

SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN

VERICA TRSTENJAK

vom 11. September 2008¹

Inhaltsverzeichnis

| | | | |
|-----|---|---|----------|
| I | — | Einleitung | I - 9279 |
| II | — | Rechtlicher Rahmen | I - 9280 |
| | A | — Gemeinschaftsrecht | I - 9280 |
| | B | — Nationales Recht | I - 9280 |
| III | — | Sachverhalt, Ausgangsverfahren und Vorlagefrage | I - 9281 |
| | A | — Sachverhalt | I - 9281 |
| | B | — Ausgangsverfahren und Vorlagefrage | I - 9283 |
| IV | — | Verfahren vor dem Gerichtshof | I - 9284 |
| V | — | Vorbringen der Beteiligten | I - 9284 |
| VI | — | Rechtliche Würdigung | I - 9287 |
| | A | — Vorbemerkungen | I - 9287 |
| | B | — Zur ersten Vorlagefrage | I - 9289 |
| | | 1. Die Leistung der STIM | I - 9290 |
| | | 2. Die Vergütung | I - 9291 |
| | | 3. Verhältnis der Vergütung zur Leistung | I - 9292 |
| | | a) Fester Anteil am Einkommen | I - 9293 |
| | | b) Variabler Anteil am Einkommen | I - 9295 |

1 — Originalsprache: Slowenisch.

| | |
|---|----------|
| 4. Ergebnis | I - 9298 |
| C — Zur zweiten und zur dritten Vorlagefrage | I - 9298 |
| 1. Berechnungsmethode wie die gegenwärtig von der STIM verwendete | I - 9299 |
| a) Feststellung und Quantifizierung der Nutzung urheberrechtlich geschützter musikalischer Werke. | I - 9301 |
| b) Feststellung und Quantifizierung der Zuschauerzahl | I - 9302 |
| c) Berücksichtigung anderer Faktoren für die Steigerung der Einnahmen | I - 9304 |
| d) Ergebnis | I - 9305 |
| 2. Potenzielle, anders ausgestaltete Berechnungsmethoden | I - 9306 |
| D — Zur vierten Vorlagefrage | I - 9306 |
| 1. Unterschiedliche Bedingungen bei gleichwertiger Leistung | I - 9307 |
| 2. Wettbewerbsverhältnis | I - 9308 |
| 3. Ergebnis | I - 9308 |
| VII — Ergebnis | I - 9309 |

I — Einleitung

1. Im vorliegenden Vorabentscheidungsersuchen geht es um eine Vergütung, die eine schwedische Verwertungsgesellschaft gegenüber Fernsehsendern für die Nutzung von urheberrechtlich geschützten musikalischen Werken aus dem von ihr verwalteten Gesamtrepertoire geltend macht. Die Fragen

stellen sich in einem Rechtsstreit zwischen privaten Fernsehsendern und der schwedischen Verwertungsgesellschaft. In diesem Rechtsstreit beantragen die privaten Fernsehsender, der Verwertungsgesellschaft zu untersagen, bestimmte Berechnungsmethoden zur Berechnung der Vergütung zu verwenden. Das vorlegende Gericht möchte wissen, ob die Verwendung bestimmter Methoden zur Berechnung dieser Vergütung einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne des Art. 82 EG darstellt.

II — Rechtlicher Rahmen

partner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.

A — *Gemeinschaftsrecht*

2. Nach Art. 82 EG ist die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten. Dieser Missbrauch kann insbesondere in Folgendem bestehen:

- a) der unmittelbaren oder mittelbaren Erzwungung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- b) der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher;
- c) der Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;
- d) der an den Abschluss von Verträgen geknüpften Bedingung, dass die Vertrags-

B — *Nationales Recht*

3. In Schweden wird das Urheberrecht durch das Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (Gesetz [1960:729] über das Urheberrecht an literarischen und künstlerischen Werken [im Folgenden: URL]) ausgestaltet. Danach steht dem Urheber eines musikalischen Werks ein ausschließliches Recht zu, mittels dessen er insbesondere die öffentliche Aufführung seines musikalischen Werks (im Folgenden: Aufführungsrechte) sowie dessen Aufnahme und Vervielfältigung (im Folgenden: mechanische Rechte) kontrollieren kann. Dritte dürfen sein Werk grundsätzlich nicht ohne seine Erlaubnis (Lizenz) aufführen, aufnehmen oder vervielfältigen. Der Urheber kann für die Erteilung der Lizenz Lizenzgebühren verlangen.

4. Für Fernsehsender sieht das schwedische Urheberrecht eine besondere Regelung vor. Nach § 42a URL und § 42e URL können Fernsehsender mit einer Verwertungsgesellschaft, die eine Mehrzahl schwedischer Ur-

heber auf einem bestimmten urheberrechtlichen Gebiet vertritt, eine „vertragliche Lizenz“ vereinbaren. Verfügen Fernsehsender über eine solche „vertragliche Lizenz“, so kann die schwedische Regierung ihnen eine Blankettlizenz zur Nutzung der entsprechenden urheberrechtlich geschützten Werke gewähren. Eine Genehmigung der einzelnen Urheber ist dann nicht mehr erforderlich.

5. Art. 23 des Konkurrenslagen [1993:20] (Wettbewerbsgesetz, im Folgenden: KL) sieht vor, dass die Konkurrensverket (nationale Wettbewerbsbehörde) einem Unternehmen aufgeben kann, einen Verstoß gegen Art. 82 EG zu beenden. Er sieht weiter vor, dass ein Betroffener sich an das Marknadsdomstolen (nationales Gericht) richten kann, wenn die nationale Wettbewerbsbehörde seiner Beschwerde nicht abhilft.

III — Sachverhalt, Ausgangsverfahren und Vorlagefrage

A — Sachverhalt

6. Kanal 5 Ltd (im Folgenden: Kanal 5) und TV 4 AB (im Folgenden: TV 4) sind private

Fernsehsender. Sverige Television (im Folgenden: SVT) ist ein öffentlich-rechtlicher Fernsehsender.

7. Die Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå u. p. a. (im Folgenden: STIM) ist eine Verwertungsgesellschaft von Urheberrechten. Die Mitglieder der STIM sind Urheber von musikalischen Werken und Musikverlage. Mit Beitritt übertragen die Mitglieder ihren Anspruch auf Vergütung für die Nutzung ihrer Rechte durch Fernsehsender auf die STIM. Die STIM macht diese gegenüber den Fernsehsendern geltend und verteilt die eingenommenen Vergütungen auf ihre Mitglieder.

8. Die STIM hat mit ihren Schwestergesellschaften in anderen Mitglied- und Drittstaaten Gegenseitigkeitsverträge abgeschlossen. Danach kann die STIM in Schweden sowohl ihr Gesamtrepertoire² als auch das Gesamtrepertoire der Schwestergesellschaften verwerten.

2 — In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass, soweit es um die Übertragung von Kanal 5 über Satellit geht, die Vergütungsansprüche für die Nutzung urheberrechtlich geschützter musikalischer Werke von der britischen Verwertungsgesellschaft Performing Right Society wahrgenommen werden.

9. Bei der Bestimmung der Höhe der Vergütung wendet die STIM drei unterschiedliche Methoden gegenüber Fernsehsendern an:

- Von Kanal 5 und TV 4 verlangt die STIM eine Vergütung nach dem sogenannten *Haupttarif*. Danach macht die STIM einen Anteil an den Einnahmen der Fernsehsender geltend, die diese aus dem Verkauf von Werbeblöcken, subsidiär aus dem Verkauf von Werbeblöcken und aus Abonnementverträgen erzielen (im Folgenden: Einnahmen aus Werbe- und Abonnementverträgen). Dieser Anteil ist nicht fest; vielmehr wird ein Prozentsatz bestimmt, der den jährlichen Musikanteil des Fernsehsenders berücksichtigt. Die Höhe dieses Anteils steigt und sinkt zwar entsprechend dem jährlichen Musikanteil, er ist aber nicht identisch mit dem Musikanteil, sondern liegt deutlich tiefer.³ Im Übrigen werden bestimmte Abschläge für Verkaufskosten gemacht.⁴

Der jährliche Musikanteil ist der Anteil der jährlichen Sendezeit eines Fernsehsenders, während der er urheberrechtlich geschützte musikalische Werke nutzt, an dessen jährlicher Gesamtsendezeit. Der jährliche Musikanteil wird anhand von Berichten ermittelt, die Kanal 5 und TV 4

- 3 — So wird bei einem Musikanteil von 1 – 10 % ein Anteil von 0,2 % an den Einnahmen aus Werbeverträgen und von 0,15 % an den Einnahmen aus Abonnementverträgen verlangt; bei einem Musikanteil von 51 - 55 % wird ein Anteil von 4,7 % an den Einnahmen aus Werbeverträgen und von 3,48 % an den Einnahmen aus Abonnementverträgen verlangt.
- 4 — Kanal 5 und TV 4 erhalten einen Abschlag von 10 % von den Verkaufskosten. TV 4 erhält einen zusätzlichen Abschlag, der berücksichtigen soll, dass dieser Fernsehsender Lizenzgebühren an den schwedischen Staat zahlen muss, um im Kabelnetz zu senden.

der STIM vorlegen. Aus diesen Berichten ergibt sich, wie lange ein geschütztes musikalisches Werk in den einzelnen Sendungen genutzt wurde. Der jährliche Musikanteil wird *ex post* für ein gesamtes Jahr ermittelt.

- Von SVT verlangt die STIM eine Vergütung nach einem anderen Berechnungsmodell. SVT finanziert sich im Wesentlichen über staatliche Gebühren und hat kaum Werbeeinnahmen. Daher werden für SVT fiktive Einnahmen aus Werbeverträgen berechnet.⁵ Die STIM verlangt von SVT einen Anteil von diesen fiktiven Einnahmen aus Werbeverträgen, der den jährlichen Musikanteil von SVT berücksichtigt. Allerdings wird der jährliche Musikanteil von SVT *ex ante* prognostiziert. Eine Berücksichtigung des tatsächlichen Musikanteils von SVT *ex post* findet nicht statt.

- Den sogenannten *Mindesttarif* wendet die STIM bei Fernsehsendern an, die noch keine größeren Umsätze erreicht haben. Dieser Tarif stellt auf die Zahl der Musikstunden pro Jahr und die tatsächliche Sehdauer bei dem betreffenden Fernsehkanal ab. Die tatsächliche Sehdauer errechnet sich auf der Grundlage von Personen pro Tag.⁶

5 — Dieses Berechnungsmodell berücksichtigt auch fiktive Verkaufskosten.

6 — Dieser Wert wird von der Einrichtung Mediamätning i Skandinavien AB (im Folgenden: MMS) ermittelt. MMS ist eine Einrichtung, die von den Fernsehsendern und anderen Beteiligten getragen wird.

B — Ausgangsverfahren und Vorlagefrage

10. Kanal 5 und TV 4 stellten im Oktober 2004 bei der Konkurrentenverket einen Antrag auf eine Verfügung gegen die STIM wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Die Konkurrentenverket sah allerdings keine Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen Art. 82 EG. Daraufhin beantragten Kanal 5 und TV 4 vor dem Marknadnsdomstolen (vorlegendes Gericht), der STIM die Verwendung bestimmter Berechnungsmethoden für die Bestimmung der Vergütung zu untersagen. Die Untersagungsanträge von Kanal 5 und TV 4 sind zum Teil allgemein formuliert, ohne Bezug auf die von der STIM gegenwärtig verwendete Berechnungsmethode zu nehmen.

11. Das vorlegende Gericht hat festgestellt, dass der sachlich und räumlich relevante Markt der schwedische Markt für die Verbreitung von urheberrechtlich geschützten musikalischen Werken im Fernsehen ist und dass die STIM auf diesem Markt aufgrund ihrer faktischen Monopolstellung eine marktbeherrschende Stellung hat. Es hat weiter festgestellt, dass das Verhalten der STIM den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen kann. Das vorlegende Gericht verweist in seinem Vorlagebeschluss zunächst darauf, dass die Berechnungsmethode auch auf die Vergütung für die Nutzung von urheberrechtlich geschützten musikalischen Werken von Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten angewendet werde. Weiter sei ein Teil der Unternehmen, mit denen Kanal 5 und TV 4 Werbeverträge abschlossen, in anderen Mitgliedstaaten niedergelassen. Schließlich sende Kanal 5 aus dem Vereinigten Königreich.

12. Dann hat das nationale Gericht das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen vorgelegt:

1. Ist Art. 82 EG dahin auszulegen, dass ein Verfahren einen Missbrauch einer beherrschenden Stellung darstellt, wenn eine Urheberrechtsorganisation, die in einem Mitgliedstaat faktisch eine Monopolstellung innehat, gegenüber kommerziellen Fernsehsendern für das Recht der Verbreitung von Musik in für die Allgemeinheit bestimmten Fernsehsendungen ein Vergütungsmodell anwendet oder es ihnen aufzwingt, wonach die Vergütung sich auf einen Teil der Einnahmen der Fernsehsender aus solchen für die Allgemeinheit bestimmten Fernsehsendungen beläuft?
2. Ist Art. 82 EG dahin auszulegen, dass ein Verfahren einen Missbrauch einer beherrschenden Stellung darstellt, wenn eine Urheberrechtsorganisation, die in einem Mitgliedstaat faktisch eine Monopolstellung innehat, gegenüber kommerziellen Fernsehkanälen für das Recht der Verbreitung von Musik in für die Allgemeinheit bestimmten Fernsehsendungen ein Vergütungsmodell anwendet oder es ihnen aufzwingt, wonach die Vergütung sich auf einen Teil der Einnahmen der Fernsehsender aus für die Allgemeinheit bestimmten Fernsehsendungen beläuft, wenn es an einem klaren Zusammenhang zwischen den Einnahmen und der Leistung der Urheberrechtsorganisation, nämlich der Erlaubnis zur Ausstrahlung urheberrechtlich geschützter Musik,

fehlt, was z. B. oft bei Nachrichten- und Sportsendungen sowie dann der Fall ist, wenn die Einnahmen aufgrund der Ausweitung des Programmangebots, von Investitionen in Technik und der Entwicklung kundenangepasster Lösungen zunehmen?

3. Ist es für die Antwort auf die Fragen 1 und 2 von Bedeutung, dass es möglich ist, sowohl die ausgestrahlte Musik als auch den Zuschaueranteil festzustellen und zu quantifizieren?

4. Ist es für die Antwort auf die Fragen 1 und 2 von Bedeutung, dass das Vergütungsmodell (Einnahmenmodell) gegenüber einem öffentlich-rechtlichen Unternehmen nicht in ähnlicher Weise angewandt wird?

IV — Verfahren vor dem Gerichtshof

13. Das Vorabentscheidungsersuchen ist am 6. Februar 2007 beim Gerichtshof eingegangen. Im schriftlichen Verfahren haben Kanal 5 und TV 4, die STIM, die Regierung des Vereinigten Königreichs, die polnische Regierung und die Kommission Erklärungen eingereicht. An der Sitzung vom 12. Juni 2008 haben Kanal 5, die STIM, die Regierung des Vereinigten Königreichs und die Kommission teilgenommen und ihren Vortrag ergänzt.

V — Vorbringen der Beteiligten

14. *Kanal 5 und TV 4* sind der Auffassung, dass die STIM durch die Verwendung ihrer Berechnungsmethoden ihre marktbeherrschende Stellung missbrauche. Die STIM erzwingen unangemessene Verkaufspreise, beschränke die Erzeugung, den Absatz und die technische Entwicklung zum Schaden der Verbraucher und behandle die Fernsehsender ungleich.

15. Hinsichtlich der *ersten, der zweiten und der dritten Vorlagefrage* führen Kanal 5 und TV 4 im Wesentlichen aus, dass es keinen ausreichenden Zusammenhang zwischen der Leistung der STIM und den Einnahmen eines Fernsehsenders aus Werbe- und Abonnementverträgen gebe. In diesem Zusammenhang rügen Kanal 5 und TV 4 weiter, dass der ganz überwiegende Teil der Einnahmen der Fernsehkanäle aus Werbeverträgen zur Hauptsendezeit erzielt werde, der Musikanteil zu dieser Zeit allerdings relativ gering sei. Auch bei Nachrichten und Sportsendungen sei der Musikanteil der Sendungen gering. Die Verwendung einer pauschalisierten Vergütungsmethode könne zwar angemessen sein, um die Kosten der kollektiven Rechteverwaltung zu senken. Wenn es aber technisch möglich sei, die gesendeten urheberrechtlich geschützten musikalischen Werke und die Einschaltquoten zu identifizieren und zu quantifizieren, müsse die STIM diese technischen Möglichkeiten in ihrer Berechnungsmethode berücksichtigen.

16. Hinsichtlich der *vierten Vorlagefrage* vertreten Kanal 5 und TV 4 die Ansicht, dass in der Anwendung unterschiedlicher Vergütungsmodelle eine Diskriminierung liege. Weiter weisen sie darauf hin, dass Kanal 5, TV 4 und SVT Abnehmer auf dem schwedischen Markt für die Verbreitung von urheberrechtlich geschützten musikalischen Werken im Fernsehen seien.

17. Die *STIM* ist der Auffassung, dass die Beantwortung der Vorlagefragen in den Bereich des *acte clair* fällt. Art. 82 EG sei im vorliegenden Fall nicht anwendbar, da die Ausübung eines ausschließlichen Urheberrechts die Substanz des Urheberrechts betreffe. Die Ausübung könne somit nicht unter den Anwendungsbereich von Art. 82 EG fallen. In diesem Zusammenhang verweist die *STIM* auf Art. 295 EG und auf Art. 307 EG in Verbindung mit der Berner Übereinkunft⁷.

18. Inhaltlich bemerkt die *STIM zur ersten, zur zweiten und zur dritten Vorlagefrage*, dass die von ihr verwendete Kalkulationsmethode alle zentralen Aspekte berücksichtige. Sie beruhe auf objektiven und transparenten Kriterien und sei einfach und billig in der Anwendung. Sie berücksichtige den jährlichen Musikanteil der Fernsehsender. Weiter berücksichtige sie den potenziellen Zuschaueranteil und den wirtschaftlichen Zusammenhang der Verwertung der Urheberrechte. Ferner sei sie flexibel und erleichtere neuen, kleineren Fernsehsendern den Zugang zum Markt. Schließlich gebe sie auch den Wert des Urheberrechts zutreffend wieder. Daher führe die Existenz von technischen Möglichkeiten, mittels deren sich das Ausmaß der Nutzung urheberrechtlich geschütz-

ter musikalischer Werke und der Einschaltquoten präzise feststellen lasse, nicht dazu, dass die Verwendung der gegenwärtigen Berechnungsmethode missbräuchlich sei.

19. Hinsichtlich der *vierten Vorlagefrage* vertritt die *STIM* die Ansicht, dass die Verwendung einer unterschiedlichen Berechnungsmethode keine Diskriminierung darstelle. Ein Wettbewerbsnachteil von Kanal 5 und TV 4 liege bereits deshalb nicht vor, weil die Fernsehsender auf unterschiedlichen Märkten tätig würden. Es müsse unterschieden werden zwischen dem Markt für öffentliches Fernsehen und für Bezahlfernsehen. Innerhalb des Marktes für öffentliches Fernsehen müsse unterschieden werden zwischen öffentlich-rechtlichen Fernsehsendern, die durch öffentliche Gebühren finanziert würden, und privaten Fernsehsendern, die durch Werbeeinnahmen finanziert würden. Weiter liege keine Ungleichbehandlung vor, da SVT durch öffentliche Gebühren finanziert werde.

20. Die *polnische Regierung* vertritt hinsichtlich der *ersten, der zweiten und der dritten Vorlagefrage* die Ansicht, dass die Anwendung einer Berechnungsmethode wie die von der *STIM* gegenwärtig verwendete in sich keinen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstelle, soweit die Höhe der Vergütungen den wirtschaftlichen Wert der Nutzung urheberrechtlich geschützter musikalischer Werke und der Leistung der Verwertungsgesellschaft widerspiegele. In diesem Zusammenhang sei die Identifizierung und die Quantifizierung der Musik wesentlich.

21. Zur *vierten Vorlagefrage* bemerkt die *polnische Regierung*, dass die Anwendung unterschiedlicher Berechnungsmethoden auf

7 — Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst (Pariser Fassung vom 24. Juli 1971) in der am 28. September 1979 geänderten Fassung (einsehbar unter <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/index.html>).

private und öffentlich-rechtliche Fernsehsender eine unzulässige Diskriminierung sein könne, soweit sie dazu führe, dass ungleiche Bedingungen für dieselbe Leistung angesetzt würden, ohne dass dies gerechtfertigt sei.

22. Die *Regierung des Vereinigten Königreichs* bemerkt zur *ersten, zur zweiten und zur dritten Vorlagefrage*, dass die Anwendung einer Berechnungsmethode, nach der sich die Vergütung auf einen Teil der Einnahmen aus Werbe- und Abonnementverträgen beläuft, *per se* kein missbräuchliches Verhalten darstelle. Vielmehr stelle dies eine normale Ausübung des Urheberrechts dar. Ob die Berechnungsmethode einen hinreichenden Zusammenhang mit der Nutzung der urheberrechtlich geschützten musikalischen Werke aufweise, sei eine Tatsachenfrage, die das nationale Gericht zu entscheiden habe. Weiter weist die Regierung des Vereinigten Königreichs darauf hin, dass die Nachteile einer pauschalisierten Vorgehensweise durch Effizienzvorteile ausgeglichen werden könnten.

23. Hinsichtlich der *vierten Vorlagefrage* vertritt die Regierung des Vereinigten Königreichs die Auffassung, dass das nationale Gericht prüfen müsse, ob Kanal 5 und TV 4 Wettbewerber von SVT seien. Weiter müsse das nationale Gericht prüfen, ob eine Diskriminierung vorliege.

24. Die *Kommission* führt zur *ersten, zur zweiten und zur dritten Vorlagefrage* aus, dass die Verwendung einer Berechnungsmethode, nach der sich die Vergütung auf einen Anteil der Einnahmen aus Werbe- und Abonnementverträgen beläuft, nicht *per se*

missbräuchlich sei. Es sei schwierig, den Wert der Nutzung urheberrechtlich geschützter musikalischer Werke für die Zuschauer und für die Fernsehsender zu bestimmen. Im Bereich des Urheberrechts sei es legitim, die Vergütung zumindest zum Teil an die aktuelle oder potenzielle Zuschauerzahl und an den wirtschaftlichen Wert der Nutzung für die Fernsehsender zu koppeln. Weiter sei schwierig, den Kausalitätsbezug zwischen der Nutzung urheberrechtlich geschützter musikalischer Werke und dem wirtschaftlichen Erfolg einer Sendung oder eines Fernsehsenders herzustellen. Es könne grundsätzlich angenommen werden, dass ein vernünftiger Zusammenhang zwischen den Zuschauerzahlen und den Einnahmen durch Werbe- und Abonnementverträge bestünde. Die Zuschauerzahl könne aber von Sendung zu Sendung unterschiedlich sein.

25. Nach Auffassung der Kommission muss eine Kalkulationsmethode, nach der die Vergütung sich auf einen Teil der Umsatzzahlen beläuft, das Ausmaß der Nutzung der urheberrechtlich geschützten musikalischen Werke berücksichtigen. Je mehr es möglich sei, die Musik und die Zuschauerzahl zu identifizieren und zu quantifizieren, desto besser sei es möglich, den wirtschaftlichen Wert zu bestimmen. Allerdings führe die technische Möglichkeit einer sehr präzisen Analyse nicht dazu, dass die Anwendung einer weniger präzisen Methode einen Missbrauch darstelle. In diesem Zusammenhang seien die Zuverlässigkeit der präziseren Analyse und deren Kosten zu berücksichtigen.

26. Hinsichtlich der *vierten Vorlagefrage* weist die Kommission darauf hin, dass das nationale Gericht zunächst prüfen müsse, ob Kanal 5 und TV 4 Wettbewerber von SVT seien. Weiter müsse das nationale Gericht

prüfen, ob eine Diskriminierung vorliege. Die Anwendung eines besonderen Berechnungsmodells sei nicht diskriminierend, wenn dies dazu diene, SVT den privaten Fernsehsendern dadurch anzunähern, dass eine Simulation von fiktiven Einnahmen aus Werbe- und Abonnementverträgen erstellt werde. Allerdings müsse das nationale Gericht prüfen, ob der Umstand, dass der tatsächliche Musikannteil von SVT nicht *ex post* berücksichtigt werde, zu einer Diskriminierung führe.

28. Die Fragen, die uns das nationale Gericht im vorliegenden Verfahren stellt, weisen eine gewisse Nähe zu den Fragen auf, die der Gerichtshof in den sogenannten Diskotheken-Fällen⁸ zu beantworten hatte. Der vorliegende Fall unterscheidet sich aber im Sachverhalt von den Diskotheken-Fällen, da Fernsehsender während ihrer Sendezeit urheberrechtlich geschützte musikalische Werke regelmäßig in geringerem Ausmaß nutzen als Diskotheken dies während ihrer Öffnungszeiten tun.

VI — Rechtliche Würdigung

A — Vorbemerkungen

27. Die Vorlagefragen betreffen einen Bereich, dessen soziale und wirtschaftliche Bedeutung ständig wächst. Die Tarifgestaltung von Vergütungen, die Verwertungsgesellschaften von den Nutzern der von ihnen verwalteten Rechte verlangen, ist ein besonders sensibler Bereich der kollektiven Wahrnehmung von Urheberrechten. Dieser hat bereits in der Vergangenheit regelmäßig Auseinandersetzungen zwischen den Verwertungsgesellschaften und ihren Nutzern hervorgerufen. Der Gerichtshof hatte bereits Gelegenheit, sich mit der Vereinbarkeit von Berechnungsmethoden von Verwertungsgesellschaften mit Art. 82 EG zu beschäftigen.

29. Die Vorlagefragen sind zulässig. Zwar vertritt die STIM die Auffassung, dass sich die Antworten zu den Vorlagefragen aus der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofs ergeben. Selbst wenn dies zutreffen sollte, würde dies aber nicht zu einer Unzulässigkeit der Vorlagefragen führen.⁹

30. Das vorliegende Gericht hat festgestellt, dass der sachlich und räumlich relevante Markt der schwedische Markt für die Verbreitung von urheberrechtlich geschützten musikalischen Werken im Fernsehen ist und dass die STIM auf diesem Markt aufgrund ihrer faktischen Monopolstellung eine marktbeherrschende Stellung hat. Es geht weiter davon aus, dass das Verhalten der STIM den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beein-

8 — Urteile vom 9. April 1987, Basset (402/85, Slg. 1987, 1747), vom 13. Juli 1989, Lucazeau u. a. (110/88, 241/88 und 242/88, Slg. 1989, 2811), und vom 13. Juli 1989, Tournier (395/87, Slg. 1989, 2521).

9 — Wenn sich die Beantwortung der für das Ausgangsverfahren relevanten Auslegungsfrage aus der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt, kann zwar die Verpflichtung eines nationalen Gerichts zur Vorlage dieser Auslegungsfrage an den Gerichtshof entfallen; sie berührt aber nicht die Befugnis eines nationalen Gerichts, diese Auslegungsfrage vorzulegen, siehe Urteil vom 6. Oktober 1982, Cilfit u. a. (283/81, Slg. 1982, 3415, Randnr. 15).

trächtigen kann. Die vorliegenden Fragen sind somit beschränkt auf die Auslegung des Begriffs des missbräuchlichen Verhaltens nach Art. 82 EG.¹⁰

31. Mit den *ersten drei Vorlagefragen* möchte das vorlegende Gericht wissen, ob sich eine marktbeherrschende Verwertungsgesellschaft missbräuchlich verhält, wenn sie bestimmte Berechnungsmethoden zur Berechnung der Vergütung ihrer Leistung gegenüber privaten Fernsehsendern wie Kanal 5 und TV 4 verwendet. In diesem Zusammenhang fällt auf, dass das vorlegende Gericht nicht danach fragt, ob eine bestimmte Berechnungsmethode missbräuchlich ist, weil sie zu einer exzessiv hohen Vergütung führt. Vielmehr sind seine Fragen darauf gerichtet, ob die Verwendung dieser Berechnungsmethoden missbräuchlich ist, wenn sie keinen hinreichenden Zusammenhang zwischen der Leistung der Verwertungsgesellschaft und der verlangten Vergütung herstellen.

10 — Soweit sich die STIM darauf beruft, dass Art. 82 EG vorliegend keine Anwendung findet, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass es keine ausdrückliche positiv-rechtliche Einschränkung der Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts auf Urheberrechte gibt. Auch aus Art. 295 EG und aus Art. 307 EG in Verbindung mit Art. 11bis der Berner Übereinkunft ergibt sich vorliegend nichts anderes. Die Festlegung einer Berechnungsmethode für eine Vergütung betrifft die Ausübung von Urheberrechten. Eine Kollision zwischen Art. 82 EG und Art. 11bis der Berner Übereinkunft kommt — ungeachtet der Frage, ob die STIM sich im vorliegenden Fall nach Art. 307 EG auf diese berufen kann — bereits deswegen nicht in Betracht, weil nach Art. 11bis der Berner Übereinkunft nur ein Anspruch auf eine angemessene Vergütung garantiert wird. Diese Mindestgarantie wird durch die kartellrechtliche Rahmenkontrolle der Vergütung nicht in Frage gestellt. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof bereits in früheren Urteilen die Anwendbarkeit von Art. 82 EG auf Berechnungsmethoden von Verwertungsgesellschaften bejaht hat (siehe insbesondere die Urteile Basset, in Fn. 8 angeführt, Lucazeau u. a., in Fn. 8 angeführt, und Tournier, in Fn. 8 angeführt) und die Anwendbarkeit von Art. 82 EG auf solche Berechnungsmethoden in der Fachliteratur ganz überwiegend nicht in Frage gestellt wird (Faull, J./Nikpay, A., *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, 2. Aufl. 2007, Randnrn. 8.234 bis 8.236; Liaskos, E.-P., *La gestion collective des droits d'auteurs dans la perspective du droit communautaire*, Bruylant 2004, Randnr. 699). Allerdings ist bei der Anwendung von Art. 82 EG auf Urheberrechte eine besondere Rücksicht angezeigt, siehe dazu unten Nrn. 47 bis 49 dieser Schlussanträge.

32. Weiter fällt auf, dass das vorlegende Gericht seine Fragen sehr allgemein formuliert hat und sich diese nicht ausdrücklich auf die gegenwärtig von der STIM verwendete Berechnungsmethode beziehen. Dies könnte verfahrensrechtliche Gründe haben, da Gegenstand eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 234 Abs. 1 Buchst. a EG lediglich die Auslegung primären Gemeinschaftsrechts und nicht die Beurteilung eines nationalen Sachverhalts ist.¹¹ Allerdings sind die Untersagungsanträge von Kanal 5 und TV 4 im Ausgangsverfahren zum Teil allgemein formuliert, ohne Bezug auf die von der STIM gegenwärtig verwendete Berechnungsmethode zu nehmen. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die STIM die Berechnungsmethode nach eigenem Ermessen festlegt. Vor diesem Hintergrund lässt sich nicht ausschließen, dass die Untersagungsanträge von Kanal 5 und TV 4 sich nicht nur gegen die von der STIM gegenwärtig verwendete Vergütungsmethode beziehen, sondern darauf gerichtet sind, der STIM grundsätzlich die Verwendung bestimmter Arten von Berechnungsmethoden zu untersagen. Dies ist bei der Auslegung der Vorlagefragen zu berücksichtigen.

33. In seiner *vierten Vorlagefrage* möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Anwendung *unterschiedlicher Berechnungsmethoden* auf private Fernsehsender wie Kanal 5 und TV 4 einerseits und einen öffentlich-rechtlichen Fernsehsender wie SVT andererseits missbräuchlich ist.

11 — Insofern werden die Vorlagefragen immer in einem gewissen Umfang vom Ausgangsverfahren abstrahiert.

B — Zur ersten Vorlagefrage

34. Mit seiner ersten Vorlagefrage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Verwendung einer Berechnungsmethode, nach der sich die Vergütung auf einen Teil der Einnahmen der Fernsehsender aus für die Allgemeinheit bestimmten Fernsehsendungen beläuft, ein missbräuchliches Verhalten im Sinne des Art. 82 EG darstellt. Aus dem Zusammenhang der ersten und zweiten Vorlagefrage ergibt sich, dass das vorlegende Gericht in seiner ersten Frage wissen möchte, ob eine Berechnungsmethode *bereits deswegen* missbräuchlich ist, weil sie als Vergütung einen Teil der Einnahmen der Fernsehsender ansetzt.¹²

35. Art. 82 EG verbietet nicht die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens als solche. Er bürdet Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung allerdings eine besondere Verantwortung auf. Solche Unternehmen dürfen ihre Marktstellung nicht missbrauchen.¹³ Der Begriff des Missbrauchs ist objektiv auszulegen. Darunter sind Verhaltensweisen eines Unternehmens in marktbeherrschender Stellung zu verstehen, welche die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist und welche die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung

von Mitteln behindern, die von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen.¹⁴

36. Zwar darf auch ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Interessen verfolgen. Es verhält sich aber missbräuchlich, wenn es die sich aus der marktbeherrschenden Stellung ergebenden Möglichkeiten nutzt, um geschäftliche Vorteile zu erhalten, die es bei einem normalen und hinreichend wirksamen Wettbewerb nicht erhalten hätte.¹⁵

37. In Art. 82 EG werden nicht abschließende Fallbeispiele für ein missbräuchliches Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen genannt. Dazu gehören insbesondere die unmittelbare oder mittelbare Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 82 Abs. 2 Buchst. a EG), die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher (Art. 82 Abs. 2 Buchst. b EG) und die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden (Art. 82 Abs. 2 Buchst. c EG).

12 — Die zweite Vorlagefrage wiederholt die erste Vorlagefrage, ergänzt sie allerdings durch Nennung von bestimmten Kriterien, siehe Nr. 12 dieser Schlussanträge. Die zweite Vorlagefrage verstehe ich so, dass das Gericht wissen möchte, ob eine Berechnungsmethode, die diese Kriterien nicht berücksichtigt, missbräuchlich ist, siehe Nr. 69 dieser Schlussanträge.

13 — Urteil vom 9. November 1983, *Niederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Kommission* (322/81, Slg. 1983, 3461, Randnr. 57)

14 — Urteile vom 3. Juli 1991, *AKZO/Kommission* (62/86, Slg. 1991, I-3359, Randnr. 69), und vom 13. Februar 1979, *Hoffmann-La Roche/Kommission* (85/76, Slg. 1979, 461, Randnr. 91).

15 — Urteil vom 14. Februar 1978, *United Brands und United Brands Continental/Kommission* (27/76, Slg. 1978, 207, Randnr. 248/257).

38. Da es vorliegend um die Frage geht, ob die Verwendung einer bestimmten Art von Berechnungsmethode missbräuchlich ist, scheint es primär um das Fallbeispiel nach Art. 82 Abs. 2 Buchst. a EG, also die unmittelbare oder mittelbare Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen, zu gehen. Kanal 5 und TV 4 sind zwar auch auf die Fallbeispiele nach Art. 82 Abs. 2 Buchst. b und Buchst. c EG eingegangen. Ihre Begründung in dieser Hinsicht baut allerdings auf dem Vorliegen einer unangemessenen Vergütung nach Art. 82 Abs. 2 Buchst. a EG auf. Daher werde ich zunächst auf dieses Fallbeispiel eingehen.¹⁶

39. Wie sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt, ist eine Erzwingung von unangemessenen Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen insbesondere dann anzunehmen, wenn das marktbeherrschende Unternehmen ein Entgelt oder eine Vergütung verlangt, die *in keinem angemessenen Verhältnis* zum wirtschaftlichen Wert der erbrachten Gegenleistung steht.¹⁷ Diese schwierig durchzuführende Beurteilung¹⁸ setzt eine Auseinandersetzung mit dem Wert der Leistung, der Gegenleistung und dem Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung voraus. Ich werde daher im Folgenden zunächst auf den wirtschaftlichen Wert der Leistung einer Verwertungsgesellschaft wie der STIM (1) und auf die verlangte Vergütung (2) eingehen. Anschließend werde ich prüfen, ob diese in keinem angemessenen Verhältnis stehen (3).

1. Die Leistung der STIM

40. Die Leistung einer Verwertungsgesellschaft wie der STIM besteht in der Einräumung einer Blankettlizenz für die Nutzung des von ihr verwalteten Gesamtrepertoires an urheberrechtlich geschützten musikalischen Werken. Dies ist eine recht abstrakte Leistungsbeschreibung. Ich möchte sie im Folgenden etwas veranschaulichen, um ein besseres Bild ihres wirtschaftlichen Werts zu vermitteln.

41. Zunächst ist zu berücksichtigen, dass sich das Gesamtrepertoire einer Verwertungsgesellschaft aus den individuellen Urheberrechten¹⁹ der Mitglieder zusammensetzt. Ohne die kollektive Verwertung in Form einer Verwertungsgesellschaft müsste jeder Urheber die Nutzung seines Werks kontrollieren und seinen Vergütungsanspruch gegen die Nutzer geltend machen. Ebenso müsste ein Fernsehsender ohne die Blankettlizenz vor der Nutzung eines individuellen urheberrechtlich geschützten musikalischen Werks eine Lizenz des jeweiligen Urhebers oder Musikverlags einholen. Eine individuelle Verwertung und Nutzung von urheberrechtlich

16 — Dies betrifft nur die erste, zweite und dritte Vorlagefrage. Die vierte Vorlagefrage ist auf das Fallbeispiel in Art. 82 Abs. 2 Buchst. c EG gerichtet.

17 — Vgl. Urteil *United Brands und United Brands* *Continental/Kommission* (in Fn. 15 angeführt, Randnr. 248/257), und Urteil vom 13. November 1975, *General Motors Continental/Kommission* (26/75, Slg. 1975, 1367, Randnr. 11/12).

18 — Wish, R., *Competition Law*, Reed Elsevier, 5. Aufl. 2003, S. 195; Faull, J./Nikpay, A., a. a. O. (Fn. 10), Randnr. 3.298.

19 — Zum Stellenwert des geistigen Eigentums im Gemeinschaftsrecht siehe Reinbothe, J., „Der Stellenwert des geistigen Eigentums im Binnenmarkt“, in: Schwarze, J. Becker, J. (Hrsg.), *Geistiges Eigentum und Kultur im Spannungsfeld von nationaler Regelungskompetenz und europäischem Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht*, Nomos 1998, S. 31 ff.

geschützten musikalischen Werken wäre somit sowohl für die Urheber als auch für die Fernsehsender mit einem sehr hohen wirtschaftlichen Aufwand verbunden.²⁰

rechtlich geschützter musikalischer Werke von Verwertungsgesellschaften in anderen Mitgliedstaaten und Drittstaaten.²²

2. Die Vergütung

42. Die Kollektivierung der Verwertung in Form einer Verwertungsgesellschaft und die Einräumung von Blankettlizenzen hat somit Vorteile für die Urheber und für die Fernsehsender. Für die Urheber wird eine Verwertung erleichtert bzw. wirtschaftlich erst möglich gemacht. Aus der Perspektive der Fernsehsender werden die individuellen Urheberrechte in ein Gesamtrepertoire transformiert, auf dessen Einzelelemente die Fernsehsender im Wege einer Blankettlizenz einen einfachen Zugriff erhalten, ohne vorher über eine individuelle Lizenz verhandeln zu müssen.²¹ Gegenseitigkeitsverträge zwischen verwandtesten Verwertungsgesellschaften gewähren Zugriff auf das Repertoire urheber-

43. Das vorliegende Gericht beschreibt die Vergütung in seiner Frage als einen Teil der Einnahmen der Fernsehsender aus solchen für die Allgemeinheit bestimmten Fernsehsendungen. Wie sich aus dem Vorlagebeschluss ergibt, sind darunter Einnahmen aus Werbe- und Abonnementverträgen zu verstehen.

44. Finanziert sich ein Fernsehsender durch Einnahmen aus *Werbeverträgen*, so stellt er die Sendungen Zuschauern regelmäßig kostenlos zur Verfügung. Er finanziert sich dadurch, dass er Werbeblöcke verkauft, verlangt also ein Entgelt dafür, dass er seinen Werbekunden den Kontakt zu den Zuschauern vermittelt und ihnen einen Teil seiner Sendezeit für Werbesendungen zur Verfügung stellt. Finanziert sich ein Fernseh-

20 — Daher wird darauf hingewiesen, dass die Verwertung des Urheberrechts in vielen Fällen erst durch den Zusammenschluss der beteiligten Urheber und Musikverlage in einer Verwertungsgesellschaft ermöglicht wird, siehe Dworkin, G., „Monopoly, non-participating rightowners, relationship authors/producers, Copyright Tribunal“, in: Jehoram, H. C., *Collective Administration of Copyrights in Europe*, Kluwer — Deventer, 1995, S. 12. Wünschmann, C., *Die kollektive Verwertung von Urheber- und Leistungsschutzrechten nach europäischem Wettbewerbsrecht*, Nomos 2000, S. 20 f., weist auf prohibitive Transaktionskosten hin und darauf, dass die Kontrolle und Verwertung von Urheberrechten gerade im Bereich der musikalischen Werke aufgrund von deren „diffuser Massennutzung“ besonders schwierig ist. Im Detail hierzu Mestmäcker, E.-J., „Geistiges Eigentum und Kultur im Spannungsfeld von nationaler Regelungskompetenz und europäischem Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht aus Sicht der Verwertungsgesellschaften“, in: Schwarze, J., Becker, J. (Hrsg.), *Geistiges Eigentum und Kultur im Spannungsfeld von nationaler Regelungskompetenz und europäischem Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht*, Nomos 1998, S. 55.

21 — Siehe Vinje, T., Niiranen, O., „The application of Competition Law to Collecting Societies in a Borderless Digital Environment“, in: *European Competition Law Annual 2005: The Interaction between Competition Law and Intellectual Property Law*, Ehlermann, C. D. (Hrsg.), Hart, 2007, S. 402; Wünschmann, C., a. a. O. (Fn. 20), S. 19; Trampuz, M., *Avtorsko pravo*, Cankarjeva založba, 2000, S. 73.

22 — Wünschmann, C., a. a. O. (Fn. 20), S. 25. In diesem Zusammenhang ist allerdings zu beachten, dass die Kommission mit der Entscheidung COMP/36.698 — CISAC vom 16. Juli 2008 europäischen Verwertungsgesellschaften verboten hat, ihr Angebot an Dienstleistungen außerhalb ihres Inlandsgebiets einzuschränken und auf diese Weise den Wettbewerb zu verzerren. Diese Entscheidung erlaubt den Verwertungsgesellschaften jedoch, ihr bisher bestehendes System der bilateralen Vereinbarungen beizubehalten und die Höhe der Tantiemen festzulegen. Da diese Entscheidung nicht veröffentlicht wurde, wird auf die Presseerklärung der Kommission IP/08/1165 vom 16. Juli 2008 und auf das Memorandum der Kommission MEMO/08/511 vom 16. Juli 2008 verwiesen.

sender durch Einnahmen aus *Abonnementverträgen*, so stellt der Fernsehsender sein Programm gegen Entgelt zur Verfügung.²³

45. Das vorliegende Gericht hat die Berechnungsmethode so beschrieben, dass sich die Vergütung „auf einen Teil“ der Einnahmen beläuft. Diese Formulierung ist offen. Sie umfasst eine Berechnungsmethode, die auf einen *festen* Anteil der Einnahmen abstellt, nach der also beispielsweise ein fester prozentualer Anteil der Einnahmen erhoben wird. Sie umfasst aber auch eine Berechnungsmethode, nach der auf einen *variablen* Anteil der Einnahmen abgestellt wird, also auf einen Anteil, der nach bestimmten Kriterien variiert. Zwar handelt es sich bei der gegenwärtig von der STIM verwendeten Berechnungsmethode um eine Berechnungsmethode mit einem variablen Anteil. Da die Vorlagefrage allerdings nicht auf die gegenwärtig von der STIM verwendete Berechnungsmethode beschränkt zu sein scheint²⁴, werde ich im Folgenden sowohl Berechnungsmethoden mit einem festen als auch mit einem variablen Anteil berücksichtigen.

3. Verhältnis der Vergütung zur Leistung

46. Wie oben²⁵ erwähnt, liegt eine Erzwingung von unangemessenen Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen nach Art. 82 Abs. 2 Buchst. a EG vor, wenn eine

Vergütung verlangt wird, die in keinem angemessenen Verhältnis zum wirtschaftlichen Wert der erbrachten Gegenleistung steht. Bevor ich auf das Verhältnis der Vergütung zur Leistung bei einer Berechnungsmethode mit einem festen Anteil (a) und einer Berechnungsmethode mit einem variablen Anteil (b) eingehen werde, möchte ich zunächst auf den Prüfungsmaßstab hinweisen, der im vorliegenden Fall zur Anwendung kommt.

47. *Erstens* handelt es sich vorliegend nicht um eine Prüfung der Angemessenheit einer Vergütung, wie sie Gegenstand von nationalen Vorschriften des Urheberrechts ist, in denen ein Anspruch des Urhebers auf eine angemessene Vergütung ausgestaltet wird. Vielmehr handelt es sich um eine wettbewerbsrechtliche Rahmenkontrolle.²⁶ Es ist also nicht Aufgabe des Gerichtshofs im vorliegenden Verfahren, zu bestimmen, ob eine bestimmte Vergütung im urheberrechtlichen Sinn angemessen ist.²⁷ Vielmehr geht es darum, ob eine Verwertungsgesellschaft

23 — Abnehmer sind in diesem Fall regelmäßig Kabelnetzbetreiber oder vergleichbare Unternehmen, die Fernsehsender zu verschiedenen Paketen bündeln und an Endverbraucher vertreiben.

24 — Vgl. Nr. 32 dieser Schlussanträge.

25 — Siehe Nr. 39 dieser Schlussanträge.

26 — Wie oben (Nrn. 35 bis 37 dieser Schlussanträge) dargelegt, führt Art. 82 EG nicht dazu, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen seine wirtschaftliche Handlungsfreiheit völlig verliert.

27 — Wünschmann, C., a. a. O. (Fn. 20), S. 163, weist darauf hin, dass es innerstaatlichen Mechanismen überlassen bleibt, die Gebührengestaltung der Monopolgesellschaften zu kontrollieren.

durch die Verwendung einer bestimmten Berechnungsmethode die Grenzen des wettbewerbsrechtlich Erlaubten überschreitet.²⁸

48. *Zweitens* ist darauf hinzuweisen, dass die Kompetenzen der Gemeinschaft im Bereich des Urheberrechts begrenzt sind. So hat sich der Gerichtshof beispielsweise in seinem Urteil SENA²⁹, in dem es um die Auslegung des urheberrechtlichen Begriffs der angemessenen Vergütung in der Richtlinie 92/100/EWG des Rates vom 19. November 1992 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums³⁰ ging, sehr zurückhaltend gezeigt. In diesem Urteil hat er festgestellt, dass es mangels einer Definition des Begriffs der angemessenen Vergütung in der Richtlinie nicht Aufgabe des Gerichtshofs sein könne, die Kriterien für die Bestimmung einer angemessenen Vergütung festzulegen.³¹

49. Die vorgenannten Punkte sind bei der wettbewerbsrechtlichen Rahmenkontrolle zu berücksichtigen. Soweit es um die Frage geht, was den Gehalt und den Wert eines Urheberrechts ausmacht, muss sich der Gerichtshof

meines Erachtens grundsätzlich in Zurückhaltung üben. Wenn es keine gemeinschaftsrechtliche Regelung gibt, fallen diese in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten.³² Soweit es allerdings um die Frage geht, ob eine Berechnungsmethode dazu führt, dass kein angemessenes Verhältnis mehr zwischen der Nutzung des Urheberrechts und der Vergütung besteht, fällt dies meines Erachtens in den Bereich der nach Art. 82 EG durchzuführenden wettbewerbsrechtlichen Rahmenkontrolle.

a) Fester Anteil am Einkommen

50. Der Gerichtshof hat sich im Urteil Basset³³ mit einer Berechnungsmethode beschäftigt, die auf einen festen Anteil der Einnahmen abstellte. In diesem Fall verlangte die französische Verwertungsgesellschaft von Diskothekenbetreibern eine Vergütung, die sich nach einem festen Prozentsatz der Einnahmen richtete. Der Gerichtshof hat die Verwendung einer solchen Berechnungsmethode in diesem Fall nicht als missbräuchlich angesehen. Vielmehr hat er festgestellt, dass diese Art der Verwertung als übliche Verwertung des Urheberrechts anzusehen ist und es daher nicht als missbräuchlich anzusehen ist, wenn eine Verwertungsgesellschaft die ihr durch die nationalen Rechtsvorschriften eröffneten Möglichkeiten nutzt.³⁴

28 — In Randnr. 3.294 von Faull, J./Nikpay, A., a. a. O. (Fn. 10), wird darauf hingewiesen, dass in diesem Bereich eine Zurückhaltung der Wettbewerbsbehörden und Gerichte angezeigt ist und nur in den Fällen eingegriffen werden sollte, wenn die Beeinträchtigung der Verbraucherwohlfaht besonders deutlich in Erscheinung tritt.

29 — Urteil vom 6. Februar 2003, SENA (C-245/00, Slg. 2003, I-1251).

30 — ABl. L 346, S. 61 ff.

31 — Urteil SENA (in Fn. 29 angeführt, Randnrn. 34 bis 36 und 40 bis 46). Zum (beschränkten) Mandat der Europäischen Gemeinschaft als Urheberrechtsgesetzgeber siehe Reinbothe, J., a. a. O. (Fn. 19), S. 33.

32 — In Faull, J./Nikpay, A., a. a. O. (Fn. 10), Randnrn. 8.35 bis 8.37, wird darauf hingewiesen, dass der genaue Umfang des Urheberrechts variieren, der spezifische Gegenstand des Urheberrechts nicht immer klar identifiziert werden und der Urheberrechtsschutz von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedlich sein kann.

33 — Urteil Basset (in Fn. 8 angeführt), Randnr. 5.

34 — Urteil Basset (in Fn. 8 angeführt), Randnrn. 16 und 18. In Randnr. 19 dieses Urteils hat er allerdings darauf hingewiesen, dass ein Missbrauch in Betracht kommt, wenn die Verwertungsgesellschaft eine unangemessen hohe Vergütung verlangt.

51. Auch wenn der Gerichtshof in diesem Urteil nicht ausdrücklich mit der Frage konfrontiert wurde, ob die Verwendung einer Berechnungsmethode, die auf einen festen Anteil der Einnahmen abstellt, missbräuchlich ist, verstehe ich das Urteil so, dass der Gerichtshof die Missbräuchlichkeit einer solchen Berechnungsmethode in diesem Fall implizit verneint hat.

52. Diese Entscheidung kann aber nicht uneingeschränkt auf den vorliegenden Fall übertragen werden. Bei der Beurteilung, ob ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorliegt, sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.³⁵ Gegen eine uneingeschränkte Übertragung der Entscheidung des Gerichtshofs im Urteil Basset auf den vorliegenden Fall spricht, dass signifikante Unterschiede zwischen der Tätigkeit einer Diskothek und der eines Fernsehsenders bestehen, soweit es um die Nutzung urheberrechtlich geschützter musikalischer Werke geht. Für eine Diskothek ist die Nutzung urheberrechtlich geschützter musikalischer Werke ein wesentliches Element ihrer Tätigkeit. Daher kann angenommen werden, dass Diskotheken zu ihrem Betrieb auf die Nutzung musikalischer Werke angewiesen sind und regelmäßig während ihrer gesamten Betriebsdauer intensiv musikalische Werke nutzen. Dies ist bei Fernsehsendern anders. Zwar setzen auch diese Musik ein. Allerdings kann das Ausmaß der Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke nach Fernsehsender, Sendezeit und Sendung variieren.

53. Die Anwendung einer Berechnungsmethode mit einem festen Anteil auf Fernsehsender würde somit dazu führen, dass die Höhe der Vergütung von der tatsächlichen Nutzung urheberrechtlich geschützter musikalischer Werke entkoppelt würde. Fernsehsender, die urheberrechtlich geschützte musikalische Werke kaum oder gar nicht nutzen, müssten damit eine Vergütung zahlen, die keinen oder keinen hinreichenden Bezug zum wirtschaftlichen Wert der Leistung der STIM hat. Damit würden bestimmte Nutzer im Vergleich zu anderen, die einen intensiveren Gebrauch von urheberrechtlich geschützten musikalischen Werken machen, unverhältnismäßig belastet.³⁶

54. Die Verwendung einer Berechnungsmethode mit einem festen Anteil auf Fernsehsender ist damit geeignet, zu einem erheblichen Missverhältnis zwischen dem wirtschaftlichen Wert der Leistung einer Wertungsgesellschaft und der verlangten Vergütung zu führen.

55. Grundsätzlich müsste an dieser Stelle noch geprüft werden, ob es eine alternative Berechnungsmethode gibt, die das Verhältnis zwischen der Vergütung und dem wirtschaftlichen Wert der Leistung besser wiedergibt als eine Berechnungsmethode, die auf einen festen Anteil der Einnahmen abstellt.³⁷ Dies ist vorliegend bereits deswegen anzunehmen, weil die STIM eine Berechnungsmethode mit einem variablen Anteil anwendet.

35 — Urteile des Gerichtshofs vom 15. März 2007, *British Airways/Kommission* (C-95/04 P, Slg. 2007, I-2331, Randnr. 67), und des Gerichts vom 30. September 2003 (*Michelin/Kommission*, T-203/01, Slg. 2003, II-4071, Randnr. 73).

36 — Ähnlich: Temple Lang, J., „Media, Multimedia and European Community law“, in: *International antitrust law & policy*, 1997, 377, 424.

37 — Siehe dazu im Detail unten, Nr. 74 dieser Schlussanträge.

56. Weiter müsste grundsätzlich noch geprüft werden, ob die Verwendung einer Berechnungsmethode mit einem festen Anteil gegenüber der Verwendung einer Berechnungsmethode mit einem variablen Anteil durch Effizienzvorteile gerechtfertigt werden kann.³⁸ Da die Verwendung einer Berechnungsmethode mit einem festen Anteil auf Fernsehsender allerdings zu einem ganz erheblichen Missverhältnis zwischen dem Wert der Leistung und der Vergütung führen kann, scheint eine Rechtfertigung durch Effizienzvorteile im vorliegenden Fall ausgeschlossen.

57. Die Verwendung einer Berechnungsmethode mit einem festen Anteil auf Fernsehsender ist somit als missbräuchlich im Sinne des Art. 82 EG anzusehen.

b) Variabler Anteil am Einkommen

58. Handelt es sich dagegen um eine Berechnungsmethode mit einem variablen Anteil am Einkommen, so kann das Ausmaß der Nutzung urheberrechtlich geschützter musikalischer Werke grundsätzlich über die Variable berücksichtigt werden.³⁹ Die Verwendung einer Berechnungsmethode mit einem variablen Anteil kann somit nur dann *per se* ein missbräuchliches Verhalten darstellen, wenn

bereits die Koppelung der Vergütung an die Einnahmen der Fernsehsender aus Werbe- und Abonnementverträgen geeignet ist, zu einer erheblichen Verzerrung des Verhältnisses zwischen dem wirtschaftlichen Wert der Leistung der Verwertungsgesellschaft und der Vergütung zu führen.

59. Zwar kann grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen sich missbräuchlich verhält, wenn es die Preise für seine Produkte an den Umsatz koppelt, den seine Abnehmer unter Einsatz dieser Produkte erzielen.⁴⁰ Vorliegend sind allerdings die Umstände des Einzelfalls⁴¹, insbesondere die Besonderheiten der Leistung von Verwertungsgesellschaften, zu berücksichtigen.

60. *Erstens* ist festzustellen, dass hinter dem Gesamtrepertoire der STIM letztlich die individuellen Urheberrechte der einzelnen Urheber stehen. Es ist völlig üblich, dass für die Lizenzierung von Urheberrechten eine Lizenzgebühr verlangt wird, die sich auf einen Anteil des Umsatzes beläuft, der mit dem

38 — Siehe hierzu im Detail unten, Nrn. 75 bis 77 dieser Schlussanträge.

39 — Die Beurteilung, ob die Verwendung einer solchen Berechnungsmethode missbräuchlich ist, hängt dann von den Kriterien ab, die über die Variable berücksichtigt werden. Da das nationale Gericht in seiner zweiten und dritten Vorlagefrage entsprechende Fragen gestellt hat, verweise ich auf die Beantwortung der zweiten und dritten Frage (Nrn. 68 bis 105 dieser Schlussanträge).

40 — Der Gerichtshof hat in seinem Urteil *United Brands und United Brands Continental/Kommission* (in Fn. 15 angeführt, Randnr. 227/233) darauf hingewiesen, dass das Spiel von Angebot und Nachfrage im Wesentlichen nur für die Stufe gelten sollte, auf der es sich tatsächlich äußert. Diese Marktmechanismen würden beeinträchtigt, wenn bei der Berechnung des Preises nicht das Gesetz von Angebot und Nachfrage zwischen Verkäufer und Käufer, sondern, eine Stufe des Marktes überspringend, das von Angebot und Nachfrage zwischen Verkäufer und Endverbraucher berücksichtigt werde.

41 — Urteile *British Airways/Kommission* (in Fn. 35 angeführt, Randnr. 67) und *Michelin/Kommission* (in Fn. 35 angeführt, Randnr. 73).

Produkt erzielt wurde, für dessen Erzeugung das Urheberrecht eingesetzt wurde.⁴² Dies unterstreicht die Verwertungsgeneignetheit des Urheberrechts⁴³ und den Gedanken, dass ein Urheber einen vernünftigen Anteil am Umsatz haben soll, der unter Einsatz seines Werks erzielt wird.⁴⁴

So ist beispielsweise bei der Lizenzierung von Patenten und Know-how eine entsprechende Vergütungsregelung nicht ungewöhnlich, selbst wenn das Endprodukt nicht nur aus dem Patent, sondern auch aus weiteren Elementen (z. B. Material, Design etc.) besteht.⁴⁷

61. Der Gerichtshof hat im Fall *United Brands*⁴⁵ zwar angenommen, dass die Unverhältnismäßigkeit einer Vergütung insbesondere über einen *Preis/Kosten-Vergleich* ermittelt werden kann. Ein solcher Ansatz setzt aber gedanklich voraus, dass aus den Produktionskosten Rückschlüsse auf den Wert der Leistung geschlossen werden können. Dieser Ansatz kann allerdings nicht auf Urheberrechte übertragen werden, da es schwer möglich scheint, die Produktionskosten der Schaffung eines musikalischen Werks zu bestimmen bzw. daraus Rückschlüsse auf den Wert der Leistung zu ziehen.⁴⁶

62. Dagegen kann meines Erachtens auch nicht eingewendet werden, dass dies anders ist, wenn das lizenzierte Urheberrecht nicht den Hauptgegenstand des Produkts darstellt.

63. *Zweitens* ist zu berücksichtigen, dass die Ermittlung des wirtschaftlichen Werts der Leistung von Verwertungsgesellschaften schwierig ist.⁴⁸ Aufgrund der oben beschriebenen⁴⁹ Ausgestaltung des Systems besteht in Schweden kein Markt, in dem die Preise durch Angebot und Nachfrage bestimmt werden.⁵⁰ Soweit es um die Frage geht, ob die Höhe der Vergütung missbräuchlich ist, kann zwar ein Vergleich mit der Höhe der Vergütung in anderen Mitgliedstaaten herangezogen werden (räumliches Vergleichsmarktkonzept).⁵¹ Wenn es aber, wie vorliegend, um die Frage geht, die Zulässigkeit einer bestimmten Berechnungsmethode zu beur-

42 — Siehe *Bellamy & Child, European Community Law of Competition*, Sweet & Maxwell, 6. Aufl. 2008, Nr. 10.109. Temple Lang, J., a. a. O. (Fn. 36), 425. Dies ist beispielsweise bei Verlagsverträgen mit Schriftstellern oder bei Plattenverträgen mit Musikern eine völlig übliche Vorgehensweise.

43 — Vgl. Mestmäcker, E.-J., a. a. O. (Fn. 20), S. 55.

44 — Becker, J., „Governmental and judicial control over licensing and tariffs“, in: *Collective Administration of Copyrights in Europe*, Kluwer — Deventer 1995, S. 44.

45 — Urteil *United Brands und United Brands* *Continentaal/Kommissie* (in Fn. 15 angeführt, Randnr. 239/241).

46 — Siehe Nr. 53 der Schlussanträge von Generalanwalt Jacobs vom 26. Mai 1989 zur Rechtssache *Tournier* (in Fn. 8 angeführt) und den verbundenen Rechtssachen *Lucazeau* u. a. (in Fn. 8 angeführt); *Allendesalazar*, R., *Vallina*, R., „Collecting Societies: The Usual Suspects“, a. a. O. (Fn. 21); *Liaskos*, E.-P., a. a. O. (Fn. 10), Randnrn. 704 f. Dies zeigt sich u. a. daran, dass der Gebrauch eines musikalischen Werks, wenn es einmal geschaffen ist, zu keinen zusätzlichen Kosten für den Urheber führt.

47 — Dieser Gedanke lässt sich beispielsweise auch der Randnr. 156 der Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag auf Technologietransfer-Vereinbarungen (ABL 2004, C 101, S. 2) entnehmen. Danach ist es in der Regel nicht wettbewerbschädlich, dass die Lizenzgebühr auf der Grundlage des Preises des Endprodukts berechnet wird, sofern es die lizenzierte Technologie enthält. Ich denke, dass dies zum Nachweis der Üblichkeit einer solchen Vergütungsregel im Bereich des Immaterialgüterrechts herangezogen werden kann. Soweit sich durch eine Kumulation von Lizenzgebühren für ein Produkt ein unverhältnismäßiges Resultat ergibt, muss dieses meines Erachtens nicht notwendigerweise zu einer Entkopplung der Lizenzgebühren führen, sondern kann über die Höhe der Lizenzgebühren gelöst werden.

48 — Becker, J., a. a. O. (Fn. 44), S. 44; *Liaskos*, E.-P., a. a. O. (Fn. 10), Randnr. 699.

49 — Nrn. 40 bis 42 dieser Schlussanträge.

50 — Eine Methode zur Ermittlung des wirtschaftlichen Werts eines Produkts wäre, vom durchschnittlichen Preis für dieses Produkt auszugehen (wirtschaftlicher Wert als durchschnittlicher, verobjektivierter Preis). Hier gibt es allerdings bereits aufgrund der exklusiven Stellung von Verwertungsgesellschaften keinen Wettbewerb, der sich auf die Preise auswirken könnte. Siehe allgemein zu diesem Problem *Faull*, J./*Nikpay*, A., a. a. O. (Fn. 10), Randnr. 3.293.

51 — Urteil *Tournier* (in Fn. 8 angeführt, Randnr. 38).

teilen, kann dieser Vergleich meines Erachtens nicht ohne Weiteres angesetzt werden.⁵²

64. Vor dem Hintergrund, dass die Berechnungsmethode erstens nicht unüblich ist⁵³, zweitens an ein Kriterium anknüpft, das im Zusammenhang mit dem Wert des Urheberrechts steht⁵⁴, und drittens der Schwierigkeiten, den Wert der Leistung einer Verwertungsgesellschaft zu bestimmen, kann ich in der Koppelung der Vergütung an die Einnahmen der Fernsehsender aus Werbe- und Abonnementverträgen keine missbräuchliche Verhaltensweise erkennen. Dies scheint mir auch im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu stehen. Dieser hat im Urteil Basset⁵⁵ festgestellt, dass eine Berechnungsmethode, die auf einen Anteil der Einnahmen abstellt, als übliche Verwertung des Urheberrechts anzusehen sei. In dieser Hinsicht halte ich das Urteil für übertragbar auf den vorliegenden Fall.

52 — In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass der Gerichtshof sich meines Erachtens aus den oben genannten Gründen (Nr. 48 dieser Schlussanträge) zurückhalten muss, wenn die Berechnungsmethode in einem Mitgliedstaat auf ein Kriterium abstellt, das in einem nachvollziehbaren Zusammenhang mit dem Urheberrecht steht, die Berechnungsmethode in einem anderen Mitgliedstaat dagegen auf ein anderes Kriterium abstellt, das ebenfalls in einem nachvollziehbaren Zusammenhang mit dem Urheberrecht steht, und es dadurch zu unterschiedlichen Ergebnissen kommt.

53 — In *Bellamy & Child*, a. a. O. (Fn. 42), Nr. 9-065, wird darauf hingewiesen, dass der übliche Gebrauch einer Praxis in den betroffenen Industriezweigen zu berücksichtigen ist.

54 — In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass zwar, wie unter Nrn. 40 bis 42 dieser Schlussanträge beschrieben, keine Verhandlungen über die Lizenzen an den individuellen Urheberrechten stattfinden, weil die Fernsehsender aufgrund der Blankettlizenz für das Gesamtrepertoire der STIM nicht über Lizenzen für die Nutzung der individuellen urheberrechtlich geschützten musikalischen Werke verhandeln müssen. Werden allerdings zum Zweck der Wertermittlung der Gesamtlizenz solche Verhandlungen hypothetisch unterstellt, so wäre es nicht unüblich, dass die Urheber eine Beteiligung am erzielten Umsatz verlangen würden. Ich denke nicht, dass dies anders beurteilt werden kann, nur weil die Urheberrechte durch die Verwertungsgesellschaft ausgeübt werden.

55 — Urteil *Basset* (in Fn. 8 angeführt, Randnrn. 16 und 18).

65. Dass auch andere Anknüpfungspunkte denkbar sind oder in anderen Mitgliedstaaten angewendet werden, widerspricht diesem Ergebnis nicht. Eine Berechnungsmethode, die auf einen variablen Anteil der Einnahmen abstellt, drückt die Verwertungsgeneigntheit des Urheberrechts, sowie den Gedanken aus, dass ein Urheber einen vernünftigen Anteil am Umsatz haben soll, der unter Einsatz seines Werks erzielt wird. Zwar ist durchaus denkbar, dass andere Berechnungsmethoden⁵⁶ andere Aspekte betonen. Es ist allerdings nicht Aufgabe des Gerichtshofs im vorliegenden Verfahren, die Berechnungsmethode zu bestimmen, die am besten geeignet ist, die Interessen der Urheber und der Fernsehsender zum Ausgleich zu bringen.⁵⁷

66. Allerdings muss eine Berechnungsmethode, die auf einen variablen Anteil der Einnahmen der Fernsehsender aus Werbe- und Abonnementverträgen abstellt, das Ausmaß der Nutzung der urheberrechtlich geschützten musikalischen Werke berücksichtigen.

56 — Soweit Kanal 5 und TV 4 allerdings darauf verweisen, dass auch eine Koppelung an den Gewinn möglich wäre, der von den Fernsehsendern erzielt wird, habe ich bereits Zweifel daran, dass diese alternative Methode den Wert der Leistung einer Verwertungsgesellschaft zutreffend darstellen würde. In diesem Fall würden nicht nur der erzielte Umsatz, sondern auch die Kosten der Fernsehsender für die Bestimmung des Werts der Leistung voll berücksichtigt werden. Mir leuchtet nicht ein, was die Kostenstruktur eines Fernsehsenders über den wirtschaftlichen Wert der Leistung einer Verwertungsgesellschaft aussagen soll.

Im Übrigen trifft auch der Vortrag von Kanal 5 und TV 4 nicht zu, dass STIM sich nicht am wirtschaftlichen Risiko der Fernsehsender beteilige. Da die Vergütung der STIM von den Einnahmen der Fernsehsender aus den Werbe- und Abonnementverträgen abhängt, wirkt sich eine Abnahme dieser Einnahmen unmittelbar auf die Vergütung der STIM aus.

57 — Vgl. Nrn. 47 und 48 dieser Schlussanträge.

4. Ergebnis

67. Im Ergebnis stellt die Verwendung einer Berechnungsmethode, nach der ein fester Anteil der Einnahmen von Fernsehsendern aus Werbe- und Abonnementverträgen verlangt wird, ein missbräuchliches Verhalten im Sinne des Art. 82 EG dar. Wird dagegen ein variabler Anteil verlangt, so liegt darin *per se* kein missbräuchliches Verhalten. Allerdings kann eine solche Berechnungsmethode missbräuchlich sein, wenn sie das Ausmaß der Nutzung von urheberrechtlich geschützten musikalischen Werken nicht hinreichend berücksichtigt.

C — Zur zweiten und zur dritten Vorlagefrage

68. Mit seiner *zweiten Vorlagefrage* möchte das vorlegende Gericht wissen, ob es missbräuchlich ist, wenn eine Verwertungsgesellschaft eine Berechnungsmethode mit variablem Anteil auf Fernsehsender anwendet, nach der ein klarer Zusammenhang zwischen den Einnahmen und der Leistung der Verwertungsgesellschaft fehlt. Einen fehlenden klaren Zusammenhang sieht das vorlegende Gericht beispielsweise bei Nachrichten- und Sportsendungen und wenn die Einnahmen der Fernsehsender aufgrund der Ausweitung des Programmangebots, von Investitionen in Technik und der Entwicklung kundenangepasster Lösungen zunehmen. Mit seiner *dritten Vorlagefrage* möchte das vorlegende Gericht wissen, ob für die Antwort auf die

erste und die zweite Vorlagefrage die Möglichkeit, sowohl die ausgestrahlte Musik als auch den Zuschaueranteil festzustellen und zu quantifizieren, von Bedeutung ist.

69. Ich verstehe diese beiden Fragen des vorlegenden Gerichts so, dass es wissen möchte, ob die Verwendung einer Berechnungsmethode deswegen missbräuchlich ist, weil sie entweder nicht das Ausmaß der Nutzung urheberrechtlich geschützter musikalischer Werke durch die Fernsehsender berücksichtigt oder nicht den Umfang, in dem deren Nutzung zu den Einnahmen beiträgt. Die Frage, in welchem Umfang die technische Möglichkeit zur Erfassung und Quantifizierung der ausgestrahlten Musik oder des Zuschaueranteils zu berücksichtigen ist, kann meines Erachtens nicht getrennt beantwortet werden.⁵⁸

70. Wie oben⁵⁹ dargestellt, kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich die Fragen des vorlegenden Gerichts nicht nur auf die gegenwärtig von der STIM verwendete Berechnungsmethode richten, sondern auch auf potenziell anders ausgestaltete Berechnungsmethoden, die die STIM in der Zukunft verwenden könnte. Ich werde die Fragen des vorlegenden Gerichts somit zunächst in Hinblick auf Berechnungsmethoden wie die gegenwärtig von der STIM verwendeten beantworten (1). Danach werde ich prüfen, inwiefern diese Fragen auch hinsichtlich potenziell anders ausgestalteter Berechnungsmethoden beantwortet werden können (2).

58 — Soweit die dritte Vorlagefrage auf die erste Vorlagefrage Bezug nimmt, verweise ich auf meine Antwort zur ersten Vorlagefrage.

59 — Nr. 32 dieser Schlussanträge.

1. Berechnungsmethode wie die gegenwärtig von der STIM verwendete

71. Oben⁶⁰ wurde bereits festgestellt, dass eine Berechnungsmethode missbräuchlich im Sinne des Art. 82 EG sein kann, wenn sie das Ausmaß der Nutzung urheberrechtlich geschützter musikalischer Werke nicht hinreichend berücksichtigt.

72. Ob dies der Fall ist, ist in erster Linie eine Tatsachenfrage. Daher ist vorab darauf hinzuweisen, dass die Rolle des Gerichtshofs im vorliegenden Vorabentscheidungsverfahren auf die Auslegung von Art. 82 EG beschränkt ist. Der Gerichtshof ist nicht befugt, über den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens zu entscheiden oder die von ihm ausgelegten Gemeinschaftsvorschriften auf nationale Maßnahmen oder Gegebenheiten anzuwenden. Diese Aufgaben fallen in die ausschließliche Zuständigkeit des nationalen Gerichts.⁶¹

73. Bevor ich auf die einzelnen Punkte der Fragen des vorlegenden Gerichts eingehe, möchte ich zunächst darstellen, nach welchen Prüfungsschritten das nationale Gericht die wettbewerbsrechtliche Rahmenkontrolle durchführen muss.

60 — Nrn. 52 bis 57 dieser Schlussanträge.

61 — Vgl. Urteile vom 30. März 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti* (C-451/03, Slg. 2006, I-2941, Randnrn. 68 f.), vom 19. Dezember 1968, *Salgoil* (13/68, Slg. 1968, 680, 690), vom 23. Januar 1975, *Van der Hulst* (51/74, Slg. 1975, 79, Randnr. 12), vom 8. Februar 1990, *Shipping and Forwarding Enterprise Safe* (C-320/88, Slg. 1990, I-285, Randnr. 11), vom 5. Oktober 1999, *Lirussi und Bizzaro* (C-175/98 und C-177/98, Slg. 1999, I-6881, Randnr. 38), und vom 15. Mai 2003, *RAR* (C-282/00, Slg. 2003, I-4741, Randnr. 47).

74. Das nationale Gericht muss *erstens* prüfen, ob es Anhaltspunkte dafür gibt, dass eine Berechnungsmethode wie die gegenwärtig von der STIM verwendete zu einer erheblichen Verzerrung zwischen der Vergütung und dem wirtschaftlichen Wert der Leistung führt.⁶² Dies kann meines Erachtens nur angenommen werden, wenn es eine alternative Berechnungsmethode gibt, nach welcher der wirtschaftliche Wert des Urheberrechts präziser erfasst werden kann.

75. Kommt das nationale Gericht zu dem Ergebnis, dass es eine solche alternative Berechnungsmethode gibt, so muss es *zweitens* die Vor- und Nachteile beider Berechnungsmethoden gegeneinander abwägen. Allein die Existenz einer präziseren alternativen Berechnungsmethode führt nicht *per se* dazu, dass die Verwendung der pauschaleren Methode missbräuchlich ist. Die Anwendung einer pauschaleren Berechnungsmethode kann nämlich durch Effizienzvorteile gerechtfertigt sein.⁶³ Diese Effizienzvorteile können insbesondere in Form von Kosteneinsparungen bei der Verwaltung der Vertragsbestände und der Überwachung der Nutzung der geschützten Musikwerke bestehen.⁶⁴

76. In diesem Zusammenhang kann es beispielsweise eine Rolle spielen, wie einfach die pauschalere Berechnungsmethode zu handhaben ist bzw. welcher zusätzliche Aufwand durch die Verwendung der präziseren Berechnungsmethode entsteht. So wird eine Berechnungsmethode, die auf leicht ermittelbare objektive Kriterien abstellt, regelmäßig einfacher zu handhaben sein als eine, die auf

62 — Urteil *Basset* (in Fn. 8 angeführt, Randnr. 18).

63 — Urteil *Tournier* (in Fn. 8 angeführt, Randnr. 45).

64 — Ebd.

subjektive Kriterien abstellt, die im Herrschaftsbereich einer der beiden Seiten stehen und von der anderen Seite nur schwer zu kontrollieren sind. Weiter kann in diesem Zusammenhang eine Rolle spielen, ob die erforderlichen Daten bereits zur Verfügung stehen, da sie bereits für andere Zwecke gebraucht werden, oder ob sie speziell für die Berechnung der Vergütung ermittelt werden müssen. Auch die Streitanzahlbarkeit einer Berechnungsmethode und ihre Beständigkeit bzw. Anpassungsbedürftigkeit können für die Beurteilung der Effizienzvorteile zu berücksichtigen sein.

77. Ich denke allerdings nicht, dass Effizienzvorteile den Einsatz einer pauschaleren Berechnungsmethode uneingeschränkt rechtfertigen können. Der Gerichtshof hat im Urteil *Tournier*⁶⁵ zwar festgestellt, dass die pauschale Natur einer Berechnungsmethode nach Art. 82 EG nur insoweit beanstandet werden kann, als auch andere Berechnungsmethoden geeignet wären, das legitime Ziel des Schutzes der Interessen der Urheber zu verwirklichen, ohne dass sie zugleich zu einer Erhöhung der Kosten der Verwaltung der Vertragsbestände und der Überwachung der Nutzung der geschützten Musikwerke führen würden. Dies kann meines Erachtens aber nicht so verstanden werden, dass nur solche alternativen Berechnungsmethoden berücksichtigt werden können, welche die Kosten der Verwaltung der Vertragsbestände und der Überwachung der Nutzung der geschützten Musikwerke nicht erhöhen. Vielmehr denke ich, dass die Anwendung einer pauschaleren Methode auch dann missbräuchlich sein kann, wenn diese zwar etwas kostengünstiger ist als die Anwendung einer alternativen präziseren Berechnungsmethode, dieser Kostenvorteil allerdings außer Verhältnis zu den

Verzerrungen steht, die bei Anwendung der pauschaleren Berechnungsmethode entstehen, bei Anwendung der präziseren Berechnungsmethode aber vermieden werden könnten.

78. Zwar ist das Ziel, den Urhebern eine angemessene Vergütung zu gewährleisten, unter Art. 82 EG zu berücksichtigen. Allerdings ist auch das Interesse der Verbraucher zu berücksichtigen.⁶⁶ Eine angemessene Vergütung für Urheber setzt einen Anreiz zur Schaffung musikalischer Werke⁶⁷, und ist somit grundsätzlich im Interesse des Verbrauchers. Die Anwendung einer pauschaleren Berechnungsmethode führt zu verminderten Kosten. Soweit diese Kostenersparnis sich zugunsten der Urheber auswirkt, führt sie zu höheren Vergütungen und stärkt somit den Anreiz zur Schaffung künstlerischer Werke.

79. Es ist aber auch im Interesse des Verbrauchers, möglichst preisgünstig bzw. mit qualitativ hohen Fernsehsendern versorgt zu werden. Soweit eine pauschale Berechnungsmethode zu erheblichen Verzerrungen zwischen der Leistung einer Verwertungsgesellschaft und der Vergütung führt, kann dies zu höheren Produktionskosten für Fernsehsender führen und sich mittelbar zulasten der Verbraucher auswirken. Die Vor- und Nachteile der Verwendung einer pauschaleren und einer präziseren Berechnungsmethode müssen gegeneinander abgewogen werden.

66 — Siehe Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, a. a. O. (Fn. 42), Nr. 9-065; Urteil vom 21. Februar 1973, *Europemballage und Continental Can/Kommission* (6/72, Slg. 1973, 215, Randnr. 26).

67 — Liaskos, E.-P., a. a. O. (Fn. 10), Randnr. 699.

65 — Ebd.

80. Ich werde nunmehr darauf eingehen, inwiefern eine Berechnungsmethode wie die gegenwärtig von der STIM verwendete deswegen als missbräuchlich im Sinne des Art. 82 EG angesehen werden kann, weil sie den zeitlichen Umfang der Nutzung urheberrechtlich geschützter musikalischer Werke durch bestimmte Sendungen (a) oder den Zuschaueranteil (b) nicht oder nicht hinreichend berücksichtigt. Weiter werde ich darauf eingehen, ob eine solche Berechnungsmethode missbräuchlich sein kann, wenn sie nicht berücksichtigt, dass die Einnahmen eines Fernsehsenders aufgrund von Umständen steigen können, die keinen Bezug zur Nutzung urheberrechtlich geschützter musikalischer Werke aufweisen (c).

a) Feststellung und Quantifizierung der Nutzung urheberrechtlich geschützter musikalischer Werke

81. Eine Berechnungsmethode wie die gegenwärtig von der STIM verwendete setzt einen bestimmten prozentualen Anteil fest, der nach dem jährlichen Musikanteil des Fernsehsenders variiert. Sie berücksichtigt somit das jährliche zeitliche Ausmaß der Nutzung urheberrechtlich geschützter musikalischer Werke.

82. Allerdings berücksichtigt eine solche Berechnungsmethode dadurch, dass sie zunächst den jährlichen Musikanteil errechnet und den anhand des Musikanteils errechneten Anteil auf die Jahreseinnahmen von Kanal 5 und TV 4 ansetzt, nicht, dass die Einnahmen aus Werbe- und Abonnement-

verträgen nach Sendung und Sendezeit variieren können.

83. Das nationale Gericht wird zunächst prüfen müssen, ob die Einnahmen aus den *Werbeverträgen* nach Sendung und Sendezeit erheblich variieren.⁶⁸ Weiter wird es prüfen müssen, ob bestimmte Sendungen eines Fernsehsenders regelmäßig hohe Einnahmen aus Werbeverträgen erbringen, aber regelmäßig nur in geringem Umfang urheberrechtlich geschützte musikalische Werke einsetzen. Stellt es beides fest, so kann die Anwendung einer Berechnungsmethode wie die von STIM verwendete dazu führen, dass es zu erheblichen Verzerrungen zwischen der Leistung der Verwertungsgesellschaft und der verlangten Vergütung kommt.

84. Vergleichbares gilt für die Einnahmen aus *Abonnementverträgen*. Wenn bestimmte Sendungen eines Fernsehsenders für Abonnenten eine größere Rolle spielen als andere und diese nur in geringem Umfang urheberrechtlich geschützte musikalische Werke einsetzen, kann die Anwendung einer solchen Berechnungsmethode dazu führen, dass es zu einer Verzerrung zwischen der verlangten Vergütung und der Leistung der Verwertungsgesellschaft kommt.

68 — Bestimmte Sendungen sind für Werbezwecke besonders interessant, beispielsweise, weil sie eine größere Zahl von Zuschauern auf sich ziehen. Die Fernsehsender können mit diesen Sendungen regelmäßig höhere Werbeeinnahmen erzielen.

85. Stellt das vorlegende Gericht fest, dass es zu einer Verzerrung kommt, so wird es somit prüfen müssen, ob es technische Möglichkeiten gibt, die Einnahmen aus Werbe- und Abonnementverträgen treffsicherer zuzuteilen, beispielsweise nach bestimmten Sendezeiten, einzelnen Sendungen oder bestimmten Arten von Sendungen.⁶⁹ Sollte es entsprechende technische Möglichkeiten geben, so muss das vorlegende Gericht die Vorteile, die durch eine genauere Zuordnung erzeugt werden, gegen die Effizienzvorteile abwägen, welche die pauschalere Berechnungsmethode mit sich bringt.

86. In diesem Zusammenhang wird das vorlegende Gericht u. a. die oben genannten Kriterien⁷⁰ berücksichtigen müssen. Bei der Abwägung der Vor- und Nachteile wird es insbesondere berücksichtigen müssen, dass eine Berechnungsmethode, die auf die Jahreseinnahmen aus Werbe- und Abonnementverträgen abstellt, wohl deutlich einfacher zu handhaben ist als eine Berechnungsmethode, nach der die Einnahmen präziser zugeordnet werden. Weiter scheint mir berücksichtigungswert zu sein, dass die Anzahl der Fernsehsender begrenzt zu sein scheint, diese aber ein verhältnismäßig großes Publikum auf sich ziehen und dass bei öffentlich ausgestrahlten Sendungen eine recht gute Kontrollmöglichkeit zu bestehen scheint.

69 — Dies wird bei Abonnementverträgen wohl schwieriger durchzuführen sein als bei Werbeverträgen, siehe dazu Fn. 75.

70 — Nrn. 75 bis 77 dieser Schlussanträge.

b) Feststellung und Quantifizierung der Zuschauerzahl

87. Das Ausmaß der Nutzung eines urheberrechtlich geschützten musikalischen Werks wird auch dadurch bestimmt, wie hoch die Anzahl derjenigen ist, die in den Genuss des Werks kommen. Hier ist zu unterscheiden zwischen der Frage, ob eine Berechnungsmethode wie die gegenwärtig von der STIM verwendete diesen Aspekt der Nutzung der urheberrechtlich geschützten musikalischen Werke überhaupt erfasst und ob sie ihn hinreichend erfasst.

88. Zur *ersten Frage* ist festzustellen, dass eine Berechnungsmethode wie die gegenwärtig von der STIM verwendete die aktuelle Zuschauerzahl der Fernsehsender nicht unmittelbar berücksichtigt. Das vorlegende Gericht wird allerdings prüfen müssen, ob eine solche Berechnungsmethode unmittelbar oder mittelbar die potenzielle bzw. die erwartete Zuschauerzahl erfasst. Das vorlegende Gericht muss in diesem Zusammenhang prüfen, ob sich die Einnahmen aus Werbe- und Abonnementverträgen proportional zur erwarteten Zuschauerzahl verhalten.⁷¹

89. Sollte das Gericht feststellen, dass sich die Einnahmen aus den Werbe- und Abonnementverträgen proportional zur potenziellen bzw. erwarteten Zuschauerzahl verhalten, so

71 — Soweit es um die Einnahmen aus Werbeverträgen geht, spricht meines Erachtens viel dafür, dass es eine starke Korrelation zwischen den erwarteten Zuschauerzahlen und der Höhe der Werbeeinnahmen gibt. Auch bei den Einnahmen aus den Abonnementverträgen dürften die Einnahmen wohl proportional zu den erwarteten oder potenziellen Zuschauern steigen.

stellt sich die Frage, ob eine Berechnungsmethode wie die von der STIM verwendete bereits deswegen als missbräuchlich angesehen werden kann, weil sie die aktuellen Zuschauerzahlen nicht berücksichtigt. Dieser Auffassung bin ich nicht. Ich denke, dass diese beiden Kriterien (aktuelle oder potenzielle bzw. erwartete Zuschauerzahl) auf unterschiedliche Aspekte eines Urheberrechts abstellen. Der Bezug zu den aktuellen Zuschauerzahlen betont stärker den Aspekt des Ausmaßes der (Ab-) Nutzung des urheberrechtlich geschützten musikalischen Werks, während der Bezug zu den potenziellen bzw. erwarteten Zuschauerzahlen stärker die Verwertungsgeneignetheit des Urheberrechts und den Gedanken ausdrückt, dass ein Urheber einen vernünftigen Anteil am Umsatz erhalten soll, der unter Einsatz seines Werks erzielt wird.⁷²

90. Bei diesen beiden Aspekten geht es nicht um ein Stufenverhältnis hinsichtlich der Präzision der Berechnungsmethode, wie es oben beschrieben worden ist⁷³, sondern vielmehr um den Gehalt des Urheberrechts und darum, was seinen Wert ausmacht. Wie oben⁷⁴ dargestellt, denke ich, dass es beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts nicht Aufgabe des Gerichtshofs ist, den vorzugswürdigen Ansatz festzulegen, und dass dies auch nicht Gegenstand der hier durchzuführenden wettbewerbsrechtlichen Rahmenkontrolle sein kann. Dass eine Berechnungsmethode wie die gegenwärtig von der STIM verwendete die aktuelle Zuschauerzahl nicht berücksichtigt, halte ich daher *per se* nicht für missbräuchlich, soweit sie einen hinreichenden Bezug zur potenziellen oder erwarteten Zuschauerzahl herstellt.

91. Zur *zweiten Frage*, der hinreichenden Erfassung der Zuschauerzahlen, ist allerdings darauf hinzuweisen, dass eine Berechnungsmethode wie die von der STIM gegenwärtig verwendete nicht berücksichtigt, dass die Zuschauerzahlen nach Sendung und Sendezeit variieren können.

92. Sollte das vorliegende Gericht feststellen, dass die Einnahmen aus den *Werbeverträgen* nach Sendung und Sendezeit variieren, so dass es eine Korrelation zwischen den Einnahmen und den Zuschauerzahlen gibt, und dass bestimmte Sendungen eines Fernsehsenders regelmäßig hohe Zuschauerzahlen haben, aber regelmäßig nur in geringem Umfang urheberrechtlich geschützte musikalische Werke einsetzen, so kann die Anwendung einer solchen Berechnungsmethode dazu führen, dass es zu einer Verzerrung zwischen der verlangten Vergütung und der Leistung der Verwertungsgesellschaft kommt.

93. Vergleichbares gilt für die Einnahmen aus *Abonnementverträgen*. Sollten bestimmte Sendungen eines Fernsehsenders höhere Zuschauerzahlen auf sich ziehen und sollten diese Sendungen regelmäßig nur in geringem Umfang urheberrechtlich geschützte musikalische Werke einsetzen, so kann die Anwendung einer Berechnungsmethode wie die von der STIM gegenwärtig verwendete zu einer Verzerrung zwischen der Vergütung und der Verwertungsgesellschaft führen.

72 — Siehe Nrn. 58 bis 61 dieser Schlussanträge.

73 — Siehe Nr. 74 dieser Schlussanträge.

74 — Nrn. 47 bis 49 dieser Schlussanträge.

94. Stellt das vorliegende Gericht eine erhebliche Verzerrung fest, so wird es prüfen müssen, ob es technische Möglichkeiten gibt, die Zuschauerzahl treffsicherer, beispielsweise bestimmten Sendezeiten, einzelnen Sendungen oder bestimmten Arten von Sendungen, zuzuordnen.⁷⁵ Sollte es entsprechende technische Möglichkeiten geben, so muss das vorliegende Gericht, wie oben beschrieben⁷⁶, die Vor- und Nachteile der präziseren und der unpräziseren Berechnungsmethoden gegeneinander abwägen.

c) Berücksichtigung anderer Faktoren für die Steigerung der Einnahmen

95. Eine Berechnungsmethode wie die gegenwärtig von der STIM verwendete berücksichtigt nicht, inwiefern die Einnahmen durch die Nutzung urheberrechtlich geschützter musikalischer Werke oder aber aufgrund musikfremder Faktoren, wie Ausweitung des Programmangebots, Investitionen in Technik und Entwicklung kundenangepasster Lösungen, zunehmen.

75 — In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass bei Fernsehsendern, die sich allein über Einnahmen aus Abonnementverträgen finanzieren, anders als bei Einnahmen aus Werbeverträgen, wohl keine sendungs- bzw. sendezeitsspezifische Korrelation zwischen den Einnahmen und der Zuschauerzahl hergestellt werden kann. Das vorliegende Gericht müsste somit prüfen, ob hinsichtlich der Einnahmen aus Abonnementverträgen eine präzisere Zuteilung, etwa durch Ermittlung der aktuellen Zuschauerzahl der einzelnen Sendezeiten oder der einzelnen Sendungen möglich ist.

76 — Siehe Nrn. 75 bis 77 dieser Schlussanträge.

96. Ich denke allerdings nicht, dass die Verwendung einer Berechnungsmethode, die das Ausmaß der Nutzung der urheberrechtlich geschützten musikalischen Werke hinreichend berücksichtigt, bereits deswegen missbräuchlich ist, weil sie nicht berücksichtigt, ob eine Steigerung der Einnahmen auf andere Faktoren zurückzuführen ist als die Nutzung der urheberrechtlich geschützten musikalischen Werke.

97. *Erstens* dürfte schwierig zu bestimmen sein, welche Faktoren zur Steigerung der Zuschauerzahl und zur Erhöhung der Einnahmen eines Fernsehsenders geführt haben. Der Erfolg eines Fernsehsenders oder einer Sendung hängt von einer Vielzahl von Faktoren ab. Ich denke nicht, dass mit hinreichender Genauigkeit ermittelt werden kann, welcher Faktor im welchem Umfang zum wirtschaftlichen Erfolg beigetragen hat.

98. Dass die Nutzung urheberrechtlich geschützter musikalischer Werke geeignet ist, sich auf den Erfolg einer Sendung oder eines Fernsehsenders auszuwirken, ist unbestritten. Insofern dürfte der Nachweis, dass gestiegene Zuschauerzahlen und erhöhte Einnahmen *nicht* auf die Nutzung von urheberrechtlich geschützten musikalischen Werken zurückzuführen sind, kaum zu führen sein, insbesondere, da der Nutzwert von Musik wohl von Zuschauer zu Zuschauer individuell variieren dürfte. Bereits aus diesem Grund halte ich es für sehr zweifelhaft, ob es eine Methode gibt,

mittels deren dieser Umstand hinreichend präzise erfasst werden kann.⁷⁷

d) Ergebnis

99. Im Übrigen müsste geprüft werden, ob eine alternative Berechnungsmethode, soweit sie technisch möglich sein sollte, nicht zu einem solch hohen Aufwand führt, dass die Vorteile ihrer Verwendung in keinem Verhältnis zu den Nachteilen stehen.

100. *Zweitens* ist darauf hinzuweisen, dass es im Bereich des Urheber- und Immaterialgüterrechts nicht unüblich ist, dass für die Lizenzierung von Urheberrechten eine Lizenzgebühr verlangt wird, die sich auf einen Anteil des Umsatzes beläuft, der mit dem Produkt erzielt wurde, für dessen Erzeugung das entsprechende Recht eingesetzt wurde.⁷⁸ Weiter spricht für diese Auffassung, dass der Gerichtshof es im Urteil *Basset*⁷⁹ nicht als missbräuchlich angesehen hat, dass eine Wertungsgesellschaft einen Anteil der Einnahmen von Diskotheken verlangte, ohne dass berücksichtigt wurde, inwiefern die Einnahmen auf andere Umstände als auf den Einsatz von urheberrechtlich geschützten musikalischen Werken zurückzuführen waren. Die Entscheidung des Gerichtshofs ist meines Erachtens auf den vorliegenden Fall übertragbar.⁸⁰

77 — Ich denke, dass dieser Umstand eher über die grundsätzliche Höhe des Anteils berücksichtigt werden kann. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Anteil, der auf die Einkommen aus Werbe- und Abonnementverträgen angesetzt wird, deutlich unter dem Musikanteil liegt. Da das vorliegende Gericht allerdings nicht danach gefragt hat, ob eine Vergütung, wie sie von der STIM verlangt wird, exzessiv hoch ist, braucht dieser Punkt hier nicht weiter vertieft zu werden.

78 — Siehe Nrn. 60 bis 64 dieser Schlussanträge.

79 — Urteil *Basset* (in Fn. 8 angeführt, Randnrn. 16 und 18).

80 — In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Einnahmen von Diskotheken nicht allein vom Einsatz urheberrechtlich geschützter musikalischer Werke abhängen, sondern auch von weiteren Faktoren, wie beispielsweise der Lage, der Werbung, dem Publikum und der Ausstattung der Diskothek, die zum Teil nur einen geringen Zusammenhang mit der Nutzung urheberrechtlich geschützter musikalischer Werke aufweisen.

101. Als Ergebnis kann Folgendes festgehalten werden: Stellt ein nationales Gericht fest, dass die Anwendung einer Berechnungsmethode, nach der sich die Vergütung auf einen variablen Teil der Einnahmen der Fernsehsender aus Werbe- und Abonnementverträgen beläuft, zu einer Verzerrung des Verhältnisses zwischen der Leistung der Wertungsgesellschaft einerseits und der von ihr verlangten Vergütung andererseits führt, so ist die Verwendung einer solchen Berechnungsmethode dann missbräuchlich, wenn es eine alternative Berechnungsmethode gibt, nach der das Ausmaß der Nutzung in der Vergütung präziser erfasst werden kann, und die Anwendung der unpräziseren Berechnungsmethode nicht durch Effizienzvorteile, insbesondere in Form von Kosteneinsparungen bei der Verwaltung der Vertragsbestände und der Überwachung der Nutzung der geschützten Musikwerke, gerechtfertigt ist.

102. Die Anwendung einer solchen Berechnungsmethode ist nicht bereits deswegen als missbräuchlich im Sinne des Art. 82 EG anzusehen, weil sie die aktuelle Zuschauerzahl nicht berücksichtigt, soweit angenommen werden kann, dass sie die potenzielle oder erwartete Zuschauerzahl hinreichend in Betracht zieht.

103. Soweit eine solche Berechnungsmethode das Ausmaß der Nutzung der urheberrechtlich geschützten musikalischen Werke hinreichend erfasst, kann sie nicht bereits deswegen als missbräuchlich angesehen werden, weil sie nicht den Umfang berücksichtigt,

in dem diese Nutzung und nicht andere Faktoren zu einer Steigerung der Einnahmen führen.

104. Soweit das vorlegende Gericht weiter feststellt, dass eine Berechnungsmethode wie die gegenwärtig von der STIM verwendete auch in anderer Hinsicht zu Verzerrungen zwischen der Leistung der STIM und der verlangten Vergütung führt, beispielsweise, weil sie die Art der Nutzung des urheberrechtlich geschützten musikalischen Werks nicht berücksichtigt, wird es auch in dieser Hinsicht die oben dargestellte wettbewerbsrechtliche Rahmenkontrolle durchführen müssen.⁸¹

2. Potenzielle, anders ausgestaltete Berechnungsmethoden

105. Soweit die zweite und die dritte Frage des vorlegenden Gerichts auf die Vereinbarkeit von anderen Berechnungsmethoden als die von der STIM gegenwärtig verwendete mit Art. 82 EG gerichtet sind, ist auf Folgendes hinzuweisen: Aufgrund der Vielzahl der möglichen Ausgestaltungen von Berechnungsmethoden kann nicht abstrakt beurteilt

81 — In Hinblick auf die Berücksichtigung der Art der Nutzung wird wohl insbesondere der Gesichtspunkt zu berücksichtigen sein, ob sich eine Unterscheidung nach Art der Nutzung (beispielsweise in Sendungen, die urheberrechtlich geschützte musikalische Werke nur als Hintergrundmusik nutzen, oder Sendungen, deren Hauptgegenstand die Wiedergabe urheberrechtlich geschützter musikalischer Werke ist) nach hinreichend objektiven Kriterien durchführen lässt. Weiter wird insbesondere zu berücksichtigen sein, ob eine solche alternative Methode die Kosten erhöht. In diesem Zusammenhang kann eine Rolle spielen, ob die Verwertungsgesellschaft eine vergleichbare Unterscheidung im Innenverhältnis vornimmt. Schließlich wird zwischen den Vor- und Nachteilen abzuwägen sein.

werden, ob eine Berechnungsmethode, welche die vom vorlegenden Gericht genannten Kriterien nicht berücksichtigt, missbräuchlich im Sinne des Art. 82 EG ist. Stellt das nationale Gericht allerdings fest, dass die Berechnungsmethode zu Verzerrungen führt, dann muss es die oben genannten⁸² Grundsätze anwenden.

D — *Zur vierten Vorlagefrage*

106. Mit seiner vierten Vorlagefrage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Anwendung einer vom Haupttarif⁸³ abweichenden Berechnungsmethode auf den öffentlich-rechtlichen Fernsehsender SVT missbräuchlich im Sinne des Art. 82 EG sein kann.

107. In dieser Hinsicht scheint mir insbesondere das Fallbeispiel nach Art. 82 Abs. 2 Buchst. c EG relevant zu sein. Das in Art. 82 Abs. 2 Buchst. c EG normierte besondere Diskriminierungsverbot ist Teil des Systems, das gemäß Art. 3 Abs. 1 Buchst. g EG den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt. Durch das Geschäftsgebaren des Unternehmens in beherrschender Stellung soll der Wettbewerb auf einem vor- oder nachgelagerten Markt,

82 — Nrn. 74 bis 79 dieser Schlussanträge.

83 — Siehe hierzu Nr. 9 dieser Schlussanträge.

also der Wettbewerb zwischen Zulieferern oder Abnehmern dieses Unternehmens, nicht verzerrt werden. Im Wettbewerb untereinander sollen die Vertragspartner dieses Unternehmens nicht bevorzugt oder benachteiligt werden.⁸⁴

108. Das Fallbeispiel nach Art. 82 Abs. 2 Buchst. c EG hat zwei Voraussetzungen. Erstens muss das marktbeherrschende Unternehmen unterschiedliche Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen verlangen (1). Zweitens müssen seine Handelspartner dadurch im Wettbewerb benachteiligt werden (2).

1. Unterschiedliche Bedingungen bei gleichwertiger Leistung

109. Eine unterschiedliche Behandlung bei gleichwertiger Leistung liegt vor, wenn die Wertrelation zwischen Leistung und Gegenleistung bei den Handelspartnern ungleich ist. Das vorliegende Gericht muss somit prüfen, ob die STIM für gleichwertige Leistungen unterschiedliche Vergütungen verlangt.

110. Hinsichtlich der Leistung ist festzustellen, dass die Leistung an Kanal 5 und TV 4 einerseits, sowie SVT andererseits die Nutzung der urheberrechtlich geschützten musikalischen Werke aus dem Gesamtrepertoire

der STIM ist. Das Ausmaß der Nutzung variiert von Fernsehsender zu Fernsehsender.

111. Weiter muss das vorliegende Gericht prüfen, ob die STIM unterschiedliche Vergütungen verlangt. Zunächst ist festzustellen, dass die Tarife, die gegenüber Kanal 5 und TV 4 einerseits und SVT andererseits angewendet werden, unterschiedlich sind. Allerdings geht aus dem Vorlagebeschluss hervor, dass SVT keine erheblichen Einnahmen aus Werbeverträgen und keine Einnahmen aus Abonnementverträgen hat.⁸⁵ Die Ungleichbehandlung kann also darauf zurückzuführen sein, dass bei SVT eine Berechnungsmethode angewendet wird, nach der fiktive Einnahmen aus Werbe- und Abonnementverträgen simuliert werden. Soweit dies hinsichtlich der Wertrelation zwischen Leistung und Gegenleistung zu Ergebnissen führt, die mit den Ergebnissen vergleichbar sind, die nach dem Haupttarif für Kanal 5 und TV 4 erzielt werden, halte ich dies nicht *per se* für eine unzulässige Diskriminierung.

112. Allerdings ist festzustellen, dass die Bestimmung des jährlichen Musikanteils bei SVT *ex ante*, also aufgrund einer Prognose erfolgt, während sie bei Kanal 5 und TV 4 *ex post* erfolgt. Das vorliegende Gericht muss prüfen, ob dieser Unterschied geeignet ist, zu einer benachteiligenden Ungleichbehandlung

⁸⁴ — Urteil vom 15. März 2007, British Airways/Kommission (C-95/04 P, Slg. 2007, I-2331, Randnr. 143).

⁸⁵ — SVT wird durch öffentliche Gebühren finanziert. Aus der Höhe der öffentlichen Gebühren können, anders als wohl bei Einnahmen aus Werbe- und Abonnementverträgen, nicht notwendigerweise Rückschlüsse auf das Ausmaß der Nutzung der urheberrechtlich geschützten musikalischen Werke gezogen werden.

zu führen. Dies liegt insbesondere dann nahe, wenn das tatsächliche Ausmaß der Nutzung urheberrechtlich geschützter musikalischer Werke durch SVT höher ist als zu Beginn eines Jahres prognostiziert.⁸⁶

2. Wettbewerbsverhältnis

113. Weitere Voraussetzung des Fallbeispiels nach Art. 82 Buchst. c EG ist, dass Kanal 5 und TV 4 durch die Ungleichbehandlung im Wettbewerb benachteiligt werden. Die Wettbewerbsposition von Kanal 5 und TV 4 müsste gegenüber der von SVT beeinträchtigt worden sein.⁸⁷ Dies setzt voraus, dass Kanal 5 und TV 4 einerseits und SVT andererseits Wettbewerber sind.

114. In diesem Zusammenhang geht es nicht um das Verhältnis von SVT, Kanal 5 und TV 4 auf dem vorgelagerten Markt für das Angebot von und die Nachfrage an der Gesamtlizenz für urheberrechtlich geschützte musikalische Werke, sondern um deren Verhältnis im

nachgelagerten Bereich für Fernsehen. Das vorlegende Gericht wird prüfen müssen, ob Kanal 5 und SVT bzw. TV 4 und SVT in diesem Bereich Wettbewerber sind. Diese Prüfung macht eine Würdigung des Sachverhalts des Ausgangsrechtsstreits erforderlich. Der Gerichtshof ist nicht befugt, über den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens zu entscheiden oder die von ihm ausgelegten Gemeinschaftsvorschriften auf nationale Maßnahmen oder Gegebenheiten anzuwenden, da diese Fragen in die ausschließliche Zuständigkeit des nationalen Gerichts fallen.⁸⁸

3. Ergebnis

115. Die Anwendung von unterschiedlichen Berechnungsmethoden auf einen öffentlich-rechtlichen Fernsehsender einerseits und private Fernsehsender andererseits kann missbräuchlich im Sinne des Art. 82 EG sein, wenn der öffentlich-rechtliche Fernsehsender dadurch gegenüber den privaten Fernsehsendern bevorzugt wird und der öffentlich-rechtliche und zumindest einer der privaten Fernsehsender Wettbewerber sind.

86 — Eine Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung zwischen Kanal 5 und TV 4 einerseits und SVT andererseits aufgrund des öffentlich-rechtlichen Auftrags von SVT kommt bereits deswegen nicht in Betracht, weil die STIM während der mündlichen Verhandlung klargestellt hat, dass der Grund für unterschiedliche Behandlung allein darin liegt, dass SVT kaum Einnahmen aus Werbeverträgen und keine Einnahmen aus Abonnementverträgen hat.

87 — Urteile vom 15. März 2007, *British Airways/Kommission* (C-95/04 P, Slg. 2007, I-2331, Randnr. 144), und vom 16. Dezember 1975, *Suiker Unie u. a./Kommission* (40/73 bis 48/73, 50/73, 54/73 bis 56/73, 111/73, 113/73 und 114/73, Slg. 1975, 1663, Randnrn. 523 und 524).

88 — Vgl. Urteile *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti* (in Fn. 61 angeführt, Randnrn. 68 f.), *Van der Hulst* (in Fn. 61 angeführt, Randnr. 12), *Shipping and Forwarding Enterprise Safe* (in Fn. 61 angeführt, Randnr. 11), *Lirussi und Bizzaro* (in Fn. 61 angeführt, Randnr. 38) und *RAR* (in Fn. 61 angeführt, Randnr. 47).

VII — Ergebnis

116. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, die Fragen des vorliegenden Gerichts wie folgt zu beantworten:

1. Art. 82 EG ist so auszulegen, dass eine Verwertungsgesellschaft für Urheberrechte, die in einem Mitgliedstaat faktisch eine Monopolstellung innehat und gegenüber privaten Fernsehsendern für die Nutzung der urheberrechtlich geschützten musikalischen Werke aus ihrem Gesamtrepertoire eine Berechnungsmethode anwendet, wonach die Vergütung sich auf einen festen Teil der Einnahmen der Fernsehsender aus Werbe- und Abonnementverträgen beläuft, ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht. Die Verwendung einer Berechnungsmethode, nach der sich die Vergütung auf einen variablen Teil der Einnahmen beläuft, stellt allerdings kein missbräuchliches Verhalten dar, soweit eine solche Berechnungsmethode berücksichtigt, in welchem Ausmaß ein Fernsehsender die urheberrechtlich geschützten musikalischen Werke nutzt.
2. Die Verwendung einer Berechnungsmethode kann missbräuchlich im Sinne des Art. 82 EG sein, wenn es eine alternative Berechnungsmethode gibt, nach der das Ausmaß der Nutzung der urheberrechtlich geschützten musikalischen Werke präziser erfasst werden kann, und die Anwendung der gegenwärtig verwendeten, unpräziseren Berechnungsmethode nicht durch Effizienzvorteile, insbesondere in Form von Kosteneinsparungen bei der Verwaltung der Vertragsbestände und der Überwachung der Nutzung der geschützten Musikwerke, gerechtfertigt ist.

Die Verwendung einer Berechnungsmethode kann nicht bereits deswegen als missbräuchlich im Sinne des Art. 82 EG angesehen werden, weil sie nicht berücksichtigt, in welchem Umfang andere Faktoren als die Nutzung der urheberrechtlich geschützten musikalischen Werke zu einer Steigerung der Einnahmen führen.

3. Die Verwendung einer Berechnungsmethode ist nicht bereits deswegen missbräuchlich im Sinne des Art. 82 EG, weil sie die aktuelle Zuschauerzahl nicht berücksichtigt, soweit angenommen werden kann, dass sie die potenzielle oder erwartete Zuschauerzahl in hinreichendem Ausmaß erfasst.

4. Die Anwendung unterschiedlicher Berechnungsmethoden für private Fernsehsender einerseits und einen öffentlich-rechtlichen Fernsehsender andererseits ist missbräuchlich im Sinne des Art. 82 EG, wenn sie erstens dazu führt, dass der öffentlich-rechtliche Fernsehsender im Vergleich zu den privaten Fernsehsendern eine niedrigere Vergütung für eine gleichwertige Leistung der Verwertungsgesellschaft zahlt, und zweitens zwischen dem öffentlich-rechtlichen Fernsehsender und einem der privaten Fernsehsender ein Wettbewerbsverhältnis besteht.