

# Kartellrecht

Kommentar

Bearbeitet von

Prof. Dr. Christian Kersting, Prof. Dr. Ulrich Loewenheim, Prof. Dr. Karl M. Meessen, Prof. Dr. Hans Jürgen Meyer-Lindemann, Prof. Dr. Alexander Riesenkampff, Dr. Astrid Ablasser-Neuhuber, Dr. Jochen Anweiler, Michael Baron, Dr. Stephan Barthelmess, Dr. Michael Bauer, Dr. Helmut Bergmann, Birgit Buth, Heinz-Peter Dicks, Dr. Lilly Fiedler, Dr. Thomas G. Funke, Dr. Carsten Grave, Prof. Dr. Justus Haucap, Dr. Wolfgang Heckenberger, Dr. Christoph Herrmann, Dr. Andrea Herzog, Michael Hörst, Dr. Anna Blume Huttenlauch, Wolfgang Jaeger, Dr. Harald Kahlenberg, Dr. Gunnar Kallfaß, Matthias Knauff, Prof. Dr. Jürgen Kühnen, Dr. Thomas Lübbig, Dr. Jörn Lüdemann, Prof. Dr. Volker Lüdemann, Kai Neuhaus, Prof. Dr. Jan Bernd Nordemann, Carsten Nowak, Jenny Nyberg, Dr. Konrad Ost, Holger Quellmalz, Eckard Rehbinder, Lars-Peter Rudolf, Prof. Dr. Rolf Sack, Dr. Markus Schöner, Dr. Joachim Schütze, Dr. Marc Schweda, Dr. Roland Schwensfeier, Prof. Dr. Stephan Simon, Dr. Sebastian Steinbarth, Dr. Kurt Stockmann, Detlef-Holger Sturhahn, Prof. Dr. Louis Vogel, Dieter Wallenfels, Dr. Lorenz Wachinger, Prof. Dr. Wolfgang Weiß, Prof. Dr. Andreas Weitbrecht, Dr. Kathrin Westermann, Clemens York von Wartenburg, Dr. Andreas Zuber

3. Auflage 2016. Buch. XXVIII, 2922 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 67483 9

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Wettbewerbsrecht, Kartellrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of varying sizes. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Rundfunkredakteur angesehen worden, der sich nebenberuflich als **Sänger** betätigt,<sup>271</sup> genauso eine **freischaffende Musiklehrerin**;<sup>272</sup> der **Inhaber** eines **Theaterbetriebes**, der die künstlerischen Leistungen seiner Schauspieler gegen Entgelt anbietet.<sup>273</sup> Unternehmenseigenschaft kommt **Komponisten** und **Textdichtern** zu, soweit ihre Tätigkeit auf die wirtschaftliche Verwertung des künstlerischen Schaffens gerichtet ist.<sup>274</sup> Wenn das UrhG seit der Urhebervertragsrechtsreform in **§ 36 UrhG (gemeinsame Vergütungsregeln)** eine Preisabsprache zwischen Urhebern einerseits und Verwertern andererseits erlaubt, so stellt dies deshalb auch eine gesetzlich gewollte Ausnahme vom Kartellverbot dar.<sup>275</sup>

Die Sachlage ändert sich, wenn der Künstler, Wissenschaftler oder Erfinder seine Leistung auf Grund eines **Dienst- oder Arbeitsvertrages** erbringt. Als abhängiger Arbeitnehmer ist er in diesem Fall vom Anwendungsbereich des GWB ausgenommen.<sup>276</sup> So hat das Bundeskartellamt entschieden, dass Filmdarsteller, die in einem Arbeits- oder Dienstverhältnis stehen, nicht als Unternehmer anzusehen sind.<sup>277</sup> **76**

Vereinigungen von Rechteinhabern, wie sie z. B. **Verwertungsgesellschaften (Wahrnehmungsgesellschaften)** nach dem UrhWahrnG (GEMA, VG Wort, VG Bild-Kunst, GVL etc.) darstellen, unterfallen als Unternehmensvereinigungen grundsätzlich dem Kartellverbot. Nach Abschaffung der speziellen Regelung des § 30 GWB a.F. durch die 7. GWB-Novelle 2005 sind sie nach den allgemeinen Regeln (Art. 101 AEUV, §§ 1 bis 3 GWB) zu beurteilen.<sup>278</sup> Außerdem sind Verwertungsgesellschaften, die ihnen (treuhänderisch) vom Berechtigten zur Wahrnehmung übertragene Rechte durch Einräumung von Nutzungsrechten gegen Entgelt auswerten, bei der Rechtevergabe als Unternehmen anzusehen.<sup>279</sup> Auch insoweit wurde die nach § 30 GWB a.F. bestehende Spezialregelung mit der 7. GWB-Novelle 2005 abgeschafft. **77**

**Fälle hoheitlichen Handelns** können ebenfalls aus dem Unternehmensbegriff herausfallen.<sup>280</sup> Hier bestehen allerdings Unterschiede zwischen Art. 101 AEUV einerseits und § 1 GWB andererseits; der Anwendungsbereich des § 1 GWB kann weiter reichen.<sup>281</sup> **78**

**bb) Verträge des Urhebers.** Wettbewerbsbeschränkungen in urheberrechtlichen Verträgen beurteilen sich nach dem **spezifischen Gegenstand** des Urheberrechts unter Abwägung mit den Interessen des Kartellrechts.<sup>282</sup> Zu dem auf EU-Primärrechtsebene anerkannten spezifischen Schutzgegenstand gehört, dass das Urheberrecht oder das Leistungsschutzrecht (bzw. davon abgeleitete ausschließliche Nutzungsrechte) dem Inhaber auch das Recht gewährt, sich gegen Rechtsverletzungen zur Wehr zu setzen<sup>283</sup> oder den geschützten Gegenstand gegen Zahlung einer Vergütung zu lizenzieren.<sup>284</sup> Allgemein ist ein subjektiv geprägtes, legitimes Bestimmungsrecht des Urhebers anzuerkennen, nach den jeweiligen **79**

<sup>271</sup> OLG München WuW/E OLG 2504, 2505.

<sup>272</sup> WuW/E BGH 1661, 1663 – *Berliner Musikschule* = BGH NJW 1980, 1046, 1046.

<sup>273</sup> WuW/E BGH 1142, 1143 – *Volksbühne II* = GRUR 1971, 171, 172; OLG Hamm WuW/E OLG 4425, 4426 – *Theaterrabatt*.

<sup>274</sup> WuW/E BGH 2497, 2502 – *GEMA-Wertungsverfahren* = GRUR 1988, 782, 784.

<sup>275</sup> Dazu unten Rn. 88.

<sup>276</sup> *Zimmer* in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 1 Rn. 69; *Huber/Baums* in: Frankfurter Kommentar § 1 a.F. Rn. 69.

<sup>277</sup> WuW/E BKartA 502, 506 – *Gagenstoppabkommen* = BB 1962, 978, 978.

<sup>278</sup> Vgl. weitergehend die Kommentierung unten Rn. 230 ff.

<sup>279</sup> WuW/E BGH 1069, 1070 – *Tonbandgeräte*; WuW/E BGH 2497, 2502 f. – *GEMA-Wertungsverfahren* = GRUR 1988, 782, 784; *Zimmer* in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 1 Rn. 71. Vgl. eingehend unten Rn. 238.

<sup>280</sup> Siehe EuGH GRUR 2013, 191 Tz. 35 ff. – *Compass-Datenbank GmbH/Österreich*.

<sup>281</sup> § 1 GWB Rn. 24 ff.

<sup>282</sup> Vgl. allgemein oben Rn. 16.

<sup>283</sup> EuGH GRUR 2012, 817 Tz. 36 – *Donner*.

<sup>284</sup> EuGH GRUR 2012, 156 Tz. 107 – *Football Association Premier League Ltd. und Murphy*; EuGH NJW 1994, 375, 376 – *Phil Collins*; BGH GRUR Int. 1981, 229, 231 – *Gebührendifferenz II*.

Besonderheiten des Werkes die optimale Nutzungsstrategie selbst zu definieren.<sup>285</sup> Ferner gewährt der spezifische Schutzgegenstand dem Urheber einen Anspruch auf eine angemessene Vergütung.<sup>286</sup> Das ist das sogar im deutschen Recht in § 11 S. 2 UrhG ausdrücklich festgehalten. Der EuGH hat allerdings mehrfach betont, dass es nicht um die Sicherung der höchstmöglichen, sondern nur um eine angemessene Vergütung geht.<sup>287</sup> Schließlich ist im Hinblick auf Urheberrechte noch auf den persönlichkeitsrechtlichen Einschlag hinzuweisen. Nach § 11 S. 1 UrhG, §§ 12 bis 14 UrhG schützt das Urheberrecht auch die Persönlichkeit des Urhebers. Einer bestimmten „Marktrationalität“ muss der Urheber bei der Festlegung seiner Nutzungsstrategie nicht folgen,<sup>288</sup> weil der spezifische Schutzgegenstand eben einen starken persönlichkeitsrechtlichen Einschlag hat. Als **Faustformel**<sup>289</sup> wird man sagen können, dass solche Begrenzungen tendenziell kartellrechtsfest sind, die nach dem UrhG mit dinglicher Wirkung, also mit Wirkung gegenüber jedermann, abgespalten werden können,<sup>290</sup> weil der spezifische Schutzgegenstand gerade in dieser dinglich-rechtlichen Aufspaltungsmöglichkeit zum Ausdruck kommt.<sup>291</sup> Die Kartellrechtsfestigkeit besteht aber nur in der Tendenz; es ist dennoch stets zu fragen, ob die Bindung Ausfluss der legitimen Bestimmungsinteressen des Urhebers ist. Die kartellrechtlichen Interessen können insoweit im Rahmen der Interessenabwägung berücksichtigt werden, die ohnehin für die Beantwortung der Frage vorzunehmen ist, ob eine dingliche Abspaltung des Nutzungsrechts zulässig ist.<sup>292</sup> Dinglich eigenständige Nutzungsrechte sind nämlich nur für solche Nutzungsarten zulässig, die nach der Verkehrsauffassung hinreichend klar abgrenzbar und wirtschaftlich-technisch als einheitlich und selbstständig anzusehen sind.<sup>293</sup>

- 80 (1) **Beschränkte Rechtseinräumung.** Rechtseinräumungen des Urhebers an Verwerter sind – genauso wie im Kennzeichenrecht – **nicht** generell in einer **GVO** geregelt. Allerdings gelten **drei Ausnahmen:** (1) Die Lizenzierung urheberrechtlich geschützter **Software** ist – anders als andere Werkarten – von der **GVO Technologietransfer** erfasst (Art. 1 Abs. 1 lit. b) und c) **GVO Technologietransfer**). Eine gewisse Regulierung von urheberrechtlichen Lizenzen kann sich ferner daraus ergeben, dass die **GVO Technologietransfer** auch **Designlizenzen** erfasst, sofern es sich um gleichzeitig **urheberrechtlich geschütztes Design** handelt.<sup>294</sup> (2) Nach Art. 2 Abs. 3 **GVO Technologietransfer** ist fer-

<sup>285</sup> OLG Frankfurt WuW/E DE-R 2018, 2022 – *Harry Potter*; J. B. Nordemann GRUR 2007, 203, 205; Loewenheim UFITA 79 [1977], 175, 195 ff.; Ullrich in Immenga/Mestmäcker, EU-WettbR, GRUR A Rn. 24); J. B. Nordemann in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 11. Aufl. 2014, Vor §§ 31 ff. UrhG Rn. 62.

<sup>286</sup> EuGH GRUR 2012, 904 Tz. 63 – *UsedSoft/Oracle*; EuGH GRUR 2012, 156 Tz. 108 – *Football Association Premier League und Murphy*; EuGH v. 6.10.1982 C-262/81 – *Coditel/Ciné-Vog Films II* = Slg. 1982, 3381 = NJW 1983, 1255, 1256.

<sup>287</sup> EuGH GRUR 2012, 904 Tz. 63 – *UsedSoft/Oracle*; EuGH GRUR 2012, 156 Tz. 108 – *Premier League/Murphy*; dazu Kreile ZUM 2012, 177, 185.

<sup>288</sup> J. B. Nordemann GRUR 2007, 203, 205 mwN.

<sup>289</sup> Siehe zu den Grenzen dieser Faustformel oben Rn. 24.

<sup>290</sup> Vgl. zur Abspaltung einzelner Nutzungsarten *Schricker/Loewenheim* in: *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht, vor §§ 28 ff. Rn. 87 ff.; J. B. Nordemann in: *Fromm/Nordemann*, Urheberrecht, § 31 Rn. 9 ff. Siehe aber auch oben Rn. 24 zur begrenzten Aussagekraft des dinglichen Charakters der Abspaltung.

<sup>291</sup> *Loewenheim UFITA 79 (1977)*, 175, 197; J. B. Nordemann GRUR 2007, 203, 206; *Schricker*, Verlagsrecht, Einl. Rn. 39; a. A. wohl *Ullrich/Heinemann* in: *Immenga/Mestmäcker*, EU-WettbR, GRUR B. Rn. 29.

<sup>292</sup> Vgl. *Loewenheim UFITA 79 (1977)*, 175, 197 f.

<sup>293</sup> J. B. Nordemann/*Loewenheim* in: *Loewenheim*, Handbuch des Urheberrechts, § 27 Rn. 2; *Schricker/Loewenheim* in: *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht, Vor § 28 Rn. 87; J. B. Nordemann in: *Fromm/Nordemann*, Urheberrecht, § 31 Rn. 10 ff.; *Rehbinder*, Rn. 564.

<sup>294</sup> Was allerdings auf Grund der restriktiven Rechtsprechung zum urheberrechtlichen Schutz angewandter Kunst kaum die Regel ist, vgl. BGH GRUR 1995, 581, 582 – *Silberdistel*; ferner BVerfG GRUR 2005, 410; zum Ganzen auch *A. Nordemann/Heise ZUM 2001*, 128 ff.

ner – unabhängig von der urheberrechtlichen Werkart – eine Rechtseinräumung durch einen Urheber im Rahmen einer **Technologietransfervereinbarung** (im Sinne des Art. 1 Abs. 1 lit c) GVO Technologietransfer!) freigestellt, sofern sich die Rechtseinräumung unmittelbar auf die Produktion oder den Verkauf der Vertragsprodukte bezieht. Die Freistellung soll Rechtseinräumungen privilegieren, die dem Lizenznehmer ermöglichen, die lizenzierten Technologierechte besser zu verwerten.<sup>295</sup> (3) Wenn eine Rechtseinräumung sich unmittelbar auf die Nutzung, den Verkauf oder den Weiterverkauf von Waren und Dienstleistungen bezieht und nicht den Hauptgegenstand der Vereinbarung darstellt, fällt die Lizenzvereinbarung unter die **GVO Vertikal** (Art. 2 Abs. 3 GVO Vertikal).<sup>296</sup>

Die **Europäische Kommission** will darüber hinaus bei der Prüfung von Urheberrechtslizenzen für die „Produktion von Vertragsprodukten“ nach Artikel 101 AEUV die in der GVO Technologietransfer und in den Leitlinien aufgestellten Grundsätze im Allgemeinen anwenden, auch wenn diese GVO eigentlich nicht allgemein auf urheberrechtliche Werke aller Art Anwendung findet.<sup>297</sup> Die Formulierung ist etwas unklar. Jedoch ist davon auszugehen, dass „Produktion von Vertragsprodukten“ auch Vertragsprodukte meint, die rein urheberrechtlich lizenziert ist, weil Vertragsprodukte, die durch verschiedene Schutzrechte lizenziert sind, schon nach Art. 2 Abs. 3 GVO Technologietransfer einbezogen sind.<sup>298</sup> Auch in den Leitlinien Technologietransfer 2004 wollte die Kommission schon urheberrechtliche Lizenzen für den „Weiterverkauf“ nach den Regeln der GVO Technologietransfer bewerten.<sup>299</sup> Bei der Einräumung von Verleihrechten und Rechten zur öffentlichen Wiedergabe, insbesondere bei Filmen oder Musik, würden jedoch „ganz spezielle Fragen“ aufgeworfen, so dass sich die Anwendung der GVO Technologietransfer einschließlich der Leitlinien nicht empfehle.<sup>300</sup> Die allgemeine Anwendung der GVO Technologietransfer einschließlich der Leitlinien zumindest auf die „Produktion von Vertragsprodukten“ urheberrechtlich geschützter Werke aller Art kann nicht überzeugen; sie ist systemwidrig.<sup>301</sup> Zumindest gilt es, den spezifischen, von einer besonderen Verbindung des Urhebers zu seinem Werk geprägten Schutzgegenstand des Urheberrechts und seine diesbezüglichen Besonderheiten gegenüber der Lizenzierung von Patenten oder anderen gewerblichen Schutzrechten nicht aus den Augen zu verlieren.

Zunächst sind **zeitliche Beschränkungen der Nutzungsrechte** dinglich abspaltbar und sollten damit tendenziell kartellrechtsneutral sein.<sup>302</sup> Das Gleiche gilt für **quantitative Beschränkungen** (z.B. nur eine Auflage gemäß § 5 Abs. 1 VerlagsG; maximale Anzahl von Exemplaren, Aufführungen oder Ausstrahlungen). Sie bestimmen regelmäßig den Leistungsumfang des Urhebers und sind deshalb im Hinblick auf den spezifischen Schutzgegenstand gerechtfertigt. Auch die GVO Technologietransfer, die die Europäische Kommission im Rahmen von urheberrechtlichen Lizenzen zur Produktion von Vertragsprodukten generell anwenden will,<sup>303</sup> erlaubt solche „Outputbeschränkungen“ (Art. 4 Abs. 1 lit. b), weil sie in urheberrechtlichen Nutzungsverträgen regelmäßig nicht wechselseitig sein werden.

<sup>295</sup> Europäische Kommission, Leitlinien Technologietransfer, Tz. 47.

<sup>296</sup> Siehe die separate Kommentierung zur GVO Vertikal.

<sup>297</sup> Europäische Kommission, Leitlinien Technologietransfer, Tz. 48.

<sup>298</sup> Dazu eben Rn. 80.

<sup>299</sup> Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 EG-Vertrag auf Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. C 101 vom 27.4.2004, S. 2, Tz. 51.

<sup>300</sup> Europäische Kommission, Leitlinien Technologietransfer-Vereinbarungen, aaO., 49.

<sup>301</sup> J. B. Nordemann GRUR 2007, 203, 205; J. B. Nordemann in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, Vor §§ 31 ff. UrhG Rn. 61; offen OLG Frankfurt WuW/E DE-R 2018, 2022 – *Harry Potter*.

<sup>302</sup> Vgl. zu zeitlichen Beschränkungen im Einzelnen J. B. Nordemann in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 60 Rn. 25 ff.; ders. in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, § 31 Rn. 53 ff.; Schrieker/Loewenheim in: Schrieker/Loewenheim, Urheberrecht, Vor § 28 Rn. 88.

<sup>303</sup> Oben Rn. 81.

83 **Räumliche Beschränkungen der Nutzungsrechte** erlaubt das Urheberrecht, soweit sie sich auf das geschützte Territorium beziehen. Dabei muss nicht etwa immer nur eine Lizenz für alle Territorien vergeben werden; die Lizenz kann auch auf einzelne Länder beschränkt werden, auch auf einzelne Mitgliedsstaaten der EU.<sup>304</sup> Die Gebietsausschließlichkeit auch für einzelne Staaten gehört insoweit zum Inhalt des Urheberrechts und ist mit dinglicher Wirkung abspaltbar, § 31 Abs. 1 Satz 2 UrhG. Im Einzelnen ist die dingliche Aufspaltbarkeit aber urheberrechtlich je nach Verwertungsrecht begrenzt; z.B. das Verbreitungsrecht muss mindestens das gesamte Gebiet Deutschlands umfassen, das Aufführungsrecht kann auch lokal begrenzt eingeräumt werden.<sup>305</sup> Zu beachten sind nach Auffassung der Kommission ferner die Beschränkungen, die die GVO Technologietransfer in Art. 4 für Wettbewerbsbeschränkungen zu Lasten des Lizenznehmers auf Grund räumlich begrenzter Nutzungsrechtseinräumung vorsieht; das gilt zumindest für die Einräumung des Vervielfältigungs- und Verbreitungsrechts für die Produktion von Vertragsprodukten, weil die Europäische Kommission auf solche Lizenzen die GVO Technologietransfer wohl grundsätzlich anwenden will.<sup>306</sup> Privilegiert ist auch die aus der ausschließlichen Lizenzerteilung folgende Beschränkung des Lizenzgebers, selbst nicht in dem Gebiet tätig zu sein, § 31 Abs. 3 Satz 2 UrhG. Insoweit gehört die Ausschließlichkeitswirkung gegenüber dem Urheber zum spezifischen Schutzgegenstand des Urheberrechts.<sup>307</sup> Auch die GVO Technologietransfer erlaubt eine solche Beschränkung des aktiven oder passiven Verkaufes des Lizenzgebers, sofern – wie regelmäßig – Urheber und Lizenznehmer nicht in einem Wettbewerbsverhältnis zueinander stehen.<sup>308</sup> Hinsichtlich des Vertriebs ist eine dingliche Aufspaltung des Verbreitungsrechts innerhalb des Staatsgebietes im Interesse der Rechtssicherheit und -klarheit jedoch nicht zuzulassen.<sup>309</sup> Die Einräumung von Verbreitungsrechten im Hinblick auf **körperliche Waren** rechtfertigt außerdem nicht territoriale Beschränkungen, sobald die Ware einmal mit Zustimmung des Rechteinhabers in Verkehr gebracht wurde. Dann ist das urheberrechtliche Verbreitungsrecht ohnehin **erschöpft** (§ 17 Abs. 2 UrhG), und Beschränkungen der weiteren Verbreitung innerhalb der EU verstoßen gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV,<sup>310</sup> es sei denn sie sind anderweitig erlaubt, z.B. nach der GVO Vertikalvereinbarungen oder im Wege der Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 Abs. 1 GWB wegen hinreichender Effizienz.<sup>311</sup> Kartellrechtlich unzulässig ist eine Beschränkung des Lizenznehmers bei Einfuhr, Verkauf und Verwendung ausländischer **Decodiervorrichtungen**, die den Zugang zu einem codierten Satellitenfunkdienst aus einem anderen Mitgliedsstaat ermöglichen. Es verletzte Art. 101 AEUV, dass die britische Fußballliga *Premier League* als Rechteinhaberin dem griechischen Lizenznehmer verbot, Decodiervorrichtungen für den Empfang der griechischen Sendungen mit Premier League Inhalten auch außerhalb Griechenlands zu verkaufen.<sup>312</sup> Damit ist die Praxis der territorial begrenzten

<sup>304</sup> OLG Frankfurt WuW/E DE-R 2018, 2021 – *Harry Potter*; J.B. Nordemann in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, Vor §§ 31 ff. UrhG Rn. 64. A.A. Jestaedt in: Langen/Bunte Nach Art. 101 AEUV Rn. 1269 der gebietsmäßige Beschränkungen nur ausnahmsweise für zulässig hält, etwa wenn sie im „Hinblick auf die besondere Art der Berechnung der Urheberrechtsgebühren“ notwendig ist; auch Europäische Kommission WuW/E EV 759 – *Campari*.

<sup>305</sup> Zum Ganzen J.B. Nordemann in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht § 31 Rn. 47, 50.

<sup>306</sup> Zur Kritik siehe oben Rn. 81 f.

<sup>307</sup> A.A., jedoch nur für gewerbliche Schutzrechte ohne Erwähnung von Urheberrechten, Christoph, S. 112 mwN., insbesondere unter Berufung auf Europäische Kommission WuW/E EV 623, 624 – *AOIP/Beyard*.

<sup>308</sup> Vgl. Art. 4 Abs. 2 GVO Technologietransfer und ferner die Kommentierung dazu Rn. 52.

<sup>309</sup> Vgl. dazu ebenfalls J.B. Nordemann in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, § 31 Rn. 47; Schnicker/Loewenheim in: Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht, Vor § 28 Rn. 90; jeweils mwN.

<sup>310</sup> EuGH Slg. 1971, 487, 500 – *Deutsche Grammophon/Metro*; EuGH Slg. 1982, 329, 346 – *Polydor/Harleking*; EuGH Slg. 1989, 79, 96 – *EMI/Patricia*.

<sup>311</sup> Dazu Heinemann GRUR 2008, 949, 951.

<sup>312</sup> EuGH GRUR 2012, 156 Tz. 134 ff. – *Premier League/Murphy*.

Vergabe von Nutzungsrechten innerhalb der EU in gewisser Weise in Frage gestellt, das gilt zumindest bei EU-weiter Abstrahlung von Fernsehsignalen, beispielsweise durch Satellit und Verwendung von (körperlichen) Dekodiervorrichtungen.<sup>313</sup> Für rein **unkörperliche Verwertungen** ist es hingegen nach wie vor anerkannt, dass der Rechtsinhaber das Gebiet für die Nutzung – auch innerhalb der EU – aufteilen kann.<sup>314</sup> Dann ist aber davon auszugehen, dass bei unkörperlichem Inverkehrbringen eine Erschöpfungswirkung nicht eintritt.<sup>315</sup> Das gilt nicht nur für temporäre Nutzungen bzw. für die Sendung von Werken im Internet, sondern auch für mit Zustimmung des Rechtsinhabers hergestellte Vervielfältigungen von Produkten, z. B. bei Download aus dem Internet. Trotz der vorgenannten *Premier League*-Entscheidung des EuGH ist die Verpflichtung des Lizenznehmers, technische Maßnahmen zur räumlichen Beschränkung der Internetnutzung gem. § 19a UrhG anzuwenden, kartellrechtskonform, weil technische Mittel zur räumlichen Beschränkung des Abrufs im Internet nicht mit (körperlich handelbaren) Dekodiervorrichtungen vergleichbar sind.<sup>316</sup> Zu beachten ist, dass für Software unter bestimmten Voraussetzungen auch eine Erschöpfung bei Inverkehrbringen online gilt.<sup>317</sup> Klarzustellen ist ferner, dass die **Erschöpfung nur innerhalb der EU bzw. des Europäischen Wirtschaftsabkommens** relevant ist (vgl. § 17 UrhG) und von daher Wettbewerbsbeschränkungen für Nutzer, die nur außerhalb dieses Gebietes gelegene Rechte betreffen, nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB fallen können.

Größere Probleme ergeben sich im Hinblick auf die Frage, inwieweit **sachliche Beschränkungen der Nutzungsrechte** dinglich abspaltbar und damit tendenziell kartellrechtsfest sind. Unproblematisch ist in diesem Zusammenhang eine Aufspaltung nach den im Gesetz aufgezählten **Verwertungsrechten (§§ 15 ff. UrhG)**, weil das Gesetz diese als spezifischen Schutzgegenstand bereits vorgibt. Gleiches gilt für die vom Gesetz ausdrücklich erwähnte Möglichkeit, die **Rechte ausschließlich** – auch unter Ausschluss des Urhebers selbst – an Dritte zu vergeben (§ 31 Abs. 3 UrhG). Der damit verbundene Ausschluss Dritter und des Urhebers von der Nutzung haftet dem spezifischen Schutzgegenstand unmittelbar an und ist deshalb auch kartellrechtlich im Regelfall gerechtfertigt.<sup>318</sup> Ist die Ausschließlichkeitsbindung jedoch übermäßig lang und führt sie zu einer spürbaren Verfälschung des Wettbewerbs, können Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB greifen. Die Ausschließlichkeit eines filmischen Vorführungsrechts darf nicht über einen Zeitraum hinausgehen, des-

<sup>313</sup> Kreile ZUM 2012, 177, 185; J. B. Nordemann in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, Vor §§ 31 ff. UrhG Rn. 65.

<sup>314</sup> EuGH Slg. 1980, 881 – *Coditel/Ciné Vög I*; EuGH EuGH v. 6.10.1982 C-262/81 – *Coditel/Ciné-Vög Films II* = Slg. 1982, 3381 = NJW 1983, 1255, 1256; Europäische Kommission ABl. 1989 L 284/36 – *Filmverkauf*; *Fikentscher* in: FS Schrickler, S. 158; *Jestaedt* in: *Langen/Bunte*, Nach Art. 101 AEUV Rn 1269, der eine gebietsmäßige Beschränkung für urheberrechtlich geschützte Aufführungen, Vorführungen und Fernsehsendungen jedoch nur soweit für zulässig hält, wie die Vereinbarungen keine spürbare Störung des gesamten Filmvertriebs oder gar eine Verfälschung des Wettbewerbs in der Filmindustrie bewirken; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 27 Rn. 30.

<sup>315</sup> BGH GRUR 2000, 699, 701 – *Kabelweitersendung*; ferner EuGH Slg. 1980, 881 – *Coditel/Ciné Vög I*; EuGH EuGH v. 6.10.1982 C-262/81 – *Coditel/Ciné-Vög Films II* = Slg. 1982, 3381 = NJW 1983, 1255, 1256; Europäische Kommission ABl. 1989 L 284/36 – *Filmverkauf*; *Bergmann* in: FS Erdmann, S. 17, 27. *Dustmann* in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 11. Aufl. 2014, § 19a UrhG Rn. 28 f. Allerdings gilt für Software unter bestimmten Voraussetzungen auch eine Erschöpfung bei Inverkehrbringen Online: EuGH GRUR 2012, 904 – *UsedSoft/Oracle*; dazu *Czychowski* in: Fromm/Nordemann, aaO., § 69c Rn. 32 ff. mwN.

<sup>316</sup> J. B. Nordemann in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, Vor §§ 31 ff. UrhG Rn. 65.

<sup>317</sup> EuGH GRUR 2012, 904 – *UsedSoft/Oracle*; dazu *Czychowski* in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 11. Aufl. 2014, § 69c Rn. 32 ff. mwN.

<sup>318</sup> EuGH Slg. 1988, 2605, 2630 – *Warner Bros./Christiansen*; *Fikentscher* in: FS Schrickler, S. 158 f.; *Ullrich/Heinemann* in: Immenga/Mestmäcker, EU-WettbR, GRUR B.Rn. 28 mwN.; J. B. Nordemann in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, Vor §§ 31 ff. UrhG Rn. 67; *Jestaedt* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht, Nach Art. 101 AEUV Rn. 1270.

sen Dauer gemessen an den Bedürfnissen der lizenzgebenden Filmindustrie angemessen ist. Dabei spielen die Konkurrenzsituation zu anderen Medien (Kino zu Fernsehen), die Amortisationszeit für notwendige Verwerterinvestitionen (Synchronisation, Untertitelung), Finanzierungsbedingungen und andere berechnete Erwartungshaltungen eine Rolle.<sup>319</sup> Jedenfalls eine Ausschließlichkeit für einen Zeitraum von weniger als einem Jahr nach der Kinouraufführung war danach nicht zu beanstanden, und eine Einspeisung in das belgische Fernseekabelnetz durfte auf der Grundlage des ausschließlichen belgischen Vorführrechts untersagt werden. Ferner erwähnt § 31 Abs. 1 Satz 1 UrhG die Möglichkeit, **Nutzungsrechte nur für bestimmte Nutzungsarten** einzuräumen. Es ist danach grundsätzlich kartellrechtsfest möglich, urheberrechtliche Nutzungsrechte nur für eine bestimmte Nutzungsart, z. B. Hardcover Buchausgabe, einzuräumen. Vom Kartellrecht wird grundsätzlich nicht beanstandet, dass einer solchen Einräumung immanent ist, dass der Lizenznehmer die Lizenz nicht für eine andere Nutzungsart, z. B. Taschenbücher, einsetzen darf<sup>320</sup> und damit insoweit ein **Wettbewerbsverbot** für den Lizenznehmer besteht. Entscheidend ist aber insoweit, dass sich das Werk in der anderen Nutzungsart äußerlich von anderen Nutzungsarten unterscheiden muss. Insoweit kann beispielsweise der Vertrieb von Buchnormalausgaben bei unveränderter äußerer Form über Kaffeefilialgeschäfte nicht als eigenständiges buchnahes Nebenrecht mit dinglicher Wirkung abgespalten werden.<sup>321</sup> Entsprechende schuldrechtliche Verwendungsbeschränkungen des Lizenznehmers sollten aber dennoch kartellrechtlich Bestand haben, wenn sie von berechtigten Interessen des Urhebers gedeckt sind, einen bestimmten Ort des ersten Inverkehrbringens auszuschließen. Die GVO Technologietransfer, die die Europäische Kommission im Rahmen von urheberrechtlichen Produktions-Lizenzen generell anwenden will,<sup>322</sup> erlaubt sogar in Lizenzverträgen zwischen Nicht-Wettbewerbern – was bei Vereinbarungen zwischen Urheber und Lizenznehmer die Regel sein sollte – die **Beschränkung des Lizenzgebers auf die Großhandelsfunktion** (Art. 4 Abs. 2 lit. b) iv) GVO Technologietransfer) sowie, was allerdings wenig praktisch sein sollte, den Aufbau eines selektiven Vertriebssystems durch den Urheber (Art. 4 Abs. 2 lit. b) v) GVO Technologietransfer). Zu beachten ist ferner **der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz**, der auch für Nutzungsarten gilt: wenn das Werk in einer bestimmten Nutzungsart einmal in Verkehr gebracht wurde, darf es ohne Beschränkung auf die Nutzungsart weiter verbreitet werden;<sup>323</sup> so dürfen auf dem Markt befindliche Postkarten als Deckel in Pralinschachteln eingelegt und mit der Verpackung verschweißt werden, ohne dass (dinglich begründete) urheberrechtliche Ansprüche bestehen könnten.<sup>324</sup> Eine urheberrechtliche Rechtfertigung für entsprechende vertragliche Verbote scheidet also aus. Deshalb ist danach zu fragen, ob nach den allgemeinen Regeln eine Freistellung besteht, z. B. nach der GVO Vertikal. Ein Wettbewerbsverbot haftet dem spezifischen Schutzgegenstand dann nicht ohne weiteres an, wenn dem Urheber oder dem Verwerter **Wettbewerbsverbote außerhalb der Verwertung des betroffenen Werkes** auferlegt werden, also z. B. eine Verpflichtung für den Urheber, keinen anderen juristischen Kommentar zum selben Gesetz anderweitig zu veröffentlichen oder eine ebensolche Verpflichtung

<sup>319</sup> EuGH EuGH v. 6.10.1982 C-262/81 – *Coditel/Ciné-Vog Films II* = Slg. 1982, 3381 = NJW 1983, 1255, 1256; ferner EuGH Slg. 1980, 881 – *Coditel/Ciné-Vog Films*; dazu auch Roth in: FS Schwarz, S. 103.

<sup>320</sup> BGH GRUR 1992, 310, 311 – *Taschenbuch-Lizenz*; KG GRUR 1991, 596, 598 f. – *Schopenhauer-ausgabe*.

<sup>321</sup> BGH GRUR 1990, 660, 661 – *Bibelreproduktion*; siehe auch Nordemann-Schiffel/J. B. Nordemann in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 64 Rn. 68.

<sup>322</sup> Oben Rn. 81.

<sup>323</sup> BGH GRUR 2001, 153, 155 – *OEM-Version*; KG ZUM 2001, 592, 594 – *Postkarten in Pralinschachteln*; OLG Hamburg GRUR-RR 2002, 125 – *Flachmembranlautsprecher*; siehe auch OLG München GRUR-RR 2002, 89 – *GFK Daten*.

<sup>324</sup> KG ZUM 2001, 592, 594 – *Postkarten in Pralinschachteln*.

tung für den Verleger. Solche Wettbewerbsverbote sind kartellrechtlich privilegiert, wenn sie für eine sachgerechte Werkverwertung und die Erfüllung des urheberrechtlichen Treuegedankens erforderlich sind.<sup>325</sup> Die Grenze liegt dort, wo das neue Werk im Hinblick auf Gegenstand, Abnehmerkreis, Art und Umfang dem alten Werk keine Konkurrenz machen würde.<sup>326</sup> Im Bereich der Belletristik erscheint es insoweit kaum als gerechtfertigt, einem Autor die Verpflichtung aufzuerlegen, keine anderen Romane bei anderen Verlagen zu veröffentlichen, weil hier grundsätzlich kein Konkurrenzverhältnis entsteht, sondern der neue Roman regelmäßig sogar den Absatz des alten befördert.<sup>327</sup> Die Verletzung des Treuegedankens war auch zweifelhaft im Hinblick auf die Verpflichtung vier berühmter italienischer Opernsänger, die sich im Rahmen einer Filmproduktion zur Exklusivität verpflichtet hatten und noch nicht einmal bei einer Live-Übertragung zur 2000-Jahr-Feier der Mailänder *Scala* singen durften.<sup>328</sup> Zu beachten werden auch die Wertungen der GVO Technologietransfer sein, die die Europäische Kommission im Rahmen von urheberrechtlichen Produktions-Lizenzen generell anwendet.<sup>329</sup> Sofern begleitende Wettbewerbsverbote für den Lizenzgeber notwendig, also dem Vertrag immanent sind, stellen sie schon keine Wettbewerbsbeschränkung dar<sup>330</sup> und bedürfen deshalb nicht der Freistellung durch die GVO. **Optionsklauseln**, mit denen Verwerter Urheber für künftige Werke an sich binden, können ebenfalls für den Urheber wettbewerbsbeschränkend wirken. Sie sind gerechtfertigt, wenn das optionierte Werk in die vorbeschriebene Treuepflicht des Autors fällt.<sup>331</sup> **Kopplungen der Rechtseinräumung**, die marktschließende Wirkung haben, können nicht nur bei Erfüllung von Marktmachtatbeständen auf Verwerterseite nach §§ 19, 20 GWB, Art. 102 AEUV kartellrechtlich bedenklich sein, sondern auch Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB unterfallen.<sup>332</sup> Zunächst kann der Nutzungsvertrag die Einräumung des **Hauptrechts** mit einer umfassenden **Nebenrechtseinräumung** koppeln, beispielsweise eine Kopplung des Hauptrechts Buch als Hardcover mit Nebenrechten für Dramatisierung und Verfilmung. Grundsätzlich kann eine solche urheberrechtlich dinglich anerkannte und deshalb tendenziell vom spezifischen Schutzgegenstand gedeckte Kopplungsstrategie nicht kartellrechtswidrig sein. Es darf nicht übersehen werden, dass viele Verwerter, die sich Nebenrechte nicht zur eigenen Nutzung einräumen lassen, sehr erfolgreich als „Agenten“ bei der Weiterermittlung dieser Rechte tätig sind;<sup>333</sup> sie partizipieren auch regelmäßig finanziell daran. Sofern die Einräumung von „zu vielen“ Rechten an Verwerter teilweise im individuellen Vertragsverhältnis nicht als gerechtfertigt erscheint, müssen das Urhebervertragsrecht (insbesondere Kündigung wegen Verletzung der Ausübungspflicht, Rückrufrecht nach § 41 UrhG) helfen, das AGB-Recht ist nach der neueren Rechtsprechung des BGH indes nicht berufen, hier begrenzend zu wirken.<sup>334</sup> Das Kartellrecht mit Art. 101 Abs. 1

<sup>325</sup> Gottschalk ZUM 2005, 359, 364; Fikentscher in: FS Schricker, S. 165; Schricker, Verlagsrecht, § 2 Rn. 8; Nordemann-Schiffel/J. B. Nordemann in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 64 Rn. 129 ff.

<sup>326</sup> BGH GRUR 1973, 426, 427 – *Medizin-Duden*; Nordemann-Schiffel/J. B. Nordemann in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 64 Rn. 129 ff. Enger Schricker, Verlagsrecht, § 2 Rn. 8, der eine „schwere“ Beeinträchtigung oder eine Unmöglichkeit der Vermarktung verlangt.

<sup>327</sup> Nordemann-Schiffel/J. B. Nordemann in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 64 Rn. 131.

<sup>328</sup> Europäische Kommission, 12. Wettbewerbsbericht 1982, Tz. 90 – *RAI/Unitel*; Fikentscher in: FS Schricker, S. 159.

<sup>329</sup> Oben Rn. 81.

<sup>330</sup> Dazu Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 308 ff.

<sup>331</sup> Fikentscher in: FS Schricker, S. 172; Schricker, Verlagsrecht, § 2 Rn. 7; Nordemann-Schiffel/J. B. Nordemann in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 64 Rn. 131.

<sup>332</sup> Vgl. Loewenheim UFITA 79 (1977), 175, 183 ff.

<sup>333</sup> J. B. Nordemann in: Fromm/Nordemann, § 31 Rn. 181, 185.

<sup>334</sup> BGH GRUR 2012, 1031 Tz. 16 – *Honorarbedingungen freie Journalisten*; J. B. Nordemann NJW 2012, 3121, 3122 ff.; J. B. Nordemann in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, § 31 UrhG Rn. 179 ff.



AEUV, § 1 GWB kann erst eingreifen, wenn die Kopplung von Haupt- und Nebenrechtseinräumung ausnahmsweise eine echte Marktschließung bewirkt. Eine solche marktschließende Wirkung hatte nach Auffassung des BKartA die Praxis des sog. **Blockbuchens von Kinofilmen**, bei der Kinos bei Verleihern nur ganze Blöcke von Filmen bestellen konnten, die dann das Kinoprogramm vollständig abdeckten.<sup>335</sup> In diesen Zusammenhang gehört auch die Entscheidung der Europäischen Kommission, in der sie ein **Rechtepaket** in Form einer Sendelizenz an die ARD durch MGM/UA für mehr als 20 Jahre und für 1500 Hollywood-Filme als wettbewerbsbeschränkend nach Art. 101 AEUV beurteilte, weil eine große Anzahl von Filmen für einen sehr langen Zeitraum dem Markt entzogen wurde.<sup>336</sup> Weitere Beispiele für regelmäßig kartellrechtsfeste Klauseln sind **Unterlizenz- und Übertragsverbote** (vgl. §§ 34, 35 UrhG), wenn die Person des Verwerter – wie regelmäßig – von Bedeutung ist.<sup>337</sup> Zulässig sollten auch ein **Verbot von Bearbeitungen** (vgl. §§ 23, 39 UrhG) oder **Qualitätsvorgaben** bei der Herstellung von Vervielfältigungsstücken sein, sofern die Qualität nicht erkennbar irrelevant ist. Letzteres kann es zulässig machen, das Internet als Nutzungsart auszuschließen, beispielsweise wenn ein Werk der bildenden Kunst, das sonst nur auf Kunstblättern vervielfältigt und verbreitet wird, droht, über das Internet in weniger aufwändiger Form reproduziert zu werden. Zulässig sind auch Abreden zur Erhaltung und Sicherstellung des Schutzgegenstandes. Verwertungspflichten sind regelmäßig durch den spezifischen Schutzgegenstand des Urheberrechts gerechtfertigt, weil sie die gewünschte Nutzung durch Dritte gewährleisten; Verlagsverträgen ist sie sogar immanent (§§ 1 Satz. 2, 14, 17 VerlagsG). Genauso sind Vereinbarungen über die zwingende **Anwendung technischer Schutzmaßnahmen** gemäß §§ 95a ff. UrhG regelmäßig kartellrechtsfest. Auch die **Werkgattung** darf nicht außer Betracht bleiben. Bei Kunst mit großem persönlichem Einschlag sind die legitimen Interessen anders zu bewerten als bei persönlichkeitsfernere Software.

- 85 (2) **Konditionenbindung.** Gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB besteht ein **grundsätzliches Verbot, die Konditionen für einen Zweitvertrag in einem Erstvertrag festzulegen.** Wendet man – wie die Europäische Kommission zumindest für Produktions-Lizenzen<sup>338</sup> – die **GVO Technologietransfer** an, sind Konditionenbindungen in Produktions-Lizenzen für die weiteren Lizenznehmer in der Lizenzkette grundsätzlich freigestellt.<sup>339</sup> Unabhängig davon ergeben sich aber auch ohne die – zweifelhafte<sup>340</sup> – Heranziehung der GVO Technologietransfer aus dem **spezifischen Schutzzweck des Urheberrechts** umfassende Ausnahmen vom Konditionenbindungsverbot. Sofern eine Einräumung von Nutzungsrechten an Dritte (sog. Einzelrechte, vgl. § 35 UrhG)<sup>341</sup> oder eine Übertragung von Nutzungsrechten (vgl. § 34 UrhG) vertraglich zugelassen ist, können die Konditionen gegenüber diesen Dritten auch entgegen dem gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB eigentlich bestehendem grundsätzlichem Konditionenbindungsverbot für Zweitverträge schon im Erstvertrag zwischen Urheber und Erstlizenznehmer vereinbart werden, sofern die Konditionenbindung Ausdruck der zulässigen dinglichen Abspaltung von Nut-

<sup>335</sup> BKartA TB 1968, S. 78; TB 1970, S. 83; ferner TB 1963, S. 59, und TB 1964, S. 44; zum Ganzen ausführlich *Loewenheim UFITA* 79 (1977), 175, 183 ff.

<sup>336</sup> Europäische Kommission GRUR Int. 1991, 216 – *DEGETO Filmeinkauf* = ABL. L 1989, 284, S. 36; vgl. zum parallelen Problem bei Sportrechten unten Rn. 108 ff.

<sup>337</sup> OLG Frankfurt WuE/E DE-R 2018, 2025 – *Harry Potter*; *J.B. Nordemann GRUR* 2007, 203, 208; *von Gamm GRUR Int.* 1983, 409. Auch die GVO Technologietransfer, die die Europäische Kommission im Rahmen von urheberrechtlichen „Weiterverkaufs“-Lizenzen generell anwenden will (dazu oben Rn. 80), lässt ein Verbot der Unterlizenzierung zu, vgl. die separate Kommentierung Rn. 80.

<sup>338</sup> Oben Rn. 81.

<sup>339</sup> Vgl. die Kommentierung zu Art. 2 GVO Technologietransfer.

<sup>340</sup> Oben Rn. 81 f.

<sup>341</sup> Dazu *J.B. Nordemann/Loewenheim* in: *Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts*, § 25 Rn. 9 ff., § 28 Rn. 1 ff.; *J.B. Nordemann* in: *Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts*, § 60 Rn. 41 ff.