT“ ein handelsüblicher Bildtonträger (Singular und/oder Plural, insbesondere DVD, Blue-ray Disk;

- „HAP“ Herstellerabgabepreis ohne Umsatzsteuer, der sich dabei nach dem höchsten Preis für das betroffene Exemplar berechnet, so wie er vom Lizenznehmer am Tag des Lagerausganges für den Detailhandel in Detailverkaufspreislisten der TT/BT seiner verschiedenen Marken veröffentlicht ist, nach einem Abzug von 12 % für die gewöhnlich gewährten Fakturrenchnlässe;

- „Neuerscheinungen“ unter einer neuen Katalognummer in Verkehr gebrachte und als solche gegebenenfalls in den Publikationen des Lizenznehmers aufgeführte TT/BT.

## **§ 2 Rechteeinräumung**

Die (...) erteilt dem Lizenznehmer unter den Bedingungen und Beschränkungen dieses Vertrages die nicht-ausschließliche Lizenz unter Ausschluss einer Unterlizenzierung, in Deutschland Mitschnitte vorzunehmen und solche auf TT oder BT zum persönlichen Gebrauch zu vervielfältigen oder zu verbreiten.

## **§ 3 Verpflichtung der (...)**

(1) Die (...) teilt dem Lizenznehmer unverzüglich auf eine vorgeschaltete Berechtigungsanfrage nach § 55 VGG, spätestens aber zwei Wochen nach Eingang der Nutzungsmeldung mit, ob sie die Rechte des Veranstalters nach § 81 UrhG wahrnimmt oder nicht. Sollte sich diese Situation nach Mitteilung verändern, teilt sie diese Statusänderung der Lizenznehmerin unaufgefordert mit, wenn eine Berechtigungsanfrage oder eine Nutzungsmeldung vorlag.

(2) Die Mitteilung der Rechteeinhaberschaft gilt als Zusicherung.

(3) Alle Anfragen und Mitteilungen erfolgen in Textform über elektronische Kommunikationsmittel (E-Mail).

#### **§ 4 Vergütungssätze**

(1) Für Mitschnitte und deren Vervielfältigung und Verbreitung auf TT / BT zum persönlichen Gebrauch gelten folgende Regelvergütungssätze (exklusive Umsatzsteuer) pro Vervielfältigungsstück:

a) 4 % auf den HAP, sofern 50% oder mehr der Gesamtspieldauer auf geschützte Mitschnitte entfällt;

b) 2,57 % auf den HAP, sofern 25% bis weniger als 50% der Gesamtspieldauer auf geschützte Mitschnitte entfällt;

c) 1,71% auf den HAP, sofern weniger als 25% der Gesamtspieldauer auf geschützte Mitschnitte entfällt.

Die Vergütungen erhöhen sich um die Umsatzsteuer in der jeweils gesetzlich festgesetzten Höhe.

(2) Für exportierte Vervielfältigungsstücke fällt keine Vergütung an.

(3) Auf die vorstehenden Vergütungssätze gewährt die (...) im Gegenzug für die Vertragshilfe nach § 10 den Lizenznehmern nach dem Monat ihres Beitritts einen Gesamtvertragsrabatt in Höhe von 20%.

(4) Wenn die (...) von einem Dritten eine geringere Vergütung für die vertraglich geregelte Nutzung verlangt oder akzeptiert, wird die Vergütung nach diesem Vertrag ebenfalls entsprechend reduziert.

#### **§ 5 Anmeldung und Fälligkeit der Vergütung**

(1) Der Lizenznehmer ist gehalten, innerhalb kürzester Frist, und auf jeden Fall –abgesehen von begründeten Ausnahmefällen, vor Auslieferung der TT/BT die Aufstellung der Mitschnitte mitzuteilen, die er auszuwerten beabsichtigt.

(2) Die Aufstellung über die Anzahl der vergütungspflichtigen TT/BT, die das oder die Lager der Lizenznehmerin verlassen haben, muss innerhalb von 6 Wochen nach Schluss der Abrechnungsperiode der (...) zur Verfügung gestellt werden. Die (...) kann separate Aufstellungen für von der Lizenznehmerin importierte TT/BT verlangen, die nicht an der Quelle zu den Bedingungen des vorliegenden Vertrages lizenziert worden sind. Die Lizenznehmerin wird der (...) die Ausgangsaufstellungen anhand eines zwischen den Parteien noch abzustimmenden Verfahrens zur Verfügung stellen. Als Regelverfahren gelten elektronische Nutzungsmeldungen. Jegliche Änderungen hinsichtlich Format; Struktur und Inhalt der Nutzungsmeldungen bedürfen der beiderseitigen Zustimmung. Technischen und praktischen Schwierigkeiten wird nach dem Grundsatz von Treu und Glauben Rechnung getragen.

(3) Die Lizenznehmerin wird der (...) innerhalb kürzester Frist Zugang zu den HAP laut PhonoNet und auf Anforderung ein Exemplar der Listen mit den Abgabepreisen für den Detailhandel übergeben.

(4) Die Vergütung ist bei Verlassen des TT/BT aus dem oder den Lager(n) der Lizenznehmerin fällig.

## **§ 6 Abrechnungsperiode und Zahlungen**

(1) Die Abrechnungsperiode beträgt 6 Monate; die Abrechnung erfolgt kalender-halbjährlich.

(2) Die Zahlungen für jede Abrechnungsperiode werden innerhalb von 9 Kalendertagen nach Erhalt der von der (...) auf der Grundlage der Ausgangsaufstellungen für die betreffende Periode erstellten Rechnung durch den Lizenznehmer geleistet.

## **§ 7 Retouren**

(1) Eine Vergütung ist jedoch nicht zu entrichten, wenn der TT/BT an die in § 5 Abs.4 genannten Lager zurückgegeben und als Retoure in den Kontrollunterlagen geführt wird; diese Bestimmung bezieht sich nur auf solche TT/BT, die im Zusammenhang mit Geschäftsvorfällen retourniert werden, bei denen für diese TT/BT keine Zahlung zu Gunsten des Lizenznehmers erfolgt.

(2) Die Anzahl der zu berücksichtigenden Retouren in einer Abrechnungsperiode darf niemals die Anzahl der Lagerausgänge in der gleichen Abrechnungsperiode für ein und denselben TT/BT überschreiten. Jedoch kann ein Retourenüberschuss gegenüber den Lagerausgängen auf die folgenden Abrechnungsperioden vorgetragen werden.

(3) Vom Lizenznehmer erfasste Retouren sind entweder zu vernichten (die erfolgte Vernichtung ist in geeigneter Weise nachzuweisen) oder in das unlizenzierte Lager des Lizenznehmers wiedereinzustellen und bei nochmaliger Auslieferung den Ausgängen wieder hinzuzurechnen.

(4) Bei Neuerscheinungen (vgl. § 1) ist der Lizenznehmer befugt für den Abrechnungszeitraum der Erstauslieferung vorläufig lediglich 90% der ermittelten Lagerausgänge abzurechnen. Zum Ende der folgenden Abrechnungsperiode wird die Lizenznehmerin für den Zeitraum seit Erstauslieferung den Saldo unter Berücksichtigung noch nicht abzogener Retouren abrechnen.

Dies gilt nicht, wenn das Vertriebssystem des Herstellers Retouren ausschließt, sei es für Inlandsverkäufe, sei es für Exporte.

### **§ 8 Vergütungsfreie Exemplare/Nutzung zum Probehören**

(1) Bei TT/BT einer Erstaufgabe einer Neuerscheinung (vgl. § 1), die der Verkaufunterstützung (z.B. Promotion, Rezensionsexemplare) dienen, fallen für bis zu 1200 Exemplare keine Vergütungen an.

(2) Diese TT/BT müssen auf den Etiketten deutlich lesbar den Eindruck oder Stempel „Unverkäuflich“ tragen, dürfen nicht kommerziell und nur gratis vertrieben werden und müssen zu Kontrollzwecken in den Ausgangsaufstellungen des Herstellers erscheinen.

(3) Vergütungsfrei ist auch die Nutzung der auf den erschienen TT/BT enthaltenen Aufnahmen zur Wahrnehmung zur Probe von nicht mehr als 30 Sekunden Dauer pro Titel im Wege des Streamings über beliebige Dienste.

### **§ 9 Ausverkauf**

Abweichend von den Bestimmungen in § 4 wird die Vergütung für aus dem Katalog des Lizenznehmers zurückgezogene und frühestens 6 Monate nach dem Datum der

Erstauslieferung im Ausverkauf vertriebene TT/BT, die der Öffentlichkeit ausdrücklich als Ausverkauf angeboten werden, in Höhe von 4% des Bruttofakturenpreises des Herstellers ohne jeden anderen Abzug als Steuern und Abgaben berechnet.

### **§ 10 Vertragshilfe**

Der (...) gewährt der (...) Vertragshilfe. Die Vertragshilfe besteht insbesondere darin,

a) dass (...) der (...) bei Abschluss des Vertrages ein Verzeichnis mit den genauen Anschriften seiner Mitglieder, die das Repertoire der (...) nach diesem Vertrag nutzen könnten, aushändigt und jede spätere Veränderung fortlaufend mitteilen wird;

b) dass die Mitglieder des (...) nachhaltig angehalten werden, die erforderliche Einwilligung der (...) rechtzeitig durch Abschluss eines Einzelvertrages einzuholen und ihren vertraglichen Verpflichtungen fristgemäß nachzukommen;

c) dass der (...) die Erfüllung ihrer Aufgaben in Wort und Schrift durch geeignete Information und Koordination erleichtern wird.

### **§ 11 Kontrollrecht**

(1) Die (...) hat das Recht, einmal jährlich auf ihre Kosten durch einen Wirtschaftsprüfer ihrer Wahl, die für die Prüfung der Richtigkeit und Vollständigkeit der Abrechnungen und Vergütungszahlungen notwendigen Unterlagen und Nachweise einschließlich derer ihrer Dienstleister bei der Lizenznehmerin zu prüfen. Das Prüfungsrecht kann innerhalb einer Frist von 12 Monaten nach Zugang der Aufstellung gemäß § 5 Abs. 2 durch schriftliche Erklärung ausgeübt werden. Die (...) wird die Überprüfung mindestens vier Wochen im Voraus ankündigen und mit dem betroffenen Lizenznehmer abstimmen. Die Jahresfrist ist mit Zugang der Ankündigung beim Gesamtvertragsmitglied gewahrt.

Erweist sich die Auskunft als unrichtig oder unvollständig, hat das Gesamtvertragsmitglied die Kosten der Prüfung zu erstatten, sofern die Überprüfung eine Differenz von 3% oder mehr zulasten des (...) ergibt.

(2) Die Lizenznehmerin ist verpflichtet, dem Wirtschaftsprüfer, der zur Verschwiegenheit verpflichtet ist, alle Unterlagen zugänglich zu machen und zur Verfügung zu stellen, die es

gestatten, die Meldungen zu prüfen. Die gesetzlichen Vorschriften, insbesondere im Hinblick auf den Datenschutz, sind zu beachten.

(3) Ergibt die Prüfung nach Absatz 1 eine Nachforderung der(...), so entfällt hinsichtlich dieser Nachforderung der Gesamtvertragsnachlass nach § 4 Absatz 3 dieses Vertrages.

### **§ 12 Meinungsverschiedenheiten**

Im Falle von Meinungsverschiedenheiten mit Lizenznehmern wird die (...) zur Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten den (...) benachrichtigen, damit dieser sich mit seinem Mitglied in Verbindung setzen kann. Wird jedoch nicht innerhalb von drei Monaten nach der Benachrichtigung des (...) eine gütliche Einigung erreicht, hat jede Partei das Recht, den ordentlichen Rechtsweg zu beschreiten.

### **§ 13 Vertragsdauer**

Dieser Gesamtvertrag hat eine Laufzeit vom 31. Januar 2017 bis zum 31. Dezember 2021.

### **§ 14 Schlussbestimmungen**

(1) Mündliche Nebenabreden sind nicht getroffen. Änderungen, Ergänzungen oder die Aufhebung dieses Vertrages bedürfen für ihre Rechtswirksamkeit der Schriftform. Dies gilt auch für die Aufhebung des Schriftformerfordernisses.

(2) Sollte eine Bestimmung dieses Vertrages unwirksam sein oder werden, wird die Wirksamkeit im Übrigen davon nicht berührt. Die Vermutung des § 139 BGB wird ausgeschlossen. Unklare oder unwirksame Bestimmungen sind durch solche zu ersetzen, die dem wirtschaftlich gewollten Zweck dieses Vertrages am nächsten kommen.

(Unterschriften)

II. Im Übrigen werden die Anträge zurückgewiesen.

III. Die Kosten des Verfahrens tragen der Antragsteller und die Antragsgegnerin jeweils zur Hälfte. Die außeramtlichen Kosten tragen die Beteiligten jeweils selbst.

### **Gründe:**

#### I.

Die Beteiligten streiten um den Abschluss zweier Gesamtverträge für die Vervielfältigung von Mitschnitten von Veranstaltungen auf Tonträgern (TT) / Bildtonträgern (BT) und deren Verbreitung zum persönlichen Gebrauch sowie die Beantwortung damit im Zusammenhang stehender Rechtsfragen wie der Einbeziehung sogenannter Exklusivkünstler oder eventueller Schadensersatz- oder Bereicherungsansprüche der Wahrnehmungsberechtigten für bereits vor deren Beitritt zur Antragsgegnerin durchgeführte Veranstaltungen in diese Verträge.

Der Antragsteller vertritt die Interessen von rund (...) Tonträgerherstellern und Musikunternehmen, die nach eigenen Angaben mehr als (...) % des deutschen Musikmarkts repräsentieren.

Die Antragsgegnerin wurde im (...) als Verwertungsgesellschaft zugelassen. Sie ist eine (...) Tochter des Bundesverbandes (...) und nimmt unter anderem die Rechte ihrer Wahrnehmungsberechtigten für die Nutzung von Veranstaltungsmitschnitten durch TT/BT wahr.

Am 31. Januar 2017 veröffentlichte die Antragsgegnerin die Tarife „(...) -Tarif TT“ und „(...) -Tarif BT“ im Bundesanzeiger.

Der Antragsteller ist der Auffassung:

Exklusivbindungen zwischen Interpret und Tonträgerhersteller stellen im wirtschaftlich wichtigsten Bereich des Musikgeschäfts, der Pop- und Rockmusik, die Regel dar. Die charakteristische Eigenschaft der Leistung eines ausübenden Künstlers sei ihre Wiederholbarkeit. Ohne Exklusivbindung sei der ausübende Künstler frei, die Aufnahme für einen anderen Tonträgerhersteller erneut einzuspielen, nachdem sich der Erfolg der

Erstaufnahme eingestellt habe. Diese trete dann in Konkurrenz zur Ersteinstrumentierung und behindere deren Verwertungschancen, ohne dass den weiteren Tonträgerhersteller ein ähnliches wirtschaftliches Risiko treffe wie den ursprünglichen Tonträgerhersteller.

Infolgedessen existiere nur ein einziger Lizenznehmer, der die Aufnahme verwerten könne, was eine kollektive Wahrnehmung entbehrlich mache. Dies zeige auch die Tatsache, dass die Veranstalterrechte bis zur Gründung der Antragsgegnerin ohne Probleme individualvertraglich lizenziert worden seien.

Die Antragsgegnerin habe mit dem empfohlenen Verkaufspreis eine ungeeignete Lizenzbasis gewählt. Nachdem die Preisbindung für Tonträger bereits 1972 abgeschafft worden sei, habe sich im gesamten Bereich des Einzelhandelsvertriebs der von den Tonträgerherstellern kontrollierbare Händlerabgabepreis (HAP) als Lizenzbasis allgemein durchgesetzt. Der auf dieser Basis berechnete Lizenzsatz von 62,36 Prozent des für die entsprechende Nutzung der Musikwerke anwendbaren GEMA-Tarifs VR-T-H 1 sei grob unangemessen. Bei Bildtonträgern betrage das Verhältnis sogar 160 Prozent des entsprechenden anwendbaren GEMA-Tarifs.

Die Bewertung des Veranstalterleistungsschutzrechts sei in Anlehnung an das Leistungsschutzrecht des Tonträgerherstellers vorzunehmen, da sich beide als reine Investitionsschutzrechte strukturell ähnlich seien. Angesichts der Tatsache, dass das Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht für den Tonträger ein Erstverwertungs-, für den Veranstalter hingegen lediglich ein Zweitverwertungsrecht darstelle, seien jedoch Abschläge gerechtfertigt. Die Ableitung des Lizenzsatzes könne zum einen entsprechend dem Tonträgerhersteller-Anteil im Bereich der öffentlichen Wiedergabe nach der Entscheidung des BGH „Tanzschulkurse“ vorgenommen werden. Hierbei müsse dann allerdings zusätzlich berücksichtigt werden, dass die Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL) das Inkasso sowohl für die Tonträgerhersteller, als auch für die ausübenden Künstler wahrnehme, was eine Halbierung des so gefundenen Lizenzsatzes auf schlussendlich 1,375 Prozent rechtfertige. Zum anderen könne ein möglicher Lizenzsatz über die Praxis im Bereich der Bandübernahmeverträge gefunden werden. Bei Bandübernahmeverträgen zahle der Bandnehmer dem Bandgeber einen höheren Lizenzsatz als ihn der Tonträgerhersteller im Rahmen eines Künstlervertrages dem ausübenden Künstler zahlen würde. Der Unterschied betrage nach den veröffentlichten Quellen ungefähr 8 Prozent des HAP für Tonträger. Die Differenz, als Herstellerleistung genommen, sei dem Veranstalter zu  $\frac{1}{4}$  und dem Tonträgerhersteller zu  $\frac{3}{4}$  zuzuweisen, was zu einem angemessenen Lizenzsatz von 2 Prozent führe. Davon ausgehend hält der Antragsteller einen Lizenzsatz von allenfalls 2,5 Prozent für Tonträger für angemessen.

Bei Bildtonträgern betrage die angemessene Basislizenz 1,56 Prozent. Zu diesem Wert gelange man, wenn man die Relation des GEMA-Tarifs VR-T-H 1 (Tarif für Tonträger, Tarifsatz 13,75 Prozent) und des Tarifs VR-T-H 3 (Tarif Musikvideo, Tarifsatz 8,7375 Prozent) auf den vom Antragsteller für angemessen erachteten Lizenzsatz von 2,5 Prozent für Tonträger übertrage.

Die vorgeschlagenen Gesamtvertrags- und die Entwürfe der Einzelverträge lehnten sich nach Struktur und Inhalt an die entsprechenden Verträge der GEMA im Bereich der Lizenzierung der mechanischen Rechte an. Die vorgeschlagene Bestätigung der Rechtswahrnehmung bis auf die jeweiligen originär Berechtigten hin an Hand von überprüfbaren Unterlagen sei angesichts der mangelhaften Dokumentation der Berechtigungsgrundlage der Antragsgegnerin erforderlich. Eine Freistellungsverpflichtung reiche nicht aus, da die Antragsgegnerin nicht in der Lage wäre, solche Ansprüche zu bedienen. In Art II EinzelV-Entwurf könne der Veranstalter nicht beim Einwilligungsvorbehalt mit erwähnt werden. Denn ausweislich des Wahrnehmungsvertrags sei nunmehr ausschließlich die Antragsgegnerin die Inhaberin dieses Rechts.

Der Antragsteller meint:

Soweit die Konzertveranstalter in der Vergangenheit vor Abschluss der Wahrnehmungsverträge mit der Antragsgegnerin durch Bereitstellung von Mikrofonen und Mischpulten im Raum bei der Aufzeichnung mitgewirkt hätten, sei von deren Einwilligung in die Nutzung der Rechte gemäß § 81 UrhG auszugehen. Die Erlaubnis des Mitschnitts beinhalte die Erlaubnis, von diesem Mitschnitt kommerziell Tonträger herzustellen und zu vertreiben. Dies zeige insbesondere auch die von der Antragsgegnerin herangezogene „Michael Jackson“-Entscheidung des OLG München (Az. 29 U 1615/95 ZUM 1997, 144). Auch insoweit habe der Veranstalter sein Recht zum Zwecke der Rechtsverfolgung an den Tonträgerhersteller Sony Music abgetreten. Wenn die von dem Antragsteller dargestellte Branchenübung nicht bestanden hätte, wäre doch zu erwarten gewesen, dass es in den 50 Jahren, in denen der § 81 UrhG bestand, wenigstens zu einem einzigen Musterrechtsstreit wegen der Anschlussverwertung der rechtmäßig hergestellten Mitschnitte gekommen wäre. Daneben bestünde weiterhin die Möglichkeit, dass die Rechtswidrigkeit eines Eingriffs wegen Vorliegens einer schlichten Einwilligung ausgeschlossen sei.

Die von der Antragsgegnerin erstrebte Lizenzierung sei ein zweistufiges Lizenzierungsmodell, das unzulässig sei.

Soweit Künstler exklusiv an einzelne Tonträgerhersteller gebunden seien oder die Künstler ihre Aufnahmen auch selbst produzierten, könnte die Antragsgegnerin den Kontrahierungszwang nach § 11 Abs. 1 UrhWahrnG bzw. § 34 Abs. 1 VGG lediglich formal erfüllen. In inhaltlicher Hinsicht existiere für diese Mitschnitte aber lediglich ein einziger Nachfrager, nämlich entweder der Tonträgerhersteller, mit dem der betreffende Künstler, dessen Live-Darbietung verwertet werden soll, exklusivvertraglich verbunden sei oder der Künstler selbst, wenn er seine Aufnahmen selbst produziere und die fertigen Produktionen im Wege von Bandübernahmeverträgen exklusiv lizenziere. Eine kollektive Wahrnehmung sei damit unzulässig. Dies zeige auch das von der Antragsgegnerin herangezogene Beispiel des Werkautors von Musikwerken. Denn hier existiere im Unterschied zum Veranstalterrecht mit § 42a UrhG eine Spezialnorm, die eine Exklusivbindung von Werken an ein Label im Regelfall verhindere.

Der Veranstalter befinde sich wegen der streng akzessorischen Bindung des Veranstalterrechts an den Schutz des ausübenden Künstlers von vorneherein in einer Abhängigkeit vom ausübenden Künstler. Der Veranstalter engagiere ihn mit allen exklusivvertraglichen Bindungen, die er mitbringe.

Angesichts dieser Tatsache sei die Aufstellung von Tarifen als Umgehung des Preisabspracheverbots auch kartellrechtswidrig.

Die Einräumung eines Leistungsschutzrechts über das den Veranstaltern ohnedies zustehende Hausrecht und das Recht, unerlaubte Mitschnitte zu verbieten hinaus, insbesondere die Einräumung von Vervielfältigungs- und Verbreitungsrechten auch und gerade gegenüber dem Tonträgerhersteller sei die Folge wiederholter Redaktionsversehen im Gesetzgebungsverfahren.

Der Antragsgegnerin obliege es wegen der Spruchpraxis der deutschen Obergerichte (BGH GRUR 2015, 61 – Gesamtvertrag Tanzschulkurse; BGH GRUR 2013, 1037 – Weitergeltung als Tarif), wonach dasjenige, was die Parteien über einen langen Zeitraum in Gesamtverträgen vereinbart hätten, als angemessen gelte, so dass eine Erhöhung nur bei Hinzutreten neuer Umstände gefordert werden dürfe, die Neuaufstellung von Tarifen in diesem Nutzungsumfeld zu rechtfertigen. Denn die getroffenen Vereinbarungen ohne Stücklizenz seien in einer Gesamtbetrachtung der Beziehungen der einzelnen Tonträgerhersteller und Veranstalter nach der übereinstimmenden Auffassung dieser Vertragsparteien angemessen gewesen.

Vor diesem Hintergrund sei es gerechtfertigt, dass nur mit Übergangsvorschriften die Antragsgegnerin in das Gefüge zwischen Tonträgerherstellern, GEMA und Künstlern einbezogen werden könne. Deren Einbeziehung müsse zur Folge haben, dass GEMA und

Künstler weniger erhielten. Eine von den Tonträgerherstellern gezogene Belastungsgrenze dürfe jedenfalls nicht überschritten werden.

Die von der Antragsgegnerin dargelegten hohen Aufwände in einzelne Veranstaltungen müssten außer Betracht bleiben, da sie auf den von den Mitgliedern des Antragstellers erzielten Nutzen keinerlei Einfluss hätten. Bei dem Veranstalterrecht nach § 81 UrhG handele es sich um ein streng akzessorisches Recht, das nie weiterreichen könne als das ihm zu Grunde liegende Schutzrecht des ausübenden Künstlers. Alles, was über die Musikdarbietung des Künstlers hinausgehe, also insbesondere auch die von der Antragsgegnerin angeführten aufwendigen Bühnenshows, müssten daher außer Betracht bleiben. Im Ergebnis blieben als künstlerische Darbietung lediglich die Gesangsdarbietung und eventuelle tänzerische Leistungen übrig, die veranstaltet werden und damit Schutzgegenstand des Leistungsschutzrechts für Veranstalter sein könnten.

Hinsichtlich der Aktivlegitimation der Antragsgegnerin führt der Antragsteller aus, es sei nach eigenem Vortrag der Antragsgegnerin oftmals zweifelhaft, ob die Wahrnehmungsberechtigten der Antragsgegnerin die zur Begründung der Veranstaltereigenschaft als Voraussetzung des Leistungsschutzrechts erforderliche organisatorisch-wirtschaftliche Leistung überhaupt selbst erbrächten. Oftmals würde diese schlichtweg „zugekauft“ werden. Er verweist in diesem Zusammenhang auf die Anlagen AG 7 und 8 der Antragsgegnerin. Oftmals sei daher von der Mit-Veranstaltereigenschaft der beigezogenen Dritt-Dienstleister auszugehen.

Die Geltendmachung der Rechte der Wahrnehmungsberechtigten für die volle gesetzliche Schutzfrist sei wahrnehmungsrechtlich unzulässig. Die Antragsgegnerin würde damit Schadensersatzansprüche geltend machen, die in der Person der jeweiligen Veranstalter entstanden waren, bevor diese ihre Rechte der Antragsgegnerin eingeräumt hätten. Dabei handele es sich aber nicht mehr um kollektive Rechtswahrnehmung sondern um eine Inkassodienstleistung im Sinne von § 2 Abs. 2 Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG), die gemäß § 10 Abs. 1 Ziff. 1 RDG nur durch registrierte Personen durchgeführt werden dürften. Weiterhin könnten Berechtigte einer Verwertungsgesellschaft auch nicht rückwirkend Rechte zur Wahrnehmung einräumen. Selbst wenn die Rechtswahrnehmung zulässig wäre, könnten solche Forderungen für die Vergangenheit könnten auch nicht mehr tarifiert werden beziehungsweise diese auch nicht Grundlage für eine Schadensberechnung sein, sondern müssten der individuell in der Person des jeweiligen Veranstalters zum Zeitpunkt der Verletzung entstandene Schaden ermittelt werden; nur dieser sei auch abgetreten worden.

Der Preis sei auf der Basis des Händlerabgabepreises (tatsächlich oder veröffentlicht) zu berechnen. Nur diesen Preis würde der Tonträgerhersteller auch tatsächlich vereinnahmen.

Eine Umgehung der Lizenzierungspflicht durch Reimporte wie von der Antragsgegnerin befürchtet sei nicht möglich. Der EUGH habe bereits vor 30 Jahren entschieden (C-341/87, EMI gegen Particia, NJW 1989, 1428), dass eine Erschöpfungswirkung für Deutschland nicht eintrete, wenn ein Vervielfältigungsstück in einem anderen EU-Land nur deshalb legal in Verkehr gebracht werden konnte, weil dort kein vergleichbares entsprechendes Schutzrecht bestand.

Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb bei der Ermittlung der angemessenen Vergütung berücksichtigt werden müsse, dass den Tonträgerherstellern bei Sendung und öffentlicher Wiedergabe erschienener Tonträger Vergütungen zufließen, da den Veranstaltern solche Beteiligungsansprüche von Gesetzes wegen nicht zustünden.

Der Verfahrensantrag zu 1) sei vor der Schiedsstelle zu behandeln, da – unabhängig von den im Einzelnen angesprochenen Rechtsfragen – auch die Anwendbarkeit der beiden im Streite stehenden Tarife auf Live-Darbietungen der Exklusivkünstler bestritten worden sei.

Am 25. Oktober 2018 fand eine mündliche Verhandlung statt, in der die Fortsetzung des Verfahrens im schriftlichen Verfahren beschlossen wurde.

#### **Der Antragsteller beantragt zuletzt,**

**1. Die Tarife TT und BT der Antragsgegnerin sowie die Gesamtverträge im Sinne des Antrages zu 4 nebst Einzelverträgen sind nicht auf Aufnahmen von Live-Darbietungen von Exklusivkünstlerin von Mitgliedern des Antragstellers anwendbar. Als solche gelten Aufnahmen von Live-Darbietungen, welche während des persönlichen Exklusivitätszeitraums entstanden sind, oder, im Falle von Bandübernahmeverträgen, während einer entsprechenden vertraglichen Exklusivbindung des Bandgebers, der seinerseits den Künstler exklusiv gebunden hat und gegenüber dem auswertenden Tonträgerhersteller (Bandnehmer) zur Exklusivität verpflichtet ist. Vorstehendes gilt entsprechend für alle von einer Titelexklusivität betroffenen Titel.**

**2. Die Tarife TT und BT der Antragsgegnerin sowie die Gesamtverträge im Sinne des Antrages zu 4 nebst Einzelverträgen sind nicht anwendbar auf Ansprüche auf**

**Schadensersatz oder Bereicherungsausgleich, die bereits entstanden waren, bevor die jeweiligen Wahrnehmungsberechtigten den Wahrnehmungsvertrag unterzeichnet haben.**

**3. Die Tarife TT und BT der Antragsgegnerin sowie die Gesamtverträge im Sinne des Antrages zu 4 nebst Einzelverträgen sind nicht anwendbar auf Live-Aufnahmen, die bereits vor Unterzeichnung des Wahrnehmungsvertrages unwidersprochen durch den Veranstalter ausgewertet wurden, es sei denn, der Veranstalter habe sich die von den Tarifen umfassten Rechte vorbehalten oder die Antragsgegnerin weist die Rechte im Einzelfall auf Anfrage nach.**

**4. Die als**

**Anlage AST 25 (Gesamtvertrag Tonträger nebst Einzelvertrag TT)**

**und**

**Anlage AST 26 (Gesamtvertrag Bildtonträger nebst Einzelvertrag BT)**

**überreichten Entwürfe zweier Gesamtverträge nebst Einzelverträgen werden als Einigungsvorschläge festgesetzt.**

**Die Anlagen ASt 25 und ASt 26 lauten:**

(von einer Wiedergabe wird abgesehen)

**Die Antragsgegnerin beantragt**

**1. einen Einigungsvorschlag auf Abschluss eines Gesamtvertrages zwischen dem Antragsteller und der Antragsgegnerin gemäß der Anlage AG1 – nebst den jeweils beigefügten Vergütungssätzen TT und BT zu erlassen**

**2. die Anträge des Antragstellers gemäß der Antragschrift vom 21.12.2017 kostenpflichtig zurückzuweisen**

**3. die Kosten des Verfahrens sind dem Antragsteller aufzuerlegen**

**Anlage AG1 lautet:**

(von einer Wiedergabe wird abgesehen)

Den zunächst gestellten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Regelung nach § 106 VGG nahm der Antragsteller mit Schriftsatz vom 21. Dezember 2018 zurück.

Die Antragsgegnerin führt aus:

Nicht jede Einwilligung in die Aufzeichnung eines Konzerts beinhalte auch die Gewährung einer vergütungsfreien Lizenz, diese Aufnahme in beliebiger Weise nutzen zu dürfen. Vielmehr verhalte es sich so, dass die über den Mitschnitt (und dessen Sendung) hinausgehende Nutzung wie insbesondere der Herstellung und Vertrieb von Bild-/Tonträgern zwischen den Parteien schlichtweg nicht erörtert werde. Beispielsweise seien zwischen dem Mitschnitt des Konzerts der Gruppe „(...)“ beim Festival „Rock im Park“ und der Herstellung der entsprechenden Bild-/Tonträger sieben Jahre vergangen, so dass ausgeschlossen sei, dass der Konzertveranstalter seinerzeit über sein Leistungsschutzrecht habe verfügen wollen.

Die Kosten der Veranstaltungen und damit das Bedürfnis nach (kollektivrechtlicher) Wahrnehmung des Leistungsschutzrechts sei in den letzten Jahren stark gewachsen.

Der seitens der Antragsgegnerin vorgelegte Entwurf eines Gesamt- und Einzelvertrags orientiere sich am Gesamtvertrag zwischen der GVL und dem Bundesverband Audiovisuelle Medien über die Leistungsschutzrechte der Künstler und Tonträgerhersteller an Tonträgeraufnahmen, die in Fernsehsendungen enthalten sind.

Die Lizenzbasis stelle nicht nur auf den empfohlenen Verkaufspreis ab, sondern alternativ auch auf den Endverkaufspreis. Dies sei zum einen dadurch motiviert, dass Tonträger durch die Großhändler ausschließlich in Kommission genommen würden. Damit sei es gerechtfertigt, als Lizenzbasis die gesamte Wertschöpfungskette bis zum Endverbraucher zu Grunde zu legen. Zum anderen könne nur auf diese Weise eine beliebige Umgehung des Veranstalterrechts durch Reimporte von exportierten Tonträgern verhindert werden.

Bei der Bestimmung der angemessenen Vergütung sei zu berücksichtigen, dass der Tonträger das Recht des Veranstalters auch bei Sendung und öffentlicher Wiedergabe abzugelten habe. Dem Vorschlag, bei der Angemessenheitsprüfung einen Vergleich mit dem Tonträgerherstellerrecht vorzunehmen, werde im Ausgangspunkt zwar zugestimmt.

Allerdings sei der Aufwand von Planung und Durchführung einer Veranstaltung einerseits und Aufzeichnung der Veranstaltung andererseits mit 9/10 zu 1/10 zu bemessen.

Die Antragsgegnerin meint:

Selbst wenn die Veranstalter in bestimmten Einzelfällen Kenntnis des Rechtsrahmens hatten, ändere dies nichts daran, dass es Aufgabe der Tonträgerhersteller gewesen wäre, die erforderlichen Rechte tatsächlich einzuholen, unabhängig davon, ob dem Rechteinhaber seine Rechte bekannt gewesen seien oder nicht. Veranstalter seien auf die Organisation und Durchführung der Konzerte, den Transport der Künstler und der Veranstaltungstechnik bei Tourneen sowie auf das Marketing für Konzerte und den Eintrittskartenvorverkauf konzentriert. Das Tonträgergeschäft sei Ihnen eher fremd. Überwiegend seien sie nicht einmal um Einwilligung gebeten und gefragt worden, welche Gegenleistung sie erwarten, sondern lediglich informiert worden, dass „bei diesem Konzert eine Live-CD produziert werde“. Erst recht hätten Veranstalter aus dem EU-Ausland keine Kenntnis gehabt, dass eine Veröffentlichung in Deutschland stattfindet und ihnen ein Anteil aus den Erlösen der Tonträgerverkäufe auf dem deutschen Markt zustünde.

Wer aber nicht wisse, dass ihm ein Recht zustehe, könne es auch nicht lizenziert haben.

Eine konkludente Rechteeinräumung könne allenfalls dort angenommen werden, wo zwar ein schriftlicher Vertrag fehle, aber tatsächlich eine angemessene Gegenleistung vom Verwerter an den Veranstalter gezahlt worden sei. Der Antragsteller könne nicht erklären, weshalb ausgerechnet beim Veranstalterrecht von der durchgängigen Praxis der Tonträgerhersteller, die von ihnen eingeholten Rechte schriftlich zu dokumentieren, abgewichen worden sein sollte.

Die „Michael Jackson“- Entscheidung des OLG München sei im Gegenteil einschlägig, da durch die Beweisaufnahme erwiesen sei, dass der Veranstalter mangels Kenntnis der Veranstalterrechte nach § 81 UrhG gegenüber Dritten auf diese nicht habe verzichten wollen.

Diese demnach erforderliche rechtsgeschäftliche Einwilligung werde auch nicht durch eine schlichte Einwilligung entbehrlich, da diese allenfalls Unterlassungsansprüche entfallen lassen könnten.

Die Zwangslizenz nach § 42a UrhG könne zwar bedeuten, dass im vorliegenden Fall auch Exklusivverträge möglich seien. Dies bedeute aber nicht, dass die Veranstalter im Verhältnis zum Tonträgerhersteller ihre Rechte verlieren würden.

Die Ausführungen der Antragstellerin zu Künstlerexklusivverträgen seien rechtsirrig, da der Kontrahierungszwang nicht bedeute, dass ein von jedermann geschlossener Nutzungsvertrag auch stets wirtschaftlich sinnvoll sein müsse. Vielmehr sei umgekehrt festzustellen, dass ein Künstlerexklusivvertrag ein Vertrag zu Lasten Dritter wäre, wenn er dazu führen würde, dass der Veranstalter sein Recht nicht über eine Verwertungsgesellschaft mehr wahrnehmen lassen könnte.

Es sei bei Verwertungsgesellschaften allgemein üblich, dass diese sich von ihren Mitgliedern auch die Schadensersatzansprüche für Nutzungshandlungen übertragen ließen, die vor dem Beitritt erfolgt seien.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt verwiesen.

## II.

Der Antrag ist zulässig, hat in der Sache jedoch nur teilweise Erfolg. Dasselbe gilt für den Gegenantrag der Antragsgegnerin.

### 1)

Die Anrufung der Schiedsstelle ist gemäß § 92 Abs. 1 Nr. 3 VGG statthaft, da der Streitfall unter anderem den Abschluss oder die Änderung eines Gesamtvertrags betrifft und eine Verwertungsgesellschaft beteiligt ist. Die Feststellungsanträge stehen gleichfalls in engem Zusammenhang mit dem erstrebten Gesamtvertrag und sind daher ebenfalls nach § 92 Abs. 1 Nr. 3 VGG zulässig.

Regelmäßig werden – wie auch im vorliegenden Fall - von beiden Beteiligten Entwürfe von Gesamtverträgen in Form eines Antrags zur Entscheidung gestellt. Rein formell müssen diese Anträge als Antrag und Gegenantrag bewertet werden. In der Kommentarliteratur wird durchaus kontrovers diskutiert, inwieweit die Schiedsstelle durch den Antragsgrundsatz gebunden ist. Dessen strenge Anwendung würde bedeuten, dass die Schiedsstelle gegenüber dem Antragsentwurf Vertragsbedingungen nur einschränken oder streichen könnte, was der Formulierung eines Gesamtvertragsvorschlags, bei dem es besonders auf die Ausgewogenheit nicht nur der einzelnen Regelung, sondern des Entwurfs im Ganzen ankommt, nicht gerecht würde. Die Schiedsstelle hat daher in ständiger Spruchpraxis entschieden, dass sie für die Festsetzung dieser Bedingungen einen Ermessens- und

Gestaltungsspielraum entsprechend § 130 VGG besitzt, der Abweichungen von den Anträgen der Beteiligten ermöglicht.

Die Anrufung der Schiedsstelle ist auch formgerecht erfolgt, § 97 VGG.

## 2)

Die Feststellungsanträge waren aus überwiegend formalen Gründen zurückzuweisen.

### a)

Der Feststellungsantrag zu 1) betreffend den Ausschluss von Aufnahmen von Live-Darbietungen sogenannter Exklusivkünstler aus dem Anwendungsbereich der Tarife TT/BT ist zurückzuweisen, da ein solcher Ausschluss nicht geboten ist. Auch wenn die vom Antragsteller hierzu vorgebrachten Bedenken durchaus Gewicht haben mögen, sind sie durch die Zulassung der Antragsgegnerin durch die Aufsichtsbehörde gegenstandslos geworden. Zur Prüfung der Erlaubnisvoraussetzungen zählt auch die Prüfung des Marktumfeldes, da eine Wahrnehmung des Leistungsschutzrechts ohne Einschluss des allein wirtschaftlich relevanten Bereichs der Exklusivkünstler als von vorneherein unwirtschaftlich anzusehen gewesen wäre. Diese prognostische Entscheidung der Aufsichtsbehörde zu bewerten oder zu korrigieren zählt nicht zu den Aufgaben der Schiedsstelle. Kartellrechtliche Bedenken gegen die Wahrnehmung des Leistungsschutzrechts auch bei exklusiv gebundenen Künstlern bestehen deswegen ebenfalls nicht. Damit ist auf Grund des Wahrnehmungszwanges nach § 9 VGG davon auszugehen, dass Leistungsschutzrechte der Veranstalter auch dann – und vielleicht gerade für diese Fälle - der Antragsgegnerin zur Wahrnehmung übertragen worden sind, wenn sie Veranstaltungen betreffen, die ein Wahrnehmungsberechtigter mit ausübenden Künstlern durchgeführt hat, die sich ihrerseits exklusiv an einen Tonträgerhersteller gebunden haben. Sie sind daher vom Gegenstand des vorzuschlagenden Gesamtvertrags mit umfasst. Dass ein Lizenznehmer, der einen Nutzungsvertrag gemäß Tarif abschließt, der die Veranstaltung einer Live-Darbietung von Künstlern betrifft, die sich in der genannten Weise exklusiv gebunden haben, ein mitunter leerlaufendes Recht erwirbt, liegt in der Natur der Sache begründet, dass gleichzeitig Nutzungsrechte vom Veranstalter sowie vom ausübenden Künstler zu erwerben sind, letzteres aber an der Exklusivitätsbindung des Künstlers scheitern kann. Dieses Manko lässt sich durch eine Rechtklärung vor Rechteerwerb vermeiden.

Abgesehen davon wäre es schließlich auch aus Gründen mangelnder Transparenz nicht möglich, den im Antrag zu 1) formulierten Ausschluss in den Tarif mit aufzunehmen. Ob ein Tarif anwendbar ist oder nicht, muss aus dem Tarif heraus feststellbar sein. Nicht zulässig ist es, die Anwendbarkeit eines Tarifs an bestimmte Bedingungen oder Voraussetzungen zu knüpfen, die umfangreiche Ermittlungen oder gar rechtliche Vorabprüfungen erfordern. Die vom Antragsteller aufgestellten Kriterien „während des persönlichen Exklusivitätszeitraums“ oder „während einer entsprechenden vertraglichen Exklusivbindung des Bandgebers, der seinerseits den Künstler exklusiv gebunden hat (...)“ können nicht ohne Weiteres festgestellt werden. Sie setzen vielmehr eine Prüfung der zwischen Dritten getroffenen vertraglichen Regelungen voraus.

**b)**

Die mit dem Antrag zu 2) begehrte Feststellung kann in ihrer konkret beantragten Form nicht ausgesprochen werden. Im Antrag zu 2) wird ganz allgemein die Feststellung begehrt, dass die Tarife TT/BT auf Ansprüche unanwendbar sind, die bereits vor Übertragung der Wahrnehmungsbefugnis auf die Antragsgegnerin entstanden waren. Dabei kommt es aber nach Auffassung der Schiedsstelle nicht nur auf den Zeitpunkt der Übertragung der Ansprüche, sondern auch auf den Zeitpunkt der Bekanntgabe der Tarife an.

Nach der konkreten Formulierung wären Ansprüche, die im Zeitraum Herbst 2014 bis 30 Januar 2017 entstanden sind, von dem Ausschluss nicht betroffen, sofern nur innerhalb dieser Zeitspanne eine Übertragung der Wahrnehmungsbefugnis auf die Antragsgegnerin stattgefunden hätte. Dies entspricht aber nicht der Auffassung der Schiedsstelle.

Die Schiedsstelle ist der Auffassung, dass Schadensersatzansprüche, die in der Person des jeweiligen Berechtigten entstanden und somit – entgegen der Auffassung des Antragstellers - zulässigerweise als Schadensersatzansprüche an die Antragsgegnerin abgetreten wurden, nicht anders als in dieser Weise individualisiert, also quasi „individualistisch“ von der Verwertungsgesellschaft wahrgenommen werden können, was einer kollektiven Wahrnehmung entgegenläuft. Hierin unterscheidet sich die Situation der Antragsgegnerin von der anderer Verwertungsgesellschaften, die über eingeführte Tarife am Markt verfügen und bei denen daher der Zeitpunkt des Eintritts des Verletzungserfolgs vor oder nach Abschluss des Wahrnehmungsvertrags nicht dieselbe Rolle spielt.

Eine Rückwirkung der aufgestellten Tarife zur „Rettung“ der kollektiven Wahrnehmung ist im Bereich der Ausschließlichkeitsrechte nicht möglich (anders als möglicherweise bei den gesetzlichen Vergütungsansprüchen, obwohl es auch hier wegen der Möglichkeit, auf den gesetzlichen Anspruch gemäß §§ 54, 54b UrhG direkt zurückzugreifen, einer Rückwirkung

von Tarifen nicht bedarf und sich eine solche Rückwirkung möglicherweise im Widerspruch zu der auch hier vom Bundesgerichtshof vertretenen These befindet, wonach Tarife Angebote zum Abschluss eines Vertrags sein sollen). Denn die Ausschließlichkeitsrechte sind primär auf ein Verbotungsrecht gerichtet und in zweiter Linie kann dieses Verbotungsrecht durch Einräumung eines Nutzungsrechts „abbedungen“ werden, dessen vertragliche Grundlage das Tarifangebot bildet. Das kann nicht mit Wirkung für die Vergangenheit geschehen. Nach Auffassung der Schiedsstelle entspricht dies letztlich auch der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. In der Entscheidung „Bochumer Weihnachtsmarkt“ hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass eine Verwertungsgesellschaft auch dann berechtigt ist, von einem Nutzer der von ihr wahrgenommenen Rechte die angemessene Vergütung (Anmerkung der Schiedsstelle: Im Wege des Schadensersatzes) zu verlangen, wenn sie entgegen ihrer Verpflichtung aus § 13 Abs. 1 Satz 1 UrhWahrnG keinen eigenen Tarif für den fraglichen Verwertungsvorgang aufgestellt hat ( BGH, Urteil vom 27.10.2011 - I ZR 175/10, GRUR 2012, 715f). In Ermangelung eines einschlägigen Tarifs müsse der Tatrichter dann den Schaden anhand der Lizenzsätze des der Nutzung am nächsten kommenden Tarifs berechnen, falls diese Form der Schadensberechnung gewählt werde. In dem vom BGH entschiedenen Fall wurde also der erst später geschaffene Tarif U-ST nicht rückwirkend angewendet.

Im Falle der Antragsgegnerin ist auch dieser Weg zu einer kollektiven Wahrnehmung dieser Ansprüche versperrt, weil die Antragsgegnerin keine weiteren auch nur annähernd in Frage kommenden Tarife aufgestellt hat.

Unbenommen bleiben neben den Schadensersatzansprüchen auch bereicherungsrechtliche Ansprüche, die, sofern die tatbestandlichen Voraussetzungen bei den einzelnen Verletzern gegeben sind, aber auch nur „individualistisch“ wahrgenommen werden können.

### c)

Der Feststellungsantrag zu 3) muss von der Schiedsstelle nicht beantwortet werden. Angesichts der konkreten Fassung des Antrags ergibt sich nicht, dass hier der Tarif TT oder BT im Streite steht, dass es also zur Entscheidung der Streitfrage auf sie ankommt. Vielmehr handelt es sich bei der Frage, ob den Tonträgerherstellern eine konkludente Einwilligung erteilt worden sei oder nicht, um eine vorgelagerte und im Falle ihrer Bejahung eine die Anwendbarkeit der Tarife TT oder BT ausschließende Frage, die nicht von der Schiedsstelle beantwortet werden muss und in der Art wie sie gestellt wurde, auch nicht beantwortet werden kann, sondern von Fall zu Fall entschieden werden müsste. Hinzu kommt, dass die Tarife TT und BT für den Zeitraum, der vor ihrer Veröffentlichung liegt, nach der Auffassung

der Schiedsstelle nicht anwendbar sind, so dass der wiederum nur auf die Übertragung der Wahrnehmungsbefugnis auf die Antragsgegnerin abstellende Feststellungsantrag insoweit auch im Hinblick auf den hier vorgeschlagenen Vertragsbeginn 31. Januar 2017 zu weit gefasst wäre.

Die Ausführungen des Antragstellers hierzu sind zudem nicht ganz eindeutig: auf Seite 12 des Schriftsatzes vom 21.12.2017 schreibt er, es bestünde kein Bedarf für eine kollektive Wahrnehmung, weil die Veranstalter über einen Zeitraum von fünf Jahrzehnten ihre Rechte individuell wahrgenommen hätten. Auf Seite 16 wird dann explizit davon gesprochen, dass derartige Lizenzrechte individuell nie geltend gemacht worden seien und auf Seite 19 heißt es, dass die Veranstalter über Jahrzehnte für ihre Rechte keine gesonderte Vergütung gefordert hätten. Schließlich führt er aus, in der Nicht-Ausübung des Hausrechts läge eine (ggf. stillschweigende) Einwilligung in die weitere Nutzung der Rechte.

### 3)

Auf den zulässigen Antrag zu 4) hin war gemäß § 110 Abs. 1 VGG der aus dem Tenor ersichtliche Gesamtvertrag vorzuschlagen.

#### **a) Vorbemerkung**

Die vorliegende Situation, die durch den Gesamtvertrag vertraglich geregelt werden soll, zeichnet sich dadurch aus, dass ein Leistungsschutzrecht, das nach Auffassung des Antragstellers hervorragend individuell und nach Auffassung der Antragsgegnerin bislang zum Nulltarif individuell wahrgenommen worden ist, nunmehr kollektiv wahrgenommen werden soll. Damit gehen Veränderungen zu der bisherigen Vertragspraxis zwangsläufig einher. Folgende Gesichtspunkte sind nach Auffassung der Schiedsstelle maßgebend:

Zum einen ist die Antragsgegnerin als Verwertungsgesellschaft zugelassen worden, das heißt, eine kollektive Wahrnehmung der ihr übertragenen Ansprüche muss prinzipiell und in einem wirtschaftlich tragfähigen Rahmen möglich sein. Damit ist die Wahrnehmung auch der Exklusivkünstler der Antragsgegnerin zugewiesen (vgl. oben). Zum anderen kann von der Antragsgegnerin eine Rechtereklärung über den in § 5 WahrnV-(...) geregelten Umfang und über eine eventuelle Vorlage der Wahrnehmungsverträge hinaus nicht verlangt werden. Eine Rechtereklärung in jedem Einzelfall durch Klärung der Rechterecke zurück bis auf den originär Berechtigten würde die angestrebte kollektive Wahrnehmung illusorisch machen. Diese

Unschärfe ist dem System einer kollektiven Wahrnehmung immanent und daher hinzunehmen. Nicht jede Verwertungsgesellschaft kann eine von der Rechtsprechung gebilligte oder gesetzliche Vermutung der Vollständigkeit des Repertoireumfanges für sich in Anspruch nehmen. Sie wird auch anderen, etablierten Verwertungsgesellschaften nicht in dieser Schärfe abverlangt, obwohl deren Repertoireumfang bei näherem Hinsehen mitunter durchaus fragwürdig sein kann (vgl. ZUM 2005, 257 (262f) zum Repertoireumfang der VG Wort beim Vermieten und Verleihen von Werkstücken und den dort gegebenen „Nachweisen“).

Andererseits ist für die fraglichen Nutzungshandlungen bislang eine individuelle Wahrnehmung üblich gewesen. Es ist nach dem Vortrag des Antragstellers verständlich, dass dieser gewisse Zweifel am Wahrnehmungsumfang der Antragsgegnerin hegt und sich durch Schutzklauseln vor einer Inanspruchnahme Dritter absichern möchte. Hinzu kommt, dass nach Auffassung der Schiedsstelle wesentliche Teile der der Antragsgegnerin zur Wahrnehmung übertragenen (vom Zeitraum dieses Vertrags nicht umfassten) Ansprüche für die Vergangenheit nur „individualistisch“ wahrgenommen werden können (vgl. oben). Zudem muss in Betracht gezogen werden, inwieweit die Berechtigten von ihrem Recht nach § 12 VGG Gebrauch machen werden. Eine häufige Rechteentziehung für beispielsweise „werthaltige“ Veranstaltungen würde die in Aussicht genommene kollektive Wahrnehmung ebenfalls illusorisch machen. Da aber nicht absehbar ist, inwieweit die Mitglieder der Antragsgegnerin von diesem Recht Gebrauch machen werden, oder in wie vielen Fällen eine Inanspruchnahme der Lizenznehmer durch Dritte trotz Wahrnehmung durch die Antragsgegnerin wirklich eintreten wird, hält die Schiedsstelle die Durchführung dieses vorgeschlagenen Gesamtvertrags zu Erprobungszwecken für vertretbar.

Dem Einführungs- oder Erprobungscharakter wird dadurch Rechnung getragen, dass der Gesamtvertrag für einen festen annähernd fünfjährigen Zeitraum ohne Verlängerung geschlossen wird. Die (...) sollte sozusagen in den Sattel gesetzt werden. Ob sie dann reiten kann, wird sich nach Abschluss der Erprobungsphase zeigen.

## **b) Zu den Vorschlägen im Allgemeinen**

Beiden Gesamtvertragsentwürfen haftet als Mangel an, dass wesentliche regelungsbedürftige Punkte wie Vertragsgegenstand und Vergütungshöhe nicht enthalten sind. Diese Punkte dürfen schon angesichts der Tatsache, dass der Gesamtvertrag hinsichtlich der Vergütungshöhe die Wirkung eines Tarifs hat, nicht in einem Einzelvertrag geregelt werden, sondern müssen gesamtvertraglich geregelt werden. Weiterhin ist die Antragsgegnerin in diesen Punkten zur Gleichbehandlung verpflichtet, was eine Regelung in

einem Einzelvertrag ebenfalls ausschließt. Ein Gesamtvertrag ist ein Rahmenvertrag, dessen Funktion in der Verwaltungsvereinfachung besteht, weil alle allgemein verbindlichen Punkte bereits geregelt sind. Die Entwürfe der Beteiligten kehren dieses Verhältnis, wonach allgemein gültige Regelungen in den Gesamtvertrag, spezielle, nur für den Einzelfall erforderliche Bestimmungen hingegen in den Einzelvertrag aufzunehmen sind, in sein Gegenteil um. Der Vorschlag der Schiedsstelle nimmt daher wesentliche Elemente, die die Beteiligten im Einzelvertrag geregelt hatten, in den Entwurf des Gesamtvertrags mit auf, und sieht stattdessen davon ab, den Beteiligten einen Vorschlag zu Einzelverträgen zu machen.

Angesichts der starken Überschneidungen hat die Schiedsstelle auch davon abgesehen, jeweils einen gesonderten Gesamtvertrag für Tonträger und Bildtonträger vorzuschlagen.

Da die vorgeschlagenen Entwürfe, namentlich der Entwurf der Antragsgegnerin, eine Vielzahl von Lücken aufweist, hat die Schiedsstelle versucht, diese Lücken zu schließen und sich dabei auch am „GEMA Normalvertrag für die phonografische Industrie (Tonträger) 2016“ orientiert (nachfolgend „**GEMA Normalvertrag**“, abrufbar unter:

[https://www.gema.de/fileadmin/user\\_upload/Musiknutzer/Informationen/Gesamtvertraege/BVMI-Normalvertrag.pdf](https://www.gema.de/fileadmin/user_upload/Musiknutzer/Informationen/Gesamtvertraege/BVMI-Normalvertrag.pdf)). Es darf erwartet werden, dass dieser Vertrag, dessen Mitunterzeichner der

hiesige Antragsteller ist, für die Beteiligten angemessene Vertragsbestimmungen vorsieht. Dies betrifft insbesondere die Regelungen, bei denen der Antragsteller zu Ungunsten der Antragsgegnerin abgewichen ist.

### **c) Zu den einzelnen Vertragsbestimmungen:**

Die Bestimmungen des vorzuschlagenden Vertrags werden durch folgende Erwägungen motiviert:

#### **aa) § 1 Vertragsgegenstand**

##### **i) Abs.1**

Die Beteiligten haben den Vertragszweck jeweils im Rubrum ihrer Vertragstexte erwähnt. Die Schiedsstelle hält es für angebracht, den Vertragsgegenstand stattdessen im Vertragstext selbst zu verankern.

##### **ii) Abs.2**

Die Schiedsstelle hat zur besseren Struktur und damit Lesbarkeit des Vertrags einige häufiger vorkommende Begrifflichkeiten zu Zwecken dieses Vertrags definiert. Damit werden die Übersichtlichkeit einschränkende über den Vertragstext verstreute Klammerzusätze zu den einzelnen Worten vermieden

### **bb) § 3 Verpflichtung der (...)**

Die Regelung berücksichtigt den entsprechenden Entwurf des Antragstellers. Die Mitteilung der Rechtswahrnehmung entspricht der gesetzlichen Regelung in § 55 VGG, die hinsichtlich der einzuhaltenden Antwortfrist konkretisiert wird. Die Antragsgegnerin ist dem mit dem Hinweis entgegengetreten, sie sei nicht im Stande, sämtliche Repertoireanfragen zeitlich unbegrenzt im Auge zu behalten und Statusänderungen unaufgefordert mitzuteilen. Die Schiedsstelle hat die Regelung gleichwohl beibehalten; sie ist als Teil des „Risikomanagements“ anzusehen, mit dem es unternommen werden soll, einen Übergang von der bisherigen individuellen zur kollektiven Rechtswahrnehmung zu vermitteln.

Die Ausnahmeregelung in Satz 3 wurde gegenüber dem Entwurf des Antragstellers nicht übernommen. Nach diesem Entwurf sollten jedwede Ansprüche der (...) wegen Nutzungen vor Mitteilung der anspruchsbegründenden Statusänderung ausgeschlossen sein.

Bis zur Vertragsversion AST 25 fehlte das Wort „anspruchsbegründend“, so dass jedwede Statusänderung einen Ausschluss der Ansprüche der Antragsgegnerin zur Folge gehabt hätte. Eine solche Regelung hätte sich aber in unlösbar Widerspruch zu § 4 Satz 2 WahrnV-(...) begeben, wonach der Rechteentzug nach § 12 VGG mit einer Frist von drei Monaten und die Kündigung der Mitgliedschaft ebenfalls mit einer Frist von drei Monaten zum Jahresende von den Mitgliedern der Antragsgegnerin ausgeübt werden kann. Beide Gestaltungsrechte wirken jedoch nur für die Zukunft. Daher wäre es auch mit den Bestimmungen dieses Gesamtvertrags im Übrigen (§ 4 Abs. 4 GV-E zur Fälligkeit sowie § 5 (Abrechnungsperiode) unvereinbar gewesen, eine(n) ex-nunc wirkende(n) Kündigung oder Entzug der Rechte über den Umweg einer solchen Regelung mit einer Wirkung für die Vergangenheit zu versehen.

Im umgekehrten und durch die Hereinnahme des Wortes „anspruchsbegründend“ jetzt allein als regelungsbedürftig angesehenen Fall (also zuerst Mitteilung der Nichtwahrnehmung, im Anschluss Mitteilung der Wahrnehmung) könnten sich zwar theoretisch Probleme aus einer rückwirkenden Anwendung ergeben. Die Schiedsstelle geht aber davon aus, dass § 2 auf Grund seines an tatsächliche Verhaltenspflichten (nämlich der Mitteilung einer

Statusänderung) anknüpfenden Regelungsgehaltes nicht rückwirkend auf den 31. Januar 2017, sondern nur für die Zukunft angewendet werden kann. Eine anspruchsausschließende Regelung wie von der Antragstellerin begehrt war daher nicht in den Gesamtvertrag mit aufzunehmen.

### **cc) § 4 Vergütungsregelung**

Die Schiedsstelle schlägt eine Vergütung von maximal 4 % des HAP vor, ohne dass zwischen TT und BT differenziert werden sollte.

### **i) Abs. 1**

#### **(1) Berechnungsgrundlage**

Die Schiedsstelle folgt bei der Festsetzung der Berechnungsgrundlage den Ausführungen der Antragstellerin. Gemäß § 39 Abs.1 Satz 1 VGG sollen in der Regel die geldwerten Vorteile, die durch die Verwertung erzielt werden, die Berechnungsgrundlage sein. Bei einem prozentualen und damit umsatzbasierten Tarifsatz müssen diese den Anknüpfungspunkt bilden, weil nur die Umsatzabgabe der eigenen Absatzstufe eine annähernd zutreffende Ableitung des in Prozenten ausgedrückten Tarifsatzes als Ausdruck der Nutzungsintensität der Verwertung gestattet. Daher kann nur der Herstellerabgabepreis eine Tarifbasis nach § 39 Abs.1 Satz 1 VGG sein. Dies gesteht letztlich auch die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 01.03.2019 zu, allerdings nur unter der Voraussetzung, dass die Tarifsätze so erhöht werden, dass die effektiven Lizenzeinnahmen gleich hoch bleiben. Die von ihr zunächst gewählten Lizenzbasen wären demgegenüber ungeeignet, da sie zum einen (dies betrifft den empfohlenen Verkaufspreis) wegen des Wegfalls der Preisbindung im TT/BT-Bereich eine weithin unanwendbare Lizenzbasis darstellen (worauf ebenfalls die Antragstellerin zu Recht hingewiesen hat), und zum anderen den Gewinn einer weiteren Vertriebsstufe enthalten (dies betrifft beide Alternativen der in den Tarifen TT und BT genannten Lizenzbasen), und damit keinen Aufschluss liefern könnten, welcher Anteil an der Lizenzbasis die angemessene Vergütung für die in Frage stehende Nutzung des Vervielfältigens und Vertreibens der Herstellerunternehmen wäre.

Die Gegenargumente der Antragsgegnerin vermögen nicht zu überzeugen. Sie trägt hierzu im Wesentlichen vor, die Wahl der Lizenzbasis „Preis, der allgemein von der Öffentlichkeit bezahlt werde“ rechtfertige sich einmal daraus, dass –im Gegensatz zu früher- Tonträger-Grossisten das Risiko des Weiterverkaufs der TT (gleiches gälte für BT) nicht mehr selbst trügen, sondern durch ein 100%iges Retourenrecht auf den Hersteller abgewälzt hätten.

Daraus folgt jedoch nicht beziehungsweise wird nicht verständlich, weshalb die um die Handelsspanne vermehrten Endverkaufspreise den wirtschaftlichen Nutzen der Verwerter erhöht hätten. Die Antragsgegnerin möchte gerne an der gesamten Wertschöpfungskette bis zum Endverbraucher partizipieren. Das ist aus ihrer Sicht verständlich. Das Gesetz erlaubt aber nur die Tarifierung einer Nutzungshandlung eines Gliedes dieser „Kette“, eben der Herstellung und des (Erst-)Vertriebes von TT/BT. Auch das weitere Argument der Umgehung des Leistungsschutzrechtes bei Reimport trifft nicht zu, wie die Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 20.09.2018, Seite 9 überzeugend ausgeführt hat.

Zur Lizenzbasis „empfohlener Verkaufspreis“ hat die Antragsgegnerin sich nicht mehr geäußert.

## **(2) Tarifsatz**

Bei der Herleitung der Vergütungssätze folgt die Schiedsstelle den insoweit überzeugenden Ausführungen der Antragstellerin aus ihrem Schriftsatz vom 21.12.2017, insbesondere Seite 27ff., und bestimmt den Tarifsatz über die Praxis im Bereich der Bandübernahmeverträge.

Wie die Beteiligten übereinstimmend und zur Überzeugung der Schiedsstelle vortragen, liegt es nahe, bei der Ermittlung einer angemessenen Vergütung einen Vergleich mit dem Tonträgerherstellerrecht heranzuziehen, da das Leistungsschutzrecht nach § 81 UrhG dem Recht des Tonträgerherstellers nach § 85 UrhG ähnelt. Beide Rechte schützen als sog. Investitionsschutzrechte eine reine organisatorisch-wirtschaftliche Leistung, „ohne urheber- oder künstlerpersönlichkeitsrechtlichen Gehalt“ (Antragsschrift vom 21.12.2017, S. 24).

Da hier die erstmalige Festsetzung eines Tarifsatzes vorzunehmen ist, sind Überlegungen, die sich an bereits marktgängigen Vergütungen der betreffenden Nutzung orientieren und damit einen direkten Anhaltspunkt für die angemessene Vergütung bieten, gegenüber indirekt wirkenden Ableitungen aus den Tarifen anderer Verwertungsgesellschaften vorzuziehen.

Der Ansatz, die Lizenzhöhe entsprechend dem Tonträgerhersteller-Anteil im Bereich der öffentlichen Wiedergabe nach der Entscheidung „Tanzschulkurse“ zu bestimmen, war jedoch zu verwerfen. Das Problem dieses Ansatzes besteht darin, dass der GVL-Tarif –wiederum indirekt- in Form eines Prozent-Aufschlages auf den entsprechenden GEMA-Tarif bestimmt wird. Abgesehen davon, dass die Tarife der GEMA nicht das Maß aller Dinge sind: will die

Antragstellerin tatsächlich eine entsprechende Anpassung der Tarife TT und BT hinnehmen, falls sich das Verhältnis von GVL- Tarif und GEMA-Tarif jemals ändern sollte? Nach der von ihr vorgeschlagenen Berechnungsweise müsste sie es.

Die Ableitung des Lizenzsatzes aus der Praxis im Bereich der Bandübernahmeverträge ist daher vorzuziehen. Der Antragsteller hat hierzu vorgetragen, dass in diesen Verträgen üblicherweise vom Tonträgerhersteller höhere Vergütungen bezahlt werden als beim Künstlervertrag. Der Differenzbetrag bestehe in der Herstellerleistung. Üblich sei bei Künstlerverträgen eine Beteiligung von zwischen 7% bis 12% des HAP, während bei Bandübernahmeverträgen zwischen 18% und 26% vom HAP bezahlt würden. Ausgehend davon, dass sich die Künstlervergütung für die im vorliegenden Verfahren betroffenen Mitschnitte in der Regel im höheren Vergütungssegment befinde, berechnet er zunächst überschlägig einen Herstelleranteil von:  $26\% - 12\% = 14\%$ . Davon sei noch ein Anteil in Höhe von 6% abzuziehen, den der Künstler in aller Regel an den Producer bezahlen müsse, so dass ein **Herstelleranteil von 8%** verbleibe.

Die Antragsgegnerin hat dieser grundsätzlichen Herleitung nicht widersprochen und geht ebenfalls von einem Herstelleranteil in Höhe von 8% aus (Schriftsatz vom 03.05.2018, Seite 19-21).

Auch die Schiedsstelle sieht die vorgeschlagene Berechnungsweise als praktikabel und nachvollziehbar an. Beim Bandübernahmevertrag organisiert der Künstler die Herstellung des Tonträgers („Masterband“), das als Vervielfältigungsgrundlage dient, selbst, während sich die Plattenfirma nur noch zur Veröffentlichung des (fertigen) Tonträgers verpflichtet. Da der Künstler die Kosten der kompletten Produktion selbst übernimmt, werden üblicherweise dementsprechend höhere Lizenzsätze vom HAP vereinbart (vgl.

<https://de.wikipedia.org/wiki/Plattenvertrag>). Zwar liegen der Schiedsstelle unterschiedliche Angaben zu den üblicherweise vereinbarten Lizenzsätzen vor (Künstlervertrag 4%-14% des HAP, Bandübernahmevertrag 12%-23% des HAP, vgl. <https://de.wikipedia.org/wiki/Plattenvertrag>; Bandübernahmevertrag 15%-20% des HAP, vgl. [www.beck-law.eu/lexikon/banduebernahmevertrag/](http://www.beck-law.eu/lexikon/banduebernahmevertrag/); Bandübernahmevertrag 14%-21% vom HAP, vgl. <https://www.amazona.de/alles-wissenswertes-zum-banduebernahmevertrag/>). Insoweit folgt die Schiedsstelle aber dem auf der Berechnung des Antragstellers basierenden und übereinstimmenden Verständnis der Beteiligten, dass der Herstelleranteil mit 8% des HAP zu bewerten ist.

Nicht gefolgt werden kann indes dem Antragsteller, soweit er den überzeugend hergeleiteten Satz von 8% im Verhältnis 3 zu 1 auf Tonträgerhersteller und Veranstalter aufteilen möchte. Die Antragstellerin begründet diese Aufteilung mit der Erwägung, die Investition in die Aufnahme werde auch bei einer Live-Produktion ganz wesentlich vom Tonträgerhersteller

erbracht. Abgesehen davon, dass dieses Argument bei Bandübernahmeverträgen nicht recht zu greifen scheint, weil dies bedeuten würde, dass Bandgeber und Tonträgerhersteller identisch sind, begründet dieser Ansatz auch nicht, weshalb der Antragsteller über die demnach geschuldeten 2% vom HAP hinaus weitere 0,5% bezahlen möchte.

Aber auch dem Vorschlag der Antragsgegnerin für eine Aufteilung im Verhältnis 9 zu 1 zu Gunsten der Veranstalter kann nicht gefolgt werden. Die Antragsgegnerin hat in ihrem Schriftsatz vom 03.05.2018, Seite 20 die organisatorisch-technische Leistung des Veranstalters besonders betont, gegenüber der sich die Leistung des Tonträgerherstellers auf das Aufstellen einiger Mikrofone beschränken würde. Da die Tonträgerhersteller hierbei oft das Personal und die Ausrüstung des Veranstalters nutzten, hätten sie eigentlich gar keinen Aufwand, mithin keine schützenswerten Investitionen. Dem ist der Antragsteller mit dem Gegenargument entgegengetreten, musikfremde Leistungen des Veranstalters dürften keine Berücksichtigung finden, weil das Leistungsschutzrecht des Veranstalters ein aus dem Leistungsschutzrecht des ausübenden Künstlers abgeleitetes akzessorisches Recht sei. Mithin könne allein die Darbietung der Musiker selbst, daneben allenfalls noch Tänzer, die eine geschützte Choreographie aufführten, für das Veranstalterleistungsschutzrecht angeführt werden. An den musikfernen, genauer gesagt den musikdarbietungsfernen Bestandteilen einer Show bestünde kein Veranstalterschutz (Schriftsatz vom 20.09.2018, Seite 35f). Damit haben die Veranstalter nach Auffassung des Antragstellers eigentlich auch keinen Aufwand, mithin auch keine schützenswerte Investition.

Das Abwerten der organisatorisch-technischen Leistung des jeweils anderen Leistungsschutzberechtigten führt jedoch nicht weiter, weil es nicht diese technischen Leistungen zu bewerten gilt, sondern die Leistung der Tonträgerhersteller und Veranstalter, im Wege des Vertriebs ihre Produkte zu Geld zu machen. Nur insoweit, als ihre Produkte, also die Tonträger beziehungsweise Bildtonträger und die Veranstaltungen auch verkauft werden, haben diese Leistungen überhaupt einen Wert. Denn hier geht es nicht um die Überlegenheit der jeweils eigenen Arbeit, die durch eine ideelle Wertschätzung ausgedrückt werden soll, sondern um den Marktwert, den diese Kreationen jeweils haben. Die Richtigkeit dieser Überlegung wird sofort dadurch deutlich, wenn man probeweise die Veranstalter (oder die Antragsgegnerin selbst) anstelle Geld zu bezahlen, mit 7% der hergestellten Tonträger beziehungsweise 10,5% der hergestellten Bildtonträger entlohnen würde, und den Verkauf dieser Tonträger ihnen überließe. Es kommt daher im Ergebnis entscheidend auf die erfolgreichen Vertriebsbemühungen von Veranstaltern und Tonträgerherstellern an. Da die Schiedsstelle aber keine Veranlassung sieht, diese im Verhältnis untereinander unterschiedlich hoch zu gewichten, kommt für die Schiedsstelle nur eine hälftige Aufteilung

des oben ermittelten Prozentsatzes in Betracht. Der Vergütungssatz für TT und BT beträgt daher **maximal 4% vom HAP** (vor Berücksichtigung des Gesamtvertragsrabatts).

Dabei ist nach Auffassung der Schiedsstelle - entgegen der Auffassung der Beteiligten – auch nicht zwischen TT einerseits und BT andererseits zu unterscheiden. Ein etwaiger höherer geldwerter Vorteil bei der Vermarktung von Live-Videos im Vergleich zu Live-Tonträgern schlägt sich durch die Bezugsgröße „HAP“ automatisch auf die Höhe der Lizenzgebühren nieder. Aus den oben genannten Gründen sieht die Schiedsstelle darüber hinaus keinen Anlass, den Herstelleranteil bei BT anders als hälftig zwischen dem Bild-Tonträgerhersteller und dem Veranstalter aufzuteilen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass bei einer Live-Bildtonträgeraufnahme sowohl die Leistung des Veranstalters, als auch die Leistung des Bildtonträgerherstellers entsprechend höher bzw. intensiver ist als bei einer reinen Tonträgeraufnahme, was jedoch an dem Verhältnis der Leistungen zueinander nichts ändert.

## **ii) Abs.2**

Bei der zeitanteiligen Vergütungsberechnung orientiert sich die Schiedsstelle am Vorschlag der Antragsgegnerin. Diese Staffelung ermöglicht in praktikabler Weise, das zeitanteilige Verhältnis der Mitschnitte zur Gesamtspieldauer des Ton- oder Bildtonträgers angemessen zu berücksichtigen.

Soweit demgegenüber der Antragsteller eine sekundengenaue pro rata- Regelung anstrebt und wegen der Berechnungsweise auf den GEMA-Tarif VR-T-H 1 (dort in Abschnitt III) 1) e, S.1)) Bezug nimmt, folgt dem die Schiedsstelle nicht. Zwar sieht auch der Tarif der GEMA wie der Art III Abs.2 des Gesamtvertragsentwurfs des Antragstellers (Anlagen ASt 25, ASt 26) eine sekundengenaue Berechnung vor. Allerdings muss die Regel im Zusammenhang mit der Mindestvergütung in Satz 2 der Tarifbestimmung gelesen werden, die der Regelung in Satz 1 ihre praktische Wirksamkeit nimmt. Daher und in Anbetracht der Tatsache, dass der Gesamtvertragsentwurf des Antragstellers keine Mindestvergütungsregel oder eine Mindestbemessungsgrundlage enthält, erscheint es angemessen, an der von der Antragsgegnerin vorgeschlagenen, pauschalieren Staffelung festzuhalten.

## **dd) § 5 Anmeldung und Fälligkeit der Vergütung**

Die Regelung berücksichtigt die Entwürfe beider Beteiligten.

**ee) § 6 Abrechnungsperiode und Zahlungen**

Die Regelung entspricht dem Vorschlag des Antragstellers. Die konkrete Ausgestaltung des Zahlungsziels nach Rechnungsstellung orientiert sich aber am GEMA-Normalvertrag (vgl. oben), der zwischen dem Antragsteller und der GEMA abgeschlossen wurde, insbesondere auch dort, wo der Antragsteller zum Nachteil der Antragsgegnerin von diesem, von ihr selbst für angemessen erachteten Bedingungen abgewichen ist. Eine Rechnung bezahlen kann man nur an Werktagen, genauer gesagt an Bankgeschäftstagen. Die Schiedsstelle geht im Unterschied zur Formulierung in Art XII Abs. 2 des GEMA-Normalvertrags, wo es recht unpräzise „innerhalb von 7 Tagen“ heißt, zur Vermeidung von Auslegungsschwierigkeiten, ob nun Werktage oder Kalendertage gemeint sind, und für den Fall, dass Werktage gemeint sein sollen, ob dies den Samstag einschließt oder nicht, davon aus, dass der Vertragsklausel 7 Werktage bei einer Fünf-Tage-Woche zu Grunde gelegt wurden. Das Zahlungsziel wurde daher auf der Basis von Kalendertagen unter Einschluss des Wochenendes mit 7+2, also 9 (Kalender)Tagen festgesetzt.

**ff) § 7 Retourenregelung und Probeexemplare**

Die Schiedsstelle schlägt eine dem Entwurf des Antragstellers weitgehend entsprechende Regelung vor. Die Antragsgegnerin hat zu diesen Punkten keine Regelung vorgesehen. Die beantragten Regelungen sind nach Auffassung der Schiedsstelle marktüblich. Die konkrete Ausgestaltung orientiert sich am GEMA-Normalvertrag (vgl. oben), insbesondere auch dort, wo der Antragsteller zum Nachteil der Antragsgegnerin von diesen von ihr selbst für angemessen erachteten Bedingungen abgewichen ist.

**gg) § 8 vergütungsfreie Exemplare/Nutzung zum Probehören**

Die Schiedsstelle schlägt eine dem Entwurf des Antragstellers weitgehend entsprechende Regelung vor. Die Antragsgegnerin hat zu diesen Punkten keine Regelung vorgesehen. Die konkrete Ausgestaltung orientiert sich am GEMA- Normalvertrag (vgl. oben), insbesondere auch dort, wo der Antragsteller zum Nachteil der Antragsgegnerin von diesem, von ihr selbst für angemessen erachteten Bedingungen abgewichen ist.

**hh) § 9 Ausverkauf**

Die vorgeschlagene Regelung orientiert sich am Entwurf des Antragstellers. Die Antragsgegnerin hat zu diesem Punkt keine Regelung vorgesehen.

**ii) § 10 Vertragshilfe**

Die Regelung entspricht den Vorschlägen der Beteiligten.

**jj) § 11 Kontrollrecht**

Die Regelung entspricht den Entwürfen der Beteiligten, die die Schiedsstelle um eine praxisgerechte Bestimmung zum einzuhaltenden Verfahren ergänzt hat. Eine die Kostentragungspflicht des überprüften Lizenznehmers auslösende Abweichung der festgestellten zur gemeldeten Menge von 3% oder mehr zu Lasten der (...) entspricht der üblichen Vertragspraxis der Schiedsstelle. Gleiches gilt für den Zusatz in Absatz 3, der ein Entfallen des Gesamtvertragsnachlasses hinsichtlich einer Nachforderung der (...) aufnimmt. Die insofern von der Antragsgegnerin in ihrem Entwurf unter V. (3) vorgeschlagene Regelung hält die Schiedsstelle hingegen für nicht praktikabel, weil sie dazu führt, dass die (streitbehaftete) Frage des Vertretenmüssens geklärt werden muss.

**kk) § 12 Meinungsverschiedenheiten**

Die Regelung entspricht den Entwürfen der Beteiligten, wobei die „cooling off period“ von einem oder zwei Monaten als zu kurz bemessen erschien. In der Praxis wird diese Zeit regelmäßig schon benötigt werden, um die jeweiligen Standpunkte intern abzustimmen.

**ll) § 13 Vertragsdauer**

Die Schiedsstelle hat davon abgesehen, einen Gesamtvertrag mit unbestimmter, aber kündbarer Zeitdauer vorzuschlagen, um dem Erprobungscharakter dieser neu in den Markt eingeführten Tarife und ihrer kollektiven Wahrnehmung Rechnung zu tragen.

**mm) § 14 Schlussbestimmungen**

Die Regelung entspricht den Entwürfen der Beteiligten.

**d) Zum abgelehnten Vorschlag „Rabatte für Altproduktionen“**

Diese Regelung ist – unabhängig von ihrer fraglichen Zulässigkeit - nach Auffassung der Schiedsstelle nicht erforderlich. Der Gesamtvertragsentwurf bezieht sich auf den Vertragsbeginn zum 01.01.2017. Die nachträgliche Zusicherung eines Rabatts für bereits bei diesem Vertragsbeginn erstellter, im Vertragszeitraum vervielfältigter und/oder verbreiteter TT/BT widerspricht der eigenen Rechtsauffassung der Antragstellerin, die von der Einwilligung in die Aufnahme und damit letztlich der Vergütungsfreiheit solcher Nutzungen ausgeht.

Die Schiedsstelle geht demgegenüber zum einen davon aus, dass vor der Übertragung der Wahrnehmungsbefugnis an die Antragsgegnerin entstandene Ansprüche aus dem Leistungsschutzrecht kollektiv nicht wahrgenommen werden können und daher in diesem Verfahren, in dem sich Gesamtvertragsparteien gegenüberstehen, nicht weiter geregelt werden müssen. Zum anderen geht die Schiedsstelle davon aus, dass Ansprüche, die nach Übertragung der Wahrnehmungsbefugnis, aber vor Aufstellung und Veröffentlichung der Tarife TT und BT entstanden sind, vorliegend einer kollektiven Wahrnehmung nicht zugänglich sind (vgl. hierzu im Einzelnen oben unter 2.b).

Die Schiedsstelle stimmt insofern mit dem Antragsteller überein, als Forderungen für die Vergangenheit - genauer: betreffend den Zeitraum vor Übertragung der Wahrnehmungsbefugnis – einer Tarifierung nicht zugänglich sind, da es sich um in jedem Einzelfall zu ermittelnde Schadensersatzansprüche handelt (vgl. Antragschrift vom 21.12.2017, Seite 47). Gleiches gilt im vorliegenden Fall für etwaige Ansprüche, die ab dem Zeitpunkt ihrer Zulassung als Verwertungsgesellschaft, aber vor Aufstellung der Tarife TT und BT der Antragsgegnerin übertragen wurden. Auch diese Ansprüche können mangels Tarifaufstellung im vorliegenden Fall nur individuell geltend gemacht werden (vgl. oben).

Aus Einfachheits- und Praktikabilitätsgesichtspunkten setzt die Schiedsstelle dabei als Stichtag den 31.01.2017 fest. Da dieser Zeitpunkt mit dem vorgeschlagenen Vertragsbeginn zusammenfällt, ist eine vertragliche Regelung für „Altproduktionen“ in diesem Sinne gänzlich entbehrlich.

#### **e) zum abgelehnten Vorschlag „Markteinführungsrabatte“**

Die Schiedsstelle hat Markteinführungsrabatte früher in ihren Einigungsvorschlägen für zulässig erachtet, die Verwertungsgesellschaften haben sie auch oftmals angewendet. Es ist jedoch nicht nachvollziehbar, weshalb nur die beitretenden Gesamtvertragsmitglieder in den Genuss einer solchen Regelung kommen sollten, andere jedoch nicht. Die Tarife der

Antragsgegnerin jedenfalls sehen einen Markteinführungsrabatt nicht vor. Die Erschließung des Marktes im Bereich der TT/BT-Herstellung durch den Antragsteller als mitgliederstarker und marktmächtiger Institution für die Antragsgegnerin wird bereits durch den Gesamtvertragsrabatt, der ansonsten in der Höhe von 20% kaum zu rechtfertigen wäre, ausreichend gewürdigt. Die Schiedsstelle sieht daher davon ab, eine entsprechende Regelung wie beantragt vorzuschlagen. Denkbar (und zu wünschen) wäre sie nur dann, wenn sie allen Marktteilnehmern zu Gute kommen würde, was im Rahmen eines Gesamtvertrages aber nicht geregelt werden kann. Es sei an dieser Stelle daran erinnert, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Vergütungsregeln eines Gesamtvertrages lediglich gegenüber den Mitgliedsunternehmen des Antragstellers, die dem Gesamtvertrag nicht beigetreten sind, nicht aber gegenüber den Nicht-Mitgliedsunternehmen die Wirkung eines Tarifs hat. Eine lediglich vertragliche Verpflichtung der Antragsgegnerin, ihre Tarife entsprechend anzupassen, stellt auch nicht die erforderliche Gleichbehandlung von Mitgliedsunternehmen und Nichtmitgliedsunternehmen sicher. Denn nach Auffassung der Schiedsstelle könnte der Tarif nicht mit Rückwirkung in Kraft gesetzt werden.

**f) zum abgelehnten Vorschlag „Repertoire und Freistellung“**

Die vom Antragsteller vorgeschlagene Regelung zur Zusicherung des Rechtebestandes der Antragsgegnerin wurde nicht übernommen. Sie soll offensichtlich –ebenso wie die begehrte Freistellungsklausel, mit deren Zweck sie etwas kollidiert - der Absicherung der Rechtsposition der Lizenznehmer dienen. Beide Klauseln vermitteln aber angesichts der Gesellschaftsform der Antragsgegnerin nur eine scheinbare Sicherheit. Übrigens verfügen auch andere, etablierte Verwertungsgesellschaft lediglich über ein vernachlässigbares Anlage- und ein treuhänderisch gebundenes Umlaufvermögen.

III.

Die Amtskosten des Verfahrens haben Antragsteller und Antragsgegnerin je zur Hälfte zu tragen, ihre außeramtlichen Kosten tragen die Beteiligten jeweils selbst. Damit wird der Tatsache Rechnung getragen, dass die Beteiligten mit dem vorliegenden Verfahren, das die erstmalige Lizenzierung von Nutzungsrechten durch eine neu gegründete Verwertungsgesellschaft betrifft, „Neuland“ betreten. Eine Klärung der damit verbundenen Rechtsfragen lag im beiderseitigen Interesse.

## IV.

Die Beteiligten haben die Möglichkeit, innerhalb eines Monats gegen diesen Einigungsvorschlag Widerspruch einzulegen.

Die Widerspruchsfrist beginnt mit dem Tag der Zustellung zu laufen. Der Widerspruch ist schriftlich zu richten an:

Schiedsstelle  
nach dem Gesetz über die Wahrnehmung  
von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten durch Verwertungsgesellschaften  
beim Deutschen Patent- und Markenamt,  
80297 München.

Wird kein Widerspruch eingelegt, gilt der Einigungsvorschlag als angenommen und eine dem Inhalt des Vorschlags entsprechende Vereinbarung als zustande gekommen.

## V.

Die Entscheidung über die Kosten kann durch Antrag auf gerichtliche Entscheidung angefochten werden, auch wenn der Einigungsvorschlag angenommen wird. Der Antrag ist an das Amtsgericht München, 80333 München zu richten.

(...)

(...)

(...)