

Kapitel 3. Grenzüberschreitende Rechtsfragen bei erweiterten kollektiven Lizenzen (EKL), insbesondere bei der Nutzung vergriffener Werke

A. Kollisionsrechtlicher Ausgangspunkt

Die kollisionsrechtliche Analyse der gesetzlichen und tatsächlichen Vermutungen im ersten Kapitel zeigte deren Positionierung im Spannungsfeld zwischen Prozessrecht und materiellem Recht.¹³⁰³ Es wurde festgestellt, dass es sich zwar um Beweisregelungen handeln kann, die prozessuale Fragen betreffen, diese jedoch insgesamt materiell-rechtlich verflochten sind und daher der *lex causae* unterfallen. Die *lex causae* kann sodann nur die *lex loci protectionis* sein, denn es geht um Regelungen, die, ähnlich den Urheberrechtsschranken, das Urheberrecht inhaltlich ausgestalten und so gilt eine vom deutschen Recht aufgestellte gesetzliche Vermutung grundsätzlich allein für Rechte nach dem deutschen Urheberrechtsgesetz. Im Fall der erweiterten kollektiven Lizenzen (EKL) und der besonderen Regelungen zu vergriffenen Werken bedeutet dies, dass eine Urheberrechtsverletzung in allen 27 Mitgliedstaaten in Betracht kommt, wenn beispielsweise eine deutsche Bibliothek Teile ihrer Bestände über eine Onlineplattform europaweit zugänglich macht.¹³⁰⁴ Aus Sicht der Verwertungsgesellschaften bedeutet dies umgekehrt, dass eine in ihrem Sitzland geltende Vermutung der Wahrnehmungsbefugnis oder der Repräsentativität grundsätzlich auf die Wahrnehmung der Urheberrechte im Sitzland begrenzt ist und nichts über die Wahrnehmungsbefugnis im Ausland aussagt. Vorschriften, die Begünstigungen im Sinne einer vermuteten umfassenden Wahrnehmungsbefugnis (oder der Repräsentativität) allein inländischen Verwertungsgesellschaften vorbehalten, treten sicherlich in Konflikt mit der Dienstleistungsfreiheit der

1303 Teil 3, Kapitel 1, F, III., 2.), a.).

1304 In diesem Fall könnte sich ein französischer Autor speziell in seinem französischen Urheberrecht verletzt fühlen, weil er in Frankreich weiterhin Marktchancen sieht und dort an einer individuellen Auswertung seines Rechts interessiert ist. Er würde dann gegen die öffentliche Zugänglichmachung seines Werks in Frankreich vorgehen und sich dabei auf die Verletzung französischen Urheberrechts berufen. Die Frage der Verletzung richtet sich sodann nach französischem Recht.

Verwertungsgesellschaften. Darum soll es an dieser Stelle aber nicht gehen. Vielmehr wird abschließend noch einmal der Blick auf die DSM-RL geworfen, welche erweiterte kollektive Lizenzen in Europa regelt und einen besonderen Mechanismus zur breiten Verfügbarkeit vergriffener Werke bereitstellt. Insbesondere bei den vergriffenen Werken bezweckt die Richtlinie eine EU/EWR-weite Zugänglichkeit und es ist interessant zu sehen, wie dies erreicht werden soll.¹³⁰⁵

B. Die besonderen Mechanismen der erweiterten kollektiven Lizenz aus der DSM-RL

Die notwendige Begrenzung der Geltungssphäre erweiterter kollektiver Lizenzen ist auch in Art. 12 Abs. 1 der DSM-RL angelegt, wo es heißt, dass Mitgliedstaaten erweiterte kollektive Lizenzen vorsehen können, „sofern es die Nutzung in ihrem Hoheitsgebiet betrifft“. Die Heranziehung des Orts der Nutzung als Referenzpunkt entspricht der Geltung der *lex loci protectionis*.¹³⁰⁶ Aus dem System der erweiterten kollektiven Lizenzen können allerdings einige besondere Fragen mit grenzüberschreitendem Charakter im Binnenmarkt entstehen. So z.B. welche Werke sind erfasst? Erstreckt sich der Mechanismus zur Erweiterung der Lizenz, wie er in Art. 8 und 12 der DSM-RL vorgesehen ist, auch auf Werke ausländischer Rechteinhaber?¹³⁰⁷ Damit verbunden, worauf bezieht sich das Repräsentativitätskriterium in Art. 8 und 12 der DSM-RL? Im Bereich der vergriffenen Werke könnte Art. 9 DSM-RL das kollisionsrechtliche Grundmodell durch die Einführung des Ursprungslandprinzips schließlich grundlegend ändern. Der Binnenmarktgedanke, wie er der DSM-RL zugrunde liegt, sollte ebenfalls berücksichtigt werden (Erwägungsgründe 1–3). Es ist also die DSM-RL und nicht die VG-RL, welche die Maßstäbe für den Umgang mit erweiterten kollektiven Lizenzen im Binnenmarkt setzt. Zu unterscheiden sind die allgemeine erweiterte kollektive Lizenz nach Art. 12 DSM-RL und der besondere Fall der vergriffenen Werke nach Art. 8–11 DSM-RL.

1305 Die VG-RL regelt diese Fragen im Übrigen nicht, nach ErwG 12 lässt die Richtlinie die Regelungen über die erweiterte kollektive Lizenz und „die gesetzlichen Vermutungen in Bezug auf die Vertretung und Übertragung von Rechten an Organisationen für die kollektive Rechtswahrnehmung, [vielmehr ausdrücklich] unberührt“

1306 Zum Kollisionsrecht und der rechtlichen Natur der EKL ausführlich *Sutterer*, ZUM 2022, 422 ff. und *ders.*, GRUR 2021, 662, 663 f.

1307 Zu § 51 VGG wird diese Frage auch bei *Schulze*, in: Dreier/Schulze (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, 62018, VGG, § 51, Rn. 15 aufgeworfen.

C. Das allgemeine Modell der kollektiven Lizenzvergabe mit erweiterter Wirkung nach Art. 12 DSM-RL

Art. 12 DSM-RL erlaubt es den Mitgliedstaaten, ein System der erweiterten kollektiven Rechtewahrnehmung einzurichten. Die Umsetzung des Modells ist fakultativ und seine Wirkung ist nach den Grundsätzen der *lex loci protectionis* auf Nutzungen im Hoheitsgebiet des gesetzgebenden Mitgliedstaats beschränkt. Bei der Umsetzung besteht Spielraum und so ist auch zukünftig von unterschiedlichen nationalen Rechtsvorschriften auszugehen.¹³⁰⁸

Das in der DSM-RL angelegte Binnenmarktkonzept könnte die Anwendung nationaler EKL-Lösungen vor allem im Hinblick auf die Frage der Repräsentation betreffen. Möglich wäre zunächst die Berücksichtigung des ausländischen Rechtsmaßstabs hinsichtlich der Anforderungen an die Repräsentativität. Weitergehend jedoch auch die Anerkennung des Status der Repräsentativität einer ausländischen Verwertungsgesellschaft für die Rechtewahrnehmung im Inland. Daneben stellen sich spezielle Fragen im Verhältnis zu den Rechteinhabern. Erweiterte kollektive Lizenzen setzen auf ein System der Repräsentation ohne vertragliche Rechteeinräumung. Im Gegenzug bestehen besondere Pflichten der Verwertungsgesellschaften, insbesondere hinsichtlich der Informationsbemühungen gegenüber den Rechteinhabern als Außenseitern. Kollisionsrechtlich wurde zuvor befürwortet, dass sich die rechteinhaberbezogenen Informationspflichten nach dem Recht des Sitzlandes der Verwertungsgesellschaften richten.¹³⁰⁹ Dieser Ansatz erscheint im Modell der erweiterten kollektiven Lizenz zunächst zweifelhaft, gleichzeitig kann das Sitzlandprinzip jedoch seinerseits für die besondere Berücksichtigung nur eines Rechts sorgen. Dieselbe Frage stellt sich für die gesetzlichen *Opt-out-Mechanismen*.¹³¹⁰

I. Das Modell der Repräsentativität in Art. 12 Abs. 3 lit. a)

Die Repräsentativität der lizenzierenden Verwertungsgesellschaft ist Kernbestandteil des Modells der erweiterten kollektiven Lizenzen und schafft

1308 Dreier, GRUR 2019, 771, 773 f.

1309 Teil 3, Kapitel 1, E, IV., 1.)

1310 Dies sind das *Opt-out* nach Art. 8 Abs. 4 DSM-RL für vergriffene Werke und das *Opt-out* nach Art. 12 Abs. 3 lit. c) für die allgemeine ECL.

die Voraussetzung für ihre Legitimität. Nach Art. 12 Abs. 3 lit. a) DSM-RL sollen die Mitgliedstaaten Schutzbestimmungen dafür vorsehen, dass die lizenzierende Verwertungsgesellschaft aufgrund ihrer Mandate ausreichend repräsentativ ist. Dies gilt erstens für die Rechteinhaber der einschlägigen Art von Werken und zweitens für die Rechte, die Gegenstand der Lizenz für den jeweiligen Mitgliedstaaten sind. Die Kriterien der Repräsentativität werden in Erwägungsgrund 48 der DSM-RL weiter ausgeführt, bleiben jedoch insgesamt vage.¹³¹¹ Fraglich ist dabei insbesondere, ob die Repräsentativität lediglich mit Blick auf inländische Rechteinhaber vorliegen oder sich auch auf das Repertoire ausländischer Rechteinhaber erstrecken muss, sofern deren Rechte Gegenstand der erweiterten kollektiven Lizenz sind. Dabei handelt es sich freilich nicht um eine kollisionsrechtliche Frage, eher geht es um die Einhaltung der Grundsätze der Inländergleichbehandlung und anderer Diskriminierungsverbote. Speziell mit Blick auf die Repräsentativität entschied ein norwegisches Gericht, dass ein pauschaler Repräsentationsbezug auf norwegische Rechteinhaber diskriminierend sei und verwarf das bis dahin in Norwegen praktizierte Modell. Maßgeblich sei die tatsächliche Repräsentativität in Bezug auf die Rechteinhaber der Werktypen, die in Norwegen genutzt werden.¹³¹²

Richtigerweise richtet sich die Frage der Repräsentativität daher nach der Tätigkeit der Verwertungsgesellschaft im Lizenzverhältnis, sie folgt dem Lizenzgegenstand.¹³¹³ Die Bestimmung des Lizenzgegenstands umfasst zunächst die Werkkategorie – geht es um Bilder, Schriftwerke, Musik etc.?, – anschließend die Lizenzgebiete – soll eine Nutzung in Deutschland, Frankreich oder Belgien ermöglicht werden? – und sodann die Rechteinhaber – welcher nationalen Verwertungsgesellschaft gehört der Rechteinhaber eines erfassten Repertoires an oder welcher Verwertungsgesellschaft würde er typischerweise angehören? Für letzteres soll das Land der Erstveröffentlichung entscheidendes Indiz sein, denn dieses lasse auf den Wohnsitz des

1311 Zur Subjektivität dieses Kriteriums und seiner Abhängigkeit von nationaler Rechtssetzung und Rechtsauslegung *Guibault/Schroff*, IIC 49 (2018), 916, 921.

1312 Das norwegische *Kabeltvistnemda* (kompetent für Fragen rund um die Kabelverbreitung) entschied, dass der pauschale Repräsentationsbezug auf norwegische Rechteinhaber diskriminierend sei und verwarf dieses Modell. Maßgeblich sei die tatsächliche Repräsentativität in Bezug auf die Rechteinhaber der Werktypen, die in Norwegen genutzt werden (*Kabeltvistnemda* Entscheidungen Nr. 1/2010 und 4/2010, berichtet bei *Riis/Schovsbo*, IIC 43 (2012), 930, 937).

1313 So im Ergebnis auch *Staats*, ZUM 2019, 703, 710; nähere Ausführungen bei *Trumpke*, Exklusivität und Kollektivierung, 2016, 237 f.

Rechteinhabers schließen und damit auf eine typische Repräsentanz der dort dominierenden Verwertungsgesellschaft.¹³¹⁴ Entsprechend beschränkt die VG WORT ihre Lizenzvergabe für Schriftwerke in Deutschland auf Werke, die in Deutschland erstveröffentlicht wurden.¹³¹⁵

Für die Wirksamkeit der erweiterten kollektiven Lizenzen kann dieses Modell zum Problem werden. Betrifft die Nachfrage vor allem Werke ausländischer Künstler, die überdies aus verschiedenen Ländern stammen, so kann weder eine deutsche Verwertungsgesellschaft noch eine ausländische Verwertungsgesellschaft allgemein als repräsentativ angesehen werden. Die Frage der Repräsentation würde sich nicht nur in Werkkategorien, sondern auch in Nationalitäten der typischen Schöpfer aufteilen. Wird die Repräsentationsfähigkeit aber zu kleinteilig beurteilt, droht das ganze System der erweiterten kollektiven Lizenzen seine Funktion der vereinfachten Zugänglichmachung zu verlieren. Das Problem ließe sich allerdings durch ein umfassendes System der Gegenseitigkeits- oder Repräsentationsverträge auflösen. Dieses System müsste die Rechte, welche Inhalt der EKL-Lizenzvereinbarung sein sollen, miteinander beiziehen. Dadurch wäre eine einheitliche Repräsentanz auf nationaler Ebene sichergestellt.¹³¹⁶ Die Abrechnung würde wie im klassischen Modell der Gegenseitigkeitsverträge zwischen den Verwertungsgesellschaften vorgenommen werden.¹³¹⁷

Dies alles ist jedoch eine Frage der Ausgestaltung und Interpretation des materiellen Rechts, das nun durch Art. 12 Abs. 3 lit. a DSM-RL überformt wird. Trotz gebotener autonomer Auslegung bleiben die Kriterien allerdings zumindest bis zu einer Konkretisierung durch den EuGH vage und unbestimmt. Für diese Untersuchung ist entscheidend, dass sich die Frage der Repräsentativität in Anwendung der *lex loci protectionis* allein nach dem Recht entscheidet, für welches die erweiterte kollektive Lizenz gewährt werden soll. Dieses kollisionsrechtliche Ergebnis erfährt keine Anpassungen durch das Sitzlandprinzip. Denn die Berücksichtigung eines ausländischen Rechtsstandards würde sich als sachfremd erweisen. Zugleich ist die Repräsentativität sehr faktisch zu bestimmen. Ausländische Verwertungsgesellschaften können sich (zumindest innerhalb der EU) zur

1314 So Guibault/Schroff, IIC 49 (2018), 916, 921.

1315 So ausdrücklich Staats, ZUM 2019, 703, 709. Dazu auch Trumpke, Exklusivität und Kollektivierung, 2016, S. 228.

1316 Für diesen Ansatz auch Staats, ZUM 2019, 703, 709 sowie Trumpke, Exklusivität und Kollektivierung, 2016, 238 f.

1317 Hierin zeigt sich, dass das Repräsentationsmodell der EKL einen anderen gedanklichen Ursprung hat als das Wettbewerbsmodell der VG-RL.

Vergabe von erweiterten kollektiven Lizenzen qualifizieren, wenn sie die relevanten Rechteinhaber entsprechend repräsentieren, was seinerseits eine Entscheidung des Lizenzlandrechts (in Umsetzung der DSM-RL) ist.¹³¹⁸ Ihr Status als repräsentative Organisation in einem Land muss in einem anderen jedoch nicht anerkannt werden. Er ist für jedes Land und jeden Lizenzmarkt gesondert festzustellen, was sich schon allein aus der Erkenntnis ergibt, dass die Repräsentativität dem Lizenzgegenstand folgt, der sich auch territorial bestimmt.

II. Die rechtlichen Anforderungen an die Informationsbemühungen der Verwertungsgesellschaften, Art. 12 Abs. 3 lit. d) DSM-RL

Nach Art. 12 Abs. 3 lit. d) DSM-RL müssen die Verwertungsgesellschaften „eine angemessene Zeitspanne vor Beginn der lizenzierten Nutzung der Werke oder sonstigen Schutzgegenstände angemessene Informationsmaßnahmen [ergreifen], um Rechteinhaber darüber zu informieren, dass die Verwertungsgesellschaft in der Lage ist, Lizenzen [...] zu erteilen, dass [eine EKL-] Lizenzvergabe [...] erfolgt und dass den Rechteinhabern die Möglichkeiten [zum Opt-out] zur Verfügung stehen.“ Dabei genügt die Bemühung um Information bzw. die Informationsmaßnahme selbst; es kommt nicht darauf an, dass der konkrete Rechteinhaber auch tatsächlich positiv informiert wird.

Kollisionsrechtlich wurde zuvor befürwortet, dass sich die rechteinhaberbezogenen Informationspflichten nach dem Recht des Sitzlandes der Verwertungsgesellschaften richten.¹³¹⁹ Das Sitzlandrecht wurde als das sach nächste identifiziert, wobei die Verkehrsinteressen für eine Konzentration der Rechtsanwendung sprachen. Der Schutz der Rechteinhaber wurde bereits deshalb als hinreichend gegeben angesehen, weil sie es sind, die die Verwertungsgesellschaft typischerweise wählen.

1318 Möglich ist dann auch der Rückgriff auf eine Pflicht zur gemeinsamen Rechtswahrnehmung, wie sie in § 51 Abs. 3 VGG bislang vorgesehen ist. Die gemeinsame Rechtswahrnehmung erinnert dann wieder (zumindest in der Wirkung) an eine gegenseitige Ermächtigung, wie sie über die Gegenseitigkeitsverträge erfolgt. Berechtigt erscheint i.Ü. eine Erlaubnispflicht, wie sie im deutschen Recht in § 77 Abs. 2 VGG auch für ausländische EU-Gesellschaften vorgesehen ist. Sie lässt sich mit dem besonderen Überprüfungsbedürfnis bspw. der tatsächlichen Repräsentativität begründen.

1319 Teil 3, Kapitel 1, E, IV., 1.)

Beides gilt im Modell der erweiterten kollektiven Lizenz nicht. Die Informationspflicht ist ein maßgeblicher Teil der erweiterten kollektiven Lizenz selbst und gehört somit insgesamt zum abgestimmten System von Lizenzzugangserleichterung und Schutz der Rechteinhaber durch Repräsentativität, Gleichbehandlung, *Opt-out* und notwendiger Information zur Ausübung des *Opt-out*. Die Sachnähe besteht also vor allem zur erweiterten kollektiven Lizenz als schrankenähnlichem Mechanismus und damit zum Lizenzstaat; der Schutz durch freiwillige Wahl der Gesellschaft entfällt ebenfalls, weil die Lizenzen gerade Außenseiter betreffen, die ihre Wahl nicht ausgeübt haben. Es fehlt gegenüber den Rechteinhabern daher auch die vertragliche Komponente, die einer Liberalisierung typischerweise Raum verschafft. Schließlich ist die Umsetzung der EKL nach Art. 12 DSM-RL in der EU nur fakultativ, und so ist nicht gesagt, dass das Sitzland einer Verwertungsgesellschaft, die im Ausland erweiterte kollektive Lizenzen vergibt, überhaupt entsprechende Regelungen kennt.

Fraglich ist auch der Umgang mit den Informationspflichten im Modell der Gegenseitigkeitsverträge. Es wäre grundsätzlich denkbar, dass eine jede Verwertungsgesellschaft, die am System der erweiterten kollektiven Lizenz (wenn auch nur mittelbar) teilnimmt, Informationspflichten unterliegt. Dann wäre in der Tat über die Anwendung nur des Sitzlandrechts nachzudenken, denn andernfalls würde sich für die teilnehmenden Verwertungsgesellschaft eine kaum zu bewältigende Normhäufung ergeben. Richtigerweise sind die Schwestergesellschaften, welche der lizenzierenden Verwertungsgesellschaft ihre Rechte zur Wahrnehmung übertragen, aber gar nicht an Informationspflichten gebunden, denn sie nehmen am System der EKL (auch) nicht (mittelbar) teil. Sie übertragen der repräsentierenden Gesellschaft nur diejenigen Rechte, die von ihnen tatsächlich wahrgenommen werden. Sie verschaffen der repräsentierenden Verwertungsgesellschaft damit aber die Grundlage einer eigenen Repräsentativität, ihre Rechteerräumung bezieht hingegen keine Außenseiterrechte mit ein.¹³²⁰

Für eine einheitliche Anwendung des Standards des Sitzlands der Verwertungsgesellschaften könnte allenfalls die Harmonisierung in Art. 12 Abs. 3 lit. d) DSM-RL sprechen. Das europäische Recht formuliert die Informationspflichten jedoch nur abstrakt, sie müssen gemäß Art. 12 Abs. 3 lit. d) angemessen sein. Dies eröffnet einen breiten Spielraum für eine na-

1320 Dennoch erscheint eine (zusätzliche) Information nach den Regeln des Sitzlandes der „repräsentierten Verwertungsgesellschaft“ sinnvoll, da diese am ehesten dazu geeignet ist, die inländischen Rechteinhaber (Außenseiter) zu erreichen.

tionale Umsetzung und sichert lediglich das Bestehen der Pflicht an sich ab. Die Informationsweise kann jedoch für den Erfolg der Informationsmaßnahmen entscheidend sein. Das Recht des Lizenzlandes ist am ehesten dazu geeignet, angemessene Informationskanäle zu bestimmen, die bezogen auf die Information der Außenseiter erfolgsversprechend erscheinen.

D. Vergriffene Werke in Europa

I. Hintergrund der Regelung

Besondere Aufmerksamkeit schenkt der europäische Gesetzgeber der Nutzung von vergriffenen Werken und sonstigen Schutzgegenständen durch Einrichtungen des Kulturerbes (Art. 8–11 DSM-RL). Dabei geht es darum die Werkbestände kultureller Einrichtungen für die Allgemeinheit zu öffnen, um auf diese Weise den Zugang zu Kulturgütern zu bewahren, die im Handel nicht mehr frei verfügbar sind. Der Prozess der Digitalisierung und Zugänglichmachung der Werkbestände europäischer Kultureinrichtungen stellt sich in allen Fällen, in denen die Werkbestände urheberrechtlich geschützt sind, als ein urheberrechtlicher Nutzungsakt dar und greift so in die urheberrechtlichen Verwertungsrechte ein. Um das Handeln der Kultureinrichtungen zu legitimieren ist daher entweder eine Lizenz oder eine Schranke bzw. Ausnahme vom Urheberrecht erforderlich. Die Diskussion um Möglichkeiten der breiten Zugänglichmachung vergriffener Werke für die Allgemeinheit ist nicht neu. Spätestens mit Beginn des *Google Books Projekts* fand sie sich auch auf der europäischen Agenda. Ein Durchbruch schien im Jahr 2011 mit der Vermittlung eines Memorandum of Understanding (MoU)¹³²¹ durch die Europäische Kommission erreicht. Die Absichtserklärung sollte die Digitalisierung und Zugänglichmachung von vergriffenen Werken durch europäische Bibliotheken und ähnliche Einrichtungen erleichtern. Auch hier wurden bereits die Probleme im Zusammenhang mit der grenzüberschreitenden Verbreitung identifiziert, insbesondere aufgrund des fehlenden zwingenden Charakters des MoU, jedoch nicht abschließend gelöst. Schon damals wurde daher gesetzgeberischer Handlungsbedarf auf

1321 Memorandum of Understanding on Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce Works (online nicht mehr auffindbar, siehe jedoch die Pressemitteilung unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_11_619, zuletzt abgerufen am 20.4.2020).

Unionsebene erkannt.¹³²² Den unionalen Rahmen für die Zugänglichmachung vergriffener Werke übernehmen nun Art. 8–11 DSM-RL.

Die DSM-Richtlinie unterscheidet dabei zwei Modelle der Werkvermittlung über Kultureinrichtungen. Bevorzugt wird eine Lizenzlösung, deren Grundmechanismus in Art. 8 Abs. 1 DSM-RL umschrieben wird. Kultureinrichtungen erwerben für die Nutzung vergriffener Werke eine Lizenz bei „repräsentativen“ Verwertungsgesellschaften. Für den Fall, dass keine repräsentative Verwertungsgesellschaft vorhanden ist, erlaubt Art. 8 Abs. 2 und 3 DSM-RL die lizenzfreie Nutzung, welche über eine neu einzuführende Schranke ermöglicht werden soll. Beide Modelle sind aus Sicht des Kollisionsrechts bzw. der Frage der gegenseitigen Anerkennung in Europa interessant, wobei nach Art. 9 Abs. 1 bzw. Abs. 2 DSM-RL zunächst von einem jeweils unterschiedlichen „Binnenmarktmechanismus“ ausgegangen werden muss.

II. Die Tatbestandsmerkmale in der Regulierung vergriffener Werke

Das Regelungsmodell der DSM-RL arbeitet mit einigen Tatbestandsmerkmalen, deren kollisionsrechtliche Behandlung bzw. deren Lokalisierung im Binnenmarkt unklar erscheint. Ausgehend von der Geltung der *lex loci protectionis* bestimmen sich diese nach dem Recht desjenigen Landes, in welchem die Werknutzung erfolgt (bzw. für welches Schutz beansprucht wird). Im Kontext des Lizenzierungsmodells nach Art. 8 Abs. 1 DSM-RL setzt die Privilegierung vor allem die Erfüllung folgender Tatbestandsmerkmale voraus: (1) die Werknutzungshandlungen erfolgen durch eine Einrichtung des Kulturerbes; (2) das Werk (der Nutzungsgegenstand) befindet sich dauerhaft im Bestand dieser Kultureinrichtung; (3) das Werk ist vergriffen; (4) die Nutzung erfolgt zu nicht-kommerziellen Zwecken; (5) die lizenzierende Verwertungsgesellschaft ist repräsentativ. Entsprechendes gilt im Fall der Nutzung ohne Lizenz nach Art. 8 Abs. 2 und 3 DSM-RL, wobei an die Stelle der Repräsentativität einer Verwertungsgesellschaft die Tatbestandsvoraussetzung tritt, dass eben keine repräsentative Verwertungsgesellschaft zur Verfügung steht. Problematisch erscheinen vor dem

1322 Axhamn, “European MoU on Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce Works”, Kluwer Copyright Blog, 22–9–2011. (online abrufbar unter: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2011/09/22/european-mou-on-key-principles-on-the-digitisation-and-making-available-of-out-of-commerce-works/>, zuletzt abgerufen am 9.4.2020).

Hintergrund einer grenzüberschreitenden Zugänglichmachung vor allem folgende Tatbestandsvoraussetzungen: (1) das *Vergriffensein* des Werkes; (2) die Repräsentativität der lizenzierenden Verwertungsgesellschaft bzw. (3) das Fehlen einer repräsentativen Verwertungsgesellschaft (Abs. 3).

III. Die Umsetzung des Binnenmarktkonzepts für vergriffene Werke

Alle diese Fragen sind im Ausgangspunkt nach dem Recht desjenigen Landes zu bestimmen, in welchem die Nutzung erfolgt.¹³²³ Dabei könnte das jeweils anwendbare Recht jedoch einen besonderen Bezugspunkt einnehmen und beispielsweise die Fragen nach dem *Vergriffensein* eines Werkes oder der Repräsentativität einer Verwertungsgesellschaft nicht in Abhängigkeit zum eigenen Territorium, sondern zum Sitzland der Kultureinrichtung beantworten. Denn es ist festzustellen, dass die DSM-RL im Bereich der vergriffenen Werke auf eine möglichst weitreichende Verbreitung des Kulturbestands in der EU ausgerichtet ist. Nach Art. 9 Abs. 1 DSM-RL sollen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass die erteilten Lizenzen die Nutzung in allen Mitgliedstaaten erlauben dürfen; in Art. 9 Abs. 2 wird sodann das Ursprungslandprinzip in Form einer territorialen Fiktion eingeführt; Art. 8 Abs. 6 scheint eine Art Sitzlandprinzip im Hinblick auf die Repräsentativität der Verwertungsgesellschaften zu enthalten; Erwägungsgrund 31 S. 2 offenbart den Wunsch, dass Lizenzen für die Nutzung vergriffener Werke in allen Mitgliedstaaten gelten sollen und nach Erwägungsgrund 40 S. 1 soll es den Einrichtungen des Kulturerbes und den Verwertungsgesellschaften freistehen, sich auf den räumlichen Geltungsbereich der Lizenzen zu einigen, wobei eine paneuropäische Lizenz explizit möglich sein soll. Weitere Hinweise auf mögliche Erleichterungen europaweiter Verbreitung des Kulturgutes finden sich in den Erwägungsgründen 33 S. 2, 36 sowie 38 S. 2 und 5 der DSM-RL.

1323 Dieser Ausgangspunkt wurde bereits bei der Analyse der erweiterten kollektiven Lizenzen und gesetzlichen Vermutung im Kapitel zum allgemeinen Kollisionsrecht herausgearbeitet (entsprechendes nimmt etwa Llorca an, Llorca, in: García/Llorca (Hrsg.), *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo*, 2020, S. 214, 200 f.).

1) Der territoriale Bezugspunkt des Vergriffenseins

Eine handfeste Definition für vergriffene Werke enthält die Richtlinie nicht. Gemäß Art. 8 Abs. 5 DSM-RL gilt ein Werk als vergriffen, „wenn nach Treu und Glauben davon ausgegangen werden kann, dass das gesamte Werk [...] auf den üblichen Vertriebswegen für die Öffentlichkeit nicht erhältlich ist, nachdem ein vertretbarer Aufwand betrieben wurde, um festzustellen, ob es [...] für die Öffentlichkeit erhältlich ist.“ Zwei Problemkonstellationen können für den Binnenmarkt auftreten. Erstens können die gesetzlichen Voraussetzungen in Umsetzung der Richtlinie hinsichtlich des *Vergriffenseins* variieren. So wird es den Mitgliedstaaten bspw. ermöglicht, typisierte „Anforderungen wie einen Stichtag [vorzusehen], um zu bestimmen, ob für ein Werk [...] eine Lizenz nach Absatz 1 erteilt oder ob es [...] im Rahmen einer in Absatz 2 vorgesehenen Ausnahme oder Beschränkung verwendet werden kann“ (Art. 8 Abs. 5 UAbs. 2 DSM-RL). Diese Möglichkeit zur nationalen Bestimmung typisierter Tatbestände kann den Erfolg grenzüberschreitender Digitalisierungsprojekte gefährden, wenn diese nach den Regeln der *lex loci protectionis* kumulativ zur Anwendung kommen. Tatsächlich sehen die Mitgliedstaaten bislang sehr unterschiedliche Fristenregelungen vor. Während Frankreich den 1. Januar 2001 als Stichtag wählte, sieht der deutsche Gesetzgeber für Werke, die in Büchern, Fachzeitschriften, Zeitungen, Zeitschriften oder in anderen verlegten Schriften veröffentlicht wurden, ein *Vergriffensein* frühestens nach 30 Jahre nach der letztmaligen Veröffentlichung vor (sog. *moving wall*).¹³²⁴ Damit stellt sich zwangsläufig die Frage, auf welche nationale Stichtagsregelung es ankommt, wenn Werkbestände grenzüberschreitend zugänglich gemacht werden. Ferner kann es selbst dann zu Binnenmarktfriktionen kommen, wenn einheitliche Rechtsmaßstäbe gelten, denn ein Werk kann in einem Mitgliedstaat tatsächlich vergriffen sein, in einem anderen jedoch nicht.

Nach Art. 9 Abs. 1 DSM-RL sollen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass nach Art. 8 erteilte Lizenzen die Nutzung in jedem Mitgliedstaat erlauben dürfen. Wie dies praktisch zu ermöglichen ist, geht aus der Richtlinie jedoch nicht hervor. Zur Klarheit kann auch Erwägungsgrund 38 S. 5 nicht beitragen, denn danach sollte „die Überprüfung der Verfügbarkeit eines

1324 Zunächst wurde ebenfalls eine Stichtagslösung mit dem Datum 1. Januar 1966 vorgeschlagen. Schließlich gilt in Polen der 24. Mai 1994 als Stichtag (nachzulesen bei *dies.*, in: García/Llorca (Hrsg.), *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo*, 2020, S. 214, 209).

Werks [zwar] in der Regel in dem Mitgliedstaat stattfinden, in dem die Einrichtung des Kulturerbes ihren Sitz hat“, doch wird „eine grenzüberschreitende Überprüfung als vertretbar erachtet, etwa in Fällen, in denen leicht verfügbare Informationen darüber vorliegen, dass ein literarisches Werk in einer bestimmten Sprachfassung in einem anderen Mitgliedstaat erstmals veröffentlicht wurde“. Während die Konzeption in Art. 8 Abs. 5 und Art. 9 Abs. 1 und 2 DSM-RL zunächst die Kontrolle und die Regelungsbefugnis im Sitzland der Kultureinrichtung ins Spiel bringt, scheint Erwägungsgrund 38 S. 5 eher (oder zumindest für Ausnahmefälle) auf die Herkunft des Werkes zu verweisen (wobei nicht gesagt ist, dass die rechtlichen Voraussetzungen des Ursprungslandes für das *Vergriffensein* entscheidend sind).¹³²⁵ Für sich genommen kann jedes Modell die grenzüberschreitende Zugänglichmachung erleichtern, in kumulativer Anwendung bewirken sie den gewünschten Effekt jedoch gerade nicht. Die Reichweite der Recherchepflicht bleibt letztlich unklar.¹³²⁶

2) Der territoriale Bezugspunkt der Repräsentativität

Von großer Bedeutung ist auch der territoriale Bezugspunkt der Frage nach der Repräsentativität. Im allgemeinen System der erweiterten kollektiven Lizenzen wurde angenommen, dass das Recht, welches das Bestehen und die Voraussetzungen eines erweiterten kollektiven Lizenzmechanismus bestimmt, dasjenige des Staates ist, für den eine erweiterte kollektive Lizenz erteilt werden soll. Dabei bestimmt dieses die rechtlichen Voraussetzungen an die Repräsentativität, welche sodann sinnvoller Weise eine tatsächli-

1325 Dies war bereits während des Gesetzgebungsprozesses äußerst unklar, siehe hierzu *Geiger/Frosio/Bulayenko*, JIPITEC 2018, 240, para. 8.

1326 Sie ist bislang allen Autoren unklar, siehe etwa: *Llorca*, in: García/Llorca (Hrsg.), *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo*, 2020, S. 214, S. 207 f.; *Spindler*, WRP 2019, 811, 816. Für eine Anwendung des Ursprungslandprinzips, jedoch ohne Begründung und ohne Benennung des Bezugspunkts und der Wirkung *Durantaye/Kuschel*, ZUM 2019, 694, 697. Möglich erscheint es, den Status des *Vergriffenseins* eines Werkes nach dem Recht des Sitzlandes der Kulturinstitution zu bestimmen – hierzu können insbesondere typisierte Tatbestandsmerkmale, wie Stichtage, die Bestimmung erleichtern. Negative Anzeichen können diese Vermutung erschüttern und Fälle, in denen ein Werk zuerst im Ausland veröffentlicht wurde, können zu einer Überprüfungspflicht im Ausland führen. All dies mag zu unklaren Tatbeständen führen und der Rechtssicherheit abträglich sein, es ließe sich jedoch allein nach den Rechtsstandards eines Landes bestimmen. Zum *Vergriffensein* auch sogleich am Ende des Abschnitts.

che Repräsentativität im Hinblick auf den Nutzungsgegenstand und Ort beinhalten werden.¹³²⁷ Art. 8 Abs. 6 der DSM-RL scheint hingegen auf die bloße Repräsentativität der Verwertungsgesellschaften im Sitzland der jeweiligen Kultureinrichtung abzustellen. Gemäß Art. 8 Abs. 6 sehen die Mitgliedstaaten vor, dass die in Absatz 1 genannten Lizenzen bei einer Verwertungsgesellschaft anzufordern sind, die in dem Mitgliedstaat repräsentativ ist, in dem die Einrichtung des Kulturerbes ihren Sitz hat. Nach Erwägungsgrund 33 sollen die Mitgliedstaaten bei der Festlegung der Anforderungen an die Repräsentativität flexibel sein. Grundlage der Repräsentativität ist dabei „eine beträchtliche Zahl von Rechteinhabern im Bereich der einschlägigen Arten von Werken [...]“, die der Verwertungsgesellschaft „ein Mandat zur Lizenzierung für die entsprechende Nutzungsart erteilt [haben]“.

In der Regel werden die Lizenzen wohl bei einer Verwertungsgesellschaft angefordert, die generell im Sitzland der Kultureinrichtung repräsentativ ist. Unproblematisch ist zunächst der Fall, dass deutsche Bibliotheken bei der VG WORT um eine Lizenz für die öffentliche Zugänglichmachung von vergriffenen Werken deutscher Autoren anfragen, die sich in ihren Beständen befinden. Schwieriger zu beurteilen ist hingegen der Regelfall, dass eine Bibliothek vergriffene Werke von Autoren verschiedener Länder in ihren Beständen hält und diese umfassend zugänglich machen möchte. Schließlich lässt sich der Spezialfall unterscheiden, dass eine Kultureinrichtung, die sich ausschließlich Werken aus einem bestimmten Land oder Kulturkreis widmet, ihren Bestand öffnen will.

Ein klares Lösungskonzept lässt sich der Richtlinie nicht entnehmen. Art. 8 Abs. 6 DSM-RL mag dahingehend zu verstehen sein, dass stets die im Sitzland der Kultureinrichtung generell repräsentative Verwertungsgesellschaft für die Lizenzierung zuständig ist, unabhängig davon, ob sich ihre Repräsentativität auf die von der konkreten Lizenzierung typischerweise

1327 Gemeint ist eine tatsächliche Repräsentativität hinsichtlich der erforderlichen Nutzungsrechte und der umfassten Lizenzgebiete. Diese Verpflichtung leitete das norwegische *Kabeltvistnemda* aus dem Diskriminierungsverbot des Art. 4 des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum ab (*Kabeltvistnemda* Entscheidungen Nr. 1/2010 und 4/2010, berichtet bei *Riis/Schovsbo*, IIC 43 (2012), 930, 937). Genauso ließe sich eine derartige Verpflichtung aus dem gleichlautenden Art. 18 Abs. 1 AEUV oder aus speziellen Diskriminierungsverboten herleiten. Dazu auch *Trumpke*, Exklusivität und Kollektivierung, 2016, S. 228.

betroffenen Rechteinhaber tatsächlich erstreckt.¹³²⁸ Die Repräsentativität würde vor allem anhand der Werkart bestimmt.¹³²⁹ Ein Umkehrschluss aus Art. 8 Abs. 7 DSM-RL bestätigt dieses Konzept. Denn hier werden in lit. a) bis c) solche Werke von der vereinfachten Lizenzierung ausgeschlossen, deren Ursprung einem Drittstaat zugeordnet werden kann.¹³³⁰ Absatz 7 Unterabsatz 2 sieht sodann eine Rückausnahme vor, wenn die Verwertungsgesellschaft für Rechteinhaber des jeweiligen Drittlandes ausreichend repräsentativ ist. Ausnahme und Rückausnahme bräuchte es nicht, wenn das Richtlinienmodell bereits allgemein vom Erfordernis der tatsächlichen Repräsentativität der lizenzierenden Verwertungsgesellschaft im Hinblick auf die Nationalität der Rechteinhaber (oder die Herkunft der Werke/Erstveröffentlichung) ausgehen würde. So scheint für europäische Werke eine generelle Repräsentativität der Verwertungsgesellschaft im Sitzland der Kultureinrichtung ausreichend.

Besonders konfliktreich wird dieses Lizenzierungskonzept jedoch vor dem Hintergrund der Europäisierung des Werkzugangs, wie er nach Art. 9 Abs. 1 DSM-RL erreicht werden soll. Denn gemäß Art. 9 Abs. 1 DSM-RL sollen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass nach Art. 8 erteilte Lizenzen die Nutzung der Werke durch die Kultureinrichtungen in jedem Mitgliedstaat erlauben dürfen.¹³³¹ Wie dies genau zu bewirken sein soll, geht

1328 Gemeint ist eine Eingrenzung der Typisierung ausgehend vom Lizenzgegenstand. Werkbestände mit ausländischer Literatur ließen sich beispielsweise anders typisieren als Bestände mit deutschsprachiger Literatur oder Literatur deutscher Autoren. Letztlich ist das auch eine Frage wie kleinteilig die Repräsentativität bestimmt wird.

1329 Gemeint sind die Werkarten (bspw. Literatur, Film oder Musik) und die Nutzungsrechte, die von der Verwertungsgesellschaft typischerweise vertreten werden (bspw. das Recht zur Zugänglichmachung über eine Onlinedatenbank). Nicht zur Repräsentativität gehört die Frage, ob die Verwertungsgesellschaften typischerweise Rechteinhaber aus einem bestimmten Land (originär) vertreten. Dafür wohl auch *Durantaye/Kuschel*, ZUM 2019, 694, 698 f. Argument ist hier die Wirksamkeit des Mechanismus, der infrage gestellt werden könnte, wenn er nicht die Mehrheit der Kultureinrichtungen mit gemischt nationalen Beständen erfasst und einer einfachen Lizenzierungsmöglichkeit zuführt. So wohl auch *Spindler*, WRP 2019, 811, 816.

1330 In lit. a) geht es um Werke, die zunächst in einem Drittland veröffentlicht wurden und in lit. b) um Kinofilme und sonstige audiovisuelle Werke, deren Produzenten ihren Hauptsitz oder gewöhnlichen Wohnsitz in einem Drittland haben. Begründet wird die Ausnahme nach Erwägungsgrund 39 mit „diplomatischen Gepflogenheiten“.

1331 Nach Erwägungsgrund 40 S. 1 soll es den Einrichtungen des Kulturerbes und den Verwertungsgesellschaften schließlich freistehen, sich auf den räumlichen

aus der Richtlinie wiederum nicht hervor. Ein Mittel dies zu bewirken und zugleich die „paneuropäische Repräsentationsfiktion“ auf ein festes Fundament zu stellen, läge in den Gegenseitigkeitsverträgen der Verwertungsgesellschaften. Für die Mehrheit der Wahrnehmungsbereiche bestehen diese weiterhin, nicht jedoch als „multiterritoriale Vertretungsmodelle“, sondern in Form der klassischen territorialen Vertretung. Verwertungsgesellschaften beauftragen sich gegenseitig mit der Wahrnehmung des von ihnen originär wahrgenommenen Repertoires, dies jedoch beschränkt auf das jeweilige territoriale Tätigkeitsgebiet einer jeden Verwertungsgesellschaft. Dieses klassische Modell der Gegenseitigkeitsverträge vermag also zumindest innerhalb eines Territoriums weitreichende Repräsentativität herzustellen.

Vorbilder zur Ermöglichung einer multiterritorialen Vertretung im Gegenseitigkeitsmodell der Verwertungsgesellschaft finden sich jedoch gleichermaßen. Für die Rechte der Tonträgerhersteller war dies die *IFPI-Simulcasting-Vereinbarung*, für die Aufführungsrechte der Musikurheber die *Vereinbarung von Santiago* und für die Vervielfältigungsrechte die *Vereinbarung von Barcelona*. Die Vereinbarungen sahen eine Modifizierung der bestehenden Gegenseitigkeitsverträge durch Streichung der territorialen Beschränkungsklauseln und Einführung einer sogenannten „*user's residence clause*“ vor. Dadurch sollte es jeder Verwertungsgesellschaft ermöglicht werden, Rechte am Gegenseitigkeitsrepertoire für europa- bzw. weltweite Nutzungen einzuräumen. Die *user's residence clause* schränkte dies zugleich so ein, dass Nutzer eine Mehrstaatenlizenz nur über die Verwertungsgesellschaft ihres „Sitzlandes“ erlangen konnten. Sie war Gegenstand der Beanstandung durch die Europäische Kommission.¹³³²

Geltungsbereich der Lizenzen zu einigen – einschließlich der Möglichkeit alle Mitgliedstaaten abzudecken. Was das bedeutet und wie dies sicherzustellen ist, bleibt jedoch unklar. Im deutschen Recht ist in § 51 VGG bislang keine Absicherung der grenzüberschreitenden Zirkulierbarkeit der Werke enthalten. Auch die deutsche Kommentarliteratur spricht dieses Thema bislang nicht an (siehe bspw. *Schulze*, in: Dreier/Schulze (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, 62018, § 51 VGG; *Staats*, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), Praxiskommentar Urheberrecht, 62022, VGG, § 51). *Staats* macht lediglich für die Frage der Repräsentativität deutlich, dass die VG WORT nur Lizenzen für Schriftwerke vergibt, die in Deutschland erstveröffentlicht wurden (*ders.*, ZUM 2019, 703 und *ders.*, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), Praxiskommentar Urheberrecht, 62022, § 51 VGG, Rn. 9).

- 1332 Hierzu exemplarisch *Drexler*, Copyright, Competition and Development, 2013, S. 266 ff. und *Heyde*, Die grenzüberschreitende Lizenzierung von Online-Musikrechten in Europa, 2011, S. 96 ff. Die Kommission verweigerte die Freistellung der Abkommen von *Santiago* und *Barcelona* und leitete ein Verfahren gegen die am *San-*

Das Modell der vertragsgetragenen paneuropäischen Lizenzierung bei einer Verwertungsgesellschaft, die zugleich Repräsentativität im Sitzland der lizenzsuchenden Partei aufweist, erinnert stark an jene Abkommen. Kultureinrichtungen werden auf die repräsentativen Verwertungsgesellschaften in ihrem Sitzland verwiesen, was einer gesetzlichen Übernahme der besagten *user's residence clauses* gleichkommt. Auf Grundlage der Gegenseitigkeitsverträge lassen sich sodann nicht nur rechtliche Hürden, die in der Territorialität der Urheberrechte wurzeln, ohne tiefgreifenden Systemeingriff in das bestehende urheberrechtliche Kollisionsrecht überwinden, auch praktisch vermag dieses System Reibungsverluste abzubauen. Denn es stellt sich nicht nur die Frage des Umgangs mit Außenseitern, die am System der kollektiven Rechtswahrnehmung insgesamt nicht teilnehmen, sondern zunächst die Frage des Umgangs mit Rechteinhabern, die einer anderen Verwertungsgesellschaft angeschlossen sind. Über die Gegenseitigkeitsverträge lässt sich nicht nur der Rechtefluss, sondern auch die Vergütung absichern.¹³³³ Zugleich ließe sich das Recht der Urheber auf Information und zum *Opt-out* durch die Zusammenarbeit der Verwertungsgesellschaften auf effiziente Weise sicherstellen. Denn erstens steht stets die – aus Sicht des Rechteinhabers – räumlich und sachlich nächste Verwertungsgesellschaft als Ansprechpartner zur Verfügung, zweitens kann eine Benachrichtigung der unmittelbar lizenzierenden Verwertungsgesellschaft erfolgen und drittens könnte selbst die Benachrichtigung einer Drittgesellschaft über den ohnehin stattfindenden Informationsfluss zwischen den Verwertungsgesellschaften berücksichtigt werden.¹³³⁴

Das wirksamste Mittel, die Kulturbestände rechtssicher europaweit zugänglich zu machen, läge jedoch in der Einführung des Ursprungslandprinzips. Art. 9 Abs. 2 DSM-RL sieht ein solches Modell vor, ist jedoch auf Werknutzungen nach Art. 8 Abs. 2 DSM-RL beschränkt und steht im Mo-

tiago-Abkommen beteiligten Gesellschaften ein (Europäische Kommission, Presseerklärung vom 3.5.2004, IP/04/586).

1333 Reibungsverluste durch die Geltendmachung doppelter Verwaltungskosten mögen bestehen.

1334 Die Informationspflichten stellen im Bereich der vergriffenen Werke grundsätzlich ein weniger drängendes Problem dar. Gemäß Art. 10 Abs. 1 Unterabsatz 2 DSM-RL wird eine zentrale Informationsstelle beim Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum eingerichtet und verwaltet. Dennoch können nach Art. 10 Abs. 2 Unterabsatz 2 weitere Informationsmaßnahmen erforderlich werden. Diese sind im Rahmen des Lizenzmechanismus nach Art. 8 Abs. 1 DSM-RL allein in dem Mitgliedstaat zu ergreifen, in dem (nicht *für den!*) um eine Lizenz nach Artikel 8 Abs. 1 ersucht wird.

dell der Lizenzlösung daher nicht zur Verfügung. Ein klares Lösungsmodell geht aus der Richtlinie nicht hervor. Art. 8 Abs. 2, Abs. 6 i.V.m. Art. 9 Abs. 1 DSM-RL scheint zugunsten einer europaweiten Öffnung der Werkbestände von einem Sitzlandprinzip auszugehen, dessen Wirkungsmechanismus nicht ganz deutlich wird. Um ein Ursprungslandprinzip mit territorialer Fiktion wie in Art. 9 Abs. 2 handelt es sich dem Wortlaut nach nicht. Möglich erscheint eine schlichte Erstreckung der Repräsentativität auf ausländische Rechte bzw. Gebiete, ohne dass dies gesondert geprüft bzw. tatsächlich begründet sein muss. Um Friktionen zu vermeiden, die aus diesem Modell hervorgehen, wäre die Zusammenarbeit der Verwertungsgesellschaften in Form von Gegenseitigkeitsverträgen jedenfalls erstrebenswert.

3) Das Ursprungslandprinzip in Art. 9 Abs. 2 DSM-RL

Zuletzt lohnt sich die nähere Betrachtung des besagten Art. 9 Abs. 2 der DSM-RL, welcher das Ursprungslandprinzip nach dem Vorbild der Sat-Kab-RL für vergriffene Werke aufgreift. Gemäß Art. 9 Abs. 2 DSM-RL gilt die Nutzung der Werke allein als in dem Mitgliedstaat erfolgt, in dem die Kultureinrichtung ihren Sitz hat. Art. 9 Abs. 2 der DSM-RL gilt ausdrücklich nur für Nutzungen im Rahmen einer nach Art. 8 Abs. 2 vorgesehen Ausnahme oder Beschränkung. Dabei geht es um eine lizenzlose Nutzung, die nur eingreift, sofern keine repräsentative Verwertungsgesellschaft zur Verfügung steht (Art. 8 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 lit. a)).

a) Das dogmatische Konzept des Ursprungslandprinzips

Entsprechend der für das Senderecht im Satellitenrundfunk entwickelten Bogsch-Theorie gilt auch für Internetsachverhalte, dass ein Eingriff in das Verwertungsrecht des § 19a UrhG grundsätzlich kumulativ im Staat der tatbestandlichen Handlung und im Staat der Abrufbarkeit erfolgt.¹³³⁵ Auch für die Kultureinrichtungen geht es hier um die öffentliche Zugänglichkeit im Internet (auf nicht-kommerziellen Internetseiten nach Art. 8 Abs. 2 lit. b) DSM-RL), womit eine rechtliche Absicherung für die jeweilige

¹³³⁵ Dreier, in: Dreier/Schulze (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, ⁶2018, Vor. §§ 120 ff. Rn. 41; Drexler, in: von Hein (Hrsg.), MüKo IPR II, ⁸2021, Rom II-VO Art. 8 Rn. 297 ff.

Nutzung in allen Mitgliedstaaten erforderlich würde, in denen Werkbestände abrufbar sind.

Zur Vereinfachung der grenzüberschreitenden Zugänglichmachung vergriffener Werke durch Kultureinrichtungen ohne Lizenz bedient sich die DSM-Richtlinie nun eines sehr einfachen Tricks: Statt das Problem auf kollisionsrechtlicher Ebene anzugehen, gestaltet der europäische Gesetzgeber das Sachrecht in seinem internationalen Bezug aus. Die einschlägigen Nutzungshandlungen gelten nur als in dem Mitgliedstaat erfolgt, in welchem die Kultureinrichtung ihren Sitz hat. Dieser Mechanismus hat bereits bei der SatKab-RL von 1993 funktioniert. Das Schutzlandprinzip, wie es sich in Art. 8 Abs. 1 Rom-II-VO findet, bleibt weiterhin bestehen. Der Kläger wählt, indem er sich auf Immaterialgüterschutz für ein bestimmtes Gebiet beruft, mit seinem Vortrag das anwendbare Recht. Erst auf zweiter Ebene – der Ebene des Sachrechts – kommt es darauf an, ob auch eine verbotene Nutzungshandlung im Territorium des Schutzlandes vorliegt.¹³³⁶ Der vernünftige Kläger wird diese zweite Ebene, welche künftig vom Ursprungslandprinzip beherrscht sein wird, bereits bei der „Wahl der *lex loci protectionis*“ berücksichtigen; er wird sich also nur auf den Schutz derjenigen Rechtsordnung berufen, für welche eine Verletzung tatsächlich in Betracht kommt. Mit anderen Worten: Auf das Internationale Privatrecht kommt es nicht mehr an. Egal welches nationale Recht nach den IPR-Regeln zur Anwendung kommt, materiell betroffen ist durch die Onlineveröffentlichung einer Kultureinrichtung allenfalls das Recht eines Mitgliedstaates – des Staates, in welchem die jeweilige Kultureinrichtung ihren Sitz hat.¹³³⁷ Das Ursprungslandprinzip, wie es sich im Bereich der Satellitensendungen und nun auch bei den vergriffenen Werken wiederfindet, entzieht damit eine internationale Tätigkeit ihrem internationalen Kontext und vermeidet auf diese Weise Rechtskonflikte, die sich aus der Territorialität des Urheberrechts ergeben.¹³³⁸ Es handelt sich um eine sachrechtliche Fiktion mit Wirkung auf die territoriale Reichweite einer urheberrechtlichen Nutzungshandlung.

1336 Drexler, in: von Hein (Hrsg.), MüKo IPR II, 82021, Rom II-VO Art. 8 Rn. 12.

1337 Für das Sendelandprinzip Dreier, in: Dreier/Schulze (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, 72022, § 20a, Rn. 3; Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 102021, Rn. 1170.

1338 Siehe insgesamt Sutterer, in: Hennemann/Sattler (Hrsg.), Immaterialgüter und Digitalisierung, 2017, S. 145, 150, 151; Sutterer, ZUM-RD 2017, 301, 306 Auch zu Rückwirkungen auf die Internationalen Zuständigkeit.

b) Grenzen des Ursprungslandprinzips in Art. 9 Abs. 2 DSM-RL

Worin die Erleichterung für grenzüberschreitende Nutzungen durch Einführung des Ursprungslandprinzips konkret liegen soll, erscheint zunächst unklar. Das Sendelandprinzip der SatKab-RL (umgesetzt in § 20a UrhG) und das Ursprungslandprinzip in Art. 3 Abs. 1 der SatKab-Online-RL (RL 2019/790/EU) dienen vor allem der Erleichterung der Lizenzierung für grenzüberschreitende Nutzungen. Entsprechend ist der Anwendungsbereich (bzw. Tatbestand) sehr weit formuliert. Im Rahmen der SatKab-RL genügt nach Art. 1 Abs. 2 lit. b) die öffentliche Wiedergabe über Satellit; in Art. 3 Abs. 1 der SatKab-Online-RL findet sich schon ein sehr viel engerer Tatbestand. Voraussetzung ist insbesondere, dass es sich um eng umschriebene Programmarten handelt und ein „ergänzender Online-Dienst“ eines Sendeunternehmens Gegenstand der Online-Zugänglichmachung ist.

Art. 9 Abs. 2 der DSM-RL verweist dagegen auf Nutzungen, die im Rahmen der Ausnahme nach Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie stattfinden. Die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen nach Art. 8 Abs. 2 DSM-RL wird damit selbst zur Voraussetzung der Anwendung des Ursprungslandprinzips. Um eine Auflösung des Problems der territorialen Bestimmung u.a. des Merkmals *Vergriffensein* der Werke¹³³⁹ kann es also nicht gehen, denn die Eingangskriterien die erfüllt werden müssen, um die Rechtfolge des Art. 9 Abs. 2 DSM-RL (*territoriale Fiktion*) auszulösen, decken sich mit den Kriterien, vor deren kumulativer Anwendbarkeit Art. 9 Abs. 2 DSM-RL schützen könnte. Was allein ersetzt und somit der territorialen Fiktion zugeführt werden kann, ist das Merkmal des *nicht Vorhandenseins einer repräsentativen Verwertungsgesellschaft* nach Art. 8 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 lit. a) DSM-RL. Sobald also eine repräsentative Verwertungsgesellschaft im Sitzland der Kulturinstitution fehlt, können unter den weiteren Voraussetzungen des Art. 8 Abs. 2 DSM-RL (die grundsätzlich in jedem Mitgliedstaat erfüllt sein müssen, in welchem die Werke zugänglich gemacht werden) die Werkbestände der Kultureinrichtung EU-weit zugänglich gemacht werden.

1339 Die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen nach Art. 8 Abs. 2 DSM-RL – maßgeblich die Qualifikation als Einrichtung des Kulturerbes, die Qualifikation des Verbreitungsgegenstands als vergriffen, die Nichtkommerzialität des Zwecks und der Internetseite über welche der Werkzugang erfolgen soll und schließlich die Nennung des Rechteinhabers (soweit möglich) – ist Eingangstor (Voraussetzung) zum Ursprungslandprinzip.

Das Ursprungslandprinzip löst die Probleme der territorialen Bestimmung des *Vergriffenseins* daher nicht. Dies ist jedoch auch nicht möglich, da es sich um eine faktische Frage handelt, die sich von Land zu Land unterschiedlich beurteilen kann. Ein Werk kann in einem Mitgliedstaat vergriffen sein, muss dies aber nicht in einem anderen Mitgliedstaat sein.¹³⁴⁰ Was hingegen gelöst wird, ist die Frage des territorialen Bezugspunkts der Repräsentativität. Sie muss im Schrankenmodell nach Art. 8 Abs. 2 und 3 DSM-RL nur einmal, und zwar im Sitzland der Kultureinrichtung geprüft werden. Dies lässt sich auch auf die Interpretation des Sitzlandprinzips in Art. 8 Abs. 1, Abs. 6 i.V.m. Art. 9 Abs. 1 DSM-RL übertragen. Denn aus systematischer Sicht lässt sich hieraus schließen, dass durch Art. 9 Abs. 2 das Modell der Nutzung ohne Lizenz, dem Modell der Nutzung mit Lizenz angeglichen werden soll. Die Lizenzsuche soll in beiden Fällen nur einmal, und zwar im Sitzland der Kultureinrichtung notwendig werden.¹³⁴¹

E. Ergebnis

Bei gesetzlichen Vermutungen und anderen Mechanismen der Wahrnehmung von Rechten ohne Zustimmung der Rechteinhaber handelt es sich um schrankenähnliche Mechanismen, die grundsätzlich dem Recht desje-

¹³⁴⁰ Interessant ist insoweit ein Vergleich mit der älteren Regelung zu den verwaisten Werken, wo der europäische Gesetzgeber den Ort der Suche nach dem Rechteinhaber selbst festgelegt hat (Art. 3 RL 2012/28/EU). In Art. 4 der Verwaiste-Werke-RL wird sodann ausdrücklich die unionsweite Anerkennung des Status des *Verwaistseins* des Werkes angeordnet: „Ein Werk [...], das [...] in einem Mitgliedstaat als verwaistes Werk gilt, gilt in allen Mitgliedstaaten als verwaistes Werk. Dieses Werk [...] kann [dann] in allen Mitgliedstaaten genutzt werden und es kann auf dies[s] zugegriffen werden.“ Der Unterschied liegt wie oben beschrieben darin, dass der Status des *Verwaistseins* einheitlich betrachtet werden kann, wohingegen der Status des *Vergriffenseins* vom jeweiligen Markt abhängig ist (wobei eine Vermutung besteht, dass ein Werk, das in einem Mitgliedstaat vergriffen ist (besonders, wenn dies der Staat der Erstveröffentlichung ist), auch in anderen Mitgliedstaaten nicht mehr auf üblichen Vertriebswegen erhältlich ist – zwingend ist dies aber nicht.). Siehe hierzu auch *Sutterer*, ZUM 2022, 422, unter V.3.

¹³⁴¹ So im Ergebnis wohl auch *Staats*, ZUM 2019, 703, 707 f. Argumentativ lässt sich das auf einen Erst-Recht-Schluss stützen. Denn wenn eine Kultureinrichtung ohnehin nur in ihrem Sitzland nach einer repräsentativen Verwertungsgesellschaft suchen muss, und – sofern diese nicht vorhanden ist – dies auch die Suche im Ausland ersetzt (bei gleichzeitiger EU-weiter Zugänglichmachung), so muss dies erst recht für die Lizenzlösung gelten, da sie der Zugänglichmachung mehr Legitimität vermittelt. Mit weiteren Argumenten *Sutterer*, ZUM 2022, 422, 429.

nigen Staates unterfallen, in welchem eine Nutzung auf dieser Basis stattfindet (*lex loci protectionis*). Die VG-RL nimmt keinen Einfluss auf das Internationale Privatrecht in diesem Bereich und führt auch nicht durch sonstige Anerkennungsprinzipien zu Binnenmarkterleichterung zugunsten derjenigen Verwertungsgesellschaften, die erweiterte kollektive Lizenzen vergeben wollen.¹³⁴² Die VG-RL regelt den Gegenstand der erweiterten kollektiven Lizenzen nicht (Erwägungsgrund 12).

Hingegen sind erweiterte kollektive Lizenzen Regelungsgegenstand der DSM-RL. Diese ermöglicht in Art. 12 zunächst nationale Initiativen im Hinblick auf Vermutungen und sonstige Mechanismen der erweiterten Geltung von kollektiven Lizenzen. Eine europäische Lösung war notwendig, da bestehende Modelle teilweise nicht in Einklang mit der InfoSoc-RL standen.¹³⁴³ Die territoriale Beschränkung der Geltung derartiger Modelle auf das Hoheitsgebiet des rechtssetzenden Mitgliedstaates wird in Art. 12 Abs. 1 S. 1 DSM-RL sogleich bestätigt. Problematisch erscheint jedoch insbesondere der Bezugspunkt der Repräsentativität. Zunächst ist die Frage der Repräsentativität ebenfalls eine des Rechts des Nutzungslands einer erweiterten kollektiven Lizenz. In materiell-rechtlicher Hinsicht wird sie sich aber soweit wie möglich nach dem Lizenzgegenstand richten, wozu auch Diskriminierungsverbote verpflichten können. Gegenseitigkeitsverträge sind dazu geeignet, Friktionen zu vermeiden und der Repräsentativität ein tragendes Fundament zu geben.

Schwieriger zu beurteilen sind die territorialen Bezugspunkte innerhalb der europäischen Regulierung des Zugangs zu vergriffenen Werken nach Art. 8 ff. DSM-RL. Zwei Modelle sind in der Richtlinie zu unterscheiden: Während das Grundmodell mit einer erweiterten kollektiven Lizenz – aufbauend auf die Lizenzierung durch repräsentative Verwertungsgesellschaften – arbeitet, setzt das subsidiäre Hilfsmodell auf eine lizenzfreie Nutzung, was die Einführung einer formellen Schranke erforderte. Kollisionsrechtlicher Ausgangspunkt ist auch im Bereich der vergriffenen Werke die *lex loci protectionis*. Dabei ergeben sich jedoch Unsicherheiten im Hinblick auf den räumlichen Bezugspunkt einzelner Tatbestandsmerkmale. So scheint eine weitreichende Anerkennung ausländischer Entscheidungen zugunsten einer möglichst einfachen Zugänglichmachung der Werkbestände im Binnenmarkt in der Richtlinie angelegt zu sein.

1342 Ausgenommen sind hier administrative Erleichterung.

1343 Siehe EuGH, C-301/15, ECLI:EU:C:2016:878 – *Soulier und Doke*.

Im Lizenzmodell stellen sich Anerkennungsfragen vor allem für den Status des *Vergriffenseins* und der Repräsentativität. Zumindest hinsichtlich der Frage der Repräsentativität scheint die Richtlinie doch deutlich eine Konzentration auf das Sitzland der Kultureinrichtungen vorzusehen. Drohende Friktionen lassen sich auch hier am besten durch ein umfassendes Netz an Gegenseitigkeitsverträgen auflösen. In Art. 9 Abs. 2 DSM-RL wird schließlich das Ursprungslandprinzip in Form einer territorialen Fiktion eingeführt; die Nutzung der Werke gilt allein als in dem Mitgliedstaat erfolgt, in dem die Kultureinrichtung ihren Sitz hat. Dieses Modell ersetzt praktisch aber nur die Suche nach einer potentiell repräsentativen Verwertungsgesellschaft im Ausland. Besteht keine repräsentative Verwertungsgesellschaft im Sitzland der Kultureinrichtung, kann diese sich für die Zugänglichmachung ihrer Werkbestände in der gesamten EU auf die Schranke in Art. 8 Abs. 2 DSM-RL stützen – unter dem Vorbehalt, dass die üblichen Voraussetzungen der Schranke dort jeweils erfüllt sind. Auch dies spricht schließlich für eine Anwendung des Sitzlandprinzips zugunsten des Status einer Verwertungsgesellschaft im Hinblick auf ihre Repräsentativität bei einer Lizenzierung nach Art. 8 Abs. 1 DSM-RL.