



Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
GIOVANNI PITRUZZELLA
vom 16. Juli 2020¹

Rechtssache C-372/19

**Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM)
gegen
Weareone.World BVBA,
Wecandance NV**

(Vorabentscheidungsersuchen der Ondernemingsrechtbank Antwerpen [Unternehmensgericht
Antwerpen, Belgien])

„Vorlage zur Vorabentscheidung – Wettbewerb – Art. 102 AEUV – Missbrauch einer beherrschenden Stellung – Begriff ‚unangemessener Preis‘ – Von einer Organisation für die kollektive Wahrnehmung von Urheberrechten vereinnahmte Vergütungen für die öffentliche Wiedergabe von urheberrechtlich geschützten Musikwerken bei Festivals – Berechnungsmethode“

1. Mit dem Vorabentscheidungsersuchen, das Gegenstand der vorliegenden Schlussanträge ist, legt die Ondernemingsrechtbank Antwerpen (Unternehmensgericht Antwerpen, Belgien) dem Gerichtshof eine Frage nach der Auslegung von Art. 102 AEUV zur Vorabentscheidung vor. Diese Frage wurde im Rahmen von zwei Rechtsstreitigkeiten aufgeworfen, die erste zwischen der Belgischen Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (im Folgenden: SABAM) und der Weareone.World BVBA (im Folgenden: W.W), die zweite zwischen SABAM und Wecandance NV (im Folgenden: WCD), wegen der von SABAM vereinnahmten Vergütungen für die Nutzung von zu ihrem Repertoire gehörenden Musikwerken während der von W.W und WCD organisierten Festivals.

I. Rechtlicher Rahmen

A. Unionsrecht

2. Nach Art. 102 Abs. 1 AEUV „[ist m]it dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten ... die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen“. Nach Art. 102 Abs. 2 Buchst. a kann dieser Missbrauch insbesondere in „der unmittelbaren oder mittelbaren Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen“ bestehen.

¹ Originalsprache: Italienisch.

3. Die Richtlinie 2014/26², die auf der Grundlage von Art. 50 Abs. 1, Art. 53 Abs. 1 und Art. 62 AEUV erlassen wurde und am 9. April 2014 in Kraft getreten ist, verfolgt als Hauptziele eine verbesserte Kontrolle der Tätigkeiten von Organisationen für die kollektive Rechtewahrnehmung durch deren Mitglieder, die Gewähr eines hinreichenden Maßes an Transparenz und verbesserte länderübergreifende Lizenzierungsmöglichkeiten von Urheberrechten an Musikwerken für die Online-Nutzung³. Zu diesem Zweck legt sie die Anforderungen fest, die erforderlich sind, um eine ordnungsgemäße Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten durch Organisationen für die kollektive Rechtewahrnehmung sicherzustellen⁴. Art. 16 („Lizenzvergabe“) dieser Richtlinie, der in Kapitel 4 („Verhältnis zu den Nutzern“) enthalten ist, bestimmt in Abs. 2:

„Die Lizenzbedingungen sind auf objektive und diskriminierungsfreie Kriterien zu stützen. ...

Die Rechtsinhaber erhalten eine angemessene Vergütung für die Nutzung ihrer Rechte. Tarife für ausschließliche Rechte und Vergütungsansprüche stehen in einem angemessenen Verhältnis unter anderem zu dem wirtschaftlichen Wert der Nutzung der Rechte unter Berücksichtigung der Art und des Umfangs der Nutzung des Werks und sonstiger Schutzgegenstände sowie zu dem wirtschaftlichen Wert der von der Organisation für die kollektive Rechtewahrnehmung erbrachten Leistungen. Die Organisationen für die kollektive Rechtewahrnehmung informieren die betroffenen Nutzer über die der Tarifaufstellung zugrunde liegenden Kriterien.“

B. Nationales Recht

4. Art. IV.2 des Wetboek van economisch recht (Wirtschaftsgesetzbuch) hat denselben Inhalt wie Art. 102 AEUV.

5. Die Richtlinie 2014/26 wurde durch die Wet van 8 juni 2017 tot omzetting in Belgisch recht van de richtlijn 2014/26 (Gesetz vom 8. Juni 2017 zur Umsetzung der Richtlinie 2014/26 in belgisches Recht)⁵, die am 1. Januar 2018 in Kraft getreten ist, in belgisches Recht umgesetzt. Durch Art. 63 dieses Gesetzes wurde Art. XI.262 des Wirtschaftsgesetzbuchs geändert, der in Abs. 1 vorsieht, dass „Lizenzbedingungen ... auf objektive und diskriminierungsfreie Kriterien gestützt [sind]. ... Rechtsinhaber erhalten eine angemessene Vergütung für die Nutzung ihrer Rechte. Tarife für ausschließliche Rechte und Vergütungsansprüche stehen in einem angemessenen Verhältnis unter anderem zu dem wirtschaftlichen Wert der Nutzung der Rechte, unter Berücksichtigung der Art und des Umfangs der Nutzung der Werke und Leistungen, und zu dem wirtschaftlichen Wert der von der Verwertungsgesellschaft erbrachten Leistungen. Die Verwertungsgesellschaften informieren die betroffenen Nutzer über die der Tarifaufstellung zugrunde liegenden Kriterien.“

6. Gemäß Art. XI.248 des Wirtschaftsgesetzbuchs in seiner auf den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens anwendbaren Fassung „nehmen [Verwertungsgesellschaften] die Rechte im Interesse der Rechtsinhaber wahr. Die Wahrnehmung dieser Tätigkeit muss in gerechter, sorgfältiger, wirksamer und nichtdiskriminierender Weise ausgeführt werden. ...“

7. Nach Art. XI.279 des Wirtschaftsgesetzbuchs überwacht ein Kontrolldienst der Verwertungsgesellschaften für Urheberrechte und verwandte Schutzrechte bei der Generaldirektion Wirtschaftsinspektion des Föderalen Öffentlichen Dienstes Wirtschaft (FOD Economie) u. a. die durch diese Verwertungsgesellschaften angenommenen Entgelterhebungs-, Einnahme- und Verteilungsregeln.

2 Richtlinie 2014/26/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die kollektive Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten und die Vergabe von Mehrgebietslizenzen für Rechte an Musikwerken für die Online-Nutzung im Binnenmarkt (ABl. 2014, L 84, S. 72).

3 Vgl. insbesondere Erwägungsgründe 7, 8, 9 und 55 der Richtlinie 2014/26.

4 Vgl. Art. 1 erster Satz der Richtlinie 2014/26.

5 B.S./M.B., 26. Juni 2017.

II. Ausgangsverfahren und Vorlagefrage

8. SABAM, Klägerin der Ausgangsverfahren, ist eine Verwertungsgesellschaft für Urheberrechte im Sinne des belgischen Rechts. Die beklagten Gesellschaften, W.W und WCD, sind jeweils Veranstalterinnen der Musikfestivals *Tomorrowland* und *Wecandance*.

9. Die Vergütung für die Nutzung des Repertoires von SABAM bei Musikfestivals⁶ wird nach dem sogenannten „Tarif 211“ festgesetzt, der in dem für die Ausgangsverfahren maßgebenden Zeitraum zwei unterschiedliche Kriterien für die Vergütung enthielt. Das erste sah die Anwendung eines Mindesttarifs vor, der anhand der beschallten Fläche oder der Zahl der Sitzplätze berechnet wurde. Das zweite, das anwendbar war, wenn es zu höheren Vergütungen führte, bestand in einem gestuften degressiven Tarif, der anhand des Budgets für die Künstler⁷ oder der Bruttoeinnahmen aus dem Verkauf der Tickets einschließlich der an die Sponsoren vergebenen, je nachdem, welcher Betrag höher war, berechnet wurde. Aus den Akten geht hervor, dass die angewandten Sätze zwischen 6 % und 2,50 % (3,25 % für 2017) lagen und 8 (9 ab 2017) Umsatzstufen anwendbar waren, die von 0,01 Euro bis mehr als 3 200 000 Euro gingen. Die verschiedenen Fassungen des Tarifs 211 sahen den Abzug bestimmter Kosten von dem als Bemessungsgrundlage dienenden Betrag vor, u. a. für Reservierungsgebühren, Mehrwertsteuer und Gemeindeabgaben⁸. Auf diesen Tarif wurden Ermäßigungen nach der „1/3-2/3-Regelung“ angewandt: i) wenn weniger als ein Drittel der abgespielten Titel zum Repertoire von SABAM gehörte, wandte diese ein Drittel des Tarifs an; ii) wenn mehr als ein Drittel und weniger als zwei Drittel der aufgeführten Werke zu diesem Repertoire gehörten, wandte SABAM zwei Drittel des Tarifs an; iii) in den übrigen Fällen wurde der volle Tarif angewandt. Voraussetzung für diese Ermäßigungen war die Vorlage der Liste der aufgeführten musikalischen Werke durch den Veranstalter des Ereignisses. Diese Liste musste spätestens zehn Tage vor dem Ereignis oder ab 2017 für die von DJs live aufgeführten Werke bis zu 30 Tage nach dem Ereignis vorgelegt werden, sofern sich der Veranstalter an ein von SABAM zugelassenes Kontrollunternehmen wandte.

6 Aus den Akten geht hervor, dass die Definition des Begriffs „Festival“ zwar in den verschiedenen Fassungen des Tarifs 211 variierte, dass dieser Begriff jedoch stets auf die Organisation einer Reihe von Konzerten von mindestens fünf Gruppen oder Künstlern pro Tag, jeweils mit ihrem eigenen Programm, verwies. In einigen Fällen wurden ein gemeinsames Thema und eine jährliche Veranstaltung gefordert.

7 Aus den Akten geht hervor, dass der Begriff des Budgets für die Künstler in den Fassungen von 2014 und 2016 des Tarifs 211 als der Betrag definiert wurde, der den Künstlern für die Durchführung ihres Programms zur Verfügung gestellt wurde. In der Fassung von 2017 wurden auch die den Künstlern erstatteten technischen Kosten für Licht und Ton hinzugefügt.

8 In der Fassung von 2017 wurden auch die Kosten für den öffentlichen Verkehr hinzugefügt.

10. Mit verschiedenen verfahrenseinleitenden Schriftsätzen⁹ forderte SABAM die Beklagten zur Zahlung der Gebühren für die Nutzung ihres Musikrepertoires während des Festivals *Tomorrowland* in den Jahren 2014, 2015 und 2016¹⁰ und des Festivals *Wecandance* in den Jahren 2013 bis 2016¹¹ auf.

11. Vor dem vorliegenden Gericht fechten W.W und WCD die Gültigkeit des Tarifs 211 an, den sie als unangemessen ansehen, da er nicht dem wirtschaftlichen Wert der von SABAM erbrachten Leistung entspreche. Zum einen machen sie geltend, dass die 1/3-2/3-Regel, auf deren Grundlage die Rabatte gewährt würden, nicht hinreichend genau sei und dass es Technologien gebe, die es ermöglichten, die während des Festivals aufgeführten Werke des Repertoires von SABAM und ihre Dauer genauer zu bestimmen¹². Zum anderen fechten sie die Berechnung des Tarifs auf der Grundlage des Budgets für die Künstler oder der Bruttoeinnahmen ohne vorherigen Abzug der nicht unmittelbar mit der Musik verbundenen Kosten an. Vor diesem Hintergrund stelle das von SABAM erlassene Tarifsystem für Veranstaltungen wie die von den Beklagten der Ausgangsverfahren organisierten einen nach Art. 102 AEUV verbotenen Missbrauch einer beherrschenden Stellung dar.

12. Es ist unstrittig, dass SABAM in Belgien über ein *De-facto*-Monopol auf dem Markt der Wahrnehmung und Verteilung der Urheberrechtsvergütungen für die Vervielfältigung und öffentliche Wiedergabe von Musikwerken verfügt.

13. Das vorliegende Gericht weist darauf hin, dass es unmöglich sei, den wirtschaftlichen Wert der Urheberrechte im Zusammenhang mit der Aufführung von Musikwerken im Rahmen von Veranstaltungen wie den im Ausgangsverfahren in Rede stehenden genau zu berechnen, da es für eine solche Berechnung erforderlich wäre, die Attraktivität und Beliebtheit jedes aufgeführten Stücks zu berücksichtigen. Die Bestimmung der der Verwertungsgesellschaft für Urheberrechte geschuldeten Vergütung wäre daher notwendigerweise das Ergebnis einer Annäherung. Dieses Gericht fragt sich jedoch, welches Maß an Genauigkeit erforderlich ist, damit diese Vergütung nicht als unangemessen anzusehen ist, und ob das von der SABAM gewählte Tarifsystem angesichts der von den Beklagten angefochtenen Elemente mit Art. 102 AEUV vereinbar ist.

9 Das vorliegende Gericht weist darauf hin, dass die von SABAM gegen W.W und WCD anhängig gemachten Rechtssachen nicht miteinander verbunden worden seien, aber in einer einzigen Entscheidung entschieden würden.

10 Das vorliegende Gericht führt aus, dass SABAM und W.W seit den ersten *Tomorrowland*-Festivals hinsichtlich der Höhe der der Ersteren geschuldeten Vergütung uneinig gewesen seien. Nach einem Vergleich im Jahr 2008 und einem neuen Rechtsstreit über die Festivals 2011 und 2014 im Jahr 2015 erklärte das Gericht Antwerpen die Zahlungsaufforderung von SABAM für das Festival *Tomorrowland* in den Jahren 2011 und 2013 für begründet. Im Anschluss an diese Entscheidung schlossen SABAM und W.W am 30. Juli 2015 einen neuen Vergleich über die der Ersteren geschuldeten Vergütungen, nicht nur für die Festivals in den Jahren 2011 und 2013, sondern auch für 2014. Sie kamen insbesondere überein, dass zwei Drittel des Betrags für 2014 direkt an SABAM gezahlt werden sollten und dass ein Drittel bis zur Beilegung des zwischenzeitlich entstandenen Rechtsstreits über den Prozentsatz des während dieses Festivals genutzten Repertoires der SABAM auf einem Bankkonto gesperrt werden sollte. Was die Jahre 2015 und 2016 betrifft, so akzeptierte W.W zunächst den von SABAM angewandten Tarif, focht dann aber die von SABAM ausgestellten Rechnungen an. SABAM verlangt die Zahlung von 194 925,29 Euro für das Festival *Tomorrowland* 2014, 259 072,42 Euro für das Jahr 2015 und 283 726,99 Euro für das Festival im Jahr 2016, zuzüglich Zinsen. SABAM verlangt auch, dass W.W ihr die Zahl der für das Festival 2016 verkauften VIP-Tickets und deren Preis mitteilt. W.W beantragt mit Widerklage die Feststellung, dass für das Festival *Tomorrowland* in den Jahren 2014 bis 2016 SABAM kein Betrag geschuldet wird, und die Freigabe der gesperrten Mittel für das Jahr 2014 sowie die Erstattung von 16 236,00 Euro für das Festival 2016. Hilfsweise beantragt W.W, einen Sachverständigen zu bestellen, um den Teil der Werke des Repertoires von SABAM festzustellen, die während der Festivals in den Jahren 2014, 2015 und 2016 aufgeführt wurden.

11 Das vorliegende Gericht weist darauf hin, dass SABAM für das Festival 2013 den Tarif 105 und ab dem zweiten Festival den Tarif 211 angewandt habe. WCD zahlte die geforderten Beträge, focht diese jedoch später an. Für die Festivals 2015 und 2016 nutzte WCD das Repertoire von SABAM ohne Genehmigung. Die Beträge für diese Festivals, die von WCD ebenfalls angefochten wurden, wurden daher von SABAM auf der Grundlage ihrer eigenen Feststellungen festgesetzt. SABAM beantragt, WCD zur Zahlung von 27 359,04 Euro und 38 550,45 Euro zuzüglich Zinsen zu verurteilen. WCD beantragt mit einer Widerklage, SABAM zur Erstattung von 7 897,00 Euro und von 13 349,78 Euro zuzüglich Zinsen zu verurteilen.

12 W.W und WCD beziehen sich insbesondere auf das Programm „DJ Monitor“.

14. Unter diesen Umständen hat die Ondernemingsrechtbank Antwerpen (Unternehmensgericht Antwerpen) das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Ist Art. 102 AEUV, gegebenenfalls in Verbindung mit Art. 16 der Richtlinie 2014/26, dahin auszulegen, dass eine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung vorliegt, wenn eine Verwertungsgesellschaft für Urheberrechte, die in einem Mitgliedstaat ein faktisches Monopol innehat, gegenüber Organisatoren von Musikveranstaltungen für das Recht auf öffentliche Wiedergabe von Musikwerken ein Vergütungsmodell anwendet, das u. a. auf dem Umsatz beruht und

1. dem ein gestufter Pauschaltarif anstatt eines Tarifs zugrunde liegt, der (mit Hilfe der zeitgemäßen technischen Hilfsmittel) den genauen Anteil des von der Verwertungsgesellschaft verwalteten Repertoires an der während der Veranstaltung abgespielten Musik berücksichtigt,
2. nach dem die Lizenzvergütungen auch von externen Faktoren wie u. a. dem Eintrittspreis, dem Preis für Speisen und Getränke, dem Budget für die auftretenden Künstler und dem Budget für andere Elemente wie Dekor abhängen?

III. Verfahren vor dem Gerichtshof

15. SABAM, W.W, WCD, die belgische und die französische Regierung sowie die Europäische Kommission haben gemäß Art. 23 der Satzung des Gerichtshofs schriftliche Erklärungen eingereicht. Diese Parteien und Beteiligten, ausgenommen die französische Regierung, haben bei der Verhandlung am 27. Mai 2020 mündliche Ausführungen gemacht.

IV. Würdigung

1. Vorbemerkungen

16. Die Frage nach den Kriterien für die Bestimmung der Vergütung für die Nutzung von zum Repertoire von SABAM gehörenden Musikwerken bei Musikfestivals steht seit Langem im Mittelpunkt einer Reihe von Rechtsstreiten zwischen der Verwertungsgesellschaft und den Organisatoren solcher Veranstaltungen. Eines der jüngsten Kapitel dieser Saga ist die Entscheidung vom 12. April 2018, mit der der Voorzitter van de Nederlandstalige rechtbank van koophandel te Brussel (Präsident des Handelsgerichts Brüssel, Belgien) auf Antrag mehrerer Festivalveranstalter (die Beklagten der Ausgangsverfahren waren nicht darunter) und des sie vertretenden Verbands einen Verstoß gegen Art. 102 AEUV durch SABAM festgestellt hat, u. a. unter Bezugnahme auf die von W.W und WCD in den Ausgangsverfahren angefochtenen Elemente des auf die Festivals angewandten Tarifs¹³. Im Anschluss an diese Entscheidung änderte SABAM, wie das vorlegende Gericht darlegt, anscheinend nur vorübergehend das System der variablen Rabatte je nach der Menge der während des Festivals aufgeführten Werke ihres Repertoires und ersetzte die 1/3-2/3-Regel durch eine Staffelung mit Stufen von 10 %. Es wurde auch vorgesehen, dass bis zu 50 % der Kosten für professionelle Sicherheitsdienste und öffentliche Hilfsdienste von den Bruttoeinnahmen abgezogen werden können. Aus der Akte geht auch hervor, dass SABAM gegen diese Entscheidung Berufung beim Hof van beroep te Brussel (Berufungsgericht Brüssel, Belgien) einlegte, das am 10. April 2019 ein Urteil erließ, in dem es die Kommission um eine Stellungnahme zur Anwendung von Art. 102 AEUV auf die Tarifstruktur von SABAM und der anderen Verwertungsgesellschaften, die entsprechende Ziele

¹³ Die Entscheidung des Präsidenten des Handelsgerichts Brüssel beanstandete überdies eine Erhöhung des auf die Festivals angewandten Tarifs um ca. 37 % und die Anwendung eines überhöhten Mindesttarifs. SABAM sei auch zur Zahlung von Zwangsgeldern in Höhe von 5 000 Euro pro Tag bis zu einem Höchstbetrag von 1 000 000 Euro im Fall des Verstoßes gegen diese Entscheidung verurteilt worden, vgl. https://www.rtbfb.be/pure/article/detail_dans-leur-conflit-avec-la-sabam-les-festivals-obtiennent-gain-de-cause?id=9894749.

verfolgen und in anderen Mitgliedstaaten der Union eine Monopolstellung innehaben, ersuchte. Dieses Gericht ersucht die Kommission außerdem, es über das Vorliegen von in anderen Mitgliedstaaten anhängigen Anträgen zu unterrichten, die dem bei ihm anhängigen ähnlich sind, oder über etwaige Maßnahmen, die auf europäischer Ebene geprüft werden. Die Kommission gab ihre Stellungnahme am 8. Mai 2020 ab. Diese Stellungnahme ist mittels einer Maßnahme nach Art. 62 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs in das vorliegende Verfahren einbezogen worden.

17. Da die Vorlagefrage des vorlegenden Gerichts zum Gegenstand hat, ob die Anwendung einer bestimmten Methode der Berechnung eines Preises – im vorliegenden Fall die Vergütungen, die einer Organisation für die kollektive Wahrnehmung von Urheberrechten für die öffentliche Wiedergabe der zu ihrem Repertoire gehörenden Musikwerke geschuldet werden – missbräuchlich ist, ist zunächst Art. 102 Abs. 2 Buchst. a AEUV zu prüfen, der, wie oben ausgeführt, die Erzwingung von „unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen“ durch ein beherrschendes Unternehmen verbietet.

18. In den vorliegenden Schlussanträgen werde ich zunächst die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den unangemessenen Preisen, insbesondere unter Bezugnahme auf die Tarife der Verwertungsgesellschaften für Urheberrechte, analysieren. Sodann werde ich getrennt und im Licht der herausgearbeiteten Grundsätze die in der Vorlagefrage angeführten Elemente der Tarifstruktur prüfen, zu denen das vorlegende Gericht den Gerichtshof um Klarstellungen bittet. Ich werde mit der Methode der Feststellung des Grundbetrags beginnen, auf den der Prozentsatz angewandt wird, der die SABAM geschuldeten Vergütungen bestimmt, d. h. mit dem im zweiten Teil der Vorlagefrage angeführten Element. Sodann werde ich das System der pauschalen Ermäßigungen untersuchen, auf das sich das vorlegende Gericht im ersten Teil seiner Vorlagefrage bezieht.

19. In ihren schriftlichen Erklärungen ist die Kommission auch auf die Frage des möglicherweise diskriminierenden Charakters im Sinne von Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV der von SABAM erlassenen Tarifstruktur eingegangen. Einige der in der mündlichen Verhandlung von W.W geltend gemachten Argumente haben sich ebenso indirekt auf einen Fall diskriminierender Preise bezogen. Ich werde mich jedoch zu dieser Frage nicht äußern, da aus der Vorlageentscheidung nicht hervorgeht, dass die Ondernemingsrechtbank Antwerpen (Unternehmensgericht Antwerpen) den Gerichtshof auch zu diesem Punkt befragen wollte.

20. Schließlich betrifft die Vorlagefrage zwar auch Art. 16 der Richtlinie 2014/26, die Ondernemingsrechtbank Antwerp (Unternehmensgericht Antwerpen) ersucht den Gerichtshof jedoch nur um Klarstellungen zur Auslegung des Begriffs des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung, der in der Richtlinie 2014/26 nicht, zumindest nicht ausdrücklich, vorkommt. Ich werde daher meine Prüfung auf Art. 102 AEUV und insbesondere den in Abs. 2 Buchst. a dieses Artikels vorgesehen Fall beschränken.

2. Rechtsprechung zum Missbrauch einer beherrschenden Stellung durch die Erzwingung überhöhter Preise und ihre Anwendung auf die Tarife der Verwertungsgesellschaften für Urheberrechte

a) Feststellung des Vorliegens unangemessener Preise

21. Im Gegensatz zu anderen Rechtssystemen, wie dem der Vereinigten Staaten, zählt das europäische Wettbewerbsrecht, wie ausgeführt, zu den wettbewerbswidrigen Zuwiderhandlungen den Fall eines Missbrauchs einer beherrschenden Stellung, der in „der unmittelbaren oder mittelbaren Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen“ besteht. Diese Art der wettbewerbswidrigen Zuwiderhandlung wurde in der Praxis der Kommission und der nationalen Wettbewerbsbehörden lange Zeit nur ziemlich eingeschränkt herangezogen. In den letzten

Jahren zeigte sich jedoch ein Wiederaufleben der Heranziehung der Rechtsfigur der „unangemessenen Preise“, wie der Anstieg der von den nationalen Wettbewerbsbehörden und von der Kommission bearbeiteten Fälle und auch die an den Gerichtshof herangetragenen Rechtssachen belegen. Diese Fälle betrafen insbesondere die Preise von Arzneimitteln und die von Verwertungsgesellschaften für Urheberrechte angewandten Tarife¹⁴.

22. Zur Erläuterung dieser Situation (Zurückhaltung bei der Anwendung der Rechtsfigur und sodann ihre Übertragung auf bestimmte Wirtschaftssektoren) ist darauf hinzuweisen, dass die Feststellung eines Preises als ungerecht und damit wettbewerbswidrig ein sehr schwieriger Vorgang ist, bei dem die Gefahr falscher positiver Ergebnisse besteht (die auftreten, wenn fälschlicherweise angenommen wird, dass ein Preis höher ist als der Wettbewerbspreis) oder gar die Verzerrung des Wettbewerbsrechts in einer Form von wirtschaftlichem Dirigismus, der die Dynamik der Märkte durch eine Ordnung der wirtschaftlichen Beziehungen ersetzt, die den subjektiven Präferenzen des Regulators entspricht. Außerdem kann die Verringerung der Gewinnspannen abschreckend auf die Verbesserung der Qualität der Ware oder Dienstleistung, die Innovation und den Eintritt neuer Wettbewerber wirken. Somit kann sie letztlich zu einer Einbuße an Verbraucherwohl, d. h. des wichtigsten (nach Auffassung einiger: einzigen) Zwecks des Wettbewerbsrechts, führen.

23. In einem vom Wettbewerb geprägten Markt werden die hohen Preise normalerweise dadurch korrigiert, dass gerade ihr hohes Niveau neue Marktteilnehmer anzieht und damit das Angebot erhöht wird und die Preise folglich sinken. Auf diese Weise korrigiert sich der Markt selbst. Dies ist der Ansatz, dem alle Strömungen des wirtschaftlichen Denkens folgen, die die Fähigkeit der Märkte zur Selbstkorrektur hervorheben, und der von der Chicagoer Schule begründet wurde, die die nordamerikanische Kartellrechtspraxis stark beeinflusst hat.

24. Eine Selbstkorrektur des Marktes ist jedoch nicht immer möglich. Sie ist zunächst nicht möglich in all den Fällen, in denen es rechtliche Schranken für den Markteintritt anderer Wirtschaftsteilnehmer gibt, wie dies bei Bestehen eines gesetzlichen Monopols der Fall ist. Sodann gibt es den Fall der faktischen Monopolstellung, auf Märkten, auf denen mehrere Faktoren – wie die Verbrauchsgewohnheiten, die Nichtsubstituierbarkeit der Ware oder Dienstleistung des Monopolisten mit entsprechenden anderen, Lock-in-Effekte, „Netzwerkeffekte“ auf mehrseitigen Märkten, Größenvorteile des Monopolisten – den Eintritt neuer Wettbewerber übermäßig erschweren können.

25. Sodann trifft es für bestimmte Waren nicht zu, dass es eine Obergrenze für den Preis gibt, den der Verbraucher zu zahlen bereit ist, so dass in diesen Fällen der Einführung überhöhter Preise kein Hindernis entgegensteht. Wenn es beispielsweise um ein lebensrettendes Medikament geht, ist die einzige Grenze für den Kauf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Käufers (sei es der einzelne Patient oder die nationalen Gesundheitsdienste). Aber selbst wenn weniger grundlegende Werte als das menschliche Leben auf dem Spiel stehen, kann es kulturelle oder verhaltensbedingte Faktoren geben, die den Preis, den der Verbraucher zu zahlen bereit ist, sehr in die Höhe treiben. Um dem Konzert eines Rockstars von Weltruhm beizuwohnen, der das Idol von Millionen junger Menschen ist, kann der Preis die einzige Grenze in den wirtschaftlichen Ressourcen finden, die dem einzelnen Fan zur Verfügung stehen.

¹⁴ Im Arzneimittelsektor stellten verschiedene nationale Wettbewerbsbehörden unlautere und missbräuchliche Preisgestaltungen fest, insbesondere in Italien (Sache *Aspen*, Entscheidung der Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato [Wettbewerbs- und Marktbehörde] vom 29. September 2016, Sache *Aspen*), im Vereinigten Königreich (Sache *Pfizer/Flynn*, Entscheidung der Competition and Markets Authority [Wettbewerbs- und Marktbehörde] vom 7. Dezember 2016) und in Dänemark (Sache *CD Pharma*, Entscheidung der Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen [Wettbewerbs- und Verbraucherbehörde] vom 31. Januar 2018); auf europäischer Ebene leitete die Kommission im Mai 2017 ein förmliches Prüfverfahren betreffend die Anwendung unangemessener Preise im Zusammenhang mit Krebsarzneimitteln im EWR (ausgenommen Italien) durch Aspen Pharma ein; vgl. auch Bericht der Kommission an den Rat und an das Europäische Parlament „Durchsetzung des Wettbewerbsrechts im Arzneimittelsektor“ (2009-2017) vom 28. Januar 2019, COM(2019) 17 final, Abschnitt 4.2. Hinsichtlich des Sektors der kollektiven Wahrnehmung von Urheberrechten vgl. für einen Exkurs zu den Entscheidungen der nationalen Wettbewerbsbehörden das auf folgender Internetseite abrufbare Dossier:

<https://www.concurrences.com/fr/bulletin/special-issues/collecting-societies/collecting-societies-and-competition-law-an-overview-of-eu-and-national-case>; auf europäischer Ebene vgl. die in den Nrn. 39 bis 44 der vorliegenden Schlussanträge angeführte Rechtsprechung.

26. In Fällen wie den in den beiden vorstehenden Absätzen dargelegten führt das fehlende Eingreifen durch das Wettbewerbsrecht zu falschen negativen Ergebnissen, denn ausgehend von der Idee der Selbstkorrektur des Marktes würde fälschlicherweise davon ausgegangen, dass ein Preis nicht höher als der Wettbewerbspreis ist. In solchen Fällen handelt es sich nicht nur um eine Wettbewerbsverzerrung, sondern um mehr. Es kann nämlich zu einem Angriff auf bestimmte Grundwerte unserer Gesellschaften kommen, wie z. B. die Gleichheit der Bürger, so dass die Unterschiede im Genuss bestimmter als grundlegend angesehener Güter nicht über eine bestimmte Grenze hinaus von der Einkommensstärke abhängen können, ohne den Zusammenhalt der Gesellschaft zu untergraben. Der Schutz der Gesundheit und damit die Verfügbarkeit von Arzneimitteln, die als wesentlich angesehen werden, oder der Zugang zu einem bestimmten kulturellen Konsum sind in unseren Gesellschaften konstitutive Merkmale, aus denen sich die Zugehörigkeit zur Gemeinschaft der Bürger ergibt. In diesen Bereichen zeigt sich daher das Thema des „ungerechten Preises“ mit größerer Deutlichkeit. Dies gilt vor allem in Zeiten einer Wirtschaftskrise oder in denen eine größere soziale Sensibilität für Ungleichheiten besteht. Die Figur der überhöhten Preise ist ein Merkmal des europäischen Wettbewerbsrechts, gerade weil es Teil einer Rechtsordnung ist und von einer Wirtschaftskultur genährt wird, die auf die „soziale Marktwirtschaft“ (Art. 3 Abs. 3 EUV) Bezug nimmt.

27. Daraus folgt, dass sich die Kommission, die nationalen Wettbewerbsbehörden und die nationalen Gerichte, wenn sie den Begriff überhöhter Preis anwenden, in einer Art Prokrustesbett bewegen. Zum einen das Risiko eines *over-enforcement* des Kartellrechts, das durch falsche positive Ergebnisse genährt wird, die letztlich die Effizienz und das Wohl des Verbrauchers beeinträchtigen, zum anderen das Risiko eines *under-enforcement* aufgrund falscher Negativergebnisse, die nicht nur das Wohl des Verbrauchers beeinträchtigen, sondern, wie im vorigen Absatz dargestellt, auch umfassendere negative Folgen haben können.

28. Um sich in einem so schwierigen Raum zu bewegen, hat der Gerichtshof Methoden ermittelt, die in der späteren Rechtsprechung präzisiert wurden. Im Licht dieser Rechtsprechung kann ein recht genauer Überblick über die Methoden und Kriterien gegeben werden, die bei der Einstufung eines Preises als unangemessen und gegen Art. 102 Abs. 2 Buchst. a AEUV verstoßend angewandt werden müssen. Mit diesen hat sich Generalanwalt Wahl in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache *Autortiesību un komunicēšanās konsultāciju aģentūra – Latvijas Autoru apvienība*¹⁵ ausführlich beschäftigt, denen ich mich anschließe und auf die ich mich, ergänzt um einige Erwägungen, die enger mit den Merkmalen der Rechtssache zusammenhängen, die Gegenstand der vorliegenden Schlussanträge ist, beziehe.

29. Der *leading case* des Gerichtshofs im Bereich unangemessene Preise ist das berühmte Urteil vom 14. Februar 1978, *United Brands und United Brands Continental/Kommission*¹⁶ (im Folgenden: Urteil *United Brands*)¹⁷, in dem der Gerichtshof, wie bereits zuvor im Urteil vom 13. November 1975, *General Motors Continental/Kommission*¹⁸, als „überhöht“ den „Preis ..., der in keinem angemessenen

¹⁵ C-177/16, EU:C:2017:286 (im Folgenden: Schlussanträge des Generalanwalts Wahl in der Rechtssache AKKA/LAA).

¹⁶ 27/76, EU:C:1978:22.

¹⁷ Die Rechtssache, in der dieses Urteil ergangen ist, betraf die Klage des damals weltweit größten Konzerns im Bananensektor, der United Brands Company (im Folgenden: UBC), gegen die Entscheidung, mit der die Kommission u. a. zu dem Ergebnis gelangt war, dass die Preise, die die europäische Tochtergesellschaft des Konzerns von einigen ihrer Kunden verlange, überhöht seien. Die Kommission war zu dem Schluss gekommen, dass ein Missbrauch vorliege, nachdem sie die Preise von UBC auf dem deutschen, dem niederländischen, dem dänischen, dem belgischen und dem luxemburgischen Markt mit denen auf dem irischen Markt verglichen hatte, woraus sich ergab, dass die Ersteren deutlich höher als die Letzteren waren.

¹⁸ 26/75, EU:C:1975:150, Rn. 12.

Verhältnis zu dem wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistung steht“¹⁹, definiert. Nicht jeder hohe Preis, der von einem Unternehmen in beherrschender Stellung auf einem bestimmten Markt verlangt wird, ist daher überhöht und verstößt gegen Art. 102 AEUV, sondern nur die Preise, die „unverhältnismäßig hoch“ oder „überhöht“ sind.

30. Wie lässt sich bestimmen, ob der Preis in keinem angemessenen Verhältnis zu dem wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistung steht? Der Gerichtshof hat hierzu im Urteil *United Brands* einen zweistufigen Test entwickelt, dessen erste Stufe in der Feststellung besteht, ob ein erheblicher Unterschied – d. h. ein Missverhältnis – des von dem beherrschenden Unternehmen auf dem relevanten Markt tatsächlich verlangten Preises gegenüber dem Preis vorliegt, den dieses Unternehmen hypothetisch verlangt hätte, wenn auf dem Markt ein wirksamer Wettbewerb geherrscht hätte (Referenzpreis). Nach dem Gerichtshof kann diese Unverhältnismäßigkeit objektiv festgestellt werden, wenn die Höhe der Gewinnspanne des beherrschenden Unternehmens anhand des Verhältnisses zwischen den diesem Unternehmen entstandenen Produktionskosten und dem von ihm verlangten Preis berücksichtigt wird. Bejahendenfalls soll die zweite Stufe des Tests „prüfen, ob ein Preis erzwungen wurde, der, sei es absolut, sei es im Vergleich zu den Konkurrenzprodukten, unangemessen ist“²⁰ (im Folgenden: *United-Brands-Test*).

31. Auf der Grundlage dieses Tests bedeutet die bloße Feststellung eines Missverhältnisses zwischen Preis und Produktionskosten und eine überhöhte Gewinnspanne daher nicht automatisch, dass der Preis unangemessen ist, d. h., in keinem angemessenen Verhältnis zu dem wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistung steht. Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, ist es erforderlich, zur zweiten Stufe der Analyse überzugehen, die eine Beurteilung der Frage erfordert, ob die festgestellte Differenz zwischen Preis und Produktionskosten an sich ein Hinweis auf einen unangemessenen Preis ist oder ob sich die Unangemessenheit aus einem Vergleich mit den von den Wettbewerbern verlangten Preisen ergibt²¹. Während sich die im Rahmen der ersten Stufe des Tests vorgenommene Beurteilung und die der Unangemessenheit des Preises an sich, die im Rahmen der zweiten Stufe vorgenommen wird, im Wesentlichen auf die Gewinnspanne des beherrschenden Unternehmens konzentrieren, wird durch den Vergleich mit den Preisen von Konkurrenzprodukten eine Beurteilung auf der Grundlage eines Vergleichsmaßstabs eingeführt.

32. Die im *United-Brands-Test* vorgesehene Analyse von Preis und Produktionskosten, ebenso wie die alternativen Methoden zur Bestimmung der Gewinnspanne, verlangen in den meisten Fällen komplexe Untersuchungen und führen oft nur zu ungefähren Ergebnissen.

33. Aus diesem Grund haben die Rechtsprechung und die Praxis der Kommission auch anderen Analysemethoden eine eigenständige Bedeutung zuerkannt²², die, wie in der zweiten Stufe des *United-Brands-Test* vorgesehen, auf einem Vergleich zwischen dem als unangemessen angesehenen Preis und verschiedenen Bezugsgrößen beruht, von denen einige denselben relevanten Markt betreffen, andere von außerhalb stammen. Diese Bezugsgrößen sind: i) die Preise, die das beherrschende Unternehmen in der Vergangenheit für dieselben Waren auf demselben relevanten

19 Vgl. Rn. 250 des Urteils *United Brands*. Diese Definition wurde in mehreren späteren Urteilen übernommen, vgl. z. B. Urteile vom 11. November 1986, *British Leyland/Kommission* (226/84, EU:C:1986:421, Rn. 27 und 28), vom 17. Juli 1997, *GT-Link* (C-242/95, EU:C:1997:376, Rn. 39), vom 17. Mai 2001, *TNT Traco* (C-340/99, EU:C:2001:281, Rn. 46), vom 27. Februar 2014, *OSA* (C-351/12, EU:C:2014:110, Rn. 88), vom 11. Dezember 2008, *Kanal 5 und TV 4* (C-52/07, EU:C:2008:703, Rn. 28), und zuletzt Urteil vom 14. September 2017, *Autortiesību un komunikācijanās konsultāciju aģentūra – Latvijas Autoru apvienība* (C-177/16, EU:C:2017:689, Rn. 35, im Folgenden: Urteil *AKKA/LAA*).

20 Vgl. Rn. 252 des Urteils *United Brands*. Vgl. auch Urteil *AKKA/LAA* (Rn. 36).

21 Diese Beurteilung darf nicht kumulativ erfolgen, vgl. Beschluss vom 25. März 2009, *Scippacercola und Terezakis/Kommission* (C-159/08 P, nicht veröffentlicht, EU:C:2009:188, Rn. 47).

22 Bereits im Urteil *United Brands* hat der Gerichtshof zwar im Wesentlichen beanstandet, dass die Kommission die Kostenstruktur von UBC nicht geprüft hatte, jedoch ausdrücklich festgestellt, dass „noch andere Methoden zur Bestimmung der Kriterien für den angemessenen Preis eines Erzeugnisses denkbar [sind]“, vgl. Rn. 253 des Urteils *United Brands*.

Markt verlangte²³; ii) die Preise, die das beherrschende Unternehmen für verschiedene²⁴ oder verbundene²⁵ oder ähnliche²⁶ Waren oder für verschiedene Arten von Kunden²⁷ verlangte; iii) die Preise, die das beherrschende Unternehmen für dieselbe Ware in verschiedenen Regionen desselben relevanten Marktes²⁸ oder in anderen geografischen Märkten²⁹ verlangte; iv) die Preise, die nicht marktbeherrschende Wettbewerber auf demselben relevanten Markt verlangten³⁰; v) die Preise, die andere Unternehmen für dieselbe Ware oder vergleichbare Waren auf anderen Märkten³¹ verlangten. Die Rechtmäßigkeit des Rückgriffs auf alternative Methoden zum Vergleich zwischen Preis und Produktionskosten, insbesondere auf der Grundlage des Vergleichs zwischen den Preisen des betreffenden Mitgliedstaats und denen anderer Mitgliedstaaten, ist vom Gerichtshof jüngst im Urteil AKKA/LAA, gerade in Bezug auf die Tarife der Verwertungsgesellschaften, bestätigt worden³².

34. Die Wahl der am besten geeigneten Analysemethode, sowie allgemeiner die Beurteilung der Frage, ob unangemessene Preise vorliegen³³, müssen nach Auffassung des Gerichtshofs unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls erfolgen³⁴. Diese Wahl hängt insbesondere von der betreffenden Ware oder Leistung, den Besonderheiten des Marktes, der Verfügbarkeit der relevanten Daten und der Art der Vertragspartner des beherrschenden Unternehmens ab. So hat der Gerichtshof z. B. im Urteil *United Brands* festgestellt, dass die Analyse von Preis und Produktionskosten, unter Berücksichtigung der in Rede stehenden Ware und der Zugänglichkeit der Daten über die Kostenstruktur von UBC, ein zuverlässigeres Kriterium sei als das von der Kommission herangezogene, das auf dem Vergleich der Preise von UBS auf den von der Untersuchung betroffenen nationalen Märkten und auf einem nationalen Referenzmarkt beruht, der nach Auffassung des Gerichtshofs auf der Grundlage fehlerhafter Beurteilungen gewählt wurde³⁵. In anderen Fällen, wie z. B. bei immateriellen Gütern, kann sich dagegen eine auf den Vergleich der Preise mit den Produktionskosten gestützte Analyse als komplex und außerdem ungeeignet erweisen, um der zugrunde liegenden wirtschaftlichen Realität Rechnung zu tragen.

23 Vgl. Urteil vom 11. November 1986, *British Leyland/Kommission* (226/84, EU:C:1986:421, Rn. 28 und 29), in dem eine Preiserhöhung um 600 % ohne offensichtliche Erhöhung der Kosten eine Analyse der Letzteren zwecklos gemacht und die Aufmerksamkeit auf den Preis in der Gegenwart und in der Vergangenheit konzentriert hatte.

24 Vgl. Urteil vom 11. November 1986, *British Leyland/Kommission* (226/84, EU:C:1986:421, Rn. 28 und 29).

25 Vgl. Entscheidung der Kommission vom 25. Juli 2001 in einem Verfahren nach Artikel 82 EG-Vertrag (COMP/C-1/36.915 – *Deutsche Post AG – Aufhaltung grenzüberschreitender Postsendungen*, 160. Erwägungsgrund).

26 Vgl. implizit Urteil vom 13. Juli 1989, *Tournier* (395/87, EU:C:1989:319, Rn. 44).

27 Vgl. Urteil vom 11. November 1986, *British Leyland/Kommission* (226/84, EU:C:1986:421, Rn. 28 und 29).

28 Vgl. implizit Urteil *United Brands*, in dem der Vergleich der Preise von UBC in verschiedenen Märkten der Mitgliedstaaten durch die Kommission nur deshalb beanstandet wurde, weil der nationale Referenzmarkt auf der Grundlage unrichtiger Beurteilungen gewählt worden war.

29 Vgl. Urteil vom 8. Juni 1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft* (78/70, EU:C:1971:59, Rn. 19).

30 Vgl. auch Urteile vom 29. Februar 1968, *Parke Davis* (24/67, EU:C:1968:11, S. 91), und vom 5. Oktober 1988, *CIRCA und Maxicar* (53/87, EU:C:1988:472), auch wenn der Gerichtshof in beiden Fällen ausgeschlossen hat, dass ein vom beherrschenden Unternehmen verlangter höherer Verkaufspreis als derjenige der Wettbewerber hinreichend sei, um einen Missbrauch darzustellen, da die Waren des Ersteren durch Patent geschützt waren.

31 Vgl. Urteil vom 4. Mai 1988, *Bodson* (30/87, EU:C:1988:225, Rn. 31), und zuletzt Urteil *AKKA/LAA* (Rn. 38).

32 Vgl. Urteil *AKKA/LAA* (Rn. 37 und 38).

33 Vgl. Urteil vom 13. November 1975, *General Motors Continental/Kommission* (26/75, EU:C:1975:150, Rn. 15).

34 Ebenso ist, sobald die Analysemethode bestimmt ist, die Wahl der relevanten Bezugsgrößen auch unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls vorzunehmen. Vgl. z. B. Urteil *AKKA/LAA* (Rn. 41 und 42), wonach die Auswahl der angemessenen Referenzmärkte, in Bezug auf die der Vergleich vorgenommen wird, von den besonderen Bedingungen des Einzelfalls abhängt, vgl. auch Urteil vom 28. März 1985, *CICCE/Kommission* (298/83, EU:C:1985:150, Rn. 24 und 25).

35 Vgl. Rn. 254 bis 261 des Urteils *United Brands*.

35. Mit anderen Worten gibt es, wie der Gerichtshof im Urteil AKKA/LAA ausdrücklich anerkannt hat, nicht nur eine einzige passende Methode, um den Vergleich zwischen dem als unangemessen angesehenen Preis und dem Referenzpreis vorzunehmen und den Rahmen dieses Vergleichs zu bestimmen³⁶. Der Gerichtshof scheint eher einem Ansatz den Vorzug zu geben, der auf der gemeinsamen Verwendung mehrerer Vergleichskriterien beruht, von denen jedes einzelne Hinweise für das Vorliegen eines unangemessenen Preises liefern oder die Daten, die sich aus der Anwendung eines oder mehrerer anderer Kriterien ergeben, stützen oder entkräften kann³⁷.

36. Diesem Ansatz, den Generalanwalt Wahl in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache AKKA/LAA vertreten hat, ist meines Erachtens zuzustimmen. Alle oben dargestellten Analysemethoden weisen nämlich mit ihnen verbundene Einschränkungen auf und erfordern zur Vermeidung falscher positiver oder falscher negativer Ergebnisse eine Überprüfung oder Berichtigung durch die Verwendung anderer Kriterien, die je nach den Umständen des Einzelfalls relevant sind³⁸.

37. Ebenso wenig, wie es eine einzige Methode für den Vergleich zwischen dem als unangemessen angesehenen Preis und dem Referenzpreis gibt, gibt es eine einheitliche Antwort auf die grundlegende Frage, ab welcher Schwelle das Missverhältnis zwischen diesen Preisen zum Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung führen und das Eingreifen der Wettbewerbsbehörden erforderlich machen kann. Die Antwort auf diese Frage impliziert nämlich, den wirtschaftlichen Wert der gelieferten Ware oder erbrachten Leistung zu bestimmen und eine angemessene Gewinnspanne für das beherrschende Unternehmen festzulegen, was logischerweise nicht abstrakt möglich ist. Hierzu hat der Gerichtshof im Urteil AKKA/LAA in Bezug auf den Vergleich zwischen den Tarifen des beherrschenden Unternehmens in einem Mitgliedstaat und den Tarifen in den anderen Mitgliedstaaten festgestellt, dass „[e]s ... nämlich keine Mindestschwelle [gibt], ab der ein Tarif als „erheblich höher“ zu bewerten ist, da in dieser Hinsicht die Umstände jedes Einzelfalls entscheidend sind“, und dass so ein Unterschied zwischen Gebühren „erheblich“ sein kann, wenn er *signifikant* und *anhaltend* ist, d. h. nicht nur vorläufig oder zeitweise³⁹.

38. Für den Fall, dass die mit den verschiedenen oben angeführten Methoden gesammelten Anzeichen darauf hindeuten, dass unangemessene Preise vorliegen, hat das beherrschende Unternehmen die Möglichkeit, seine Preisstruktur und die unterschiedliche Höhe dieser Preise und der Referenzpreise zu rechtfertigen, indem es sich u. a. auf Unterschiede zwischen den Verhältnissen auf dem Markt, auf dem es tätig ist, und auf den geografischen Referenzmärkten stützt⁴⁰, auf die Struktur seiner Produktionskosten oder der Notwendigkeit, das Kapital zu vergüten⁴¹ oder zusätzliche Kosten zu decken, z. B. Forschungs- und Entwicklungskosten⁴² oder Kosten, die sich aus der Anwendung nationaler Rechtsvorschriften ergeben⁴³. Der Gerichtshof hat jedoch ausgeschlossen, dass etwaige Ineffizienzen des beherrschenden Unternehmens rechtfertigen können, dass es unangemessene Preise erzwingt⁴⁴.

36 Vgl. Urteil AKKA/LAA (Rn. 49). Vgl. auch Schlussanträge des Generalanwalts Wahl in der Rechtssache AKKA/LAA (Nr. 36).

37 In diesem Sinne hat sich der Gerichtshof jüngst im Urteil AKKA/LAA (Rn. 38 und 43), betreffend den Vergleich zwischen den als unangemessen angesehenen Tarifen der urheberrechtlichen Verwertungsgesellschaft in einem Mitgliedstaat und den Tarifen der Verwertungsgesellschaften nur in den Nachbarmitgliedstaaten oder in einer größeren Stichprobe anderer Mitgliedstaaten, geäußert. Vgl. auch Urteil C-351/12 (Rn. 87 bis 92).

38 Ich verweise insoweit auf die Analyse in den Schlussanträgen des Generalanwalts Wahl in der Rechtssache AKKA/LAA (Nrn. 43 bis 45).

39 Vgl. Urteil AKKA/LAA (Rn. 55 und 56); vgl. in diesem Sinne Schlussanträge des Generalanwalts Wahl in der Rechtssache AKKA/LAA (Nr. 107).

40 Vgl. in diesem Sinne zuletzt Urteil AKK/LAA (Rn. 57).

41 Vgl. Entscheidung der Kommission vom 23. Juli 2004, case COMP/A.36.568/D3 – Scandlines Sverige AB v. Port of Helsingborg.

42 Vgl. Urteil vom 29. Februar 1968, Parke, Davis and Co. (24/67, EU:C:1968:11, S. 113), in dem der Gerichtshof festgestellt hat, dass ein Missbrauch nicht notwendigerweise schon deswegen vorliegt, weil der Preis des patentierten Erzeugnisses höher ist als der des nicht geschützten Erzeugnisses; vgl. auch Urteil vom 5. Oktober 1988, CIRCA und Maxicar (53/87, EU:C:1988:472, Rn. 17).

43 Vgl. z. B. Urteil AKKA/LAA (Rn. 59).

44 Vgl. Urteil AKKA/LAA

b) Rechtsprechung zu den Tarifen der Verwertungsgesellschaften für Urheberrechte

39. Das traditionelle Monopol⁴⁵ der Verwertungsgesellschaften für Urheberrechte hat zu einer Reihe von Eingriffen der Wettbewerbsbehörden geführt, sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene, die u. a. die von diesen Gesellschaften angewandte Tarifpolitik betreffen.

40. Im Urteil vom 9. April 1987, *Basset*⁴⁶ (im Folgenden: Urteil *Basset*), in dem es um die Wahrnehmung durch die französische Verwertungsgesellschaft für Urheberrechte, der SACEM, einer zusätzlichen Gebühr für die mechanische Vervielfältigung, die zur Gebühr für die öffentliche Vorführung eines aufgezeichneten musikalischen Werks in den Diskotheken hinzukam, ging, hat der Gerichtshof im Wesentlichen festgestellt, dass die Gebühren, die als urheberrechtliche Vergütung für diese Darbietung erhoben wurden und deren Betrag auf der Grundlage des Umsatzes der Diskothek berechnet wurde, als übliche Verwertung eines Urheberrechts anzusehen sind und dass ihre Erhebung als solche kein Missbrauch einer beherrschenden Stellung ist⁴⁷. Er hat jedoch darauf hingewiesen, dass die von der Verwertungsgesellschaft, die eine beherrschende Stellung auf dem Markt hat, festgesetzte Vergütung oder die nebeneinander erhobenen Vergütungen eine solche Höhe erreichen können, dass sie einen Missbrauch darstellen, wenn sie zur Aufstellung unangemessener Bedingungen führen⁴⁸.

41. Die Rechtssachen, in denen die Urteile vom 13. Juli 1989, *Tournier*⁴⁹ (im Folgenden: Urteil *Tournier*) und *Lucazeau u. a.*⁵⁰ (im Folgenden: Urteil *Lucazeau*), ergangen sind, haben die Höhe der von der SACEM vereinnahmten Vergütungen gegenüber den Diskotheken betroffen, wobei beanstandet wurde, dass diese erheblich höher als die in anderen Mitgliedstaaten erhobenen seien und die Tarife für Diskotheken in keinem Verhältnis zu den Tarifen für andere große Benutzer von aufgezeichneter Musik wie Fernsehen und Rundfunk stünden⁵¹. Der Gerichtshof stellte fest, dass, wenn ein Unternehmen, das eine beherrschende Stellung innehat, für die von ihm erbrachten Dienstleistungen Tarife erzwingt, die nach einem auf einheitlicher Grundlage vorgenommenen Vergleich erheblich höher sind als die in den übrigen Mitgliedstaaten angewendeten Tarife, diese Differenz als Indiz für einen Missbrauch der beherrschenden Stellung anzusehen ist. Es obliegt in diesem Fall dem betroffenen Unternehmen, die Differenz unter Hinweis auf etwaige objektive Unterschiede zwischen den Verhältnissen in dem in Rede stehenden Mitgliedstaat und denen in allen übrigen Mitgliedstaaten zu rechtfertigen. Der Gerichtshof hat auch entschieden, dass der Umstand, dass der Teil des Gebührenaufkommens, der für die Kosten der Einziehung, Verwaltung und Verteilung der Gebühren aufgewendet und somit nicht an die Autoren ausgekehrt wird, erheblich höher als in Verwertungsgesellschaften in anderen Mitgliedstaaten ist, keine stichhaltige Rechtfertigung ist, da sich nicht ausschließen lässt, dass dieser Unterschied die Folge von Ineffizienzen aufgrund des Mangels an Wettbewerb auf dem Markt ist⁵². Schließlich hat der Gerichtshof im Urteil *Tournier* darauf hingewiesen, dass die umfassende oder pauschale Natur der Gebühr in der Tat nur insoweit unter dem Gesichtspunkt des Verbots unangemessener Preise beanstandet werden könnte, „als auch andere

45 Das häufig gesetzlich verankerte Monopol der Verwertungsgesellschaften ist im Wesentlichen darauf zurückzuführen, dass es für Nutzer und Rechtsinhaber schwierig ist, die Lizenzen zur Nutzung der Musikwerke individuell auszuhandeln. Das Aufkommen der neuen digitalen Technologien scheint jedoch zumindest teilweise die Unvermeidbarkeit solcher Monopole in Frage zu stellen, vgl. Lenard, T. M., und White, L. J., *Moving Music Licensing Into the Digital Era: More Competition and Less Regulation*, auf <https://techpolicyinstitute.org/wp-content/uploads/2015/12/moving-music-licensing-digital-era.pdf>. Die Richtlinie 2014/26 bietet einen günstigeren rechtlichen Rahmen für eine stärkere Öffnung des Marktes der Verwertung von Urheberrechten für den Wettbewerb.

46 402/85, EU:C:1987:197, Rn. 19.

47 Vgl. Rn. 15, 16, 18, 21.

48 Der Gerichtshof hatte jedoch nicht über die Höhe der Vergütungen zu entscheiden.

49 395/87, EU:C:1989:319.

50 110/88, 241/88 und 242/88, EU:C:1989:326.

51 Die SACEM erhielt einen festen Satz von 8,25 % auf den Umsatz der Diskothek, einschließlich Mehrwertsteuer.

52 Vgl. Rn. 38 und 42 des Urteils *Tournier* und Rn. 25 und 29 des Urteils *Lucazeau*.

Methoden geeignet wären, das legitime Ziel des Schutzes der Interessen der Musikautoren, Komponisten und Musikverleger zu verwirklichen, ohne dass sie zugleich zu einer Erhöhung der Kosten der Verwaltung der Vertragsbestände und der Überwachung der Nutzung der geschützten Musikwerke führen würden⁵³.

42. In der Rechtssache, in der das Urteil vom 11. Dezember 2008, Kanal 5 und TV 4⁵⁴ (im Folgenden: Urteil Kanal 5), ergangen ist, in dem die Unangemessenheit der Gebühren beanstandet wurde, die die schwedische Verwertungsgesellschaft, die STIM, als Vergütung für die Übertragung urheberrechtlich geschützter Musikwerke im Fernsehen erhob, übernimmt der Gerichtshof den bereits im Urteil Tournier ausgedrückten Grundsatz und weist darauf hin, dass die Tarife, die nach den Einnahmen der Fernsehgesellschaften und je nach übertragener Musikmenge berechnet werden⁵⁵, die für sich genommen rechtmäßig sind, gleichwohl missbräuchlich sein könnten, wenn „es eine andere Methode gibt, nach der die Nutzung dieser Werke und der Zuschaueranteil genauer festgestellt und mengenmäßig bestimmt werden können und die geeignet ist, dasselbe legitime Ziel des Schutzes der Interessen der Urheber, Komponisten und Musikverleger zu verwirklichen, ohne dass sie zugleich zu einer unverhältnismäßigen Erhöhung der Kosten der Verwaltung der Vertragsbestände und der Überwachung der Nutzung der urheberrechtlich geschützten Musikwerke führen würde“⁵⁶.

43. Im Urteil vom 27. Februar 2014, OSA⁵⁷ (im Folgenden: Urteil OSA), übernimmt der Gerichtshof die zwei Ansätze, denen er in den Urteilen Tournier und Kanal 5 gefolgt ist, und wendet diese gleichzeitig an. So stellt der Gerichtshof zum einen fest, dass der Umstand, dass eine Verwertungsgesellschaft für Urheberrechte für die von ihr erbrachten Dienstleistungen Tarife erzwingt, die nach einem auf einheitlicher Grundlage vorgenommenen Vergleich erheblich höher sind als die in den übrigen Mitgliedstaaten angewandten Tarife, als Anzeichen für einen Missbrauch der beherrschenden Stellung im Sinne von Art. 102 AEUV anzusehen ist, und zum anderen, dass ein solcher Missbrauch auch darin bestehen könnte, dass ein überhöhter Preis ohne vernünftigen Zusammenhang mit dem wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistung verlangt wird⁵⁸.

44. Schließlich hat der Gerichtshof in dem jüngst ergangenen, bereits mehrfach erwähnten Urteil AKKA/LAA bestätigt, dass die Methode, um zu ermitteln, ob die Tarife einer Verwertungsgesellschaft übertrieben hoch sind, die in den Urteilen Tournier und Lucazeau angewandt wurde und sich auf den Vergleich mit den Tarifen in anderen Mitgliedstaaten gründet, im vorliegenden Fall einige Nachbarstaaten, die nach objektiven, geeigneten und überprüfbaren Kriterien ausgewählt wurden, eine rechtmäßige Alternative zum United-Brands-Test darstellt, wenn dieser Vergleich auf einheitlicher Grundlage vorgenommen und, sofern erforderlich, der Kaufkraftparitätsindex (KPI) berücksichtigt wurde⁵⁹.

45. Man kann sich angesichts des Urteils AKKA/LAA fragen, ob der Gerichtshof endgültig den Vergleich mit den in den Referenzmitgliedstaaten angewandten Tarifen als ausschließliche Analyseverfahren wählen wollte, die in allen Fällen anwendbar ist, in denen zu beurteilen ist, ob die Tarife einer Verwertungsgesellschaft für Urheberrechte an Musikwerken übertrieben hoch sind. Zwar

53 Rn. 45 des Urteils Tournier. Im diesem Fall weigerte sich die SACEM, den Diskotheken nur den Teil ihres Repertoires zur Verfügung zu stellen, der von ihnen tatsächlich genutzt wird.

54 C-52/07, EU:C:2008:703.

55 Dies war nach Auffassung des Gerichtshofs bei dem von STIM gegenüber Kanal 5 und TV 4 angewandten Tarif der Fall. Dieser Tarif bestand in einem variablen Anteil an den Einnahmen dieser Fernsehsender, die diese aus dem Verkauf von Werbeblöcken, subsidiär aus dem Verkauf von Werbeblöcken und aus Abonnementverträgen erzielten. Die Höhe dieses Anteils stieg mit der Erhöhung des jährlichen Musikanteils des Fernsehsenders (d. h. der Dauer der Nutzung eines geschützten musikalischen Werks in den einzelnen Sendungen, jährlich berechnet), wenn auch nicht direkt proportional. STIM gewährte Abschläge für Verkaufskosten und an den schwedischen Staat zu zahlende Lizenzgebühren, um im Kabelnetz zu senden; vgl. Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak in der Rechtssache Kanal 5 und TV 4 (C-52/07, EU:C:2008:491, Nr. 9).

56 Vgl. Rn. 40 des Urteils Kanal 5.

57 C-351/12, EU:C:2014:110.

58 Vgl. Rn. 87 und 88 des Urteils OSA.

59 Vgl. Urteil AKKA/LAA (Rn. 36 bis 38 und 41).

scheinen der Wortlaut des Tenors dieses Urteils und der Umstand, dass der Gerichtshof das Urteil Kanal 5 nicht angeführt hat, dafür zu sprechen, doch wird eine solche Schlussfolgerung im Licht der Gründe dieses Urteils nicht bestätigt, aus denen hervorgeht, dass sich der Gerichtshof auf diese besondere Analyseverfahren eher aufgrund der Umstände des Ausgangsverfahrens und der Formulierung der Vorlagefragen als aufgrund einer bewussten Grundsatzentscheidung konzentriert.

46. Ich denke jedoch nicht, dass eine solche Entscheidung angemessen wäre. Erstens habe ich nämlich bereits darauf hingewiesen, dass jede Analyseverfahren ihre Nachteile aufweist. Insbesondere liegt, wie bereits Generalanwalt Jacobs in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Tournier⁶⁰ dargelegt hat, die Schwierigkeit des Vergleichs mit den in anderen Mitgliedstaaten festgesetzten Tarifen darin, dass ein objektiver Maßstab für den Vergleich gefunden werden muss, was angesichts der Unterschiede zwischen den innerstaatlichen Rechtsordnungen sowie den von den verschiedenen Verwertungsgesellschaften jeweils praktizierten Methoden der Berechnung und Einziehung der Gebühren keine leichte Aufgabe ist. Allgemeiner, wie Generalanwalt Wahl in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache AKKA/LAA ausgeführt hat, „können im Hinblick auf räumliche Vergleiche Gesichtspunkte wie – um nur wenige zu nennen – inländische Steuern, die Besonderheiten des nationalen Arbeitsmarkts und Präferenzen der örtlichen Verbraucher die Endpreise der jeweiligen Waren oder Dienstleistungen erheblich beeinflussen“. Zweitens wäre noch zu klären, wie vorzugehen wäre, wenn ein Vergleich auf einheitlicher Grundlage nicht vorgenommen werden könnte, z. B. wenn in den Referenzmitgliedstaaten eine entsprechende Methode der Berechnung der Tarife nicht verfügbar ist oder wenn, wie sich in der vorliegenden Rechtssache aus den von der belgischen Regierung in ihren schriftlichen Erklärungen vorgelegten Daten zu ergeben scheint, aus diesem Vergleich hervorgeht, dass die Tarife der Verwertungsgesellschaft niedriger als die in den Referenzmitgliedstaaten sind. Schließlich ist nicht ausgeschlossen, dass der Umstand, dass dem Vergleich der in verschiedenen Mitgliedstaaten angewandten Tarife eine ausschließliche oder entscheidende Bedeutung bei der Beurteilung der Frage eingeräumt wird, ob die Tarife der Verwertungsgesellschaften übertrieben hoch sind, kollusive Verhaltensweisen zwischen den Letzteren mit dem Zweck einer Preisabsprache erleichtern könnte.

47. Aus diesen Gründen ist es meines Erachtens vorzuziehen, wenn die Frage, ob die von den Verwertungsgesellschaften für Urheberrechte an Musikwerken angewandten Tarife unangemessen sind, geprüft wird, indem jeweils die relevanteste(n) Methode oder Methoden ausgewählt wird (werden), die anhand der Umstände jedes Einzelfalls ermittelt wurden.

48. Vor dem Hintergrund der oben dargelegten Grundsätze und der bisherigen Erwägungen ist die Vorlagefrage in ihren beiden Teilen zu prüfen.

3. Zum zweiten Teil der Vorlagefrage

49. Mit dem zweiten Teil seiner Vorlagefrage, der zuerst zu prüfen ist, möchte das vorliegende Gericht vom Gerichtshof wissen, ob eine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung vorliegt, wenn eine Verwertungsgesellschaft für Urheberrechte, die in einem Mitgliedstaat ein faktisches Monopol innehat, gegenüber Organisatoren von Musikveranstaltungen für das Recht auf öffentliche Wiedergabe von Musikwerken ein Vergütungsmodell anwendet, das auf dem Umsatz beruht und „nach dem die Lizenzvergütungen auch von externen Faktoren wie u. a. dem Eintrittspreis, dem Preis für Speisen und Getränke, dem Budget für die auftretenden Künstler und dem Budget für andere Elemente wie Dekor abhängen“.

50. Vorab sind drei Klarstellungen erforderlich.

⁶⁰ Nr. 60.

51. Erstens bezieht sich das vorlegende Gericht zwar bei der Formulierung der Vorlagefrage auf eine Tarifstruktur, „die auf dem Umsatz beruht“, doch geht aus der Vorlageentscheidung sowie aus der Akte hervor, und wurde in der mündlichen Verhandlung bestätigt, dass der degressive Satz, der vom Tarif 211 für den Fall vorgesehen ist, dass nicht der Grundtarif herangezogen wird, alternativ auf das Budget für die auftretenden Künstler, d. h. der Ausgabenposten entsprechend dem Betrag, der den Künstlern zur Verfügung gestellt wird, oder auf einen Teil der Erlöse, der nicht dem gesamten Umsatz des Ereignisses entspricht, sondern nur dem Betrag, der den Einnahmen aus dem Verkauf der Tickets (einschließlich der an die Sponsoren vergebenen⁶¹) entspricht, anzuwenden ist.

52. Zweitens ist zwar die Formulierung des zweiten Teils der Vorlagefrage in dieser Hinsicht nicht klar, doch geht aus der Begründung der Vorlageentscheidung hervor, dass das Element des Tarifs der SABAM, zu dem eine Klarstellung erbeten wird, die Heranziehung eines Teils der Einnahmen als Berechnungsgrundlage ist, der den Bruttoeinnahmen aus dem Kartenverkauf entspricht, ohne den Teil dieser Einnahmen zu berücksichtigen, der nicht von der Leistung der Verwertungsgesellschaft abhängt, und ohne den Abzug von Ausgaben zu gestatten, die nicht speziell mit Musik zusammenhängen.

53. Drittens fragt das vorlegende Gericht nicht, ob dieser Aspekt der von der SABAM angewandten Berechnungsmethode insoweit missbräuchlich ist, als er zur Erzwingung einer überhöhten Vergütung führt, sondern insoweit, als er keinen ausreichenden Zusammenhang zwischen der von SABAM erbrachten Leistung und der von dieser geforderten Vergütung herstellt. Es geht also zumindest nicht unmittelbar um die Höhe der vereinnahmten Vergütungen an sich, sondern allgemeiner um die Methode der Berechnung dieser Vergütungen, d. h. um die Struktur des Tarifs 211 selbst und den Zusammenhang, den diese Struktur mit der von der SABAM tatsächlich erbrachten Leistung herstellen kann.

54. Insoweit ist bereits an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass ein Unternehmen, selbst wenn es eine beherrschende Stellung innehat, seine eigenen Interessen verfolgen können muss und dass es zu diesem Zweck grundsätzlich frei in der Wahl der Berechnungsmethode ist, die es für am geeignetsten hält, um die Vergütung, die es als Gegenleistung für die von ihm angebotenen Waren oder Dienstleistungen verlangt, zu bestimmen. Es ist daher weder Sache des Gerichtshofs noch der Gerichte oder nationalen Wettbewerbsbehörden, zu bestimmen, welche Berechnungsmethode anzuwenden ist, sondern nur zu prüfen, ob die konkret angewandte Methode nicht gegen die Verbote nach Art. 102 AEUV verstößt, und insbesondere, ob sie nicht zur Erzwingung unangemessener Preise führt.

55. W.W macht geltend, dass der Tarif 211 für traditionelle Musikfestivals geschaffen worden sei, deren Angebot und Attraktivität in Livemusik bestehe. Veranstaltungen wie *Tomorrowland* böten hingegen den Zuschauern ein „einzigartiges und umfassendes“ Erlebnis, insbesondere durch sorgfältige Dekorationen, die nicht nur die Bühne, sondern den gesamten Bereich, in dem die Veranstaltung stattfindet, in eine „Fantasiewelt“ verwandeln, durch die Kostüme, die das Personal trage, die visuellen Elemente wie Lichtspiele, optische Effekte oder Feuerwerke, die Gastronomie und eine Reihe von Dienstleistungen, die während, vor und nach dem Aufenthalt angeboten würden. WCD weist auch auf die besondere Natur der von ihr organisierten Veranstaltung hin und macht, wie W.W, geltend, dass die Bruttoeinnahmen aus dem Kartenverkauf hauptsächlich durch Faktoren erzielt würden, die nichts mit dem verwendeten Musikrepertoire zu tun hätten. Daraus folge nach Ansicht von W.W, dass bei Veranstaltungen dieser Art die Heranziehung von Einnahmen als Grundlage für die Berechnung der Vergütung der Verwertungsgesellschaft als solches einen Missbrauch einer beherrschenden Stellung darstelle. WCD hält es dagegen für missbräuchlich, wenn von den

⁶¹ Aus der Akte geht hervor, dass die mit dem Sponsoring verbundenen Eintrittskarten zum Nennwert oder, falls dieser Wert nicht ermittelt werden kann, auf der Grundlage des durchschnittlichen Eintrittspreises berechnet werden.

Bruttoeinnahmen nicht die Kosten abgezogen werden könnten, die in keinem Zusammenhang mit der Musik stünden, von denen einige, wie die Kosten für die Beachtung der Vorschriften im Bereich Umwelt oder Sicherheit, ständig stiegen. Nach Ansicht von W.W und WCD stellt auch das Budget für die auftretenden Künstler keine angemessene Grundlage für die Berechnung dar.

56. Nach der oben angeführten Rechtsprechung⁶² kann ein Preis nicht als unangemessen im Sinne von Art. 102 Abs. 2 Buchst. a AEUV angesehen werden, wenn er in einem vernünftigen Zusammenhang mit dem wirtschaftlichen Wert der vom Unternehmen in beherrschender Stellung erbrachten Leistung steht. In der vorliegenden Rechtssache besteht diese Leistung darin, den Nutzern urheberrechtlich geschützte Musikwerke für die Zwecke der öffentlichen Wiedergabe während Festivals zugänglich zu machen.

57. Wie oben dargelegt, legt der United-Brands-Test zumindest implizit nahe, den Wert der vom Unternehmen in beherrschender Stellung gelieferten Ware oder Dienstleistung anhand seiner Produktionskosten zu bestimmen. Auch wenn es möglich ist, die mit der Verwertung verbundenen Kosten zu quantifizieren, ist es äußerst schwierig oder sogar unmöglich, die Kosten der Schaffung eines geistigen Werks, wie eines Musikwerks, zu bestimmen. Das im United-Brands-Test enthaltene Kriterium ist daher ungeeignet, den wirtschaftlichen Wert der Leistung zu bestimmen, die eine Verwertungsgesellschaft den Nutzern insgesamt erbringt.

58. Der wirtschaftliche Wert dieser Leistung und im vorliegenden Fall der Leistung, die SABAM an die Festivalorganisatoren erbringt, ist daher unter Berücksichtigung der Merkmale der Verwertung zum einen und des Urheberrechts zum anderen zu beurteilen⁶³.

59. Unter dem ersten Gesichtspunkt besteht ein bedeutender Teil dieses Wertes in dem Umstand, dass die Festivalorganisatoren nicht verpflichtet sind, sich einzeln an die Inhaber der Urheberrechte der Werke, die sie aufführen wollen, zu wenden, um mit jedem von ihnen eine Lizenz für die öffentliche Wiedergabe auszuhandeln, sondern dass sie in der Verwertungsgesellschaft einen einzigen Ansprechpartner haben. Die Gegenseitigkeitsverträge, die SABAM mit anderen Verwertungsgesellschaften geschlossen hat, gestatten außerdem mittels einer einzigen Lizenz auch den Zugang zum Repertoire ausländischer Verwertungsgesellschaften. Das Bestehen eines Systems der Verwertungsgesellschaften stellt nicht nur eine offenkundige Zeit- und Mitteleinsparung dar, sondern ist eine notwendige Voraussetzung für die Verwirklichung von Veranstaltungen wie den von Gesellschaften wie W.W und WCD organisierten.

60. Unter dem zweiten Gesichtspunkt hängt der wirtschaftliche Wert der Musikwerke, die den Festivalorganisatoren zur Verfügung gestellt werden, von den Gewinnen ab, deren Erzielung sie ermöglichen (oder die sie voraussichtlich ermöglichen). Wie Generalanwältin Trstenjak in ihren Schlussanträgen in der Rechtssache Kanal 5⁶⁴ ausgeführt hat, ist es völlig üblich, 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 Urheberrecht eingesetzt wurde. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass ein Urheber einen vernünftigen Anteil am Umsatz haben soll, der unter Einsatz seines Werks erzielt wird.

⁶² Siehe insbesondere Nr. 29 der vorliegenden Schlussanträge.

⁶³ Vgl. in diesem Sinne Urteil Kanal 5 (Rn. 30 und 31).

⁶⁴ C-52/07, EU:C:2008:491, Nr. 60.

61. Dieser Gedanke findet sich in der bereits angeführten ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs wieder, wonach die Wahrnehmung einer Gebühr für die Darbietung geschützter Musikwerke, deren Betrag auf der Grundlage des Umsatzes des Nutzers berechnet wurde, durch eine Verwertungsgesellschaft für Urheberrechte, als übliche Verwertung eines Urheberrechts anzusehen ist⁶⁵. Gebühren, die auf der Grundlage des Umsatzes des Nutzers berechnet wurden, stehen daher grundsätzlich in einem vernünftigen Zusammenhang mit dem wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistung⁶⁶.

62. Zwar hängt der Umsatz einer Veranstaltung wie eines Musikfestivals⁶⁷ mehr oder weniger stark von anderen Faktoren als der öffentlichen Wiedergabe der urheberrechtlich geschützten Werke ab, wie insbesondere der Qualität und der Bekanntheit der auftretenden Künstler, dem Ort, an dem es stattfindet, den Dekorationen, Lichtern, gemeinsam mit dem Festival angebotenen Leistungen oder dessen Beliebtheit, alles Faktoren, die zu einem großen Teil (wenn auch nicht ausschließlich) von den Bemühungen der Organisatoren abhängen und Kosten verursachen, die unabhängig von den Kosten im Zusammenhang mit den an die Verwertungsgesellschaft zu zahlenden Gebühren sind und mehr oder weniger offenkundig in keinem Zusammenhang mit der von dem Letzteren erbrachten Leistung stehen.

63. Ohne die Bedeutung dieser Faktoren in irgendeiner Weise zu schmälern, scheint es mir jedoch erstens unbestreitbar, auch wenn es Sache des vorlegenden Gerichts ist, abschließend darüber zu entscheiden, dass die Musik den Hauptbestandteil des von den Beklagten des Ausgangsverfahrens angebotenen „Produkts“ sowie den wichtigsten Faktor für das Zusammenkommen des durch die Veranstaltung angesprochenen Publikums darstellt. Zweitens ist ein Vergütungssystem, das auf dem Umsatz beruht, im Bereich des Urheberrechts und allgemeiner im Bereich der Rechte des geistigen Eigentums auch dann üblich, wenn das lizenzierte Recht nicht den Hauptgegenstand des Endprodukts, dessen Verwirklichung es ermöglicht, darstellt⁶⁸. Drittens hat der Gerichtshof, wie oben dargelegt, im Urteil Kanal 5 ein solches Vergütungssystem auch in Bezug auf Nutzer, wie die Fernsehsender, gebilligt, deren Umsatz, auch zu einem großen Teil, von Elementen abhängen kann, die mit der Nutzung geschützter Musikwerke nichts zu tun haben⁶⁹. Viertens können meines Erachtens die von den Beklagten der Ausgangsverfahren vorgetragene Argumente allgemein verschiedene Arten von, auch intensiven, Nutzern von Musik betreffen, wie z. B. die Diskotheken, deren Erfolg zu einem großen Teil auch von Faktoren abhängt, bei denen man davon ausgehen kann, dass sie nichts mit der Musik zu tun haben, wie die Dekorationen, Lichter, der Standort, die Qualität der Speisen und Getränke, Art der Kunden, Bekanntheit der DJs, usw. Schließlich bewirkt, wie SABAM zu Recht darlegt, vor allem der bloße Umstand, dass andere Faktoren als die Musik in die Entscheidung über den Kauf von Karten für Veranstaltungen, wie die von W.W und WCD organisierten, einfließen, nicht für sich, dass eine Tarifstruktur, die den Erlös aus dem Kartenverkauf als Grundlage für die Berechnung der Vergütungen heranzieht, in keinem angemessenen Verhältnis zu dem wirtschaftlichen Wert der Zugänglichmachung der urheberrechtlich geschützten Musikwerke steht.

64. Im Übrigen weise ich darauf hin, dass verschiedene Elemente des Tarifs 211 – der, wie SABAM zu Recht ausführt, in seiner Gesamtheit zu beurteilen ist – die Auswirkungen der Heranziehung des Umsatzes als Grundlage für die Berechnung der Vergütungen abmildern und es in gewisser Weise ermöglichen, dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Höhe der Einnahmen nicht ausschließlich, oder jedenfalls nicht notwendigerweise direkt proportional, vom Wert der Musik abhängt.

65 Vgl. Urteil Basset (Rn. 15, 16, 18 und 21).

66 Vgl. in diesem Sinne Urteil Tournier (Rn. 45) und Urteil Kanal 5 (Rn. 37).

67 W.W bestreitet insbesondere, dass Tomorrowland als „Festival“ eingestuft werden könne.

68 Vgl. Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak in der Rechtssache Kanal 5 (Nr. 62).

69 Siehe Nr. 42 der vorliegenden Schlussanträge.

65. Zunächst stellen, wie bereits oben ausgeführt, die Einnahmen aus dem Kartenverkauf nur einen Teil und nicht den gesamten Umsatz dar, der durch die von den Beklagten der Ausgangsverfahren organisierten Veranstaltungen erzielt wurde. Hierzu weise ich darauf hin, dass SABAM, ohne dass ihr die Letzteren widersprochen hätten, in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, dass der für die Berechnung der ihr zustehenden Vergütungen herangezogene Teil des Umsatzes etwa 35 % und etwa 50 % des jeweiligen Gesamtumsatzes von *Tomorrowland* und *Wecandance* betrage. Zweitens werden die Grundbeträge, die den Einnahmen aus dem Kartenverkauf oder dem Budget für die auftretenden Künstler entsprechen, in 8 (oder 9) Stufen unterteilt, auf die ein degressiver Satz von 6 bis 2,5 % angewandt wird. So verringert sich der Teil des Grundbetrags, der den SABAM geschuldeten Vergütungen entspricht, durch die Erhöhung dieses Betrags. Drittens ist ein System von Ermäßigungen auf die so berechneten Vergütungen vorgesehen, das es erlaubt, wenn auch nur pauschal, dem Umfang des Repertoires von SABAM Rechnung zu tragen, das während der Veranstaltung tatsächlich aufgeführt wird. Schließlich hat SABAM in der mündlichen Verhandlung, ebenfalls unwidersprochen durch die Beklagten der Ausgangsverfahren, geltend gemacht, dass, gerade um der Besonderheit der Festivals Rechnung zu tragen, der für diese Veranstaltungen angewandte degressive Satz von einem niedrigeren Höchstsatz (6 %) ausgehe als der, der für ähnliche Veranstaltungen, wie Konzerte (8 %), vorgesehen sei⁷⁰.

66. Ich bin der Ansicht, dass auch die auf der Grundlage des Budgets für die auftretenden Künstler berechneten Vergütungen, wie die auf der Grundlage des Umsatzes der Veranstaltung berechneten, entgegen dem Vorbringen der Beklagten der Ausgangsverfahren grundsätzlich in einem vernünftigen Zusammenhang mit dem wirtschaftlichen Wert der von SABAM erbrachten Leistung stehen, da dieser Ausgabenposten einen unmittelbaren Hinweis auf die Bedeutung der mit der Wiedergabe geschützter Musikwerke verbundenen Komponente bei der Organisation der Veranstaltung geben kann.

67. Nach alledem stellt der bloße Umstand, dass das von SABAM angewandte Tarifsystem als Grundlage für die Berechnung der Vergütungen für die öffentliche Wiedergabe von zu ihrem Repertoire gehörenden Musikwerken einen Anteil am durch die Veranstaltung, bei der diese Wiedergabe stattgefunden hat, erzielten Umsatz oder an einem Teil dieses Umsatzes oder alternativ das Budget für die auftretenden Künstler heranzieht, für sich genommen keinen Hinweis auf das Vorliegen unangemessener Preise und erlaubt entgegen dem, was die Beklagten der Ausgangsverfahren zu behaupten scheinen, erst recht nicht die Feststellung eines solchen Missbrauchs.

68. Das Gleiche gilt meines Erachtens grundsätzlich für die Unmöglichkeit, die „nicht unmittelbar mit der Musik verbundenen“ Kosten von den Grundbeträgen abzuziehen, die von dem Teil des Umsatzes aus den Einnahmen aus dem Kartenverkauf oder dem Budget für die auftretenden Künstler berechnet werden. Abgesehen von der Überlegung, dass es äußerst schwierig ist, zu beurteilen, welche Kosten angesichts der Art der betreffenden Veranstaltungen als nicht unmittelbar mit der Musik verbunden betrachtet werden können (sind es z. B. diejenigen betreffend die Gewährleistung der Tonqualität und nicht diejenigen betreffend die Beleuchtung?), hängt die Auswirkung dieser Kosten auf den Teil des Umsatzes, der als Grundlage für die Berechnung herangezogen wird (in diesem Fall die Einnahmen aus dem Kartenverkauf), von der von den Veranstaltern beschlossenen Zuordnung und somit von Elementen ab, die sich der Kontrolle der SABAM völlig entziehen. Ich weise auch darauf hin, dass der Gerichtshof in den Urteilen *Basset* und *Tournier* entschieden hat, dass Vergütungssysteme auf der Grundlage des Bruttoumsatzes rechtmäßig sind. Auch in der Rechtssache, in der das Urteil *Kanal 5* ergangen ist, berechnete STIM ihre Vergütungen anhand der Einnahmen aus der Ausstrahlung von für die Allgemeinheit bestimmten Sendungen oder, subsidiär, der Werbung und/oder den Abonnements, wobei nur bestimmte Kosten abgezogen wurden⁷¹.

⁷⁰ Es ist klar, dass die Auswirkungen eines solchen Elements durch einen Vergleich der Struktur der beiden Tarife als Ganzes zu beurteilen sind, was jedenfalls Sache des vorlegenden Gerichts ist.

⁷¹ Vgl. Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak in der Rechtssache *Kanal 5* (Nr. 9 und Fn. 4).

69. Es ist jedenfalls Sache des vorliegenden Gerichts, im Licht sämtlicher relevanter Umstände zu beurteilen, ob die Anwendung des Tarifs 211, soweit er als Grundlage für die Berechnung der Vergütungen die Einnahmen aus dem Kartenverkauf oder alternativ das Budget für die auftretenden Künstler heranzieht, wobei nur bestimmte Kosten von diesen Beträgen abgezogen werden dürfen, zur Erzwingung unangemessener Preise führen kann.

70. Damit dieses Gericht jedoch das Vorliegen überhöhter Preise feststellen kann, wird es, wie aus den Nrn. 29 bis 38 der vorliegenden Schlussanträge hervorgeht, die Höhe der von SABAM vereinnahmten Vergütungen durch die Anwendung des Tarifs 211 mit einem Referenzpreis vergleichen müssen, der auf der Grundlage der ihm zur Verfügung stehenden Analysemethoden, die sich im Hinblick auf sämtliche Umstände der bei ihm anhängigen Rechtssache als am relevantesten erweisen, zu ermitteln ist. Der überhöhte Charakter dieser Vergütungen wäre festzustellen, wenn sich aus diesem Vergleich ergeben sollte, dass ein *erheblicher und anhaltender* Unterschied zwischen diesen Vergütungen und dem berücksichtigten Referenzpreis besteht, ohne dass dieser Unterschied objektiv gerechtfertigt wäre.

71. Diese Stufe der Analyse wegzulassen, liefe im Wesentlichen darauf hinaus, anzuerkennen, dass eine bestimmte Methode der Berechnung der Vergütung, die ein beherrschendes Unternehmen für die von ihm angebotenen Waren oder Dienstleistungen verlangt, für sich genommen zur Erzwingung überhöhter Preise führt, unabhängig von der tatsächlichen Höhe dieser Preise. Nun ist dieser Ansatz, von einigen Ausnahmefällen abgesehen, meines Erachtens methodisch falsch und kann konkret zu dem paradoxen Ergebnis führen, dass einem Unternehmen die Freiheit genommen wird, eine bestimmte Berechnungsmethode anzuwenden, selbst wenn ihre Anwendung zu Preisen führt, die nicht über dem Wettbewerbsniveau liegen.

72. Zu den Analysemethoden, die das vorliegende Gericht berücksichtigen könnte – aus den bereits dargelegten Gründen unter Ausschluss der Analyse von Preis und Produktionskosten nach dem United-Brands-Test sowie, aufgrund der faktischen Monopolstellung von SABAM, des Vergleichs mit den von den Wettbewerbern verlangten Preisen –, gehört zunächst der räumliche Vergleich, der nach den Kriterien vorzunehmen ist, die der Gerichtshof im Urteil AKKA festgelegt hat. Obwohl sich in der mündlichen Verhandlung herausgestellt hat, dass SABAM die Höhe der Vergütungen, die sie für die Zugänglichmachung der Musikwerke in ihrem Repertoire an die Festivalorganisatoren verlangt, nicht wesentlich geändert hat⁷², könnte es außerdem relevant sein, eine historische Analyse vorzunehmen, die eine dynamische Betrachtung der Entwicklung der Höhe der von den Beklagten des Ausgangsverfahrens konkret gezahlten Vergütungen erlaubt. Unter diesem Blickwinkel schließe ich nicht aus, dass der Umstand, dass die Erhöhung bestimmter Kosten, sofern sie nachgewiesen sind – insbesondere diejenigen aus der Anwendung gesetzlicher Vorschriften, wie z. B. die Kosten betreffend die Annahme von Sicherheits- oder Umweltschutzmaßnahmen –, und die Auswirkung dieser Kosten, sofern sie festgestellt wird, auf die Beträge, die als Grundlage für die Berechnung der Tarife der Verwertungsgesellschaft herangezogen werden, in keiner Weise berücksichtigt werden, einen Hinweis auf unangemessene Preise darstellen kann, soweit sie zu einer erheblichen Erhöhung der Vergütungen ohne Gegenleistung für die Nutzer führt und ohne durch eine Erhöhung der Kosten von SABAM gerechtfertigt zu sein. Schließlich könnte sich auch ein Vergleich mit den Vergütungen, die SABAM für ähnliche Leistungen vereinnahmt, die nach Möglichkeit anhand objektiver Kriterien im Rahmen einer vom vorliegenden Gericht vorzunehmenden Beurteilung zu ermitteln sind, als relevant erweisen.

⁷² Wie bereits ausgeführt (siehe Fn. 13 der vorliegenden Schlussanträge), zeigt sich jedoch, dass das vor dem Berufungsgericht Brüssel anhängige Verfahren u. a. eine kürzliche Erhöhung der Tarife betrifft, die SABAM auf Festivals anwendet.

4. Zum ersten Teil der Vorlagefrage

73. Mit dem ersten Teil seiner Vorlagefrage möchte das vorlegende Gericht vom Gerichtshof wissen, ob eine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung vorliegt, wenn eine Verwertungsgesellschaft für Urheberrechte, die in einem Mitgliedstaat ein faktisches Monopol innehat, gegenüber Organisatoren von Musikveranstaltungen für das Recht auf öffentliche Wiedergabe von Musikwerken ein Vergütungsmodell anwendet, dem ein gestufter Pauschaltarif anstatt eines Tarifs zugrunde liegt, der den genauen Anteil des von der Verwertungsgesellschaft verwalteten Repertoires an der während der Veranstaltung abgespielten Musik berücksichtigt.

74. Auch in diesem Fall wird in den Ausgangsverfahren nicht unmittelbar die Höhe der Vergütungen in Frage gestellt, sondern die Anwendung einer besonderen Berechnungsmethode, die als solche missbräuchlich sei, da es an einem vernünftigen Zusammenhang mit der von der Verwertungsgesellschaft erbrachten Leistung fehle.

75. Nach Ansicht von W.W und WCD ergibt sich aus den Urteilen Kanal 5 und OSA, dass bei der Festsetzung der Vergütung der Verwertungsgesellschaften die tatsächliche Nutzung der zum Repertoire dieser Gesellschaften gehörenden Werke berücksichtigt werden müsse. Insbesondere gebe es verschiedene Techniken, die es ermöglichen, die tatsächlich gespielten Musikwerke und damit den tatsächlich genutzten Anteil des Repertoires der Verwertungsgesellschaft genau und ohne Möglichkeit eines Fehlers festzustellen. Sie beziehen sich insbesondere auf das von der niederländischen Gesellschaft DJ Monitor entwickelte Programm. Die Nutzung dieser Techniken führe für SABAM nicht zu zusätzlichen oder jedenfalls nicht zu übermäßigen Kosten, da SABAM jedenfalls verpflichtet sei, die Liste der aufgeführten Werke zu analysieren, um die Vergütungen unter den Rechtsinhabern aufzuteilen. SABAM ist mit der von W.W und WCD dem Urteil Kanal 5 beigemessenen allgemeinen Tragweite nicht einverstanden. Dieses Urteil betreffe nur die Fernsehsender, d. h. Wirtschaftsteilnehmer in einem Sektor, in dem die Intensität der Nutzung von Musikwerken variabel sei, und nicht Wirtschaftsteilnehmer wie W.W und WCD, deren Veranstaltungen auf Musik ausgerichtet seien. Zwar sei es angemessen, die von den Ersteren geschuldeten Vergütungen anhand eines variablen Anteils nach Maßgabe der gespielten Musikwerke zu berechnen, doch könne bei Musikveranstaltungen wie den im Ausgangsverfahren in Rede stehenden die Vergütung stets als fester Prozentsatz des Umsatzes oder pauschal variabel ausgedrückt werden.

76. Im Licht der Erklärungen der Parteien des Ausgangsverfahrens ist zunächst die Tragweite des Urteils Kanal 5, das diese Parteien unterschiedlich auslegen, zu klären. Ich erinnere daran, dass der Gerichtshof in diesem Urteil darauf hingewiesen hat, dass Tarife, die nach den Einnahmen der Fernsehgesellschaften und je nach übertragener Musikmenge berechnet werden, missbräuchlich sein könnten, wenn „es eine andere Methode gibt, nach der die Nutzung dieser Werke und der Zuschaueranteil genauer festgestellt und mengenmäßig bestimmt werden können und die geeignet ist, dasselbe legitime Ziel des Schutzes der Interessen der Urheber, Komponisten und Musikverleger zu verwirklichen, ohne dass sie zugleich zu einer unverhältnismäßigen Erhöhung der Kosten der Verwaltung der Vertragsbestände und der Überwachung der Nutzung der urheberrechtlich geschützten Musikwerke führen würde“⁷³.

77. Ich habe bereits dargelegt, dass der Gerichtshof mehrfach die Rechtmäßigkeit eines Vergütungssystems für die Zugänglichmachung geschützter Musikwerke bestätigt hat, bei dem der Betrag auf der Grundlage des Umsatzes des Nutzers berechnet wurde, und zwar sowohl im Fall von Nutzern, deren Tätigkeit von der Verwertung von Musikwerken abhängt, wie z. B. die Diskotheken in den Urteilen Basset und Tournier, als auch im Fall von Nutzern, bei denen die Intensität dieser Verwertung nach Maßgabe anderer Faktoren variabel ist, wie die Fernsehsender im Urteil Kanal 5.

73 Vgl. Rn. 40 des Urteils Kanal 5.

78. Vor diesem Hintergrund weise ich darauf hin, dass der Gerichtshof bereits im Urteil *Tournier*, gerade in Bezug auf intensive Nutzer von Musik, wie die Diskotheken, und in einem Kontext, in dem es um die Rechtmäßigkeit des sogenannten *blanket licensing* (Gesamtlizenzen) ging, das darin besteht, eine feste Vergütung für den Zugang zum gesamten Repertoire der Verwertungsgesellschaft vorzusehen, unabhängig von der tatsächlichen Nutzung der geschützten Musikwerke, klargelegt hat, dass zwar die umfassende oder pauschale Natur der Gebühr nicht für sich genommen gegen das Verbot unangemessener Preise verstößt, jedoch ein Missbrauch vorliegen könnte, für den Fall, dass es andere Methoden gibt, die denselben Schutz der Interessen der Urheberrechteinhaber, ohne Erhöhung der Kosten, bieten⁷⁴. Außerdem hat der Gerichtshof mehrmals festgestellt, dass im Fall von geschützten Werken, die öffentlich zugänglich gemacht werden, der Inhaber des Urheberrechts und seine Rechtsnachfolger ein legitimes Interesse daran haben, Gebühren nach der tatsächlichen oder wahrscheinlichen Zahl der Aufführungen zu berechnen⁷⁵. Schließlich weise ich darauf hin, dass im Urteil *Kanal 5*, obwohl Generalanwältin Trstenjak klar zwischen der Situation der Fernsehsender und der der intensiven Nutzer von Musik unterschieden hatte und sich für die Rechtswidrigkeit einer Methode der Berechnung der Vergütung auf der Grundlage eines festen Anteils nur im ersten Fall ausgesprochen hatte, der Gerichtshof das Erfordernis, die Vergütung auf der Grundlage der Menge der tatsächlich genutzten Musik zu berechnen, nicht in Bezug auf die Natur der Fernsehsender, sondern allgemeiner aufgrund der Notwendigkeit des erforderlichen Zusammenhangs zwischen der Vergütung und dem Wert der Leistung und dem Schutz der Interessen der Rechtsinhaber gerechtfertigt hat⁷⁶.

79. Auf der Grundlage der vorstehenden Erwägungen bin ich daher wie die Kommission der Auffassung, dass es ein nunmehr in der Rechtsprechung des Gerichtshofs anerkannter Grundsatz ist, dass einer Organisation für die kollektive Wahrnehmung von Urheberrechten, die eine beherrschende Stellung in einem Mitgliedstaat innehat, zwar freisteht, die Höhe der Vergütungen, die ihr für die Darbietung von Musikwerken, geschuldet werden, auf der Grundlage des Umsatzes des Nutzers zu berechnen und zu bestimmen, dass diese einem Prozentsatz dieses Umsatzes entsprechen, der nach Maßgabe der Menge der tatsächlich genutzten Musik variabel ist, aber pauschal berechnet wird, eine solche Berechnungsmethode dennoch einen Missbrauch einer beherrschenden Stellung darstellen kann, wenn es andere Methoden gibt, die es gestatten, entweder die genutzten Musikwerke oder das Publikum genau zu berechnen. Diese Methoden müssen das gleiche Schutzniveau für die der Urheber, Komponisten und Musikverleger gewährleisten und für die Verwertungsgesellschaft nicht zu einer übermäßigen Erhöhung ihrer Kosten führen. Der dargelegte Grundsatz gilt sowohl für Nutzer, deren Tätigkeit ganz oder zum großen Teil von der Verwertung der Musik abhängt, als auch für Nutzer, für die der Umfang dieser Verwertung weniger bedeutend und variabel ist.

80. Es steht fest, dass der Tarif 211, sowohl in der auf den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens anwendbaren Fassung, die auf der 1/3-2/3-Regel beruht, als auch in der 2018 geänderten Fassung, die auf 10%-Stufen beruht, mit mehr oder weniger großer Annäherung pauschal den Anteil des Repertoires von SABAM festlegt, der während der Veranstaltungen, auf die er anwendbar ist, tatsächlich aufgeführt wurde. Nach der ersten der beiden Fassungen war die Verringerung des vollen Tarifs unter der Voraussetzung anwendbar, dass mindestens ein Drittel der Werke, die auf der von den Veranstaltern übermittelten Liste angegeben waren, nicht zum Repertoire von SABAM gehörten. Dagegen war unterhalb dieser Schwelle keine Verringerung vorgesehen. Da nur dann keine Vergütung geschuldet wurde, wenn sich kein Werk aus dem Repertoire von SABAM auf dieser Liste befand, hätte grundsätzlich die Aufführung eines einzigen der von SABAM geschützten Werke zur Anwendung eines Drittels des vollen Tarifs führen können. Außerdem stellte SABAM, wenn die Musikwerke des Repertoires von SABAM genau einem Drittel oder zwei Dritteln der Werke entsprachen, die die Veranstalter auszuführen beabsichtigten, jeweils zwei Drittel des Tarifs oder den vollen Tarif in

⁷⁴ Vgl. Urteil *Tournier* (Rn. 45).

⁷⁵ Vgl. Urteile vom 18. März 1980, *Coditel u. a.* (62/79, EU:C:1980:84), *Tournier* (Rn. 12) und *Kanal 5* (Rn. 38).

⁷⁶ Vgl. Rn. 36 bis 38 des Urteils *Kanal 5*.

Rechnung. Nach der zweiten Fassung des Tarifs wurden die drei Stufen von 33 % durch zehn Stufen von 10 % ersetzt, wodurch der Unterschied zum Anteil der tatsächlich aufgeführten Musikwerke des Repertoires von SABAM verringert wurden, auch wenn dieser Anteil weiterhin pauschal festgelegt wird.

81. Nach der oben erwähnten Rechtsprechung in den Urteilen *Tournier* und *Kanal 5* ist es Sache des vorlegenden Gerichts, anhand sämtlicher Umstände des vorliegenden Falls zu beurteilen, i) ob es Methoden gibt, die es gestatten, die von SABAM geschützten Musikwerke, die während der Veranstaltung aufgeführt werden, genauer zu ermitteln (da die Vergütungen von SABAM auf der Grundlage der Einnahmen aus dem Kartenverkauf erhoben werden, stellt sich die Frage der Ermittlung des Publikums nicht), ii) ob diese Methoden denselben Schutz der Interessen der Inhaber von Urheberrechten an diesen Werken gewährleisten und iii) ob die Anwendung dieser Methoden die Kosten von SABAM nicht übermäßig erhöht, insbesondere was die Verwaltung der Vertragsbestände und der Überwachung der Nutzung der urheberrechtlich geschützten Musikwerke betrifft.

82. Zu den relevanten Umständen, die das vorlegende Gericht bei der Beurteilung des ersten dieser Punkte zu berücksichtigen haben wird, gehören meines Erachtens: i) die Zugänglichkeit der Daten über die tatsächlich genutzten Musikwerke und die verwendeten Technologien⁷⁷, ii) die Zuverlässigkeit dieser Daten und Technologien⁷⁸, und iii) der Zeitrahmen für die Erlangung der Daten⁷⁹. Was die Zuverlässigkeit der digitalen Technologien anbelangt, die W.W und WCD anführen, weise ich, vorbehaltlich der Überprüfung durch das vorlegende Gericht, darauf hin, dass SABAM in ihren schriftlichen Erklärungen angegeben hat, dass das Programm, das bei den Auflagen der in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden Veranstaltungen von 2015 und 2016 verwendet wurde, ungefähr 8 % der abgespielten Titel nicht erkannt hat, dass diese Technologien Schwierigkeiten haben, gemixte Werke zu erkennen, und dass sie jedenfalls für Livemusik nicht verwendbar sind.

83. Bei der Prüfung des zweiten der in Nr. 81 der vorliegenden Schlussanträge genannten Punkte wird das vorlegende Gericht die Vor- und Nachteile der von SABAM verwendeten Methode der Berechnung der Vergütungen unter Berücksichtigung des Kontexts beurteilen müssen, in dem diese Vergütungen in Rechnung gestellt werden. Insoweit scheinen mir insbesondere die folgenden drei Faktoren relevant zu sein. Erstens wird zu berücksichtigen sein, welchen Anteil die Musikwerke, die zum Repertoire von SABAM gehören, die während der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Veranstaltungen normalerweise aufgeführt werden, an der Gesamtheit der genutzten Musik haben. Es ist nämlich nicht ausgeschlossen, dass die Anwendung einer pauschalen Methode unter Berücksichtigung der widerstreitenden Interessen dennoch vorzuziehen ist, wenn fast alle während dieser Art von Veranstaltung aufgeführten Werke zum Repertoire der Verwertungsgesellschaft gehören. Insoweit weise ich, ebenfalls vorbehaltlich der Überprüfung durch das vorlegende Gericht, darauf hin, dass SABAM in ihren schriftlichen Erklärungen vorgebracht hat, ohne dass ihr W.W und WCD widersprochen hätten, dass etwa 80 bis 90 % der bei den von diesen Gesellschaften organisierten Festivals aufgeführten Musik aus ihrem Repertoire stamme. Zweitens wird zu prüfen sein, wie sich die Nutzung der alternativen Methoden auf die Schnelligkeit der Erhebung der Vergütungen auswirkt. Wie SABAM ausführt, ist es nämlich möglich, dass aufgrund von Fehlern beim Erkennen der aufgeführten Werke Streitigkeiten zwischen der Verwertungsgesellschaft und dem Veranstalter entstehen, die die Zeit für die Erhebung der Vergütungen zum Nachteil der Inhaber

⁷⁷ W.W und WCD machen geltend, dass normalerweise eine Liste der aufzuführenden Werke an SABAM übermittelt werde. Da die Vorlage dieser Liste eine Voraussetzung die Verringerung des Tarifs ist, werden die darin enthaltenen Daten von SABAM ohne besonderes Zutun erworben. Dagegen könnte sich der Rückgriff auf digitalisierte Technologien als komplexer erweisen.

⁷⁸ Die Vorlage der Liste der Werke, die aufgeführt werden sollen, durch die Veranstalter erfordert eine Überwachung während des Festivals. Die Nutzung digitaler Technologien weist grundsätzlich diesen Nachteil nicht auf, jedoch muss die Gefahr, dass während der Veranstaltung technische Probleme auftreten, bewertet werden.

⁷⁹ Die Liste der Werke, die während des Festivals aufgeführt werden sollen, wird SABAM vor der Nutzung zur Verfügung gestellt. Dagegen erlaubt die Nutzung digitaler Techniken die Verfügbarkeit der Daten erst, nachdem die Veranstaltung stattgefunden hat.

dieser Rechte verzögern können⁸⁰. Drittens sind die möglichen Auswirkungen der Aufgabe der von SABAM erlassenen Methode der pauschalen Stufen (in ihren zwei Fassungen) auf die Interessen der Rechtsinhaber im Licht des von der Verwertungsgesellschaft genutzten Systems der Verteilung der Urheberrechtsvergütungen und der Kostenstruktur von SABAM zu beurteilen.

84. Zum letzten der in Nr. 81 der vorliegenden Schlussanträge erwähnten Punkte, betreffend die Kosten, weise ich darauf hin, dass im Unterschied zur Formulierung, die im Urteil *Tournier* verwendet wurde, die jegliche Erhöhung der Kosten der Verwaltung oder der Überwachung der Verwertungsgesellschaft auszuschließen schien, im Urteil *Kanal 5* klargestellt wurde, dass die Nutzung einer Berechnungsmethode, nach der die gespielten Musikwerke genau festgestellt werden können, nicht zu einer „unverhältnismäßigen“ Erhöhung dieser Kosten führen darf⁸¹. Wenn also der Übergang zu einem solchen System zu einer Erhöhung der Kosten von SABAM führen kann, muss diese Erhöhung begrenzt sein und gegen die Vorteile, die sie den Organisatoren von Musikveranstaltungen bringt, abgewogen werden können. Eine übermäßige Erhöhung kann sich nämlich auf die Höhe der von den Urhebern und den Rechtsinhabern vereinnahmten Gebühren auswirken und sie aushöhlen. In den Ausgangsverfahren machen W.W und WCD geltend, dass die Kosten für die Nutzung der digitalen Techniken zum Erkennen der Musikwerke, die nach Ansicht von SABAM hoch seien, von ihnen getragen würden und daher für SABAM nicht mit zusätzlichen Kosten verbunden seien. Sollte sich dieser Umstand bestätigen⁸², bliebe die Höhe der Kosten zu prüfen, die durch etwaige Fehler oder Streitigkeiten in Bezug auf die Bestimmung des Repertoires von SABAM, die diese in ihren schriftlichen Erklärungen angeführt hat, verursacht wurden. Dagegen erscheint mir das Vorbringen von SABAM, dass nur bestimmte Organisatoren von Musikveranstaltungen in der Lage seien, die mit der Verwendung neuer digitaler Techniken verbundenen Kosten zu tragen, und dass sie für die anderen diese Kosten zu tragen habe, meines Erachtens nicht entscheidend, da SABAM nichts daran hindert, für verschiedene Kundenkategorien unterschiedliche Berechnungsmethoden anzuwenden, wenn diese Differenzierung gerechtfertigt und nicht diskriminierend ist.

85. Wenn die in Nr. 81 der vorliegenden Schlussanträge genannten Überprüfungen positiv ausfallen, kann die Tarifstruktur von SABAM gegen das Verbot unangemessener Preise und Bedingungen nach Art. 102 Abs. 2 Buchst. a AEUV verstoßen. Eine Tarifstruktur, die auf pauschalen Stufen beruht, die die tatsächliche Nutzung der geschützten Musikwerke nicht berücksichtigen, impliziert nämlich, wenn die Möglichkeit besteht, den Umfang dieser Nutzung (und des Publikums) genau (oder genauer) zu ermitteln, dass ein mehr oder weniger großer Teil der Vergütungen, die diese Gesellschaft vereinnahmt, nicht einer tatsächlich erbrachten Leistung entspricht⁸³.

86. Ich denke jedoch nicht, dass der Gerichtshof in den Urteilen *Tournier* und *Kanal 5* einen Automatismus schaffen wollte, wonach die Einführung einer solchen Tarifstruktur unter den in diesen Urteilen dargelegten Umständen und mangels von der Verwertungsgesellschaft vorgebrachter Rechtfertigungen zwangsläufig zur Feststellung unangemessener Preise führt.

87. Wie ich bereits in den Nrn. 70 und 71 der vorliegenden Schlussanträge ausgeführt habe, kann die Festlegung einer bestimmten Methode der Berechnung der Vergütung für die von einem Unternehmen in beherrschender Stellung angebotenen Waren oder Dienstleistungen für sich allein nicht das Vorliegen überhöhter Preise vermuten lassen, sondern muss durch eine vergleichende Analyse der Höhe dieser Preise mit einem Referenzpreis bestätigt werden.

80 SABAM weist darauf hin, dass sie über eine gesetzliche Frist von neun Monaten ab dem Ende des Wirtschaftsjahrs verfüge, in dem die Gewinne aus den Rechten erzielt worden seien, um sie an die Rechtsinhaber zu verteilen.

81 Vgl. Rn. 45 des Urteils *Tournier* und Rn. 40 des Urteils *Kanal 5*.

82 In ihren schriftlichen Erklärungen trägt SABAM vor, dass WCD im Ausgangsverfahren geltend gemacht habe, dass diese Kosten von den Gewinnen abzuziehen seien, die als Grundlage für die Berechnung der Vergütung von SABAM verwendet würden.

83 Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 10. Dezember 1991, *Merci convenzionali Porto di Genova* (C-179/90, EU:C:1991:464, Rn. 19), und Urteil vom 16. Juli 2009, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland/Kommission* (C-385/07 P, EU:C:2009:456, Rn. 141 bis 147).

88. Nur wenn sich herausstellt, dass die Anwendung einer solchen Berechnungsmethode konkret dazu führt, dass jeder vernünftige Zusammenhang zwischen dem Preis und dem wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistung ausgeschlossen ist, ist eine solche vergleichende Analyse nicht erforderlich.

89. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, diese Prüfung vorzunehmen. Hinsichtlich der Vergleichsmethoden, die das vorlegende Gericht unter den Umständen der Ausgangsverfahren heranziehen kann, verweise ich auf Nr. 72 der vorliegenden Schlussanträge.

V. Ergebnis

90. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die von der Ondernemingsrechtbank Antwerp (Unternehmensgericht Antwerpen) vorgelegte Frage wie folgt zu beantworten:

Art. 102 Abs. 2 Buchst. a AEUV ist dahin auszulegen, dass eine Verwertungsgesellschaft für Urheberrechte, die in einem Mitgliedstaat ein faktisches Monopol innehat, ihre beherrschende Stellung nicht allein aus dem Grund durch die Erzwingung unangemessener Preise missbraucht, dass sie eine Tarifstruktur annimmt, nach der die Vergütungen für die Zugänglichmachung von zu ihrem Repertoire gehörenden geschützten Musikwerken für die öffentliche Wiedergabe bei Festivals berechnet werden, indem ein degressiver Satz auf die Einnahmen aus dem Kartenverkauf oder auf das Budget für die auftretenden Künstler angewandt wird, ohne Möglichkeit des Abzugs der nicht unmittelbar mit der von der Verwertungsgesellschaft erbrachten Leistung verbundenen Kosten, und indem ein System von Ermäßigungen vorgesehen wird, das auf der Verwendung pauschaler Stufen beruht, um den Anteil der tatsächlich während des Festivals aufgeführten Musikwerke zu berücksichtigen. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass die Anwendung einer solchen Tarifstruktur zur Erzwingung unangemessener Vergütungen führen kann, insbesondere, wenn es eine andere Methode gibt, nach der die tatsächlich gespielten Musikwerke genauer festgestellt und mengenmäßig bestimmt werden können und die geeignet ist, dasselbe legitime Ziel des Schutzes der Interessen der Urheber, Komponisten und Musikverleger zu verwirklichen, ohne dass sie zugleich zu einer unverhältnismäßigen Erhöhung der Kosten der Verwaltung der Vertragsbestände und der Überwachung der Nutzung der urheberrechtlich geschützten Musikwerke führen würde. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, im Licht sämtlicher Umstände des bei ihm anhängigen Falls zu beurteilen, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind und, wenn diese Beurteilung positiv ausfallen sollte, ob die Erzwingung unangemessener Vergütungen durch weitere Hinweise gestützt wird, insbesondere durch einen Vergleich mit den in anderen Mitgliedstaaten anwendbaren, mittels Kaufkraftparitätsindex bereinigten Tarifen, durch einen Vergleich mit in der Vergangenheit von dieser Verwertungsgesellschaft angewandten Vergütungen oder durch einen Vergleich mit Vergütungen, die diese Verwertungsgesellschaft für ähnliche Leistungen festgesetzt hat.