

§ 9 Kartellrechtliche Aspekte der Erweiterten Kollektiven Lizenz

A. Einleitung

Eine nähere Betrachtung des nordischen EKL-Modells speziell aus der *Perspektive des Kartellrechts* ist bisher noch nicht unternommen worden. Dies mag verwundern, wirft die EKL und die mit ihr einhergehende Rolle der Verwertungsgesellschaft doch einige für eine rechtmäßige Anwendung des Modells grundlegende Fragen auf, die teilweise eine besondere „Sensibilität“ des Kartellrechts hervorrufen.

Das *skandinavische Kartellrecht* unterscheidet sich aufgrund seiner parallelen Ausrichtung zum europäischen Wettbewerbsrecht kaum von den deutschen Regelungen. Das *schwedische Wettbewerbsgesetz* (KartellG-S)¹⁸⁶⁵ steht in zweigleisiger, im Inhalt überwiegend übereinstimmender Weise neben dem europäischen Regelungssystem¹⁸⁶⁶ und zielt darauf ab, Beschränkungen des Wettbewerbs mit Bezug auf die Produktion und den Handel von Waren, Dienstleistungen und anderen Gütern zu beseitigen oder entgegenzuwirken (§ 1:1 KartellG-S).¹⁸⁶⁷ Während § 2:1 KartellG-S (Art. 101 AEUV) wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zwischen Unternehmen für unzulässig erklärt, verbietet § 2:7 KartellG-S (Art. 102 AEUV) den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.

Für die Anwendung des schwedischen und europäischen Wettbewerbsrechts ist in Schweden in erster Linie die schwedische *Kartellbehörde* (Konkurrensverket) zuständig, der weitgehende Untersuchungs- und Entscheidungsbefugnisse eingeräumt sind.¹⁸⁶⁸ Gegen die meisten Entscheidungen der Kartellbehörde ist der Rechtsweg vor einem besonderen Gericht – dem schwedischen *Marktgericht* (Marknadsdomstolen) – eröffnet,

1865 Konkurrenslag (2008:579). Das KartellG-S ersetzt seit 01. November 2008 die Fassung des Wettbewerbsgesetzes von 1993 (Konkurrenslag 1993:20) und übernahm dabei wesentlich dessen Bestimmungen.

1866 Siehe *Prop. 1992/93:56*, S. 18 ff. Vgl. für Dänemark: Konkurrenceloven (LBK nr. 700 v. 18.06.2013), für Norwegen: Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) (LOV 2004-03-05 nr 12) sowie für Finnland: Kilpailulaki (Gesetz nr. 948/2011 v. 12. August 2011). Ausgangspunkt der folgenden Ausführungen bilden exemplarisch die schwedischen Regelungen.

1867 WETTER/KARLSSON/ÖSTMAN, *Konkurrensträtt*, Avsnitt I.2.

1868 BERNITZ/KARNELL/PEHRSON/SANDGREN, *Immaterialrätt*, S. 378.

welches neben kartellrechtlichen Sachverhalten u.a. auch in Fällen des unlauteren Wettbewerbs zuständig ist.¹⁸⁶⁹

Die kartellrechtliche Problematik der EKL soll im Folgenden – ohne den Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben – anhand einer Reihe nationaler und europäischer Rechtsfälle in einigen ihrer wesentlichen Aspekte beleuchtet werden. Konkret geht es dabei um die Stellung der in ein EKL-Regime notwendigerweise involvierten Verwertungsgesellschaft und ihrer Tätigkeit im Verhältnis zu Rechteinhabern auf der einen, und Nutzern (Lizenznehmern) auf der anderen Seite, mithin um die Frage eines Missbrauchs ihrer marktbeherrschenden Stellung.

B. Die EKL unter der Lupe des Kartellrechts

§ 2:7 KartellG-S bzw. Art. 102 AEUV verbieten den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens. Eine marktbeherrschende Stellung auf einem sachlich und räumlich relevanten Markt ist noch nicht kartellrechtswidrig, sondern erst die *missbräuchliche Ausnutzung* dieser Position stellt einen Verstoß gegen § 27 KartellG-S bzw. Art. 102 AEUV dar. Von dem Verbot sind verschiedene Formen des Missbrauchs erfasst wie etwa die direkte oder indirekte Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt sind.¹⁸⁷⁰

Verwertungsgesellschaften haben gewöhnlich eine natürliche, wenn nicht gar rechtliche Monopolstellung auf dem jeweiligen relevanten (nationalen) Markt, wobei ihre bloße Existenz noch nicht als wettbewerbswidrig eingestuft wird.¹⁸⁷¹

1869 Siehe § 1 Schwedisches Gesetz über das Marktgericht (Lag (1970:417) om marknadsdomstol m.m.). Geht es um Sanktionen eines Wettbewerbsverstoßes, insbesondere der Vorteilsabschöpfung, oder um Fälle der Zusammenschlusskontrolle, so ist neben dem Marktgericht auch das *Bezirksgericht Stockholm* (Stockholms Tingsrätt) zuständig. Gegen die Unwirksamkeit einer Vereinbarung bzw. der Auferlegung eines Schadensersatzes ist der Weg zu den ordentlichen Gerichten (allmänna domstolar) eröffnet. Siehe BERNITZ/KARNELL/PEHRSON/SANDGREN, *Immaterialrätt*, S. 378.

1870 BERNITZ/KARNELL/PEHRSON/SANDGREN, *Immaterialrätt*, S. 378.

1871 Siehe schon oben, bei § 1 E I.

I. Marktbeherrschende Stellung der Verwertungsgesellschaft

1. Die EKL als Förderung und Manifestierung natürlicher Monopolstellungen

Es ist für das Funktionieren einer EKL elementar, dass nicht mehrere Verwertungsgesellschaften gleichzeitig berechtigt werden, für den gleichen Bereich EKL-Vereinbarungen zu schließen. Aus diesem Grund müssen Verwertungsgesellschaften, die eine EKL-Vereinbarung schließen, die Rechte einer substanziellen Anzahl an Rechteinhabern bereits wahrnehmen, mithin eine ausreichende *Repräsentativität* vorweisen. Damit setzt die EKL in einer Rechtsordnung die marktbeherrschende Stellung einer Verwertungsgesellschaft nicht nur voraus, sie *untermauert* gerade deren alleinstehende Position – ihr natürliches Monopol.

Der sachlich relevante Markt, auf dem die Verwertungsgesellschaft eine marktbeherrschende Stellung besitzt, mag sich dabei unterscheiden, abhängig von der jeweiligen EKL-Bestimmung. Der räumlich relevante Markt ist der Markt der Werke, die in dem jeweiligen skandinavischen Land gewöhnlich genutzt werden. Das frühere Kriterium, nachdem eine Verwertungsgesellschaft eine substanzielle Anzahl an nationalen Rechteinhabern vertreten musste, begrenzte den relevanten Markt auf das jeweilige skandinavische Land, was nicht nur aus europarechtlicher Sicht fragwürdig war,¹⁸⁷² sondern auch unter einer kartellrechtlicher Perspektive die Stellung der nationalen Verwertungsgesellschaft auf dem nationalen Markt noch weiter manifestiert hätte.

Die für die Legitimität und Funktionsweise der EKL erforderliche marktbeherrschende Stellung der Verwertungsgesellschaft wird in allen skandinavischen Ländern (mit Ausnahme Schwedens) auch durch ein behördliches Genehmigungsverfahren sichergestellt. In diesen Fällen besitzen die Verwertungsgesellschaften nicht nur ein natürliches, sondern auch ein (*zeitlich begrenztes*) *gesetzliches Monopol*.

1872 Siehe oben, bei § 7 A.

2. Schwedische Gesetzesrevision

Interessanterweise war im Zusammenhang mit der jüngsten schwedischen Gesetzesrevision eben diese besondere Stellung der Verwertungsgesellschaft im System der EKL Gegenstand intensiver Diskussion gewesen.

Ausgangspunkt war der Vorschlag der schwedischen Urheberrechtskommission, wonach nur eine und zwar diejenige Verwertungsgesellschaft für den Abschluss einer EKL-Vereinbarung in einem bestimmten Bereich berechtigt sein sollte, die *am meisten repräsentativ und am besten die Interessen der Rechteinhaber* vertrete.¹⁸⁷³ Laut dem Kommissionsvorschlag müsse sichergestellt sein, dass nur *eine* Verwertungsgesellschaft in einem bestimmten Bereich zum Abschluss einer EKL-Vereinbarung berechtigt sei und nicht mehrere Verwertungsgesellschaften gleichzeitig in Frage kämen und dadurch Konfusion über die Berechtigung mehrerer Organisationen entstünde.¹⁸⁷⁴ So könnten Klarheit und Eindeutigkeit zugunsten der Rechteinhaber und Nutzer geschaffen werden.¹⁸⁷⁵ Nach Ansicht der Kommission sei der Wettbewerb zwischen den Verwertungsgesellschaften damit keinesfalls ausgeschaltet. Zumindest mit Bezug auf die Rechteinhaber bleibe ein Wettbewerb zwischen den Verwertungsgesellschaften möglich, denn zu einem anderen Zeitpunkt könne auch eine andere Organisation eine ausreichende Repräsentativität erlangen und somit zum Abschluss von EKL-Vereinbarungen berechtigt sein.¹⁸⁷⁶

Der Regelungsentwurf und die Sichtweise der schwedischen Urheberrechtskommission wurden später stark kritisiert.¹⁸⁷⁷ Insbesondere die *schwedische Kartellbehörde* empfahl in einer Stellungnahme die Rücknahme des Vorschlags, wonach nur eine Verwertungsgesellschaft ausschließlich berechtigt sein sollte, EKL-Vereinbarungen zu schließen.¹⁸⁷⁸ Zunächst stellte sie dabei fest, dass ein Wettbewerb der Verwertungsgesellschaften untereinander neben den Verwaltungskosten auch um andere Kosten, um Effizienz, Qualität der Dienstleistung, um Lizenzbedingungen, aber auch um die Höhe der Vergütung der Rechteinhaber bestehen kön-

1873 *SOU 2010:24*, S. 319 ff.

1874 *SOU 2010:24*, S. 201.

1875 *SOU 2010:24*, S. 203.

1876 *SOU 2010:24*, S. 204.

1877 *Prop. 2012/13:141*, S. 33 f.

1878 KONKURRENSVERKET, *Stellungnahme (Yttrande)* v. 28.05.2010, DNR 290/2010.

ne.¹⁸⁷⁹ Weiter erklärte sie, dass es durch den Vorschlag der Kommission anderen Organisationen erschwert werde, EKL-Vereinbarungen zu schließen, da die bestehende marktbeherrschende Stellung der Verwertungsgesellschaften verstärkt und manifestiert würde und ein Wettbewerb zwischen den Verwertungsgesellschaften damit praktisch ausgeschaltet sei.¹⁸⁸⁰

Auch im späteren schwedischen Regierungsentwurf wurde die Befürchtung geäußert, dass eine solche Festlegung auf *eine* berechnigte Verwertungsgesellschaft negative Auswirkungen auf den Wettbewerb entfalten könnte.¹⁸⁸¹ Denn die Berechnigung zum Abschluss von EKL-Vereinbarungen sei bereits ein Wettbewerbsvorteil an sich im Vergleich zu anderen nicht-berechnigten Organisationen, da es eine zur EKL berechnigte Verwertungsgesellschaft grundsätzlich einfacher hätte, neue Mitglieder zu rekrutieren und meist schon die notwendigen administrativen Voraussetzungen und Erfahrungen dafür besitze.¹⁸⁸² Für bereits bestehende wie auch für neue Organisationen sei es dadurch ungleich schwerer, die notwendige Repräsentativität zu erreichen, mithin werde die marktbeherrschende Stellung der bestehenden Organisationen erheblich verstärkt.¹⁸⁸³ Aus diesen Gründen sah man letzten Endes von einer Anpassung der Bestimmungen um die Berechnigung der Verwertungsgesellschaft ab.

3. Würdigung

Es dürfte einleuchten, dass eine Anwendung der EKL die Berechnigung von nur *einer* Verwertungsgesellschaft voraussetzt, will man die positiven Resultate, welche die EKL hervorbringt, nicht zunichtemachen. Gleichzeitig bedeutet dies, dass die marktbeherrschende Stellung von Verwertungsgesellschaften in einer Rechtsordnung mit EKL *umfänglicher und verwurzelter* sein kann als in Ländern ohne EKL. Zwar mag es seit der Anpassung des Repräsentativitätskriteriums an die im jeweiligen skandinavi-

1879 KONKURRENSVERKET, *Stellungnahme (Yttrande)* v. 28.05.2010, DNR 290/2010, S. 2.

1880 KONKURRENSVERKET, *Stellungnahme (Yttrande)* v. 28.05.2010, DNR 290/2010, S. 3.

1881 *Prop. 2012/13:141*, S. 32 ff., 34.

1882 *Prop. 2012/13:141*, S. 34.

1883 *Prop. 2012/13:141*, S. 34.

schen Land gewöhnlich genutzten Werke theoretisch möglich sein, dass auch andere (insbesondere ausländische) Verwertungsgesellschaften von Fall zu Fall eine entsprechende Berechtigung erhalten (oder – wie in Schweden – als berechtigt gelten) können. Jedoch ist zu vermuten, dass die über lange Jahre praktizierte EKL und ihre daran gewohnten nationalen Organisationen die Tätigkeit von ausländischen Verwertungsgesellschaften auf dem skandinavischen Markt erheblich erschweren dürften und damit ein Wettbewerb zwischen Verwertungsgesellschaften um die Berechtigung in absehbarer Zeit kaum bestehen wird.

Vor diesem Hintergrund ist die Ablehnung des Vorschlags der schwedischen Urheberrechtskommission zu begrüßen, da so eine Intensivierung der monopolartigen Stellung der schwedischen Organisationen verhindert wurde. Gleichzeitig wird dabei die besondere Schwierigkeit einer behutsamen Anwendung kartellrechtlicher Regelungen auf das EKL-Modell sichtbar: einerseits einen funktionierenden Wettbewerb sicherzustellen, andererseits aber ein Funktionieren der EKL mit den aus ihr fließenden Bündelungseffekten und Organisationen zu gewährleisten.

II. Verwertungsgesellschaft vs. Rechteinhaber

1. Bonus vs. SK/FFF

Eine missbräuchliche Ausnutzung der Stellung durch die Verwertungsgesellschaft gegenüber Rechteinhabern kann sich nicht nur gegen die eigenen Mitglieder richten, sondern auch gegen Außenstehende, d.h. potenzielle Mitglieder.

Der Vorwurf eines Missbrauchs traf vor einigen Jahren auch die schwedische Umbrella-Organisation *Bonus*.¹⁸⁸⁴ Geklagt hatten allerdings nicht einzelne Rechteinhaber, sondern zwei Interessen- und Berufsverbände, namentlich der *Schwedische Künstlerverband SK*, der die Rechte von Künstlern aus Malerei und Kunsthandwerk wahrnimmt, sowie die *Vereinigung verlegerischer Fachpresse FFF*, die verschiedene Verleger von Fachzeitschriften im Bereich von Plastiken und Mode vertritt. Beide Organisationen versuchten erfolglos Mitglied bei *Bonus* zu werden. Nach der Satzung von *Bonus* waren und sind nur solche Organisationen zur Mitgliedschaft

1884 Zum Fall: MARKTGERICHT (Marknadsdomstolen), MD 1999:13, 214 ff.; EKLÖF, NIR 1999, 607 ff.; *SOU* 2010:24, S. 224 f.

berechtigt, die ihrerseits repräsentativ in ihrem Bereich sind. Dementsprechend nahm und nimmt *Bonus* nur die Hauptorganisationen der jeweiligen Rechteinhaberkategorien auf. Im Bereich von *SK* und *FFF* fanden sich nun bereits entsprechende Hauptorganisationen bei *Bonus*.

Beide Verbände klagten daraufhin vor dem schwedischen *Marktgericht* gegen *Bonus* und machten geltend, dass die Organisation ihre marktbeherrschende Stellung nach § 19 KartellG-S a.F. (heute: § 2:7 KartellG-S) missbrauche, indem sie ihnen die Mitgliedschaft verweigere, wodurch sie nicht an den Ausschüttungen für die Nutzung ihrer Werke beteiligt würden.¹⁸⁸⁵ Darüber hinaus hätten sie keinerlei Vergütung für die Nutzungshandlungen von *Bonus* erhalten und verlangten daher gem. §§ 19, 23 KartellG-S a.F. (heute: §§ 2:7, 3:1 KartellG-S) die Aufnahme als Mitglied, zumindest aber eine direkte Beteiligung an den Ausschüttungen.¹⁸⁸⁶

In seiner Entscheidung stellte das *Marktgericht* zunächst fest, dass *Bonus* eine marktbeherrschende Stellung auf dem relevanten Markt besäße, namentlich dem Markt für das Zurverfügungstellen von Diensten mit Bezug auf die Wahrnehmung von Vervielfältigungsrechten an urheberrechtlich geschützten Werken zu Bildungszwecken in Schweden,¹⁸⁸⁷ was insoweit auch von den Parteien nicht bestritten wurde. Anschließend führte es mit Bezug auf die schwedische Gesetzgebungsgeschichte aus, dass es der grundlegende Gedanke der EKL sei, dem Nutzer die Möglichkeit zu geben, von einer (repräsentativen) Verwertungsgesellschaft in einem bestimmten Bereich die Rechte zu erhalten, mithin läge der Vorzug der EKL in der *einfachen Rechteklärung*.¹⁸⁸⁸ Dies wäre gerade nicht mehr gewährleistet, müsste der Nutzer mit mehreren Verwertungsgesellschaften Vereinbarungen schließen.¹⁸⁸⁹ Da *Bonus* ein „Zusammenschluss der Hauptorganisationen“ sei und *SK* und *FFF* nicht dargelegt hätten, dass sie selbst als „Hauptorganisation“ für ihren Bereich zu betrachten seien, könne die Weigerung von *Bonus*, kleinere Organisationen aufzunehmen, in deren Bereich bereits eine Hauptorganisation als Mitglied aufgenommen war, nicht

1885 MARKTGERICHT (Marknadsdomstolen), MD 1999:33, 226. Die gleiche Frage war bereits einige Jahre zuvor Gegenstand zweier Entscheidungen der schwed. Kartellbehörde gewesen (DNR 1077/94 und DNR 460/95), in denen die Behörde zum gleichen Schluss kam wie später das Marktgericht; siehe *SOU 2010:24*, S. 224.

1886 MARKTGERICHT (Marknadsdomstolen), MD 1999:33, 226.

1887 MARKTGERICHT (Marknadsdomstolen), MD 1999:33, 227.

1888 MARKTGERICHT (Marknadsdomstolen), MD 1999:33, 227 f.

1889 MARKTGERICHT (Marknadsdomstolen), MD 1999:33, 228.

als ein Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung gewertet werden.¹⁸⁹⁰

Was die Frage einer Teilhabe an der Vergütung betrifft, verwies das *Marktgericht* auf die gesetzlich vorgesehene Gleichbehandlung zwischen Mitgliedern und Nichtmitgliedern sowie auf das individuelle Vergütungsrecht, das *SK* und *FFF* gegenüber ihrer jeweiligen Hauptorganisation geltend machen könnten.¹⁸⁹¹ Zwar erkannte das *Marktgericht* eine grundsätzliche Schwierigkeit für außenstehende Rechteinhaber (und Organisationen) an, die Vergütung zu verlangen, was für diese auch mit gewissen Wettbewerbsnachteilen verbunden sei.¹⁸⁹² Als eine *Folge des EKL-Systems* könne dies aber nicht als missbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung von *Bonus* gewertet werden.¹⁸⁹³

2. Würdigung

Der Fall zeigt zunächst auf, dass eine Verwertungsgesellschaft ihre marktbeherrschende Stellung nicht nur gegenüber einzelnen Rechteinhabern missbrauchen kann, sondern (bei der EKL) eine solche Konstellation auch zwischen einer Umbrella-Organisation und einzelnen Verwertungsgesellschaften (bzw. Interessen- und Berufsverbänden) bestehen kann.

Die Berechtigung nur einer Verwertungsgesellschaft und ihr Zusammenschluss mit aus anderen Bereichen berechtigten Verwertungsgesellschaften in einer Umbrella-Organisation manifestiert nicht nur deren marktbeherrschende Stellung, sie geht auch *zwangsläufig mit gewissen Wettbewerbsnachteilen* für außenstehende Rechteinhaber und Organisationen einher.¹⁸⁹⁴ Denn außenstehende Rechteinhaber *müssen* Mitglied in der berechtigten repräsentativen (und damit vermutlich größten) Verwertungsgesellschaft werden, die selbst oder als Mitglied einer Umbrella-Organisa-

1890 MARKTGERICHT (Marknadsdomstolen), MD 1999:33, 228.

1891 Sowohl die Frage der Beweisanforderungen für den Nachweis einer Nutzung seitens des außenstehenden Rechteinhabers als auch die Frage, auf welche Weise die Mitgliedsorganisationen solche Vergütungsforderungen behandeln, sei – so das Marktgericht – vor den allgemeinen Gerichten zu klären (MARKTGERICHT (Marknadsdomstolen), MD 1999:33, 229). Siehe zur Frage der Beweisanforderungen auch EKLÖF, NIR 1999, 612 f.

1892 MARKTGERICHT (Marknadsdomstolen), MD 1999:33, 229.

1893 MARKTGERICHT (Marknadsdomstolen), MD 1999:33, 229.

1894 Vgl. auch *Prop. 1992/93:214*, S. 44.

tion EKL-Vereinbarungen schließt, wollen sie in irgendeiner Weise an der EKL partizipieren sowie auf sie Einfluss nehmen und nicht als Außenstehende fungieren.

Das *Marktgericht* verneint nun den Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung und stützt interessanterweise seine Argumentation auf das *EKL-Modell selbst*. Richtig ist, der Effizienzgewinn der kollektiven Rechtswahrnehmung wird auch und gerade in der EKL deutlich. Die daraus resultierende Kollektivierung mag vor diesem Hintergrund als „logische Konsequenz“ der EKL zu sehen sein.¹⁸⁹⁵ Hätte das Marktgericht einen Missbrauch bejaht und *Bonus* damit verpflichtet, *SK* und *FFF* als Mitglieder aufzunehmen, wäre dies zwangsläufig mit einer „Infragestellung des EKL-Modells als solches“¹⁸⁹⁶ einhergegangen. Wenn bei einer EKL nur eine Verwertungsgesellschaft berechtigt sein kann, können der Zusammenschluss der berechtigten Verwertungsgesellschaften in einer Umbrella-Organisation und der Ausschluss der kleineren Organisationen kaum einen Missbrauch darstellen.¹⁸⁹⁷

Vor diesem Hintergrund erscheint die Entscheidung des *Marktgerichts* nachvollziehbar. Daraus aber zu schließen, dass ein Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung bei der EKL eben *wegen der EKL* grundsätzlich ausgeschlossen ist, greift freilich zu kurz.¹⁸⁹⁸ Denn schon bei der Frage der *Vergütung* räumt selbst das *Marktgericht* ein, dass außenstehende Organisationen mit erheblichen Schwierigkeiten konfrontiert seien und dadurch ihnen und ihren Mitgliedern *Wettbewerbsnachteile* entstünden.¹⁸⁹⁹ Wann dabei die Schwelle überschritten ist, bei der man von einem Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung sprechen müsste, ohne dass sich auf den Grundgedanken der EKL als „Rechtfertigung“ zurückgreifen ließe, ist fraglich. Sicher dürfte jedenfalls sein, dass der einer EKL zugrundeliegende Effizienzgewinn und die daraus resultierende Bündelung der

1895 EKLÖF, NIR 1999, 611.

1896 EKLÖF, NIR 1999, 611.

1897 Zu Recht weist EKLÖF, NIR 1999, 611 f., darauf hin, dass eine solche Praxis seitens *Bonus* keineswegs unantastbar sei und es durchaus denkbar wäre, dass die Umbrella-Organisation auch andere Interessenverbände statt nur die Hauptorganisationen als Mitglieder aufnehmen könnte. Dies hänge freilich von den Mitgliedsorganisationen selbst ab und ihrer Bereitschaft, dann von einer Anwendung der EKL Abstand zu nehmen.

1898 Zweifelnd ebenso EKLÖF, NIR 1999, 613.

1899 Ähnlich EKLÖF, NIR 1999, 613.

Rechteinhaber und Organisationen keineswegs gegen, sondern vielmehr für eine verstärkte kartellrechtliche Kontrolle sprechen.

III. Verwertungsgesellschaft vs. Lizenznehmer

Eine missbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung einer Verwertungsgesellschaft kann sich auch gegenüber einem Nutzer, d.h. dem Lizenznehmer, ergeben. Im Kontext der EKL betraf dies den Fall einer *Ungleichbehandlung gleichartiger Lizenznehmer*.

1. STIM vs. TV 3

Gegenüber Lizenznehmern wurde die Frage eines möglichen Missbrauchs vor einigen Jahren bei einem Rechtsstreit zwischen der schwedischen Verwertungsgesellschaft STIM und schwedischen Sendeunternehmen vor dem schwedischen *Marktgericht* über die Berechnung der Vergütung für die Nutzung von musikalischen Werken in Fernsehprogrammen relevant.¹⁹⁰⁰ Nach der von STIM angewandten Berechnungsmethode¹⁹⁰¹ ergab sich die von den Sendeunternehmen zu zahlende Vergütung nach dem zeitlichen Umfang der genutzten Musik, dem Grad der Empfangsdichte und der tatsächlichen Sehbeteiligung.¹⁹⁰²

Die schwedischen Sendeunternehmen TV 3, TV 4 und Kanal 5 waren der Ansicht, dass sie durch die Berechnungsmethode von STIM gegenüber dem öffentlich-rechtlichen schwedischen Rundfunk SVT diskriminiert würden. Nachdem keine Einigung erzielt werden konnte, widerrief STIM die Erlaubnis zur Nutzung ihres Repertoires (basierend auf einer ursprünglich geschlossenen EKL-Vereinbarung).

1900 Zu dem Rechtsstreit umfassend MARKTGERICHT (Marknadsdomstolen), MD 1998:5, 65 ff. (siehe auch – in deutscher Übersetzung – GRUR Int. 1999, 627 ff.). Siehe auch BERNITZ/KARNELL/PEHRSON/SANDGREN, *Immaterialrätt*, S. 383.

1901 Ursprünglich hatte STIM die Vergütung anhand eines prozentualen Anteils der Einnahmen der Sendeunternehmen berechnet, diese Methode aber nach einem von STIM selbst initiierten Verfahren vor der schwed. Kartellbehörde abgeändert (siehe MARKTGERICHT (Marknadsdomstolen), GRUR Int. 1999, 628).

1902 MARKTGERICHT (Marknadsdomstolen), GRUR Int. 1999, 628.

Nach erfolglosem Anruf der Kartellbehörde zogen die Sender vor das *Bezirksgericht Stockholm*, das im Wege der einstweiligen Anordnung die Rücknahme des Widerrufs anordnete.¹⁹⁰³ Im Hauptverfahren stellte das Bezirksgericht schließlich fest, dass die von STIM verwendete Berechnungsmethode diskriminierend und wettbewerbsverzerrend wirke, da der unterschiedliche Deckungsgrad von privaten und öffentlich-rechtlichen Sendern nicht ausreichend berücksichtigt worden sei.¹⁹⁰⁴

In dem dagegen von STIM angestregten Berufungsverfahren vor dem schwedischen *Marktgericht* (welches sich nur noch gegen TV 3 richtete),¹⁹⁰⁵ widersprach das Gericht zunächst der Ansicht von STIM, wonach zwischen SVT und TV 3 keine Wettbewerbssituation gegeben sei, dahingehend, dass es TV 3 und SVT in einem Wettbewerb um die Zuschauer sah.¹⁹⁰⁶ Mit Blick auf das Vergütungsschema stellte das Marktgericht fest, dass unterschiedliche Faktoren herangezogen werden könnten, um eine Vergütung für die Nutzung festzulegen; sie dürften allerdings keine wettbewerbsverzerrende Wirkung entfalten.¹⁹⁰⁷ Die Tatsache, dass sich bei dem Vergütungsschema die Vergütung von der Anzahl der tatsächlichen Zuschauer in Verbindung mit dem Grad der Empfangsdichte („Deckungsgrad“) berechne, führe aber dazu, dass Sender mit geringerem Deckungsgrad regelmäßig im Vergleich zu Sendern mit höherem Deckungsgrad benachteiligt würden.¹⁹⁰⁸ Das Schema sei darum nicht nur nicht wettbewerbsneutral und wirke gegenüber TV 3 nach § 19 Nr. 3 KartellG-S a.F. (heute: § 2:7 Nr. 3 KartellG-S) diskriminierend, sondern stelle auch eine Marktzutrittsschranke im Sinne des § 19 Nr. 2 KartellG-S a.F. (heute: § 2:7 Nr. 2 KartellG-S) dar.¹⁹⁰⁹ Folglich missbrauchte STIM seine marktbeherrschende Stellung durch die Anwendung eines Vergütungsschemas, welches zu einer Benachteiligung privater gegenüber öffentlich-rechtlichen Rundfunksendern führte.

1903 MARKTGERICHT (Marknadsdomstolen), GRUR Int. 1999, 628.

1904 BEZIRKSGERICHT STOCKHOLM (Stockholms Tingsrätt), Urteil v. 28.05.1997, Rs.: T 8-768-96, T 8-1135-96 (abgedruckt in: MD 1998:5, S. 79 ff.)

1905 Siehe MARKTGERICHT (Marknadsdomstolen), GRUR Int. 1999, 627 ff.

1906 MARKTGERICHT (Marknadsdomstolen), GRUR Int. 1999, 628.

1907 MARKTGERICHT (Marknadsdomstolen), GRUR Int. 1999, 629.

1908 MARKTGERICHT (Marknadsdomstolen), GRUR Int. 1999, 629.

1909 MARKTGERICHT (Marknadsdomstolen), GRUR Int. 1999, 629.

2. STIM vs. TV 4/Kanal 5

Interessanterweise wurde die Frage der Berechnungsmethode der Vergütung in einem späteren Rechtsstreit erneut aufgegriffen, diesmal von den beiden anderen Sendeunternehmen (TV 4 und Kanal 5).¹⁹¹⁰ Wiederum machten die Sender zunächst bei der schwedischen Kartellbehörde geltend, dass die Berechnungsmethode von STIM im Vergleich zu öffentlich-rechtlichen Sendeunternehmen nicht angemessen sei und die Verwertungsgesellschaft daher ihre marktbeherrschende Stellung missbrauche.

Nachdem die Kartellbehörde den Erlass einer Abstellungsverfügung abgelehnt hatte, erhoben beide Sendeunternehmen Klage vor dem Marktgericht. Dieses setzte das Verfahren aus und rief den EuGH im Wege des *Vorabentscheidungsverfahrens* an. Dabei ging es vornehmlich um zwei Fragestellungen: zum einen, ob es einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellt, wenn eine Verwertungsgesellschaft ein Vergütungsmodell anwendet, welches sich auf einen Teil der Einnahmen des Sendeunternehmens bezieht; zum anderen, ob ein Missbrauch gegeben ist, wenn das Vergütungsmodell in unterschiedlicher Weise auf verschiedene Lizenznehmer (privater und öffentlich-rechtlicher Rundfunk) angewandt wird.¹⁹¹¹

Der EuGH bestätigte zunächst die Ansicht des Marktgerichts, dass STIM auf dem relevanten Markt, d.h. dem „Markt der Überlassung urheberrechtlich geschützter musikalischer Werke in Schweden zum Zwecke ihrer Übertragung im Fernsehen“¹⁹¹², eine Monopolstellung besitze.¹⁹¹³

Nach Ansicht des EuGH bestehe ein Missbrauch grundsätzlich nicht, wenn die Vergütung als übliche Verwertung eines Urheberrechts anzusehen sei und sie in einem vernünftigen Zusammenhang mit dem wirtschaft-

1910 Siehe BERNITZ/KARNELL/PEHRSON/SANDGREN, *Immaterialrätt*, S. 383; zum Verlauf des Rechtsstreits siehe EuGH, Urteil v. 11.12.2008, Rs. C-52/-07, Rn. 1 ff. (GRUR Int. 2009, 316 ff.) – *Kanal 5, TV 4/STIM*.

1911 EuGH, Urteil v. 11.12.2008, Rs. C-52/-07, Rn. 16 (GRUR Int. 2009, 316) – *Kanal 5, TV 4/STIM*.

1912 EuGH, Urteil v. 11.12.2008, Rs. C-52/-07, Rn. 20 (GRUR Int. 2009, 317) – *Kanal 5, TV 4/STIM*.

1913 Der Anwendungsbereich der Art. 101 ff. AEUV war eröffnet, weil das besagte Vergütungsmodell nicht nur schwed. Rechteinhaber betraf und auch ein Teil der Werbekunden der Sendeunternehmen aus anderen europäischen Staaten kamen (EuGH, Urteil v. 11.12.2008, Rs. C-52/-07, Rn. 20-23 (GRUR Int. 2009, 317) – *Kanal 5, TV 4/STIM*).

lichen Wert der erbrachten Leistung stehe.¹⁹¹⁴ Dies sei im vorliegenden Fall gegeben.¹⁹¹⁵ Missbräuchlich könne ein solches Berechnungsmodell allerdings dann sein, wenn eine andere Methode existiere, mittels derer die Nutzung und der Zuschaueranteil genauer festgestellt und bestimmt werden könne, und diese Methode auch geeignet sei, den Schutz der Interessen der Urheber zu verwirklichen ohne dabei zu einer unverhältnismäßigen Steigerung der Verwaltungskosten zu führen.¹⁹¹⁶

Was die Frage einer Anwendung unterschiedlicher Bedingungen auf gleichartige Lizenznehmer betraf, so hielt der EuGH gleichwohl einen Missbrauch für möglich, gab aber dem nationalen Gericht zur Prüfung auf, ob die privaten Sendeunternehmen durch die unterschiedliche Berechnung im Wettbewerb benachteiligt würden (wobei dabei die besondere Stellung des öffentlichen-rechtlichen Rundfunks zu berücksichtigen sei) und ob schließlich diese Benachteiligung auch objektiv gerechtfertigt sei.¹⁹¹⁷

3. Würdigung

Beide Fälle betreffen die Frage einer Anwendung unterschiedlicher Bedingungen auf gleichartige Lizenznehmer im Zusammenhang mit einer EKL, da es sich bei der von STIM an die Rundfunkunternehmen eingeräumten Lizenz zur Sendung von musikalischen Werken in Fernsehprogrammen um eine EKL nach § 42e UrhG-S handelte.¹⁹¹⁸ Dabei kamen sowohl das Marktgericht als auch der EuGH zu dem Schluss, dass die Anwendung un-

1914 EuGH, Urteil v. 11.12.2008, Rs. C-52/-07, Rn. 28, 32 (GRUR Int. 2009, 317) – *Kanal 5, TV 4/STIM*.

1915 EuGH, Urteil v. 11.12.2008, Rs. C-52/-07, Rn. 34-39 (GRUR Int. 2009, 318) – *Kanal 5, TV 4/STIM*.

1916 EuGH, Urteil v. 11.12.2008, Rs. C-52/-07, Rn. 33, 40 (GRUR Int. 2009, 318) – *Kanal 5, TV 4/STIM*.

1917 EuGH, Urteil v. 11.12.2008, Rs. C-52/-07, Rn. 42-48 (GRUR Int. 2009, 318 f.) – *Kanal 5, TV 4/STIM*.

1918 Zur Frage, ob sich aus „allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Prinzipien“ ein Rechtsanspruch des Nutzers ergibt, das von einer Verwertungsgesellschaft wahrgenommene Repertoire zu nutzen, siehe die Entscheidung des ÖSTLICHEN BERURUNGSGERICHTS DÄNEMARKS (Østre Landsret), Ugeskrift for Retsvæsen (1994), 397, 400 f., in der das Gericht einen solchen Anspruch – im konkreten Fall eines Radiounternehmens, welches geltend machte, auch ohne Erlaubnis der dän. Verwertungsgesellschaft KODA zur Sendung musikalischer Werke berechtigt zu sein – verneinte.

terschiedlicher Bedingungen einer Lizenz an gleichartige Nutzer ein missbräuchliches Verhalten der Verwertungsgesellschaft darstellen kann. Werden unterschiedliche Bedingungen angewandt, so müssen diese objektiv gerechtfertigt sein.

Folglich darf eine Verwertungsgesellschaft bei der Einräumung einer erweiterten Lizenz gleichartige Lizenznehmer nicht (ungerechtfertigt) unterschiedlich behandeln. Dies erscheint gerade bei der EKL zwingend erforderlich, muss sich der Lizenznehmer durch die verstärkte Bündelung an die einzige (marktbeherrschende) Organisation wenden, um eine Lizenz zu erhalten.¹⁹¹⁹ Dies mag wiederum Einfluss auf den Spielraum der Verhandlungen bei einer EKL-Vereinbarung haben: Zwar sind die Parteien darin frei, die Nutzungsbedingungen selbst auszuhandeln, doch kann dieser Spielraum im Einzelfall aus kartellrechtlichen Gründen beschränkt sein. Eine Verwertungsgesellschaft ist nicht berechtigt, mit einem Nutzer A wesentlich günstigere Bedingungen für den Nutzer auszuhandeln als sie zuvor mit Nutzer B vereinbart hat, sofern es sich um gleichwertige Leistungen handelt und eine Ungleichbehandlung aus objektiven Gründen nicht gerechtfertigt ist.¹⁹²⁰

Mit Bezug auf die *Berechnungsmethoden* zur Vergütung der Verwertung von urheberrechtlich geschützten Gütern reiht sich die Entscheidung des EuGH in die Linie ihrer früheren Rechtsprechung ein.¹⁹²¹ Die Erhebung von Gebühren, die als übliche Verwertung eines Urheberrechts anzu-

1919 Vgl. schon *Prop. 1992/93:214*, S. 44.

1920 Siehe in diesem Zusammenhang auch die Entscheidung des SCHWEDISCHEN GERICHTSHOFS (Högsta Domstolen), NJA 2003, 465 – *Hotell du Nord*, welche die Angemessenheit eines Tarifs für die Nutzung von Werken mit Bezug auf die Rechte von ausübenden Künstlern an Tonträgern durch Hotels und Restaurants betraf. Die schwed. Verwertungsgesellschaft SAMI, welche die Vergütungsrechte der ausübenden Künstler (§ 47 (2), (3) UrhG-S) wahrnimmt, räumte eine Ermäßigung des Tarifs für jene Hotels ein, die dem schwed. Restaurant- und Hotelerverband SHR (Sveriges Hotell- och Restaurangföretagare) angehörten. Außenstehende, d.h. nicht-organisierte Hotels mussten hingegen einen mehr als doppelt so teuren Tarif zahlen. Das Gericht sah in dem doppelten Vergütungsmodell einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung von SAMI, zumal SAMI nicht aufzeigen konnte, dass der erhobene Tarif noch angemessen und damit gerechtfertigt war. Kritisch zu der Entscheidung: KARNELL, NIR 2004, 189 ff.; dagegen aber: BERNITZ, NIR 2004, 369 ff.

1921 RIIS, NIR 2009, 627.

sehen sind, stellt grundsätzlich keinen Missbrauch dar.¹⁹²² Sie müssen allerdings in einem „vernünftigen Zusammenhang“ zu den von der Verwertungsgesellschaft erbrachten Leistungen stehen. Ein Missbrauch kann vorliegen, wenn es andere Methoden gibt, die geeignet wären, dasselbe Ziel des Schutzes der Interessen der Rechteinhaber zu erreichen, ohne dass es dabei gleichzeitig zu einer Erhöhung der Verwaltungskosten und zu einer Überwachung der Nutzungshandlungen kommt.¹⁹²³

Beide Aspekte haben nunmehr auch Eingang in die *Wahrnehmungs-RL* gefunden. Nach Art. 16 (2) Wahrnehmungs-RL sind Lizenzbedingungen auf „objektive und diskriminierungsfreie Kriterien zu stützen“. Die von einer Verwertungsgesellschaft aufgestellten Tarife müssen dabei „in einem angemessenen Verhältnis unter anderem zu dem wirtschaftlichen Wert der Nutzung der Rechte unter Berücksichtigung der Art und des Umfangs der Nutzung des Werks und sonstiger Schutzgegenstände sowie zu dem wirtschaftlichen Wert der von der Organisation für die kollektive Rechtewahrnehmung erbrachten Leistungen“ stehen.¹⁹²⁴ Mit Umsetzung der Wahrnehmungs-RL werden diese aus dem Kartellrecht fließenden Vorgaben auch Einzug in das nationale (skandinavische) Urheberrecht erhalten.¹⁹²⁵

Übertragen auf die EKL bedeutet dies, dass die im Rahmen einer EKL gegenüber einem Nutzer festgesetzte oder ausgehandelte Vergütung sich möglichst an den vorgenommenen Nutzungshandlungen orientieren muss. Die Verwertungsgesellschaft ist aber auch – wie bereits gesehen – aufgrund der Vorgaben des internationalen Rechts grundsätzlich zu einer möglichst präzisen und den Nutzungshandlungen entsprechenden individuellen Verteilung *an die einzelnen Rechteinhaber* (v.a. der Außenstehenden) verpflichtet.¹⁹²⁶

Mithin *komplettieren* sich beide Seiten, die eine aus der Notwendigkeit eines besonderen Schutzes außenstehender Rechteinhaber fließende, die andere aus dem kartellrechtlichen Verbot der Anwendung eines missbräuchlichen Vergütungsmodells resultierende Verpflichtung der Verwer-

1922 Siehe schon EuGH, Urteil v. 09.04.1987, Rs. 402/85, Rn. 18 (GRUR Int. 1988, 243 ff.) – *Basset*; EuGH, Urteil v. 13.07.1989, Rs. 395/87, Rn. 40 (GRUR Int. 1990, 625 f.) – *Tournier*; siehe auch jüngst EuGH, Urteil vom 27.02.2014, Rs. C-351/12, Rn. 86-88 (GRUR Int. 2014, 401 f.) – *OSA*.

1923 EuGH, Urteil v. 13.07.1989, Rs. 395/87, Rn. 45 (GRUR Int. 1990, 626) – *Tournier*.

1924 Vgl. auch Erwägungsgrund (31) Wahrnehmungs-RL.

1925 Siehe *SOU 2015:47*, S. 300 ff., 305 ff.

1926 Siehe oben, bei § 8 C III 3 b cc.

tungsgesellschaft, unter einem EKL-Regime dafür Sorge zu tragen, dass es zu einer möglichst genauen, die Nutzungshandlung widerspiegelnden Tarifierhebung einerseits und einer die einzelnen Nutzungsvorgänge entsprechenden Verteilung andererseits kommt.