

## D. Die Entscheidung der GD Wettbewerb vom 16. Juli 2008

Die Entscheidung war formal nur an die 24 verfahrensbeteiligten Verwertungsgesellschaften gerichtet<sup>156</sup> und sah eine Umsetzung innerhalb von 120 Tagen vor<sup>157</sup>. Von einer Verhängung von Geldbußen sah die Kommission hingegen ab.

### I. Mitgliedschafts- und Ausschließlichkeitsklauseln

In den angegriffenen Mitgliedschaftsklauseln erblickte die Kommission einen Verstoß gegen ex-Art. 81 Abs. 1 EG und Art. 53 Abs. 1 EWR-Abkommen in zweifacher Hinsicht: Zum einen würden sie den Wettbewerb zwischen den Verwertungsgesellschaften um die Rechtsinhaber beschränken, indem letzteren der Wechsel zu anderen Verwertungsgesellschaften erschwert wird. Zum anderen würde auch mittelbar der potentielle Wettbewerb zwischen den Verwertungsgesellschaften um die Musiknutzerim Bereich der Lizenzierung ihres eigenen Repertoires reduziert. Denn die Mitgliedschaftsklauseln trügen dazu bei, dass sich die Rechteverwaltung der jeweiligen Verwertungsgesellschaften auf das Repertoire der Rechtsinhaber desselben Landes beschränke und damit vermehrt getrennte nationale und damit einseitige und für Musiknutzer weniger attraktivere Musikrepertoires entstünden, als dies sonst der Fall wäre<sup>158</sup>.

In den Ausschließlichkeitsklauseln erkannte die Kommission aufgrund der Tatsache, dass dadurch jeder Verwertungsgesellschaft die Lizenzvergabe auch des eigenen Repertoires in den Gebieten aller ausländischen Gesellschaften unmöglich gemacht werde, eine Wettbewerbsbeschränkung sowohl zwischen den Verwertungsgesellschaften, die in ihrem eigenen nationalen Tätigkeitsgebiet keinem Konkurrenzdruck ausgesetzt wären, als auch auf der Ebene des Lizenzierungsmarkts, da die Musiknutzer aufgrund der strikten Marktaufteilung die Rechte des gesamten oder auch nur von Teilen des Musikrepertoires für jedes Land stets nur bei einer einzigen Verwertungsgesellschaft erwerben könnten<sup>159</sup>. Die Kommission verwies in diesem Zusammenhang auch auf die *Tournier*- und *Lucazeau*-Entscheidungen des EuGH, in denen die Wettbewerbswidrigkeit von Ausschließlichkeitsklauseln in Gegenseitigkeitsverträgen bereits im Jahr 1989 festgestellt worden war<sup>160</sup>.

156 Die CISAC selbst war nicht Adressatin der Verfügung, da sie die angegriffenen Klauseln bereits aus ihrem Mustervertrag entfernt hatte. Vgl. *Alich*, GRUR Int. 2009, 91, 92.

157 Vgl. Kommissions-Entscheidung *CISAC*, Rn. 263.

158 Vgl. Kommissions-Entscheidung *CISAC*, Rn. 126.

159 Vgl. Kommissions-Entscheidung *CISAC*, Rn. 140 ff.

160 Vgl. EuGH, Urteil v. 13.7.1989, Rs. 395/87, Slg. 1989, I-2521, Rn. 20 – *Tournier*; Urteil v. 13.7.1989, verb. Rs. 110/88, 241/88 und 242/88, Slg. 1989, I-2811, Rn. 14 – *Lucazeau*. Vgl. dazu auch bereits oben § 4.

## II. Territoriale Beschränkungen in den Gegenseitigkeitsverträgen

Was die territoriale Beschränkung der gegenseitigen Rechtseinräumung auf das jeweilige nationale Tätigkeitsgebiet anbelangt, bezog sich die Kommissions-Entscheidung nur auf die Bereiche der Internet-, Satelliten- und Kabelnutzung. Anders als es im Rahmen der Mitteilung der Beschwerdepunkte vom Januar 2006 noch den Anschein hatte, hielt die Kommission diese Klauseln nicht mehr generell für wettbewerbswidrig, sondern beschränkte den Vorwurf auf abgestimmte Verhaltensweisen zwischen den Verwertungsgesellschaften im Hinblick auf die territoriale Abgrenzung der jeweiligen nationalen Tätigkeitsbereiche<sup>161</sup>.

Zur Begründung dessen, dass die in den Gegenseitigkeitsvereinbarungen sämtlicher CISAC-Mitglieder verankerten territorialen Beschränkungen nicht durch ein von Marktkräften bestimmtes unabhängiges Verhalten zu erklären seien und daher nicht das Ergebnis normaler Wettbewerbsbedingungen darstellten, bezog sich die Kommission erneut auf die *Tournier*- und *Lucazeau*-Entscheidungen des EuGH. Das Gericht hatte darin Kriterien für die Prüfung abgestimmter Verhaltensweisen im Sinne von ex-Art. 81 Abs. 1 EG vorgegeben. Der EuGH führte damals aus, dass das Parallelverhalten der territorialen Abgrenzung der gegenseitigen Mandate zwischen den Verwertungsgesellschaften als ein wichtiges Indiz für ein abgestimmtes Verhalten zu werten sei, sofern keine anderen Gründe dafür sprächen, dass die Marktaufteilung das Ergebnis unabhängigen Marktverhaltens ist<sup>162</sup>.

Anders als noch im Bereich der traditionellen, naturgemäß territorial geprägten Nutzungsformen im Offline-Sektor seien nach Auffassung der Kommission in den Fällen der Internet-, Satelliten- und Kabelnutzung keine anderen Umstände ersichtlich, durch die sich das Parallelverhalten der Verwertungsgesellschaften erklären ließe<sup>163</sup>. Die Kommission stellte hierbei entscheidend darauf ab, dass zu einer effektiven Kontrolle dieser Nutzungsformen keine lokale Präsenz in den ausländischen Gebieten mehr notwendig sei. Es existierten heute technische Lösungen, die eine Kontrolle der Lizenznehmer ermöglichten, auch wenn die Nutzung außerhalb des inländischen Tätigkeitsgebiets der jeweiligen Verwertungsgesellschaften erfolge. Verwertungsgesellschaften wendeten bereits – etwa in Umsetzung des Santiago-Modells – eine Reihe von Lizenzierungspraktiken an, die bewiesen, dass sie zu einer wirksamen Kontrolle der Nutzungen und Nutzer auch im Ausland in der Lage seien<sup>164</sup>. Gerade das Internet weise technische Merkmale auf, die sich grundlegend von denen der traditionellen Musikknutzung, wie sie den Fällen *Tournier* und *Lucazeau* zugrunde lag, unterschieden. Das noch im Offline-Bereich

161 Vgl. Müller, ZUM 2009, 121, 129.

162 Vgl. EuGH, Rs. 395/87, a.a.O., Rn. 24 – *Tournier*; EuGH, verb. Rs. 110/88, 241/88 und 242/88, a.a.O., Rn. 18 – *Lucazeau*.

163 Vgl. hierzu im Einzelnen Kommissions-Entscheidung *CISAC*, Rn. 156 ff.

164 Vgl. Kommissions-Entscheidung *CISAC*, Rn. 174 ff.

zentrale Argument der Unwirtschaftlichkeit des Aufbaus mehrfacher Wahrnehmungsstrukturen zur Lizenzierung und Kontrolle von Urheberrechtsnutzungen im Ausland könne im Internet-Umfeld aufgrund der Möglichkeit effektiver Fernkontrolle keine Geltung mehr beanspruchen. Aufgrund der elektronischen Identität eines jeden musikalischen Werks sowie der möglichen Identifizierung aller Musiknutzer anhand der IP-Adresse ihrer Computer könnten die Nutzungen genau zugeordnet und damit kontrolliert werden<sup>165</sup>.

Die abgestimmten Verhaltensweisen führten in Bezug auf Mehrprogrammlicenzen zu nationalen Monopolen und zu einer Aufteilung des EWR in nationale Märkte und hätten daher auch wettbewerbsbeschränkende Wirkung. Denn die in sämtlichen Gegenseitigkeitsverträgen niedergelegten Vereinbarungen einer stets auf das jeweilige nationale Gebiet beschränkten Rechtseinräumung führten dazu, dass immer nur eine einzige Verwertungsgesellschaft Multi-Repertoire-Lizenzen für ein bestimmtes Gebiet erteilen könne<sup>166</sup>. Diese einheitliche territoriale Marktaufteilung beschränke den Wettbewerb somit einerseits auf Ebene der Verwertungsgesellschaften, da im Hinblick auf Mehrprogrammlicenzen jede einzelne ohne Wettbewerbsdruck seitens konkurrierender Gesellschaften tätig sein könne, andererseits auch auf der Ebene des Lizenzierungsmarkts gegenüber den Musiknutzern, da den Musiknutzern beim Erwerb von Mehrprogramm-Lizenzen keine Alternativen zur jeweiligen inländischen Verwertungsgesellschaft offen stünden<sup>167</sup>.

Nach Ansicht der Kommission seien die territorialen Beschränkungen auch nicht objektiv notwendig<sup>168</sup>, um zu gewährleisten, dass die Verwertungsgesellschaften überhaupt weiterhin Gegenseitigkeitsverträge abschließen und sich gegenseitig Mandate erteilten. Den Einwand einiger Verwertungsgesellschaften, durch die drohende Konkurrenz auf bestimmten Gebieten nach Wegfall der Territorialitätsklauseln würde jeder Anreiz zur gegenseitigen Mandatserteilung entfallen, wies die Kommission zurück. Erstens seien territoriale Beschränkungen wei-

165 Vgl. Kommissions-Entscheidung *CISAC*, Rn. 189 ff.

166 Vgl. Kommissions-Entscheidung *CISAC*, Rn. 204.

167 Vgl. Kommissions-Entscheidung *CISAC*, Rn. 207 ff.

168 Vgl. zu diesem Erfordernis *Europäische Kommission*, Leitlinien zu (ex-)Art. 81 Abs. 3 EG, ABl. EU Nr. C 101/97 vom 27.4.2004, Rn. 18, Nr. 2: Danach werden Beschränkungen, die für das Bestehen einer Vereinbarung dieser Art objektiv notwendig sind, nicht von ex-Art. 81 Abs. 1 EG erfasst. Objektiv notwendig sind vertragliche Beschränkungen, wenn die beteiligten Unternehmen angesichts der Art der Vereinbarung und der Merkmale des Marktes eine weniger beschränkende Vereinbarung von Unternehmen unter ähnlichen Gegebenheiten nicht geschlossen hätten. Eine solche Ausnahme von der Anwendung von ex-Art. 81 Abs. 1 EG kann allerdings nur auf der Grundlage objektiver, von den Parteien unabhängiger Faktoren erfolgen und nicht anhand der subjektiven Auffassung und besonderen Eigenschaften der Parteien. Es wäre daher nicht ausreichend, dass die Parteien in ihrer besonderen Lage lediglich nicht dazu bereit gewesen wären, eine weniger beschränkende Vereinbarung zu schließen. Vgl. dazu auch EuGH, Urteil vom 30. Juni 1966, Rs. 56/65, Slg. 1966, S. 337 - *Société Technique Minière*; EuGH, Urteil vom 8. Juni 1982, Rs. 258/78, Slg. 1982, S. 2015 - *Nungesser*.

terhin zulässig, solange sie nicht ein Parallelverhalten aller Gesellschaften indizierten<sup>169</sup>. Zudem erschien der Kommission der Einwand ohnehin kaum glaubwürdig, dass die Verwertungsgesellschaften durch die vollständige Beendigung der Gegenseitigkeitsvereinbarungen einfach den Schutz ihrer Mitglieder im Ausland aufgeben würden, nur weil ein gewisses Maß an Wettbewerb aufgrund des Verbots eines derartigen abgestimmten Verhaltens entstünde<sup>170</sup>. Das Interesse der Verwertungsgesellschaften, bei mehreren konkurrierenden Gesellschaften auf demselben Gebiet einen „Tarifwettlauf nach unten“ zu verhindern, könne im Übrigen durch die Festlegung von Mindestlizenzen – etwa anhand des Bestimmungslandprinzips<sup>171</sup> – sichergestellt werden<sup>172</sup>.

Eine kartellrechtliche Freistellung nach ex-Art. 81 Abs. 3 EG bzw. Art. 53 Abs. 3 EWR-Abkommen lehnte die Kommission schließlich ebenso ab<sup>173</sup> wie eine Anwendung von ex-Art. 86 Abs. 2 EG<sup>174</sup>.

### *E. Nichtigkeitsklage gegen die Entscheidung und Antrag auf Aussetzung des Vollzugs*

Die Entscheidung der Kommission erfuhr seitens der meisten Verwertungsgesellschaften, einschließlich der GEMA, erhebliche Kritik<sup>175</sup>, nur wenige kleinere Verwertungsgesellschaften wie etwa die niederländische BUMA/STEMRA bekundeten ihre Zustimmung<sup>176</sup>. Neben dem Dachverband CISAC reichten daher insge-

169 Vgl. Kommissions-Entscheidung *CISAC*, Rn. 213 ff.

170 Vgl. Kommissions-Entscheidung *CISAC*, Rn. 216.

171 Vgl. zum Bestimmungslandprinzip auch unten § 14. A.

172 Vgl. Kommissions-Entscheidung *CISAC*, Rn. 217 ff.

173 Vgl. Kommissions-Entscheidung *CISAC*, Rn. 229 ff. Dieses Ergebnis ist angesichts der Ausführungen der Kommission zur Freistellung nach ex-Art. 81 Abs. 3 EG im Rahmen ihrer IFPI-Simulcasting-Entscheidung vom 8.10.2002 wenig überraschend; vgl. hierzu *Europäische Kommission*, Entscheidung COMP/C2/38.014 – *IFPI/Simulcasting*, vom 8.10.2002, ABl. EG Nr. L 107/59/70, Rz. (84) ff. Siehe hierzu bereits oben § 5. B.

174 Vgl. Kommissions-Entscheidung *CISAC*, Rn. 256 ff.

175 Insbesondere rügten die Verwertungsgesellschaften wie etwa die GEMA neben der nach ihrer Auffassung inhaltlichen Unrichtigkeit auch die kurze Umsetzungsfrist sowie das Bestehen von Rechtsunsicherheit infolge der nach ihrer Ansicht fehlenden Klarheit der Entscheidung. Vgl. etwa Pressemitteilung der GEMA vom 16.7.2008; *Heker*, Vorstandsvorsitzender der GEMA, Interview in *Musikwoche*, 5/2009, S. 14; *Institut für Urheber- und Medienrecht*, GEMA klagt gegen CISAC-Entscheidung der EU-Kommission, Meldung vom 09.10.2008; online abrufbar unter (zuletzt abgerufen am 28.6.2009): <http://www.urheberrecht.org/news/3401/>. Siehe auch die Ausführungen der GEMA in ihrem Antrag auf Aussetzung der Vollziehung beim EuG; vgl. EuG, Beschluss vom 14.11.2008, Rs. T-410/08 R - *GEMA/Kommission*.

176 Vgl. *Musikwoche*, Erste Reaktionen auf EU-Entscheid im CISAC-Verfahren, Meldung vom 16.7.2008.