

# Durch Zwang zum Wettbewerb

Marktversagen im Online-Musikgeschäft

Sebastian Seier\*

*Der Autor behandelt kartell- und urheberrechtliche Aspekte der Produktion und Vermarktung von Musik im Internet und untersucht, inwieweit Zwangslizenzen hier mehr Wettbewerb schaffen können, um einen monetären Anreiz zu setzen, Musik online legal zu beziehen.*

## Einleitung

Die Folgen des Internetzeitalters sind ubiquitär. Das bedeutet auch für den Internetmusikvertrieb, dass nationale Grenzen verschwinden und internationale Marktbedingungen verschmelzen. In Frage gestellt werden damit sowohl die Verwertungsmöglichkeiten und der Schutz von Musikstücken als auch die Funktionsfähigkeit und Zukunft des Musikmarktes.

Trotz der stetig wachsenden Zahl legaler Onlinemusikanbieter (sog. Content-Provider<sup>1</sup>) und neuer Vertriebsansätze verursacht Musikpiraterie<sup>2</sup> der Branche noch immer einen unkalkulierbaren Schaden.<sup>3</sup> Dass die Musikkonsumenten nicht das legale Onlineangebot wahrnehmen, sondern nach wie vor auf illegale Quellen ausweichen, ist unter anderem auf den Preis der angebotenen Musiktitel zurückzuführen.<sup>4</sup>

Aktuell wird versucht die Onlinepiraterie haftungsrechtlich einzudämmen, um den Verlust der Rechteinhaber zu kompensieren. Darüberhinaus ist auf lange Sicht aber notwendig der Ursache zu begegnen und die Herstellung eines funktionierenden Preiswettbewerbs zu erreichen. Kausal für das unattraktive Marktpreisgefüge der Onlineangebote ist im Wesentlichen der mangelnde Wettbewerb auf dem (dem Endverbrauchermarkt vorgelagerten) Markt für Onlinenutzungsrechte an Werken der Musik, der durch eine Struktur von bilateralen Verträgen der nationalen Verwertungsgesellschaften geprägt ist.<sup>5</sup>

Eine Untersuchung dieses Wettbewerbsproblems des Marktes für Onlinenutzungsrechte an Werken der Musik dient daher als Basis, um zunächst einen Lösungsansatz außerhalb des Urheberrechts zu analysieren, bevor es um Lösungsmöglichkeiten geht, die urheberrechtssimmanent sind. Das Ziel ist es – ausgehend vom nationalen Recht und unter Berücksichtigung europäischer und internationaler Bestimmungen – einen schonenden Ausgleich der Interessen der Rechteinhaber sowie der Onlinemusikkonsumenten auf dem europäischen Bin-

\*Der Autor ist Referendar am AG München. Die dem Aufsatz zu Grunde liegende Arbeit entstand im Rahmen des Schwerpunktseminars „Sound und Recht“ bei Prof. Hilty (LMU München). Der Autor dankt Prof. Ohly, LL.M. (LMU München) für die mit viel Hingabe erfolgte Durchsicht des Beitrages.

- 1 Oberbegriff für Unternehmen, das Inhalte für die Nutzung durch Dritte anbietet, *Czychowski*, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, 2. Aufl. 2010, § 68, Rdn. 96.
- 2 Oberbegriff für illegalen Onlinebezug v. Musik, *Kann*, Musikpiraterie, 1995, 36ff.
- 3 Alleine in Dtl. im Jahr 2010 auf 200 Mio. Euro geschätzt, Bundesverband der Musikindustrie, 2012, S. 28 ([http://www.house-of-research.de/uploads/media/musikwoche\\_fokus\\_houseofresearch\\_piraterie\\_2012\\_12.pdf](http://www.house-of-research.de/uploads/media/musikwoche_fokus_houseofresearch_piraterie_2012_12.pdf); Std.: 25.1.2013); weltweit beziehen 28% der Internetnutzer monatlich illegal Musik, IFPI (International Federation of the Phonographic Industry) Digital Music Report 2012 – *Expanding Choice. Going Global* (2012), 9, 16ff. (<http://www.ifpi.org/content/library/DMR2012.pdf>; Std.: 25.1.2013); TERA Consultants, Aufbau einer digitalen Wirtschaft: Die Bedeutung der Sicherung von Arbeitsplätzen in der Kreativwirtschaft der europäischen Union (2010), 31f. ([http://www.musikindustrie.de/fileadmin/piclib/presse/Dokumente\\_zum\\_Download/Aufbau\\_einer\\_digitalen\\_Wirtschaft.pdf](http://www.musikindustrie.de/fileadmin/piclib/presse/Dokumente_zum_Download/Aufbau_einer_digitalen_Wirtschaft.pdf); Std.: 25.1.2013).
- 4 IFPI Report – *Music at the touch of a button* (2011), 14 (<http://www.ifpi.org/content/library/DMR2011.pdf>; Std.: 25.01.2013); zur Preisgestaltung, *Hilty*, ZUM 2003, 983 (997).
- 5 Komm. Entsch. v. 22.5.2007 – COMP/M.4404, Rdn. 137f. – Universal/BMG Music Publishing, (sämtl. Komm. Entsch. abrufbar: <http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm>; Std.: 25.1.2013); *Spohn/Hullen*, GRUR 2010, 1053 (1053f.).

nenmarkt zu finden, um den Wettbewerb zu fördern und damit auch einen monetären Anreiz für Konsumenten zu schaffen, Musik online legal zu beziehen.

## A) Der europäische Markt für Onlinenutzungsrechte an Werken der Musik

### I. Rahmenbedingungen auf dem europäischen Binnenmarkt

Die Europäische Kommission erließ im Oktober 2005 eine Empfehlung als Reaktion auf die Praxis der paneuropäischen Lizenzierung durch die nationalen Verwertungsgesellschaften, die aufgrund einer unzulässigen Marktaufteilung i.S.d. Art. 81 Abs. 1 EGV (Art. 101 Abs. 1 AEUV n.F.) bereits im Jahr 2004 wegen kartellrechtlicher Bedenken gerügt wurde.<sup>6</sup>

Diese enthielt drei europarechtskonforme Lösungsansätze zur Simplifizierung der Lizenzierungspraxis an Content-Provider mit dem übergeordneten Ziel Rechteinhaber zu etablieren, die Mehrstaatenlizenzen an einem umfassenden Repertoire anbieten (sog. one-stop-shop-Lösung).

Trotz des rechtlich nicht bindenden Charakters dieser Empfehlung nach Art. 288 Abs. 5 AEUV zog sie eine heftige Reaktion auf dem Markt der Onlinenutzungsrechte nach sich.<sup>7</sup> Hauptsächlich die Majors<sup>8</sup> verweigerten infolgedessen die Wahrnehmung ihrer Rechte in Bezug auf die Onlineverwertung ihres angloamerikanischen Repertoires durch die nationalen Verwertungsgesellschaften.<sup>9</sup> Danach bildeten sich spezialisierte Gesellschaften und Verwertungsjoint-ventures, um die Rechte an angloamerikanischen Repertoires, die auf dem europäischen Binnenmarkt einen beträchtlichen Marktanteil<sup>10</sup> ausmachen, individuell paneuropäisch zu lizenzieren.<sup>11</sup>

6 Komm. Mitteilung [...] in den Sachen [...] *Santiago Agreement* – COMP/C2/38126, ABl. C 200/11 v. 17.8.2005; bestätigt in, Komm. Entsch. v. 16.7.2008 – COMP/C2/38.698 – *CISAC*.

7 *Spohn/Hullen* (Fn. 5), 1056.

8 Die größten Schallplattenkonzerne (*Universal, Warner Music, EMI, Sony*), die Aufgaben des Tonträgerherstellers, des Labels und weitere Vermarktungstätigkeiten erfüllen, *Rosbach*, in: Loewenheim (Fn. 1), § 69, Rdn. 5.

9 Diese Dispositionsfreiheit ist auf das Copyright-System im angloamerikanischen UrhR zurückzuführen, wonach eine translativ Rechteübertragung vom Urheber (*work made for hire*) möglich ist. Im kontinentaleuropäischen UrhR ist der monistische Rechtsansatz vorherrschend, der lediglich eine konstitutive Rechteeinräumung durch die Urheber zulässt (*droit d'auteur*), mithin die Verfügungsgewalt bei diesen belässt, *W. Nordemann/Nordemann-Schiffel*, in: Loewenheim (Fn.1) § 4, Rdn. 4; Komm. Entsch. (Fn. 5), Rdn. 178ff. – *Universal/BMG Music Publishing*.

10 Über 74% der U-Musik in Charts, Komm. Entsch. (Fn. 5), Rdn. 171 – *Universal/BMG Music Publishing*.

11 *Monitoring of the 2005 Music online recommendation*, der Europäischen Kommission v. 7.2.2008 ([http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/management/monitoring-report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/management/monitoring-report_en.pdf); Std.: 25.1.2013); wohl keine Verwertungsgesellschaft i.S.d. § 1 WahrnG, *Hoeren/Altmark*, GRUR 2010, 16 (22).

Im Juli 2008 bestätigte die Europäische Kommission ihre geäußerten Bedenken durch die Entscheidung im Fall *CISAC*.<sup>12</sup>

Demnach verstießen die modifizierten Gegenseitigkeitsverträge der traditionellen, nationalen Verwertungsgesellschaften durch ihre Mitgliedschafts- und Territorialitätsklauseln aufgrund anzunehmender abgestimmter Verhaltensweisen, die eine nicht erforderliche territoriale Beschränkung des Marktes zur Konsequenz hätten, gegen Art. 81 Abs. 1 EGV (Art. 101 Abs. 1 AEUV n.F.).<sup>13</sup>

## II. Marktproblemanalyse

### I. Auswirkung auf die Rechtssicherheit und die one-stop-shop-Bestrebung

Das Ziel der Europäischen Kommission, einen Wettbewerb auf dem Lizenzmarkt zu erzeugen, schlug weitgehend fehl.<sup>14</sup>

Zum einen besteht weiterhin das herkömmliche Wahrnehmungssystem der traditionellen Verwertungsgesellschaften mit ihren Gegenseitigkeitsverträgen für das kontinentaleuropäische Repertoire. Damit wird die Lizenzierung des gemeinschaftlichen Repertoires der zusammengeschlossenen Gesellschaften geboten. Dieses ist jedoch in seinem Umfang aufgrund der verweigerten Rechtswahrnehmung durch die Majors und anderer großer Rechteinhaber, aus Sicht der Content-Provider, die beabsichtigen, ein umfangreiches Repertoire anzubieten, nicht mehr ausreichend. Zudem sind die Lizenzen auf das nationale Territorium der einräumenden Gesellschaft begrenzt.<sup>15</sup>

Zum anderen haben sich neue verwaltende Institutionen gebildet, die Mehrstaatenlizenzen einräumen. Inhaltlich umfassen diese paneuropäischen Lizenzen jedoch nur das jeweils repräsentierte angloamerikanische Repertoire der jeweiligen Gesellschaft.<sup>16</sup>

In Bezug auf eine länderübergreifende Lizenzierung haben sich folglich keine one-stop-shops, sondern vielmehr closed-shops<sup>17</sup> gebildet, die jeweils auf ihr Repertoire beschränkt sind.

Des Weiteren ist die Konsequenz der unterschiedlichen Rechtsansätze des kontinentaleuropäischen und anglo-

12 Komm. Entsch. (Fn. 6), Rdn. 200ff. – *CISAC*; *Alich*, GRUR Int 2009, 91.

13 „Mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken [...]“, Art. 101 Abs. 1 AEUV; *Alich*, GRUR Int 2008, 996 (997).

14 *Spohn/Hullen* (Fn. 5), 1058.

15 *Müller*, ZUM 2009, 121 (130f.); *ders.*, ZUM 2011, 13 (15); *Alich* (Fn. 13), 1001, 1006; *Grewenig*, ZUM 2011, 27 (30).

16 *Poll*, ZUM 2008, 500 (505).

17 *Poll*, Fn. 16.

amerikanischen Urheberrechts sowie der daraus folgenden differierenden Einräumungspraxis,<sup>18</sup> dass die von der Onlinenutzung betroffenen Rechte von verschiedenen Institutionen lizenziert werden.

Diese zersplitterte Rechteverwaltung führt zu einer erhöhten Rechtsunsicherheit der Content-Provider. Denn betrifft, wie im Fall der Onlinevermarktung, die Nutzungsart gleich mehrere Verwertungsrechte, die vom Rechteinhaber unterschiedlichen Institutionen eingeräumt wurden, hätte ein Content-Provider grundsätzlich von jedem Inhaber das betreffende Nutzungsrecht für eine legale Onlinenutzung zu lizenzieren. Das kann dazu führen, dass beispielsweise das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung i.S.d. § 19a UrhG einer Verwertungsgesellschaft, jedoch das Vervielfältigungsrecht i.S.d. § 16 UrhG einer anderen Wahrnehmungsinstitution eingeräumt wurde und daher von diesen als Lizenziaten separat erworben werden müsste.

## 2. Auswirkung auf den Wettbewerb

Die veränderte Wahrnehmungspraxis hat eine erhebliche Auswirkung auf den Wettbewerb des Marktes für Onlinenutzungsrechte an Werken der Musik.

Während zwischen den produzierenden Institutionen – auf der ersten Ebene, also unter anderem den Plattenlabels – noch von einem nahezu vollkommenen Wettbewerb um die Rechte von Urhebern zur Verwertung auszugehen ist, verhält sich dies auf den nachgelagerten Wettbewerbsebenen anders.<sup>19</sup>

Betrachtet man zuerst den Markt der Onlinenutzungsrechte an angloamerikanischen Musikstücken, ist zu erkennen, dass es auf der zweiten Wettbewerbsebene – Wettbewerb der Gesellschaften um die Rechte der produzierenden Institutionen – durch eine überwiegend individuelle Rechtswahrnehmung der spezialisierten Gesellschaften zu einer Verzerrung des Wettbewerbs kommt. Diese Gesellschaften leisten höchst präzisierte Wahrnehmungsdienstleistungen, die dem Repertoire des jeweils repräsentierten Verlages entsprechen, wodurch eine Verdrängung der allgemein qualifizierten traditionellen Verwertungsgesellschaften eintritt und schlussendlich der Wettbewerb zum Erliegen kommt.<sup>20</sup> Dem nachgelagert, auf der dritten Wettbewerbsebene, begegnen die Content-Provider sodann einer single-source-Situation hinsichtlich eines Repertoires, das nur von einem individuellen Rechteinhaber lizenziert wird. Damit sind die Rechteinhaber in der Lage, den Lizenzpreis für ihr repräsentiertes angloamerikanisches Repertoire mittelbar durch die auf ihre Bedürfnisse ausgerichtete und damit gleichfalls abhängige Gesellschaft zu diktieren. Denn der Repertoireinhalt ist im Hinblick auf eine konkurrenzfähige Marktposition – die nur durch ein umfassendes Repertoireangebot erreicht wird – für die Content-Provider regelmä-

ßig nicht substituierbar.<sup>21</sup>

Betrachtet man hingegen den Markt der Onlinenutzungsrechte an kontinentaleuropäischen Musikstücken, ist zwar mittlerweile – zumindest theoretisch – der von der Europäischen Kommission intendierte Wettbewerb der nationalen Verwertungsgesellschaften sowohl auf Rechteinhaberseite als auch auf Seiten der Content-Provider möglich. Faktisch ist dies allerdings durch die vorwiegend nationale Relevanz des kontinentaleuropäischen Repertoires von nur untergeordneter Bedeutung und führt daher nicht zu einer Belebung des Wettbewerbs.<sup>22</sup> Vielmehr ist maßgeblich, dass die Exklusivstellung der nationalen Verwertungsgesellschaften auf ihrem Verwaltungsterritorium erhalten geblieben ist, wobei gleichzeitig der europäische Onlinenutzungsrechtmarkt nicht mehr nach Ländergrenzen separiert wird. Dies bedeutet für Content-Provider in der Praxis, dass sie entweder Einzelstaatlizenzen begrenzt auf das Verwaltungsterritorium der einräumenden Gesellschaft am gesamten Repertoire der mitgliedschaftlich verbundenen Verwertungsgesellschaften erwerben oder hingegen paneuropäische Lizenzen begrenzt auf das Repertoire der einräumenden Verwertungsgesellschaft.<sup>23</sup> Daher ist mangels adäquater Substitutionsmöglichkeiten, in Bezug auf paneuropäische Lizenzen an kontinentaleuropäischen Repertoires, von einem mangelnden Wettbewerb der Verwertungsgesellschaften auf Nachfragerseite auszugehen.

Letztlich wird die bereits praktizierte Erteilung von Mehrstaatenlizenzen durch die spezialisierten, neuen Gesellschaften zu einer Verdrängung des Systems der Gegenseitigkeitsverträge auf dem Onlinenutzungsrechtmarkt führen.<sup>24</sup> Dies birgt die Gefahr, dass sich das Repertoire nationaler Verwertungsgesellschaften auf kommerziell unattraktivere Musik reduziert, da die kontinentaleuropäischen Urheber gezwungen wären, ihre Rechte den mächtigen Rechteinhabern zur Wahrnehmung einzuräumen, um überhaupt einen Absatz ihrer Musik zu erreichen. Diese Repertoirekonkurrenz war zuvor ausgeschlossen, jedoch wird damit im Endeffekt Musik an ihrer kommerziellen Verwertbarkeit gemessen und mithin die – i.S.d. Art. 3 Abs. 3 EUV und Art. 167 AEUV in kultureller Hinsicht schutzbedürftige – kontinentaleuropäische Musikvielfalt gefährdet.<sup>25</sup>

## III. Zwischenergebnis

Vertreten durch die spezialisierten Gesellschaften hat sich eine mittelbare Beherrschungsstellung der ohnehin

18 Poll, Fn. 16; o. Fn. 9.

19 Hilty, GRUR 2009, 633 (643).

20 Poll (Fn. 16), 506f.

21 Komm. Entsch. (Fn. 5), Rdn. 265ff., 269f. – *Universal/BMG Music Publishing; Drexler*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Wahrnehmungsrecht in Polen, Deutschland und Europa, 2005, 193 (228f.); *Hilty* (Fn. 19), 639.

22 *Alich* (Fn. 13), 998.

23 *Alich* (Fn. 13), 997; GEMA Jahrbuch 2009/2010, 38; Komm. Entsch. (Fn. 6), Rdn. 56 – *CISAC*.

24 *Drexler*, in: Riesenhuber (Hrsg.), (Fn. 21), 228f.; *Poll* (Fn. 16), 507; *Spohn/Hullen* (Fn. 5), 1058.

25 *Drexler*, in: Riesenhuber (Hrsg.), (Fn. 21), 228f.; Stellungnahme des MPI für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zuhänden des Bundesministeriums der Justiz betreffend die Empfehlung der Europäischen Kommission über die Lizenzierung von Musik für das Internet v.18.10.2005 (2005/737/EG) ([http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/stellungnahme\\_mpi.pdf](http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/stellungnahme_mpi.pdf); Std.: 25.1.2013).

schon mächtigen Majors und anderer großer Rechteinhaber ergeben und könnte sich durch diesen Verdrängungswettbewerb verstärkend fortentwickeln. Die wesentliche Marktbedeutung der angloamerikanischen Musik geht damit indirekt zu Lasten der überwiegend absatzschwächeren nationalen Musik sowie musikalischer Nischenprodukte, was zu einer schleichenden Reduzierung der europäischen Musikvielfalt führt. *Drexler* erkannte daher zu Recht, dass aus dieser Entwicklung eine „kollektive Marktherrschaft“ einiger weniger rechteverwertender Gesellschaften resultiert.<sup>26</sup>

Die grundsätzlich richtige Orientierungsvorgabe der Europäischen Kommission zur Einrichtung der one-stop-shop-Lösung wurde nicht effektiv realisiert, sondern hat vielmehr zu einem zersplitterten Lizenzmarkt geführt, der unübersichtlicher ist als zuvor.

## B) Lösungsansatz außerhalb des Urheberrechts

### I. Kartellrecht

#### 1. Kartellrecht im Spannungsverhältnis zum Urheberrecht

Prima facie wirkt das Kartellrecht zur Herstellung des Wettbewerbs als adäquates Instrument. Dessen Ziel ist es nicht, eine natürlich wachsende Marktmacht zu verhindern, sondern den Ausschluss negativer Folgen zu gewährleisten.

Allerdings steht die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle im Spannungsverhältnis mit den Ausschlussrechten des Urheberrechts, denen eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung immanent ist.<sup>27</sup> Dennoch muss dieser urheberrechtlichen Gewährung eines rechtlichen Monopols nicht zwangsläufig ein wirtschaftliches Monopol entsprechen.<sup>28</sup>

#### 2. Kartellrechtlicher Lizenzierungszwang

Mit den grundlegenden Entscheidungen *Magill* und *IMS Health* wurde vom EuGH die europarechtlich nicht ausdrücklich normierte Möglichkeit eines kartellrechtlichen Lizenzierungszwangs im Urheberrecht statuiert.<sup>29</sup>

Im Fall einer marktbeherrschenden Stellung i.S.d. Art. 82 EGV a.F. (Art. 102 AEUV n.F.<sup>30</sup>) kann eine zwangsweise Lizenzierung demnach unter außergewöhnlichen Umständen geboten sein.<sup>31</sup>

Betrachtet man den Markt der Onlinenutzungsrechte, bedeutet dies, dass zunächst die marktbeherrschende Stellung eines Rechteinhabers i.S.d. Art. 102 AEUV bzw. i.S.d. entsprechenden nationalen Norm festgestellt sein muss.

Entscheidend ist hierfür die Bestimmung des relevanten Marktes. Diese Definition birgt urheberrechtlich im Allgemeinen<sup>32</sup> und bei der Vermarktung von Musikwerken im Speziellen gewisse Schwierigkeiten. Das Bedarfsmarktkonzept vermag dabei die Konturen der Marktabgrenzung nicht befriedigend zu zeichnen, jedenfalls würde sich in konsequenter Anwendung für jedes relevante Repertoire ein eigener Markt ergeben, da diese eben aus Nachfragersicht nicht substituierbar sind.<sup>33</sup> Neben der Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung stellt der individuell nachzuweisende Missbrauch eine weitere Hürde dar.<sup>34</sup>

Betrachtet man zuerst den Behinderungsmisbrauch i.S.d. Art. 102 lit. b) AEUV<sup>35</sup>, ist zu erkennen, dass nicht bereits die urheberrechtlich gewährte rechtliche Exklusivstellung, vor allem in Verbindung mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit, einen Missbrauch aufgrund der Verhinderung von Wettbewerb begründen kann.<sup>36</sup>

Auch bei Betrachtung eines etwaigen Ausbeutungsmisbrauchs i.S.d. Art. 102 lit. a) AEUV stellt sich das praktische Problem, dass anhand einer umfassenden Interessenabwägung ein Missbrauch festgestellt werden müsste.<sup>37</sup> Allein schon der Nachweis von überhöhten Lizenzgebühren ist in den meisten Fällen – läge nicht ein eindeutiger Missbrauch aufgrund des Preisgefüges vor – nur schwer zu erbringen und liefe auf eine teilweise willkürliche Schätzung hinaus, die insbesondere mit dem Schutz des geistigen Eigentums aus Art. 118 AEUV unvereinbar wäre.<sup>38</sup>

Davon abgesehen ist die Einschränkung des Ausschließlichkeitsrechts in Form eines Lizenzierungszwangs eben nur dann geboten, wenn ein Ausnahmefall vorliegt.<sup>39</sup> Der EuGH hat diesbezüglich als Bedingungen aufgestellt, dass die Behinderung dem Wettbewerber den Zugang zu einem nachgelagerten Markt unmöglich macht und dadurch die Entstehung eines neuen Produkts verhindert wird, für das

26 *Alich/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR 2008, 43 (44).

27 *Kübel*, Zwangslizenzen im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 2003, 176f.; *Schwarze*, ZUM 2003, 15 (16).

28 *Kübel* (Fn. 27), 177f.; *Rauda*, Die Zwangslizenz im Urheberrecht, 2006, 65f.

29 EuGH, GRUR Int 1995, 490 – *Magill*; EuGH, GRUR 2004, 524 – *IMS Health*; *Rauda*, GRUR 2007, 1022; *Heinemann*, GRUR 2006, 705 (713).

30 „Mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten ist 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 [...]“, Art. 102 AEUV.

31 „*Exceptional circumstances*“, o. Fn. 29; Komm., DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, v. 19.12.2005, Rdn. 239 (<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>; Std.: 25.1.2013).

32 *Hilty* (Fn. 19), 638.

33 O. Fn. 21.

34 *Axster/Osterrieth*, in: Pfaff/Osterrieth, Lizenzverträge, 3. Aufl. 2010, (AT/ III. Kartellrecht), Rdn. 336.

35 O. Fn. 30; „[...] Dieser Missbrauch kann insbesondere in Folgendem bestehen: [...] b) der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher [...]“, Art. 102 lit. b) AEUV.

36 *Axster/Osterrieth* (Fn. 34), Rdn. 336; *Hilty* (Fn. 19), 638.

37 *Ullrich/Heinemann*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1. EG/Teil 2, 4. Aufl. 2007, Rdn. 56.

38 *Axster/Osterrieth* (Fn. 34), Rdn. 333f.; EuGH, Slg. 1978, I-207, – *United Brands*; *Ullrich/Heinemann*, in: Immenga/Mestmäcker, (Fn. 37), Rdn. 50f.; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, Band 1. EU/Teil 1, III. Abschnitt, A. I., 5. Aufl. 2012, Rdn. 5, 125ff., 132; zur Preisfestsetzung, Komm. Entsch. (Fn. 5), Rdn. 225f. – *Universal/BMG Music Publishing*; *Wolff*, Die Zwangslizenzen im Immaterialgüterrecht, 2005, 107.

39 O. Fn. 29, 31.

potentielle Nachfrage besteht.<sup>40</sup>

Zu erkennen ist, dass diese Voraussetzungen nicht auf die vorliegende Konstellation gegenseitig nicht substituierbarer Repertoires passen, da der Onlinenutzungsrechtemarkt, auf dem hier das Wettbewerbsproblem vorliegt, i.d.S. nicht nachgelagert, sondern primär ist und damit der Wettbewerb auf dieser Ebene nicht beeinflusst werden könnte.<sup>41</sup>

## II. Zwischenergebnis

Das Kartellrecht vermag unter diesen Voraussetzungen nicht gegen die urheberrechtlich gewährten Ausschließlichkeitsrechte anzukommen und einen Wettbewerb auf dem Markt der Onlinenutzungsrechte herzustellen.

### C) Lösungsansätze innerhalb des Urheberrechts

#### I. Schranken

##### 1. Zweck urheberrechtlicher Schranken

Urheberrechtliche Schranken reduzieren Ausschließlichkeitsrechte unter bestimmten Voraussetzungen regelmäßig zu Vergütungsansprüchen – die gesetzliche Lizenz –, welche überwiegend von Verwertungsgesellschaften wahrgenommen werden.<sup>42</sup>

Ihr Zweck ist es, in Abwägung des Schutzes des Immaterialgutes aus Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG und des Interesses der Allgemeinheit am Zugang zu Immaterialgut aus Art. 14 Abs. 2 GG einen Ausgleich zu sichern.<sup>43</sup>

Jede Schranke stellt jedoch eine wesentliche Beeinträchtigung des Urhebers dar, indem ihm seine Verhandlungshoheit genommen wird und er auf einen Vergütungsanspruch verwiesen wird. Daher bedarf es zur Rechtfertigung dieses existenziellen Eingriffs gewichtiger Interessen.<sup>44</sup> Grundsätzlich wird die Interessenabwägung durch die Voraussetzungen des Drei-Stufen-Tests gewahrt.<sup>45</sup>

##### 2. Wirkung einer urheberrechtlichen Schranke

Die Einführung einer Schrankenregelung zu Lasten der

40 Sog. *essential facilities-doctrine*, EuGH (Fn. 29), Rdn. 23, 59f. – *Magill*; EuGH (Fn. 29), Rdn. 36f. – *IMS Health*; *Pfeifer*, GRUR 2009, 22 (27f.); *Hilty* (Fn. 19), 639; bis dato offen ob kumulative oder alternative Beding., als Indiz für eine alternative Bedingung vgl. das *Microsoft* Urt. (EuG, Slg. 2007, II-3061, Rdn. 336 – *Microsoft*), *Heinemann*, GRUR 2008, 949 (952).

41 *Casper*, ZHR 2002, 702f.; *Hilty* (Fn. 19), 639.

42 Auch vergütungsfreie Schranken, bspw. § 51 UrhG; *Geiger*, GRUR Int 2008, 459 (462f.); *Götting*, in: Loewenheim (Fn.1), § 30, Rdn. 17; *Hilty* (Fn. 19), 636; *ders.*, GRUR 2005, 819 (820f.); *Melichar*, in: Schrickler/Loewenheim (Hrsg.), Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, Vor §§ 44ff., Rdn. 24.

43 *Götting*, in: Loewenheim (Fn.1), § 30, Rdn. 1; *Melichar*, in: Schrickler/Loewenheim (Hrsg.) (Fn. 42), Vor §§ 44ff., Rdn. 7ff.

44 Gem. Art. 13 TRIPS, „Sonderfälle, die weder die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigen noch die berechtigten Interessen des Rechteinhabers unzumutbar verletzen“; *Melichar*, in: Schrickler/Loewenheim (Hrsg.), (Fn. 42), Vor § 44a ff., Rdn. 12f.

45 Zunächst Art. 9 Abs. 2 RBÜ (nur Vervielfältigung), dann Art. 13 TRIPS, Art. 10 Abs. 1 WCT u. Art. 16 Abs. 2 WPPT, später europarechtl. Art. 5 Abs. 5 der RL 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. L 167/10 v. 22.6.2001 (sog. *Info-RL* od. *Multimedia-RL*).

Rechteinhaber hätte – nach Bestehen des Drei-Stufen-Tests – zum einen den Nachteil, dass der Rechteinhaber um seine Ausschließlichkeitsrechte gebracht würde und auf eine kollektiv festgelegte Vergütung verwiesen wäre, also seine Verhandlungshoheit einbüßen würde. Zum anderen ist anzunehmen, dass eine Schrankenregelung ihrem Zweck nach nicht in der Lage ist, das vorliegende Problem zu lösen:

Beispielweise wäre es im Rahmen einer Schranke zu Lasten der Rechteinhaber einem Content-Provider möglich, nach Bedarf das Repertoire unterschiedlicher Rechteinhaber zu verwerten und im Gegenzug eine angemessene Vergütung an eine zwischengeschaltete Verwertungsgesellschaft zu entrichten.<sup>46</sup> Wenngleich diese Alternative den Wettbewerb der Content-Provider fördern könnte, bewirkt sie nicht, den Wettbewerb auf dem Onlinenutzungsrechtemarkt zu reanimieren, also die Ursache des Problems auf dem vorgelagerten Markt zwischen den lizenzierenden Gesellschaften zu beseitigen.

## II. Urheberrechtliche Zwangslizenzen

### 1. Dogmatische Herleitung und Zweck urheberrechtlicher Zwangslizenzen

Im Rahmen der Revision der Berner Übereinkunft im Jahr 1908 wurde die urheberrechtliche Zwangslizenz in Art. 13 Abs. 1 RBÜ erstmals normiert<sup>47</sup> und im Jahr 1994 in das WTO-Recht aufgenommen, dort in Art. 9 Abs. 1 S. 1 TRIPS. Europarechtlich ist eine solche Regelung, auch wegen ihrer geringen praktischen Relevanz, für die Mitgliedsstaaten nicht festgeschrieben.<sup>48</sup> Im deutschen Urheberrecht finden die internationalen Normen ihre Ausprägung unter anderem in § 42a UrhG.<sup>49</sup>

Gem. § 42a Abs. 1 S. 1 UrhG hat jeder nationale Tonträgerhersteller gegen den Urheber eines Musikwerkes, der zuvor einem Tonträgerhersteller ein Nutzungsrecht mit dem Inhalt, „das Werk zu gewerblichen Zwecken auf Tonträger zu übertragen und diese zu vervielfältigen und zu verbreiten“, gewährt hat, gegen angemessene Bedingungen einen Anspruch auf Einräumung eines Nutzungsrechts mit demselben Inhalt – soweit das Werk bereits erschienen ist.<sup>50</sup> Dies gilt aber unter anderem dann nicht, wenn die Rechte zur Wahrnehmung durch eine Verwertungsgesellschaft eingeräumt wurden, § 42a Abs. 1 S. 1 2. HS UrhG. Hervorzuheben ist daher zweierlei.

Erstens ist die Norm durch die Novellierung des Urhebergesetzes<sup>51</sup> aus den Schrankenregelungen der §§ 45 ff. UrhG a.F. herausgenommen und in § 42a UrhG n.F. vor den

46 Aktuell sieht das Europarecht eine solche Schranke nicht vor, *Hilty* (Fn. 19), 637.

47 Diesbezgl. wurde die Berliner Fassung v. 13.11.1908 durch spätere und die heute geltende Pariser Fassung v. 24.7.1971 nicht verändert.

48 *Hilty* (Fn. 19), 641; insb. nicht in Richtlinie 2001/29/EG (*Info-RL*).

49 Seit 1910 in §§ 22-22c LUG normiert u. wortgleich in UrhG übernommen, *Melichar*, in: Schrickler/Loewenheim (Hrsg.), (Fn. 42), § 42a, Rdn. 4.

50 *J. B. Nordemann*, in: Fromm/Nordemann (Hrsg.), Urheberrecht, 10. Aufl. 2008, Vor §§ 31ff., Rdn. 84.

51 Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, BGBl. I S. 46 v. 12.9.2003 (*erster Korb*).

sechsten Abschnitt der § 44a ff. UrhG n.F. verlagert worden.<sup>52</sup> Anhand der Systematik lässt sich hieraus die gesetzgeberische Absicht erkennen, die urheberrechtliche Zwangslizenz von den Schranken des Urheberrechts zu unterscheiden.<sup>53</sup> Dabei wurde die Norm trotz Gegenstimmen<sup>54</sup>, welche die Aufhebung der Regelung mit ihrer ohnehin geringen Relevanz in der Praxis und ihrer zweifelhaften Richtlinienkonformität<sup>55</sup> nicht aufgehoben.<sup>56</sup> Im Speziellen ist diesbezüglich zu entgegnen, dass die Notwendigkeit des § 42a UrhG in wettbewerblicher und kultureller Hinsicht aktuell wieder in den Vordergrund rückt. Denn ohne diese Norm würden mächtige Rechteinhaber, wie etwa die Majors, den Anreiz verlieren, traditionellen Verwertungsgesellschaften Rechte an ihren umfangreichen Repertoires einzuräumen, und zur Gewinnsteigerung die Musiktitel eher monopolistisch zu verwerten.<sup>57</sup> Im Ergebnis würde dies zur Gefährdung der Musikvielfalt führen, denn die nicht auszuschließende restriktive Handhabung der Rechte bedeutet im Extremfall eine einzige Bezugsquelle.<sup>58</sup>

Zweitens ergibt sich inhaltlich aus der Norm, dass im Unterschied zur urheberrechtlichen Schranke der Rechteinhaber durch eine Zwangslizenz zwar sein Verbotsrecht verliert, jedoch innerhalb dieser Einschränkung die Verhandlungshoheit behält.<sup>59</sup>

Überdies ist anhand der Herleitung zu erkennen – auch mit dem soeben dargestellten Szenario des Wegfalls des § 42a UrhG (m.E. ist dies entsprechend auf den Onlinerechtemarkt zu übertragen)<sup>60</sup> –, dass urheberrechtliche Zwangslizenzen in der Lage sind, einen Wettbewerb dort zu sichern, wo eine überschießende Wirkung urheberrechtlicher Verbotsrechte wettbewerbswidrige Zustände hervorrufen kann.<sup>61</sup>

#### a) Vergleich mit patentrechtlicher Zwangslizenz

Betreffend die urheberrechtlichen Zwangslizenzen bietet sich an, das immaterialgüterrechtlich verwandte Pa-

tentrecht zu betrachten. Dort sah zunächst Art. 5 A Abs. 2 PVÜ, später auch das WTO-Recht in Art. 31 TRIPS, die patentrechtliche Zwangslizenz unter bestimmten Bedingungen vor.<sup>62</sup> Ihr Zweck zur Sicherung des Wettbewerbs wurde mit Art. 31 lit. k) TRIPS ausdrücklich normiert, wonach eine Privilegierung des Zwangslizenznehmers unter erleichterten Bedingungen<sup>63</sup> vorgesehen ist. In diesem Fall muss ein Gericht oder eine Verwaltung feststellen, dass die zwangsweise gestattete Patentnutzung zur Beseitigung einer wettbewerbswidrigen Praktik führt.<sup>64</sup> Im deutschen Patentrecht ist die Zwangslizenz in § 24 PatG normiert. Die wettbewerbsdienende Absicht ist hier im Allgemeinen aus § 24 Abs. 1 Nr. 2 PatG zu schließen, wonach die Erteilung einer Zwangslizenz mit dem öffentlichen Interesse begründet werden kann. Dieses umfasst das Interesse an der Vermeidung wettbewerbswidriger Zustände und ist daher in der Lage, die Zwangslizenzierung zu rechtfertigen.<sup>65</sup> Allerdings ist in diesem Zusammenhang zu erwähnen, dass das Verhältnis der patentrechtlichen Zwangslizenz zum kartellrechtlichen Lizenzierungszwang bis zur *Standard-Spundfaß* Entscheidung des BGH ungeklärt war.<sup>66</sup> Erst dann wurde statuiert, dass die beiden rechtlichen Instrumentarien aufgrund unterschiedlicher Zielsetzung zur Beseitigung wettbewerbswidriger Praktiken nebeneinander stehen und daher mit unterschiedlichen Voraussetzungen zur zwangsweisen Lizenzierung führen können.<sup>67</sup>

Anzunehmen ist also, dass die urheberrechtliche Zwangslizenz ebenso mit eigenen Voraussetzungen neben dem Kartellrecht als unabhängiges Rechtsinstrument besteht.

#### b) Verhältnis zum kartellrechtlichen Lizenzierungszwang

Dem parallelen Bestehen beider Rechtsinstrumente zur zwangsweisen Lizenzierung widerspricht *Rauda* mit vertretbaren Argumenten. Er verortet die urheberrechtliche Zwangslizenz im allgemeinen Kartellrecht, dessen Anwendbarkeit durch Anpassung der richterrechtlich aufgestellten exceptional circumstances als Voraussetzung der kartellrechtlichen Zwangslizenzierung eröffnet sei.<sup>68</sup> Dazu führt er insbesondere an, dass sich aus der Rechtsprechung des EuGH im Anschluss an seine *Cassis de Dijon* Entscheidung zeige, dass ein solcher Ansatz systematisch in das Europa-

52 *Rehbinder*, Urheberrecht, Rdn. 274 (Aufl. 2002); *ders.*, Rdn. 109 (Aufl. 2004); *ders.*, Rdn. 82, 603 (Aufl. 2010).

53 *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, 3. Aufl. 2009, § 42a, Rdn. 1; BT-Drucksache 15/38, 17.

54 Umfassende Darstellung, *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim* (Hrsg.) (Fn. 42), § 42a, Rdn. 4.

55 Die Ausnahmen- und Schrankenbestimmungen des Art. 5 Abs. 1-3 Info-RL (Fn. 45) seien insoweit abschließend, Fn. 54.

56 *Schaefer/f. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann* (Hrsg.) (Fn. 50), § 42a, Rdn. 4.

57 *Buhrow/Nordemann*, GRUR Int 2005, 407 (411); *Hilty* (Fn. 19), 641; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim* (Hrsg.), (Fn. 42), § 42a, Rdn. 2.

58 *Gass* vertritt (bereits vor UrhG-Novellierung), dass Musikunternehmen ohne diese Norm eine Monopolstellung erlangen könnten und dies zur Abnahme der musikal. Vielfalt führen würde, *Gass*, in: *Möhring/Nicolini* (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2000, § 61 [a.F.], Rdn. 9.

59 *Hilty* (Fn. 19), 639; *Kübel* (Fn. 27), 164f.; *Schricker/Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim* (Hrsg.) (Fn. 42), Vor § 28, Rdn. 184f.

60 Auch eine entspr. Ausnahme i.S.d. § 42a Abs. 1 S. 1 UrhG würde ihren Zweck verfehlen, da individuellen Gesellschaft wohl keine Verwertungsgesellschaft i.S.d. § 1 WahrnG, *Hoeren/Altmark* (Fn. 11), 22.

61 *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim* (Hrsg.) (Fn. 42), § 42a, Rdn. 1.

62 *Rogge*, in: *Benkard*, Patentgesetz. Gebrauchsmustergesetz, 10. Aufl. 2006, § 24, Rdn. 1.

63 Die Bedingungen des Art. 31 lit. b) und f) TRIPS müssen nicht angewendet werden, Fn. 62.

64 *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, 2002, 180ff.; *Hilty* (Fn. 19), 641f.

65 *Hilty* (Fn. 19), 641; zum PatentR, *Pohl*, Die Voraussetzungen der patentrechtlichen Zwangslizenz, 2000, 259f.; *Rogge*, in: *Benkard*, (Fn. 62), § 24, Rdn. 19; *Wolff* (Fn. 38), 106; abl. *Rauda* (Fn. 28), 139ff.; *ders.* (Fn. 29), 1023.

66 BGH, GRUR 2004, 966 – *Standard-Spundfaß*; *Götting*, LMK 2004, 226 (227).

67 *Heinemann*, (Fn. 64), 169; *Hilty* (Fn. 19), 642; *Jung*, ZWeR 2004, 379 (384).

68 *Rauda* (Fn. 28), 163f; Herleitung aus Analogie zu § 24 PatG, *ders.* (Fn. 29), 1030; o. Fn 29, 31.

recht passe.<sup>69</sup> Dogmatisch könnten damit die von der Rechtsprechung aufgestellten Bedingungen neuen Begebenheiten angepasst und mithin fortentwickelt werden.

Dem ist allerdings zu entgegen, dass die Auslegung richterrechtlich aufgestellter Bedingungen hinsichtlich neuer Umstände naturgemäß rasch an ihre Grenzen stößt und daher keine Rechtssicherheit bietet, so dass sich hieraus ein Anspruch auf Zwangslizenzierung nicht verlässlich herleiten lässt. Ebenso vertritt *Hilty*, dass es die Aufgabe der Legislative sei, das Ergebnis richterlicher Rechtsfortbildung einer adäquaten gesetzlichen Lösung zuzuführen.<sup>70</sup>

Legt man zudem die Schlussfolgerung aus dem Verhältnis zwischen Kartell- und Patentrecht auch im Urheberrecht zugrunde, ist zu erkennen, dass aufgrund der unterschiedlichen Zielsetzung beider Rechtsinstitute die urheberrechtliche Zwangslizenz ebenso wenig als *lex specialis* zum kartellrechtlichen Lizenzierungszwang beurteilt werden kann und folglich auch unter eigenen Bedingungen zu normieren wäre.<sup>71</sup>

### c) *De lege ferenda* – im Lichte des Drei-Stufen-Tests

Umfassende Wirkung kann eine urheberrechtliche Zwangslizenz auf dem Gebiet der Onlinenutzung nur dann entfalten, wenn sie europarechtlich oder international verankert ist.<sup>72</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine gesetzliche Regelung, die den Umfang der Urheberrechte begrenzt, in den Grenzen des Drei-Stufen-Tests zu normieren wäre.<sup>73</sup> Wie im Deutschen Recht wäre aber auch bei der Einführung einer länderübergreifenden Norm fraglich, ob der Drei-Stufen-Test auf eine urheberrechtlich zu normierende Zwangslizenz anzuwenden ist.

Auch hier ist eine Parallele zum Patentrecht hilfreich, bei dem ähnliche Voraussetzungen ausschließlich auf Zwangslizenzen Anwendung finden.<sup>74</sup> In diesem Zusammenhang steht die zu beantwortende Frage, wie sich die Wahrung des Interessenausgleichs zwischen „berechtigten Interessen“ des Rechteinhabers und „berechtigten Interessen Dritter“ nach Art. 30 TRIPS als Bedingung für eine patentrechtliche Zwangslizenz im Urheberrecht verhält. Die Reduzierung der patentrechtsspezifischen Bedingung nach Art. 30 TRIPS auf das berechnete Interesse Dritter sollte im Urheberrecht – auch aufgrund der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung urheberrechtlicher Schranken – auf das öffentliche Allgemeininteresse erweitert werden.<sup>75</sup>

In der Annahme, dass die Verhinderung wettbewerbs-

widriger Zustände in ebendiesem öffentlichen Allgemeininteresse ist,<sup>76</sup> wäre mithin eine Norm, die beabsichtigt, diese Zustände unter Gewährung einer angemessenen Vergütung zu verhindern, in der Lage, auch im Urheberrecht einen Interessenausgleich zu wahren.<sup>77</sup>

Im Ergebnis steht der Drei-Stufen-Test daher – jedenfalls bei adäquater Normierung – einer urheberrechtlichen Zwangslizenz nicht grundsätzlich im Weg.<sup>78</sup>

## 2. Wirkung einer urheberrechtlichen Zwangslizenz

Angewandt auf die thematisierte Beherrschungsstellung einiger Rechteinhaber hätte die urheberrechtliche Zwangslizenz zu Lasten der Rechteinhaber die Wirkung, dass auf derselben Wettbewerbsebene – der Wahrnehmungsebene – einer konkurrierenden rechteverwaltenden Gesellschaft ermöglicht würde, neben den alleinigen Rechtswahrnehmer als Wettbewerber zu treten. Nachgelagert stünde schließlich den Content-Providern eine Mehrzahl in Wettbewerb stehender Lizenzanbieter mit demselben Repertoireangebot zur Wahl.<sup>79</sup> Schließlich müsste eine angemessene Zwangslizenzgebühr vereinbart werden, wobei sich dies wohl wettbewerbsbedingt am herrschenden Marktpreisgefüge selbst regulieren würde.<sup>80</sup> Betrachtet man die Bestrebung nach einer one-stop-shop-Lösung, ist anzunehmen, dass damit eine Steigerung der Rechtssicherheit und Effizienz erreicht werden könnte.

## III. Zwischenergebnis

Bei der Gegenüberstellung mit einem kartellrechtlichen Lösungsansatz überzeugt die gesetzlich zu normierende urheberrechtliche Zwangslizenz. Diese könnte die Regularien von vornherein statuieren, was im Rahmen des kartellrechtlichen Lizenzierungszwangs nur nachträglich möglich ist und den partizipierenden Parteien des Wettbewerbs praktisch verschlossen bleibt.<sup>81</sup>

Auch verglichen mit der urheberrechtlichen Schranke ist der Eingriff in die Rechte der Inhaber durch eine urheberrechtliche Zwangslizenz aufgrund der ihr verbleibenden Handlungshoheit weniger interventionistisch.<sup>82</sup> Darüberhinaus verfehlt die Wirkung einer zu normierenden Schranke die problematische Wettbewerbsebene der verwaltenden Institutionen untereinander.

Bei Abwägung der Interessen bietet die urheberrechtliche Zwangslizenz somit einen Mittelweg und verfolgt gleichzeitig die Ziele einer Vermeidung wettbewerbswid-

69 *Rauda* (Fn. 28), 164; EuGH, GRUR Int 1979, 468 – *Cassis de Dijon*.

70 *Hilty* (Fn. 19), 643.

71 *Hilty* (Fn. 19), 642; *Jung*, Fn. 67.

72 *Gaster*, ZUM 2006, 8 (9, 13ff.); *Hilty* (Fn. 19), 643; *Hoeren/Altemark* (Fn. 11), 22; zu wissenschaftl. Publikationen, *Grünbuch – Urheberrechte in der wissenschaftlichen Wirtschaft*, Kom/2008/0466 endg.; dazu, *Hilty/Krujatz/Bajon/Fruh/Kur/Drexler/Geiger/Klass*, IIC 2009, 309 (321ff.).

73 O. Fn. 44; sowie verfassungsrechtl. i.R.d. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG, *Pfeifer* (Fn. 40), 24.

74 *Hilty* (Fn. 19), 642; *Senfleben*, GRUR Int 2004, 200 (210).

75 *Hilty* (Fn. 19), 642; *Kübel* (Fn. 27), 164f.; *Rauda* (Fn. 28), 145; *Geiger/Griffiths/Hilty*, Erklärung für eine ausgewogene Auslegung des Drei-Stufen-Tests im Urheberrecht, GRUR Int 822 (823).

76 *Geiger/Griffiths/Hilty* (Fn. 75), 824.

77 O. Fn. 75.

78 Bei Wissenschaftsmarkt, *Hansen*, GRUR Int 2005, 378 (386); *Hilty* (Fn. 19), 642; *Geiger/Griffiths/Hilty*, Fn. 75.

79 I. E. ähnl. im Fusionskontrollverfahren (durch Veräußerungspaket und Lizenzierung), Komm. Entsch. (Fn. 5), Rdn. 409ff. – *Universal/BMG Music Publishing*; *Hansen* (Fn. 78), 383.

80 *Hilty* (Fn. 19), 644; Komm. Entsch. (Fn. 5), Rdn. 224ff. – *Universal/BMG Music Publishing*.

81 *Hilty* (Fn. 19), 641, 644.

82 Damit auch im Einklang mit *Luksan*-Entsch. des EuGH (bzgl. Filmwerke), der wohl zu einer monetären Stärkung der originären Rechte der Urheber tendiert, EuGH, MMR 2012, 320 – *Luksan*.

riger Praktiken, einer Effizienzsteigerung und schließlich einer Beseitigung der Rechtsunsicherheit auf dem Online-nutzungsrechtmarkt.

### Fazit

Die Empfehlung der Europäischen Kommission mit kartellrechtskonformen Lösungsansätzen sowie ihre bestätigende Entscheidung über die Gegenseitigkeitsverträge der europäischen Verwertungsgesellschaften haben zu einer Zersplitterung des Marktes der Onlinerechte zur Nutzung von Musik im Internet geführt. Die aktuelle Verwaltungsstruktur der Rechte durch individuelle Gesellschaften hat nicht nur einen negativen Einfluss auf die Rechtssicherheit und Praktikabilität gegenüber den Content-Providern, sondern auch auf den Wettbewerb des Lizenzmarktes und damit auf die schätzenswerte Musikvielfalt in Europa.

Eine EU-weite Lösung ist unabdingbar, um einerseits diesen schleichenden Prozess zu verhindern und andererseits den Lizenzmarkt im Sinne eines paneuropäischen one-stop-shops zu simplifizieren, mithin sowohl effizienter als auch praktikabler zu gestalten.

Dafür bietet eine zu normierende urheberrechtliche Zwangslizenz zu Lasten der Rechteinhaber einen durchsetzbaren und nachhaltigen Lösungsansatz. Dieser vermag – auch im Vergleich mit § 42a UrhG und im Gegensatz zu einer Schrankenregelung – einen Ausgleich zwischen den Interessen der Rechteinhaber und dem öffentlichen Interesse am funktionierenden Wettbewerb – damit nicht zuletzt auch dem Interesse der Musikkonsumenten – zu realisieren.<sup>83</sup> Bis dahin ist die Musikbranche auf ein adäquates Haftungsregime zur Bekämpfung der Onlinepiraterie angewiesen.

<sup>83</sup> Spohn/Hullen (Fn. 5), 1058.

# Der Rundfunkbeitrag – eine verkappte Steuer?

Christopher Splinter

## I. Einleitung

Der neue Rundfunkbeitrag stellt die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auf eine deutlich breitere Grundlage als die alte Rundfunkgebühr. Er knüpft nicht mehr an das Bereithalten eines Rundfunkgeräts an, sondern belastet pauschal die Inhaber von Wohnungen und Betriebsstätten. Der Gesetzgeber hat sich damit für eine äußerst grob typisierte und pauschalierte Regelung der Abgabenschuld entschieden und dadurch die Rundfunkabgabe in die Nähe einer Steuer gerückt. Ob es sich tatsächlich um eine Steuer handelt, ist deswegen brisant, weil die Länder nach den Art. 104a ff. GG keine Gesetzgebungskompetenz für den Erlass einer Rundfunksteuer haben.<sup>1</sup> Die Transformationsgesetze der Länder wären dann mangels Zuständigkeit verfassungswidrig.<sup>2</sup> Sie können somit nur Bestand haben, wenn sie als nichtsteuerliche Abgaben von der Sachkompetenz der Länder für den Rundfunk nach Art. 70 GG

gedeckt sind.<sup>3</sup> Im Folgenden soll daher nach einem Überblick über die verschiedenen Abgabentypen (II.) zunächst untersucht werden, wie die alte Rundfunkgebühr abgabenrechtlich einzuordnen war (III.). Im Anschluss wird zu prüfen sein, ob sich die Judikatur und die Lehrmeinungen hierzu auf den neuen Rundfunkbeitrag übertragen lassen (IV.).

## II. Die Abgabentypen

Das Verfassungsrecht kennt keinen *numerus clausus* der Abgabentypen.<sup>4</sup> Gleichwohl haben sich mit den Steuern, Gebühren, Beiträgen und Sonderabgaben eine Reihe von Kategorien herausgebildet, in die sich die ganz überwiegende Mehrheit aller Abgaben einteilen lässt.<sup>5</sup>

### 1. Die Steuer

Steuern sind nach § 3 Abs. 1 der Abgabenordnung (AO) Geldleistungen, die nicht eine Gegenleistung für eine besondere Leistung darstellen und von einem öffentlich-rechtlichen Gemeinwesen zur Erzielung von Einnahmen allen

<sup>1</sup> Degenhart, Verfassungsrechtliche Zweifelsfragen des Rundfunkbeitragsstaatsvertrags, in: ZUM 2011, 193 (196); Siekmann, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Auflage 2011, Vor Art. 104a Rn. 115.

<sup>2</sup> Geuer, Überlegungen zur Popularklage gegen die neuen Rundfunkbeiträge, in: MMR-Aktuell 2012, 335995. Geuer strengt derzeit eine auf die Kompetenzwidrigkeit des Beitrags gestützte Popularklage vor dem BayVerfGH an.

<sup>3</sup> Vgl. BVerfGE 90, 60 (105); Jachmann, in: Mangoldt/Klein/Stark (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 3, 6. Auflage 2010, Art. 105 Rn. 2.

<sup>4</sup> BVerfGE 108, 1 (15); Jachmann (o. Fn. 3), Art. 105 Rn. 8.

<sup>5</sup> Vgl. Seer, in: Tipke/Lang (Hrsg.), Steuerrecht, 21. Auflage 2013, § 2 Rn. 9 ff.