

§ 8 Die Erweiterte Kollektive Lizenz vs. Internationales Recht

A. Einleitung

Im folgenden Kapitel soll die EKL vor dem Hintergrund der konventionsrechtlichen Vorgaben kritisch beleuchtet werden. Vorab erscheint es angezeigt, kurz auf die besonderen Auslegungsmethoden des Völkerrechts einzugehen. Zentrale Bedeutung kommt hierbei den Art. 31–33 des *Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge* (WÜRV) zu, das nähere Bestimmungen über die Vertragsauslegung völkerrechtlicher Verträge enthält.¹⁴⁸⁶

Nach Art. 31 WÜRV ist ein Vertrag „nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung“ und „im Lichte seines Ziels und Zweckes“ auszulegen. Davon erfasst sind neben dem Vertragswortlaut auch die Präambel und die Anlagen. Art. 32 WÜRV erlaubt darüber hinaus die Nutzung *ergänzender Auslegungsmittel*, wenn nach der Auslegung gem. Art. 31 die Bedeutung mehrdeutig oder unklar bleibt oder zu einem

1486 Es könnte schon fraglich sein, ob die Bestimmungen des WÜRV überhaupt auf die entsprechenden Konventionen (RBÜ, TRIPS, WCT, WPPT) anwendbar sind. Denn nach Art. 4 des WÜRV findet das Übereinkommen nur Anwendung auf völkerrechtliche Verträge, die geschlossen wurden, *nachdem* das Übereinkommen in Kraft getreten ist (was am 27. Januar 1980 geschah). Auf die RBÜ wäre das Übereinkommen daher, da die letzte (Pariser) Fassung aus dem Jahre 1971 stammt, nicht mehr anwendbar. Mit Bezug auf TRIPS, WCT und WPPT besteht dieses Problem zwar nicht (denn diese Verträge sind alle nach 1980 in Kraft getreten), doch müssen für eine Anwendung des WÜRV die Mitgliedstaaten dieser völkerrechtlichen Vereinbarungen auch dem WÜRV beigetreten sein. Allerdings ist anerkannt, dass insbesondere die Auslegungsregeln in Art. 31 und 32 WÜRV *Völkergewohnheitsrecht kodifizieren* und insofern für die Auslegung der genannten Verträge Berücksichtigung finden können. Auf die Auslegungsregeln kann daher im Folgenden zurückgegriffen werden. Siehe RICKETSON, *WIPO Study on Limitations and Exceptions*, S. 5; RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights* (Vol. I), Rn. 5.15; vgl. auch – mit Blick auf das TRIPS-Abkommen – Art. 3 (2) S. 2 *Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes*, wonach bei einem Streitschlichtungsverfahren im Rahmen der WTO-Vereinbarungen die Aufgabe des Streitschlichtungspanels u.a. sei „to preserve the rights and obligations of Members under the covered agreements, and to clarify the existing provisions of those agreements in accordance with customary rules of interpretation of public international law.“

sinnwidrigen oder unvernünftigen Ergebnis führen würde. Als ergänzende Auslegungsmittel werden insbesondere die Vorarbeiten und die Umstände des Vertragsschlusses verstanden.¹⁴⁸⁷ Auf die ergänzenden Auslegungsmittel kann also immer dann zurückgegriffen werden, wenn die Auslegung nach Art. 31 WÜRV zu keinem eindeutigen Ergebnis führt. Aber selbst bei Eindeutigkeit einer Auslegung muss eine Berücksichtigung der Umstände und Vorarbeiten nicht ausgeschlossen sein.¹⁴⁸⁸ Weicht die Auslegung nach Art. 32 allerdings klar von jener gem. Art. 31 ab, so ist – aufgrund des subsidiären Charakters – der letzteren der Vorzug zu geben.¹⁴⁸⁹

B. Revidierte Berner Übereinkunft (RBÜ)

Der Schutzhalt der RBÜ als eine der wichtigsten völkerrechtlichen Verträge des internationalen Urheberrechts bestimmt sich in dreifacher Hinsicht. Zum einen wird über den *Grundsatz der Inländergleichbehandlung* nach Art. 5 (1) RBÜ allen Urhebern aus anderen Verbandstaaten grundsätzlich der gleiche, aktuelle und zukünftige Schutz wie den Urhebern des Landes garantiert, für dessen Gebiet der Schutz beansprucht wird.¹⁴⁹⁰ Zum zweiten statuiert die RBÜ bestimmte *Mindestrechte*, d.h., jeder Mitgliedstaat der Übereinkunft muss ausländischen Urhebern bestimmte Rechte als Minimalschutz zwingend gewähren. Schließlich darf in allen Verbandstaaten mit Ausnahme des Ursprungslands der Schutz nicht von der Erfüllung irgendwelcher Förmlichkeiten abhängig gemacht werden (*Formalitätenverbot*).

Auf die Inländergleichbehandlung, die Mindestrechte und das Formalitätenverbot kann sich ein Urheber nur *außerhalb des Ursprungslandes* berufen, es sei denn, der Urheber lässt sein Werk in einem anderen Ver-

1487 DÖRR/SCHMALENBACH/DÖRR, *Vienna Convention of the Law of Treaties*, Article 32 Rn. 10 ff., Rn. 21 ff.

1488 Siehe DÖRR/SCHMALENBACH/DÖRR, *Vienna Convention of the Law of Treaties*, Article 32 Rn. 27; SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 102 f.

1489 DÖRR/SCHMALENBACH/DÖRR, *Vienna Convention of the Law of Treaties*, Article 32 Rn. 35; SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 103.

1490 Ausnahmen von dem Grundsatz der Inländergleichbehandlung finden sich etwa für das Folgerecht (Art. 14ter (2) RBÜ) oder im Falle des Schutzfristenvergleichs (Art. 7 (8) RBÜ); eingehend RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights (Vol. I)*, Rn. 6.98.

bandsstaat als seinem Heimatland erscheinen.¹⁴⁹¹ Ein Mitgliedstaat muss also für seine eigenen Urheber die Mindestrechte nicht vorsehen, solange er den Urhebern aus anderen Verbundsstaaten diese Rechte gewährt. Auch beim Formalitätenverbot kann ein Staat bei einem rein nationalen Bezug strengere Voraussetzungen für seine eigenen Urheber festlegen.¹⁴⁹² Alle skandinavischen Länder haben als Mitglieder der RBÜ deren Vorgaben zu erfüllen.¹⁴⁹³

Mit Bezug auf die EKL können sowohl der Inländergrundsatz, das Formalitätenverbot als auch die Mindestrechte Bedeutung erlangen. Denn die EKL weist keinen rein nationalen Bezug auf, betrifft also nicht nur die Rechte von einheimischen Urhebern, sondern berührt über die Erstreckung die Rechte *aller* außenstehenden Urheber, unabhängig davon, ob das EKL-anwendende Land deren Ursprungsland ist oder nicht.

I. Inländergleichbehandlung

1. EKL und Inländergleichbehandlungsgrundsatz

Nach Art. 5 (1) RBÜ genießen die Urheber in allen Verbundsländern mit Ausnahme des Ursprungslandes die Rechte, die die einschlägigen Gesetze den inländischen Urhebern gewähren oder in Zukunft gewähren werden.¹⁴⁹⁴ Im Kern beinhaltet Art. 5 (1) RBÜ damit ein *Diskriminierungsverbot*.¹⁴⁹⁵ Die Verbundsstaaten sind verpflichtet, die im nationalen Urheberrecht vorgesehenen Rechte auch den Urhebern anderer Verbundsstaaten zwingend und unterschiedslos zu gewähren.

Auf die in den skandinavischen Urheberrechtsgesetzen vorgesehenen Rechte¹⁴⁹⁶ dürfen sich die Urheber aus den anderen Verbundsstaaten beru-

1491 MASOUYÉ, *Kommentar zur Berner Übereinkunft*, Rn. 5.8; vertieft HILTY, in: FS Berner Übereinkunft und die Schweiz, S. 210 ff.

1492 PAULI, *Berner Übereinkunft*, Rn. 6.

1493 Norwegen trat am 13. April 1896, Dänemark am 13. Juni 1903, Schweden am 8. Juli 1904, Finnland am 23. März 1928 und Island am 30. Juni 1947 der Berner Übereinkunft bei.

1494 Vgl. auch Art. 5 Rom-Abkommen; Art. 3 TRIPS.

1495 SÄCKER/RIXECKER/DREXL, *MüKo BGB*, Band 11: Internationales Immaterialgüterrecht, Rn. 40.

1496 Es ist umstritten, ob auch gesetzliche Vergütungsansprüche als „Rechte des Urhebers“ im Sinne des Art. 5 (1) RBÜ anzusehen sind; siehe etwa NORDEMANN/

fen.¹⁴⁹⁷ Mit Blick auf die EKL könnte problematisch sein, dass über die gesetzliche Erstreckung die Rechte von Nichtmitgliedern ebenfalls eingeraumt werden. Außenstehende Urheber sind dabei grundsätzlich *schlechter gestellt*, da sie die Verwertungsgesellschaft nicht mit der Wahrnehmung beauftragt haben und als Nichtmitglieder gegen diese grundsätzlich keine Ansprüche geltend machen können. Nichtmitglieder können aber sowohl inländische als auch ausländische Urheber sein.¹⁴⁹⁸ Da nun die jeweiligen nordischen Verwertungsgesellschaften zumindest überwiegend nationale Urheber vertreten, ist es umso wahrscheinlicher, dass es sich bei den außenstehenden Rechteinhabern vornehmlich um *ausländische Urhe-*

VINCK/HERTIN, *International Copyright*, Art. 5 BC Rn. 2; KARNELL, in: FS Hjerner, S. 277 ff.; v. LEWINSKI, *International Copyright Law & Policy*, Rn. 7.27 ff.; zum Streitstand: KATZENBERGER/NÉRISSON, GRUR Int. 2011, 292 ff.; WINGHARDT, GRUR Int. 2001, 996, 999 ff. Verneint man dies mit der h.M., dann wäre ein Verbandsstaat bei der Verteilung nicht zu einer Gleichbehandlung zwischen Inländern und Ausländern verpflichtet. Bei einer EKL kommt es hingegen zu einer Verteilung, die aus der *kollektiven Verwertung von Ausschließlichkeitsrechten* resultiert, sodass zweifellos Art. 5 (1) RBÜ anwendbar ist.

1497 Siehe § 88 UrhG-D i.V.m. §§ 2-5 *Bekendtgørelse om anvendelsen af ophavsretssloven i forhold til andre lande*, BEK nr 218 v. 09. März 2010; § 62 UrhG-S i.V.m. §§ 2-5 *Internationell upphovsrättsförordning (1994:193)*.

1498 Der Inländergleichbehandlungsgrundsatz verbietet eine Ungleichbehandlung des Schutzes zwischen inländischen Urhebern und Urhebern anderer Verbandsstaaten, nicht aber eine Ungleichbehandlung der inländischen Rechteinhaber untereinander. Fraglich könnte daher sein, ob es einen Unterschied macht, wenn die Ungleichbehandlung, welche in der fehlenden Mitgliedschaft in der Verwertungsgesellschaft wurzelt, sowohl Inländer als auch Ausländer (als Nichtmitglieder) trifft, mithin eine Ungleichbehandlung nicht unmittelbar auf die Rechteinhaber anderer Staaten abzielt. Die Folge wäre, dass eine mögliche Inländerungleichbehandlung schon von vorneherein ausscheidet. Siehe WINGHARDT, GRUR Int. 2001, 1000 ff., der diesen Gedanken mit Bezug auf die kollektive Wahrnehmung urheberrechtlicher Vergütungsansprüche und den damit verbundenen Kultur- und Sozialabzügen diskutiert und es letztlich verneint, dass bei einer „mittelbar faktischen Diskriminierung“ eine Inländerungleichbehandlung im Sinne der Konventionen gegeben sei (ähnlich und bezogen auf die EKL wohl auch der Gedanke in NOU 1988:22, S. 25). Die Tatsache, dass auch eine Gruppe von Inländern ebenfalls von dem Abschluss einer EKL-Vereinbarung betroffen ist, kann nicht darüber hinweghelfen, dass eben auch die Werke ausländischer Urheber von der Erstreckung betroffen sind. Andernfalls könnte sich ein Staat sehr leicht seiner Verpflichtung aus Art. 5 (1) RBÜ entziehen, indem eine (kleine) Gruppe von inländischen Urhebern ebenfalls ungleich behandelt wird. Vgl. hierzu auch (allerdings bezogen auf das europäische Diskriminierungsverbot) EuGH, Urteil v. 16.01.2003, Rs. C-388/01, Rn. 14 (NVwZ 2003, 459 ff.).

ber handeln dürfte und mit Bezug auf diese ein Verstoß gegen Art. 5 (1) RBÜ möglich ist.¹⁴⁹⁹ So besteht die Gefahr, dass die Verwertungsgesellschaft, welche vorwiegend die Rechte und Interessen nationaler Urheber vertritt, nicht gleichermaßen die Rechte und Interessen von Rechteinhabern anderer Verbandsstaaten repräsentiert,¹⁵⁰⁰ womit eine *faktische Schlechterstellung* von ausländischen gegenüber inländischen Urhebern zumindest nicht ausgeschlossen erscheint.¹⁵⁰¹

In Norwegen waren diese Bedenken interessanterweise bei der Einführung der EKL zur Vervielfältigung in Bildungseinrichtungen so groß, dass von einer *Anwendung der EKL auf ausländische Werke* zunächst abgesehen wurde.¹⁵⁰² Das Gesetz, welches nur von 1979 bis 1985 „vorläufig“ zur Anwendung kam, sah eine Erstreckung einer Kollektivvereinbarung nur auf *norwegische* Werke vor.¹⁵⁰³ Eine Bildungseinrichtung konnte daher nur eine Lizenz für die Nutzung nationaler (norwegischer) Werke bekommen, wohingegen die Werke von ausländischen Urhebern nicht genutzt werden durften.

Eine beschränkte Anwendung der EKL auf die Werke von inländischen Urhebern mag insofern Abhilfe verschaffen, da ein Verstoß gegen Art. 5 (1) RBÜ so nicht mehr besteht. Denn die Rechte von Urhebern aus anderen Verbandsstaaten können nicht Teil des EKL-Systems werden und stehen den Berechtigten im Rahmen des nationalen Schutzmangels damit uningeschränkt zur individuellen oder kollektiven Wahrnehmung zur Verfügung.

-
- 1499 Bei der Vereinbarkeit mit Art. 18 AEUV ist hingegen einzige die Frage einer Ungleichbehandlung zwischen nationalen Rechteinhabern und Rechteinhabern aus anderen EU-Staaten von Relevanz, wobei hier analog vermutet werden kann, dass es sich bei den außenstehenden Rechteinhabern hauptsächlich um Urheber aus anderen Ländern der EU als um nationale Urheber handeln dürfte.
- 1500 So schon *Prop. 1979/80:132*, 16; RIIS/SCHOVSBO, Col. J. of Law & the Arts 2010, 490 f.; AXHAMN/GUIBAULT, *Cross-border extended collective licensing*, S. 45; siehe auch KARNELL, EIPR 1991, 435.
- 1501 Anders wohl CHRISTIANSEN, EIPR 1991, 349, der die Gefahr eines möglichen Konflikts der EKL mit Art. 5 (1) RBÜ schon gar nicht für gegeben hält.
- 1502 Siehe *NOU 1988:22*, S. 22, 42; KUR, GRUR Int. 1981, 447; ROGNSTAD, NIR 2012, 628.
- 1503 *Midlertidige lov av 8. Juni 1979 nr. 40*. Konkret waren nur Werke von norw. Staatsbürgern oder von Personen, die in Norwegen wohnten, sowie Werke, die zuerst in Norwegen oder in einem anderen Land und gleichzeitig in Norwegen erstmalig veröffentlicht wurden, von einer Erstreckung erfasst (*NOU 1988:22*, S. 22).

Eine solche Lösung führt jedoch im Ergebnis zu einem *zweigleisigen Schutzniveau*: Ein Verbandsstaat gewährt einerseits allen Urhebern aus anderen Verbandsstaaten den uneingeschränkten Schutz, während der Schutz seiner inländischen Urheber durch die EKL begrenzt wird.¹⁵⁰⁴ Diese Vorgehensweise droht die Angleichung des Schutzniveaus, auf das die internationalen Konventionen ausgerichtet sind, zu konterkarieren.¹⁵⁰⁵ Zwar lässt die RBÜ gerade die nationale Gesetzgebung unberührt, den Schutzumfang im Ursprungsland des Werkes festzulegen.¹⁵⁰⁶ Doch wird ein Verbandsstaat gewöhnlich kaum gewillt sein, seinen eigenen Urhebern einen anderen (geringeren) Schutz zu gewähren als den Urhebern aus anderen Verbandsstaaten.¹⁵⁰⁷ Zu Recht haben die anderen skandinavischen Länder schon aus diesem Grund eine solche Wirkungsbegrenzung nie erwogen.¹⁵⁰⁸ Mit einer unbegrenzten Anwendung der EKL bleibt freilich eine mögliche faktische Schlechterstellung von ausländischen gegenüber inländischen Urhebern weiterhin bestehen.¹⁵⁰⁹

-
- 1504 Kritisch daher zur damaligen norw. Lösung KARNELL, Col. J. of Law & the Arts (1985-1986), 75 f.; DERS., NIR 1981, 260.
- 1505 KARNELL, Col. J. of Law & the Arts (1985-1986), 75 f.; DERS., NIR 1981, 260.
- 1506 MASOUYÉ, *Kommentar zur Berner Übereinkunft*, Rn. 5.8; siehe auch NOU 1988:22, S. 21.
- 1507 RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights (Vol. I)*, Rn. 6.90; HILTY, in: FS Berner Übereinkunft und die Schweiz, S. 217; v. LEWINSKI, *International Copyright Law & Policy*, Rn. 5.30.
- 1508 Vgl. NOU 1988:22, S. 22. Auch Norwegen sah dann später von einer solch begrenzten Anwendung ab und ließ im Jahre 1985 eine Erstreckung von Kollektivvereinbarungen auch auf die Werke von ausländischen Urhebern zu. Man sah ein, dass nur eine uneingeschränkte Anwendung des erweiterten Effekts ein effektives Funktionieren der EKL ermöglichte. Gleichwohl blieben seitens des norw. Justizministeriums Zweifel an einer Vereinbarkeit mit der RBÜ bestehen; siehe NOU 1988:22, S. 22; siehe auch ROGNSTAD, NIR 2012, 628.
- 1509 Eine Schlechterstellung von ausländischen Urhebern bei der EKL könnte auch dadurch reduziert werden, dass sich die Verwertungsgesellschaft darum bemüht, Gegenseitigkeitsvereinbarungen mit entsprechenden ausländischen Verwertungsgesellschaften zu schließen. Zur Erfüllung einer ausreichenden Repräsentativität kann die nordische Verwertungsgesellschaft sogar dazu verpflichtet sein, sich ein großes Repertoire an ausländischen Werken zu verschaffen. Sofern diese Vereinbarungen auch eine gegenseitige Rechteeinräumung vorsehen, besteht eine Ungleichbehandlung mit Bezug auf die von der ausländischen Verwertungsgesellschaft vertretenen Rechteinhaber nicht mehr, da jene keine „Außenseiter“ mehr sind. Da eine Verwertungsgesellschaft aber niemals das Weltrepertoire über Gegenseitigkeitsverträge wahrnehmen können wird, bleibt das

2. Gleichbehandlung von Mitgliedern und Nichtmitgliedern

Die Frage einer möglichen Ungleichbehandlung zwischen inländischen und ausländischen Urhebern stellt sich auch bei der *Verwertungsgesellschaftspflicht*. Hier wird es für ausreichend erachtet, dass Nichtmitgliedern und Mitgliedern die gleichen Rechte eingeräumt werden, einschließlich der Möglichkeit für einen außenstehenden Urheber, Mitglied bei der Verwertungsgesellschaft zu werden und auf deren Tätigkeit Einfluss zu nehmen.¹⁵¹⁰

Anders als bei der Verwertungsgesellschaftspflicht sind bei einer EKL die Urheber nicht unmittelbar und von vornherein betroffen. Solange keine EKL-Vereinbarung zustande gekommen ist, können alle Rechteinhaber ihre Rechte kollektiv oder individuell wahrnehmen.

Des Weiteren kann – je nach Umfang der EKL-Bestimmung und der EKL-Vereinbarung – nur ein bestimmter Teil an außenstehenden Rechteinhabern betroffen sein, wobei hiervon auch nur ein geringer Teil aus einem anderen Land kommen muss. Doch selbst, wenn nur das Werk eines einzigen Urhebers aus einem anderen Verbandsstaat aufgrund einer EKL-Vereinbarung genutzt wird, ist eine Gleichbehandlung zwischen ihm und den inländischen Rechteinhabern (also überwiegend den Mitgliedern) erforderlich.

Ebenso wie bei der Verwertungsgesellschaftspflicht ist es darum mit Blick auf Art. 5 (1) RBÜ geboten, dass die Nichtmitglieder mit Bezug auf die Rechte und Pflichten gegenüber der Verwertungsgesellschaft den Mitgliedern *gleichgestellt* sind, wie es dann richtigerweise auch beinahe alle EKL-Bestimmungen vorsehen. Dies gilt insbesondere mit Bezug auf die Nutzungsdocumentation, das Inkasso, die Verteilung der Vergütung und andere Vergünstigungen, die die Verwertungsgesellschaft als Gegenleistung vom Nutzer erhält und anschließend an die Berechtigten ausschüttet.¹⁵¹¹

Problem einer faktischen Schlechterstellung der Nichtmitglieder aus anderen Verbandsstaaten weiterhin bestehen.

1510 Siehe v. LEWINSKI, *Mandatory Collective Administration*, S. 12; siehe schon oben, bei § 5 G IV 1 b.

1511 FICSOR, in: Gervais (Hg.), *Collective Management*, S. 74.

3. Abzug für kulturelle und soziale Zwecke

Wenn ein gewisser Teil der Ausschüttungen *für kollektive Zwecke* verwendet wird und damit in Leistungen fließt, auf die nur Mitglieder der Verwertungsgesellschaft einen Anspruch haben, so muss sich ein außenstehender Rechteinhaber trotz bzw. gerade wegen der Gleichbehandlung mit dem Verteilungsschlüssel und den damit verbundenen möglichen Abzügen abfinden. Zwar trifft ein solcher Abschlag Nichtmitglieder und Mitglieder gleichermaßen.¹⁵¹² Gleichwohl bleibt das Problem bestehen, dass außenstehenden (ausländischen) Urhebern allgemeine Förderleistungen versperrt sind, da sie oftmals aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit oder ihres gewöhnlichen Aufenthaltsortes schon kein Mitglied der jeweiligen nordischen Verwertungsgesellschaft werden können.

Ein pauschaler Abzug eines bestimmten Teils der Einnahmen, die für eigene Förder-, Kultur- oder Sozialleistungen verwendet werden, ist allerdings seit Jahren gängige Praxis von Verwertungsgesellschaften in den kontinentaleuropäischen Ländern und scheint insoweit internationale Akzeptanz erfahren zu haben.¹⁵¹³ Mit Bezug auf die EKL existiert diese „Praxis“ aber allenfalls in den nordischen Ländern.¹⁵¹⁴ Es erscheint äußerst zweifelhaft, ob ein Abzug von Geldern für kollektive Zwecke, der aus einer Lizenzierung eines erweiterten Repertoires erfolgt, noch gerechtfer-

1512 Siehe dazu – im Zusammenhang mit der kollektiven Wahrnehmung von urheberrechtlichen Vergütungsansprüchen – WINGHARDT, GRUR Int. 2001, 1000 ff.

1513 Näher KATZENBERGER/NÉRISSON, GRUR Int. 2011, 288 ff.; MELICHAR, IIC 1991, 53 ff.; WINGHARDT, GRUR Int. 2001, 998 ff.; MATULIONYTÉ, The Journal of World Intellectual Property 2009, 481; siehe auch DILLENZ, GRUR Int. 1988, 913 ff.; FICSOR, *Collective Management*, Rn. 428. Zu differenzieren ist zwischen Abzügen, die im Rahmen gesetzlicher Vergütungsansprüche anfallen und solchen, die mit der Wahrnehmung von ausschließlichen Rechten einhergehen (wie den sog. „10%-Abzug“ beim Aufführungs- und Senderecht). Nur die letztgenannte Variante ist vorliegend von Bedeutung.

1514 RIIS/SCHOVSBØ, Col. J. of Law & the Arts 2010, 492; AXHAMN/GUIBAULT, *Cross-border extended collective licensing*, S. 45. Generell werden solche Abzüge dann als gerechtfertigt angesehen, wenn sie von Nichtmitgliedern und Ausländern direkt oder indirekt (durch ihre repräsentativen Organisationen) genehmigt wurden; siehe FICSOR, *Collective Management*, Rn. 427. Eine direkte oder indirekte Genehmigung ist aber bei der EKL wegen der Erstreckung auf Außenseiter oftmals gerade nicht möglich, da nicht immer entsprechende Gegenseitigkeitsverträge bestehen.

tigt ist.¹⁵¹⁵ Denn viele Interessenverbände gewähren auch keine Möglichkeit einer irgendwie gearteten, ggf. gestaffelten Teilnahme innerhalb des Verbandes, um bei den Entscheidungen der Gesellschaft mitzuwirken oder die kollektiven Leistungen als Mitglied tatsächlich in Anspruch nehmen zu können.

Notwendig ist daher die *Öffnung der Mitgliedschaft für alle Rechteinhaber*, die die Verwertungsgesellschaft der Satzung nach vertritt, ohne eine irgendwie geartete Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit oder den Wohn- bzw. Aufenthaltsort. Zumindest dürfte es notwendig sein, die Leistungen, die für eine EKL-Lizenzierung bereit stehen, mit einem pauschalen Abzug höchstens der Verwaltungskosten *vollständig an die Rechteinhaber zu verteilen*.¹⁵¹⁶

4. Individuelle und kollektive Verteilung

Aus der Gleichbehandlung zwischen Mitgliedern und Nichtmitgliedern folgt, dass außenstehende Rechteinhaber in gleicher Höhe wie die Mitglieder einen Anspruch auf Vergütung haben.

Die Verteilungspraxis der skandinavischen Verwertungsgesellschaften zeigt, dass selbst dort, wo eine Erhebung der Nutzungsvorgänge möglich und eine individuelle Verteilung durchführbar ist, nicht immer alle Gelder an die berechtigten Rechteinhaber verteilt werden (können).¹⁵¹⁷ Ist der Betrag aufgrund einer unerheblichen Nutzung so gering, kommt es schon gar nicht zu einer Weitergabe. Stattdessen bleibt der Betrag oftmals bei der Verwertungsgesellschaft und fließt letztlich in Leistungen, die nur den Mitgliedern zugutekommen.¹⁵¹⁸ Es liegt ausschließlich in der *Verantwortung der jeweiligen Verwertungsgesellschaft (oder Umbrella-Organisation)*, die einzelnen Rechteinhaber bei einer individuellen Verteilung ausfindig zu machen. Erfüllt werden kann dies durch den Aufbau von Gegensei-

1515 Zweifelnd auch RIIS/SCHOVSBO, Col. J. of Law & the Arts 2010, 492; AXHAMN/GUIBAULT, *Cross-border extended collective licensing*, S. 45; Siehe generell zur Rechtmäßigkeit der Abzüge für kulturelle und soziale Zwecke nach Art. 18 AEUV: MATULIONYTÉ, The Journal of World Intellectual Property 2009, 481 ff.

1516 Auch beim Anspruch auf individuelle Vergütung wird ein Abzug der Verwaltungskosten grundsätzlich für zulässig gehalten; siehe *Bet. Nr. 912/1981*, S. 135; *Bet. Nr. 1197/1990*, S. 212 f.

1517 Siehe oben, bei § 6 A VI 3 b.

1518 RIIS/SCHOVSBO, Col. J. of Law & the Arts 2010, 491.

tigkeitsvereinbarungen mit ausländischen Verwertungsgesellschaften.¹⁵¹⁹ Hier hat die Verwertungsgesellschaft die Pflicht, sich um reziproke Vereinbarungen mit entsprechenden Verwertungsgesellschaften zu bemühen, um die Gefahr einer Ungleichbehandlung zu vermeiden. Dies gilt freilich nur, wenn davon auszugehen ist, dass die ausländische Verwertungsgesellschaft ebenfalls in ihrem Land repräsentativ ist, mithin eine kollektive Wahrnehmungsstruktur bereits besteht.¹⁵²⁰

Kommt es hingegen zu einer *kollektiven Verteilung der Gelder*, so zwingt der Grundsatz der Gleichbehandlung dazu, dass die angebotenen Leistungen in Form von Stipendien, Pensionen etc. sowohl Mitgliedern als auch Nichtmitgliedern offenstehen, was in Skandinavien nicht immer gegeben ist.¹⁵²¹ Oftmals dürften diese kollektiven Leistungen, auch wenn sie von allen Berechtigten in Anspruch genommen werden können, aufgrund ihrer auf nationale Urheber zugeschnittenen Gestalt vornehmlich inländischen Urhebern zugutekommen.¹⁵²² Insofern mag hier ein Verstoß gegen Art. 5 (1) RBÜ nicht unwahrscheinlich sein.

5. Individuelles Vergütungsrecht

Fraglich ist, ob insofern das für Nichtmitglieder vorgesehene *Recht auf individuelle Vergütung* Abhilfe schaffen könnte.¹⁵²³ Wie bereits gesehen, wird es einem außenstehenden Rechteinhaber – trotz möglicher Beweiserleichterungen – selten gelingen, eine bessere Vergütung auszuhandeln als ihm nach einer individuellen Verteilung sowieso zustünde.¹⁵²⁴ Denn er wird kaum in der Lage sein, die exakten Nutzungsvorgänge nachzuweisen, ohne nicht selbst auf die statistischen Erhebungen der Verwertungsgesell-

1519 Siehe *NOU 1988:22*, S. 25.

1520 In diesem Sinne auch *NOU 1988:22*, S. 25, wonach ein Verstoß gegen die Art. 5 (1) RBÜ unter einer strengen Auslegung selbst bei entsprechenden Gegenseitigkeitsvereinbarungen mit Bezug auf jene ausländischen Rechteinhaber bestünde, die nicht Mitglied ihrer entsprechenden (nationalen) Verwertungsgesellschaft sind.

1521 Siehe oben, bei § 6 A VI 3 b cc.

1522 So auch RIIS/SCHOVSBO, Col. J. of Law & the Arts 2010, 491; vgl. auch *NOU 1988:22*, S. 24 f., in der der norw. Ausschuss zur Revision des Urheberrechtsgesetzes diese Tatsache als eine Folge kollektiver Vergütungsregelungen ansieht.

1523 Siehe etwa *Bet. Nr. 912/1981*, S. 105 f.

1524 Siehe oben, bei § 6 A VI 4 d.

schaft zurückgreifen zu müssen. Meist wird es sich um einen so geringen Betrag handeln, dass der Rechteinhaber schlechter wegkommt als wenn er eines der kollektiven Leistungen in Anspruch genommen hätte. Außerdem muss er von diesem zusätzlich gewährten Recht überhaupt Kenntnis haben, um es aktiv geltend machen zu können.

Vor diesem Hintergrund erlangt das individuelle Vergütungsrecht kaum mehr als eine theoretische Bedeutung.¹⁵²⁵ Dem Erfordernis der Gleichbehandlung kann – insbesondere im Falle einer kollektiven Verteilung – damit nicht Genüge getan werden.¹⁵²⁶

6. Vetorecht

Während das individuelle Vergütungsrecht in Dänemark und Finnland schon als ausreichend angesehen wurde,¹⁵²⁷ um einen Verstoß gegen den Inländergleichbehandlungsgrundsatz auszuschließen, wurde in *Schweden* das *individuelle Vetorecht* für erforderlich gehalten, um die grundsätzlich schlechtere Situation der außenstehenden Rechteinhaber zu verbessern.¹⁵²⁸

Ebenso wie beim Anspruch auf individuelle Vergütung muss sich auch hier der außenstehende (ausländische) Rechteinhaber um die Geltendmachung dieses Rechts aktiv bemühen. Er wird es auch ungleich schwerer haben, überhaupt von der Möglichkeit zu wissen, sein Werk der EKL-Vereinbarung entziehen zu können. Auch die Durchsetzung des Vetorechts wird für ihn mit größeren Schwierigkeiten verbunden sein.¹⁵²⁹

1525 AXHAMN/GUIBAULT, *Cross-border extended collective licensing*, S. 46; vgl. auch *NOU* 1988:22, S. 39 f.

1526 Im Ergebnis auch RIIS/SCHOVSBO, *Col. J. of Law & the Arts* 2010, 492; ähnlich *NOU* 1988:22, S. 22, 25.

1527 *Bet. Nr. 912/1981*, S. 105 f.; *NOU* 1988:22, S. 22.

1528 *Prop. 1979/80:132*, S. 16 f.; siehe auch ROGNSTAD, *NIR* 2012, 628; KUR, GRUR Int. 1981, 448. In *Norwegen* hingegen wurde für die Frage der Vereinbarkeit mit Art. 5 (1) RBÜ weder das individuelle Vergütungsrecht noch das Vetorecht für bedeutend gehalten. In *NOU* 1988:22, S. 25, wird dann schlichtweg ausgeführt, dass es sehr zweifelhaft sei, welche Erfordernisse sich aus dem Inländergleichbehandlungsgrundsatz für die Teilnahme an den Ausschüttungen durch ausländische Rechteinhaber tatsächlich ergäben, während der praktische Nutzen der EKL ausgesprochen groß sei und schon von daher eine Unvereinbarkeit nicht festgestellt werden könne.

1529 *Prop. 1979/80:132*, S. 16.

Das Vetorecht hat daher ebenso wie das Recht auf individuelle Vergütung eine eher theoretische Relevanz, was schon daran abgelesen werden kann, dass es bisher nur sehr selten geltend gemacht wurde. Folglich mag die bloße Statuierung eines individuellen Vetorechts *nicht* ausreichen, um der Schlechterstellung der Urheber aus anderen Verbändsländern zu beginnen.¹⁵³⁰

7. Erkenntnisse

Einer Gleichbehandlung zwischen inländischen und ausländischen Urhebern wird bei der EKL in Skandinavien nicht in immer ausreichendem Maße Genüge getan. Ein Verstoß gegen Art. 5 (1) RBÜ folgt nicht aus der EKL-Bestimmung selbst – denn ihr ist eine unmittelbare oder mittelbare Bevorzugung der inländischen Rechteinhaber nicht zu entnehmen –, sondern erst aus der *Anwendung durch die Verwertungsgesellschaft*.¹⁵³¹

Deutlich wird damit die *Verantwortung der vertragsschließenden Verwertungsgesellschaft*.¹⁵³² Denn ihr obliegt die Pflicht sicherzustellen, dass eine Gleichbehandlung zwischen Mitgliedern und Nichtmitgliedern tatsächlich gewahrt ist. Wenn eine umfassende Transparenz über die Tätigkeit und Verwaltung der Verwertungsgesellschaft gegeben ist, eine gesetzliche Gleichbehandlung zwischen Mitgliedern der Verwertungsgesellschaft und Nichtmitgliedern – eingeschlossen der ausländischen Rechteinhaber – umfassend vollzogen wird, d.h., die aus der EKL-Nutzung resultierenden Gelder ausschließlich für Leistungen aufgewendet werden, auf die alle betroffenen Rechteinhaber gleichermaßen einen reellen Anspruch haben, gleichzeitig die Verwertungsgesellschaft sich um eine umfangreiche Informationsverbreitung und Gelderzuteilung bemüht, was den Abschluss von Gegenseitigkeitsvereinbarungen erforderlich machen kann, dann dürfte dem Erfordernis einer Inländergleichbehandlung nach Art. 5 (1) RBÜ in ausreichendem Maße Genüge getan sein.¹⁵³³ Ein Vetorecht

1530 Im Ergebnis zutreffend die Feststellung in *NOU 1988:22*, S. 25, wonach dem Vetorecht keine wesentliche Bedeutung bei der Frage der Inländergleichbehandlung zukomme.

1531 AXHAMN/GUIBAULT, *Cross-border extended collective licensing*, S. 46.

1532 AXHAMN/GUIBAULT, *Cross-border extended collective licensing*, S. 46.

1533 In diese Richtung auch AXHAMN/GUIBAULT, *Cross-border extended collective licensing*, S. 46.

mag vor diesem Hintergrund entbehrlich erscheinen, denn die Möglichkeit eines Rechteinhabers, sein Werk der EKL-Vereinbarung zu entziehen, versetzt ihn nicht automatisch in eine bessere Position.

Eines darf freilich nicht vergessen werden: Bei einem EKL-System wird es immer zu einer gewissen Schlechterstellung der Außenseiter kommen – dies liegt gerade in dem Wesen dieses Modells. Ob die Schlechterstellung der ausländischen Urheber zu einem Verstoß von Art. 5 (1) RBÜ führt, hängt indes auch von dem jeweiligen konkreten Regelungsbereich der EKL-Vereinbarung und damit immer vom Einzelfall ab. Dabei mag eine bestehende Ungleichbehandlung gerade durch die EKL, sofern sorgsam ausgestaltet, sogar gemindert sein – im Vergleich zu einer Situation, in der es zu keiner Erstreckung der Verträge kommt.

II. Formalitätenverbot

Nach Art. 5 (2) RBÜ dürfen die Verbundsstaaten den Genuss und die Ausübung der Rechte an ausländischen Werken nicht von der Erfüllung irgendwelcher Förmlichkeiten abhängig machen. Zu trennen ist zwischen Förmlichkeiten, die den *Genuss der Rechte* betreffen („enjoyment“), und Förmlichkeiten, die sich auf die *Ausübung der Rechte* beziehen („exercise“).¹⁵³⁴

Formalitäten mit Bezug auf den *Genuss der Rechte* erfassen insbesondere Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit die Rechte eines Urhebers *überhaupt entstehen und bestehen bleiben* wie etwa die zwingende Registrierung oder Hinterlegung eines Werkes.¹⁵³⁵ Mögliche Ungereimtheiten mit der EKL scheiden an dieser Stelle bereits aus, da die Rechte, die über eine EKL-Vereinbarung lizenziert werden, bereits vollständig entstanden sind und vor dem Abschluss der EKL-Vereinbarung den Rechteinhabern für eine individuelle oder kollektive Wahrnehmung zur Verfügung stehen. Der Urheber muss nicht, auch wenn seine Werke später über eine EKL-Vereinbarung lizenziert werden, irgendetwas tun, damit der Schutz weiterhin bestehen bleibt. *Rechtsentstehung und -aufrechterhaltung* sind daher nicht betroffen.¹⁵³⁶

1534 V. GOMPEL, *Formalities*, S. 193 f.

1535 RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights* (Vol. I), Rn. 6.103; v. GOMPEL, *Formalities*, S. 194 ff.

Bedeutung kann das nordische Modell allerdings bei der zweiten Alternative erlangen, bei Formalitäten mit Bezug auf die *Ausübung der Rechte*. Man könnte argumentieren, dass ein außenstehender Rechteinhaber (also der Urheber eines Werkes aus einem anderen Verbandsland) von seinem *Vetorecht Gebrauch machen muss*, um die Befugnis zur Wahrnehmung und Geltendmachung seines Rechts wieder zu erlangen, mithin die Notwendigkeit der Ausübung des Vetorechts eine Förmlichkeit im Sinne des Art. 5 (2) RBÜ darstellt.¹⁵³⁷

Zunächst ist festzuhalten, dass die Ausübung der Rechte, die über eine EKL lizenziert werden, dem einzelnen Rechteinhaber überlassen bleibt und insofern an keine Bedingungen geknüpft wird, solange keine EKL-Vereinbarung geschlossen wurde. Doch auch nach Abschluss einer EKL-Vereinbarung werden die Rechte weiterhin ausgeübt, selbst, wenn der außenstehende Rechteinhaber seine Rechte nicht über das Vetorecht der Vereinbarung entzieht (oder entziehen kann).¹⁵³⁸ Über die kollektive Rechtewahrnehmung bündelt die Verwertungsgesellschaft die einzelnen Rechtsausübungen der Rechteinhaber. Anstatt sein Recht direkt gegen den Nutzer geltend zu machen, wendet sich der Urheber an die Verwertungsgesellschaft, die für ihn seine Rechte gegenüber dem Nutzer wahrnimmt.¹⁵³⁹ Macht der Rechteinhaber von seinem Vetorecht Gebrauch, kann er sein Recht wieder unmittelbar und individuell gegen den Nutzer ausüben.¹⁵⁴⁰ Unabhängig davon steht dem einzelnen Urheber die Geltendmachung seines Rechts volumnäßig in den Bereichen zu, die außerhalb der EKL-Vereinbarung liegen.¹⁵⁴¹ Ebenso kann er sein Recht auch dann ausüben,

1536 So auch RIIS/SCHOVSBO, Col. J. of Law & the Arts 2010, 483; siehe auch AXHAMN/GUIBAULT, *Cross-border extended collective licensing*, S. 46.

1537 Siehe FICSOR, in: Gervais (Hg.), *Collective Management*, S. 62; vgl. auch v. GOMPTEL, *Formalities*, S. 209.

1538 RIIS/SCHOVSBO, Col. J. of Law & the Arts 2010, 483; AXHAMN/GUIBAULT, *Cross-border extended collective licensing*, S. 46; v. GOMPTEL, *Formalities*, S. 209.

1539 RIIS/SCHOVSBO, Col. J. of Law & the Arts 2010, 483.

1540 RIIS/SCHOVSBO, Col. J. of Law & the Arts 2010, 483.

1541 Teilweise wird angeführt, dass ein Rechteinhaber auch bei einer bestehenden EKL-Vereinbarung zwar sein Recht ausübe, dies aber nur soweit und solange gelte, wie die Bedingungen zwischen individueller und kollektiver Ausübung nicht voneinander abweichen; siehe RIIS/SCHOVSBO, Col. J. of Law & the Arts 2010, 484; siehe auch GERVAIS, *Application of an ECL Regime in Canada*, S. 19. Als Beispiel wird in diesem Zusammenhang die Höhe der Vergütung angeführt. Wenn der Betrag, der dem Rechteinhaber bei einer Wahrnehmung im Rahmen der EKL-Vereinbarung zugeführt werde, weit niedriger sei als jene Summe, die

wenn der Nutzer seine aus der EKL-Vereinbarung fließende Berechtigung überschreitet.¹⁵⁴²

Problematisch erscheint daher allenfalls, dass der außenstehende Urheber nicht mehr in der Lage ist, sein Recht *ausschließlich individuell geltend zu machen*. Denn im Ansatz gehen die internationalen Urheberrechtskonventionen von der *Entstehung individueller Ausschließlichkeit* aus. Daher könnte man anführen, dass ein außenstehender Rechteinhaber sehr wohl sein Vetorecht geltend machen muss, um wieder *in den Genuss der individuellen Ausschließlichkeit* zu gelangen und so in der Lage zu sein, die Nutzung seines Werkes zu verbieten oder zu erlauben.¹⁵⁴³

Zu überlegen ist, welche Art der Förmlichkeiten bzgl. der Ausübung der Rechte der Ausschluss von Art. 5 (2) RBÜ hauptsächlich bezweckt. In erster Linie zielt die zweite Alternative („exercise“) auf die *Durchsetzung* der gewährten Rechte.¹⁵⁴⁴ Unter das Verbot fallen etwa die Registrierung oder Hinterlegung eines Werkes als eine Bedingung, überhaupt gegen eine Urheberrechtsverletzung vor Gericht ziehen zu können,¹⁵⁴⁵ mithin jeder

er bei einer individuellen Lizenzierung erhalten könnte, so wäre das Vetorecht eben doch notwendig, um die Rechte in bestmöglichem Maße auszuüben (RIIS/SCHOVSBO, *ebd.*, 484). Es mag richtig sein, dass der Rechteinhaber in einem solchen Fall erst durch die Herausnahme seines Werkes und mit einer individuellen Lizenzierung eine für ihn günstigere Verwertung seines Werkes erreicht. Zweifelhaft ist aber, ob dies tatsächlich als eine „Förmlichkeit“ im Sinne des Art. 5 (2) RBÜ verstanden werden kann. Denn weder dem Wortlaut noch der Entstehungsgeschichte ist zu entnehmen, dass die Höhe der Gegenleistung, die ein Rechteinhaber für die Verwertung seines Werkes erhält, tatsächlich ausschlaggebend für die Beurteilung ist, ob ein Verstoß nach Art. 5 (2) RBÜ vorliegt oder nicht. Tatsächlich zielt das Formalitätenverbot auf den Ausschluss jedes objektiv-formalen Erfordernisses, das Schutzentstehung, -aufrechterhaltung und -ausübung in irgendeiner Weise von bestimmten Bedingungen abhängig macht. Bei einer EKL werden die Rechte weiterhin auf eine bestimmte Weise ausgeübt; dies geschieht auch zumindest mittelbar durch den Rechteinhaber, über den Weg der kollektiven Wahrnehmung. Schließlich basiert die EKL gerade auf der freiwilligen kollektiven Rechtewahrnehmung, d.h., eine große Anzahl von Urhebern hat sich gerade zu einer kollektiven Wahrnehmung entschlossen, *weil* eine individuelle Wahrnehmung praktisch nicht möglich ist oder jedenfalls keine bessere Vergütung verspricht als der Weg über die Verwertungsgesellschaft.

1542 RIIS/SCHOVSBO, *Col. J. of Law & the Arts* 2010, 483.

1543 So RIIS/SCHOVSBO, *Col. J. of Law & the Arts* 2010, 484.

1544 Zu den Hintergründen GERVAIS, in: Gervais (Hg.), *Collective Management*, S. 22 ff., 24 f.

1545 V. GOMPEL, *Formalities*, S. 201 f.

formelle Akt, der für die Geltendmachung der Rechte erfüllt sein muss. Gleichzeitig ist es unbestritten, dass nicht jede gesetzlich statuierte Form einer aktiven Tätigkeit seitens des Urhebers als eine „Förmlichkeit“ im Sinne des Art. 5 (2) RBÜ gewertet werden kann.¹⁵⁴⁶ Ausgenommen sind insbesondere rein prozessuale Voraussetzungen, Vorgänge, die ein Urheber gewöhnlich zur Verwertung seines Werkes vornimmt und Erfordernisse, die nur die Art und Weise vorschreiben, wie eine bestimmte Art der Rechtsausübung zu vollziehen ist oder die nur die „verschiedenen Erscheinungsformen der Werkverwertung“¹⁵⁴⁷ betreffen.¹⁵⁴⁸

Tatsächlich stellt die Lizenzierung über den Weg der kollektiven Wahrnehmung *eine mögliche Form der Werkverwertung* dar.¹⁵⁴⁹ Die EKL betrifft „nur“ die Verwaltung von bestehenden Rechten und damit die Art und Weise, wie eine Verwertung in einem bestimmten Bereich durch eine substantielle Anzahl von Rechteinhabern organisiert werden kann.¹⁵⁵⁰ In diesem Bereich erfolgt die Verwertung über die kollektive Einräumung gegen die Zahlung einer Vergütung an den Nutzer. Eine Ausübung der Rechte findet aber in jedem Fall statt – ob mit oder ohne Geltendmachung des Vetorechts. Die Wahrnehmung des Vetorechts ist damit keine Hauptbedingung für die Ausübung der Rechte als solche.¹⁵⁵¹

Interessanterweise sind mögliche Bedenken gegen die EKL aufgrund des Formalitätenverbots gerade *mit Bezug auf das Vetorecht* vorgebracht worden. Nun sehen aber nicht alle EKL-Bestimmungen ein solches Vetorecht vor. Wenn aber der Rechteinhaber sein Werk nicht der Vereinbarung entziehen kann, dann stellt sich schon gar nicht die Frage, ob die Aus-

1546 GERVAIS, in: Gervais (Hg.), Collective Management, S. 25.

1547 MASOUYÉ, Kommentar zur Berner Übereinkunft, Rn. 5.5.

1548 Siehe GERVAIS, in: Gervais (Hg.), Collective Management, S. 25; v. GOMPEL, *Formalities*, S. 202; RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights (Vol. I)*, Rn. 6.105.

1549 Grundsätzlich werden Regelungen, welche die Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften an sich betreffen, wie etwa die Pflicht einer staatlichen Genehmigung, vom Formalitätenverbot nicht tangiert, da die Rechte unabhängig davon bestehen und auch – notfalls individuell – ausgeübt werden können; siehe v. GOMPEL, *Formalities*, S. 206 f.

1550 RIIS/SCHOVSBO, Col. J. of Law & the Arts 2010, 484; AXHAMN/GUIBAULT, *Cross-border extended collective licensing*, S. 46; ähnlich auch v. GOMPEL, *Formalities*, S. 209; GERVAIS, in: Gervais (Hg.), Collective Management, S. 25.

1551 RIIS/SCHOVSBO, Col. J. of Law & the Arts 2010, 484; AXHAMN/GUIBAULT, *Cross-border extended collective licensing*, S. 46; ähnlich auch SCHÖNNING/BLOMQVIST, *International ophavsret*, S. 82.

übung eines Vetorechts als Formalität anzusehen ist. Es mag nicht so recht einleuchten, weshalb EKL-Bestimmungen, die kein Vetorecht vorsehen, völlig unproblematisch mit Blick auf das Formalitätenverbot anzusehen sind, während EKL-Bestimmungen, die ein Vetorecht vorsehen und damit dem Urheber die *zusätzliche Option* einräumen, wieder zu einer individuellen Wahrnehmung zu gelangen, als Verstoß gegen Art. 5 (2) RBÜ gewertet werden müssten.

Im Falle der *Verwertungsgesellschaftspflicht* dürfte es außerdem unbestritten zu sein, dass sie *keinen* Verstoß gegen Art. 5 (2) RBÜ darstellt, da ein außenstehender Urheber – über eine Verwertungsgesellschaft – sein Recht problemlos ausüben und durchsetzen kann.¹⁵⁵²

Ähnlich verhält es sich aber auch bei der EKL. Denn der Rechteinhaber braucht hier ebenfalls nichts weiter tun; die Verwertungsgesellschaft nimmt automatisch auch die Rechte der Außenseiter wahr. Ist ein Vetorecht vorgesehen, so stellt dies eine – im Vergleich zur Verwertungsgesellschaftspflicht – *zusätzliche Komponente* dar, die dem Urheber sogar die Möglichkeit einer individuellen Wahrnehmung gewährt.¹⁵⁵³

Aus diesen Gründen kann ein Verstoß der EKL gegen Art. 5 (2) RBÜ nicht festgestellt werden.¹⁵⁵⁴

1552 Siehe oben, bei § 5 G IV 1 c.

1553 AXHAMN/GUIBAULT, *Cross-border extended collective licensing*, S. 46; v. GOMPEL, *Formalities*, S. 209. Schließlich sind in Fällen, in denen die RBÜ die Einführung von Ausschließlichkeitseinschränkungen gestattet, die Verbundsstaaten befugt, die Bedingungen der Ausübung festzulegen, ohne dabei im Widerspruch zu Art. 5 (2) RBÜ zu stehen. Eine Beschränkung der Ausübung mit Bezug auf die individuelle Ausschließlichkeit kann dann schon keinen Verstoß gegen das Formalitätenverbot darstellen, vorausgesetzt, die EKL-Bestimmungen sind von den ausdrücklichen oder immanenten Schranken der RBÜ gedeckt. Richtig insoweit v. GOMPEL, *Formalities*, S. 211 (bezogen auf „opt-out“-Modelle im Allgemeinen). Ähnlich auch RIIS/SCHOVSBO, Col. J. of Law & the Arts 2010, 484 (dort Fn. 53); ebenso AXHAMN/GUIBAULT, *Cross-border extended collective licensing*, S. 46, wobei von beiden übersehen wird, dass auch bei Einschlägigkeit einer erlaubten Schranke gleichwohl ein Verstoß mit Bezug auf die „Ausübung“ der Rechte gegeben sein kann (etwa bei Statuierung einer Registrierungspflicht, um den vorgesehenen Vergütungsanspruch geltend machen zu können).

1554 So auch v. GOMPEL, *Formalities*, S. 209; GERVAIS, in: Gervais (Hg.), *Collective Management*, S. 25; DERS., *Application of an ECL Regime in Canada*, S. 19; RIIS/SCHOVSBO, Col. J. of Law & the Arts 2010, 484; AXHAMN/GUIBAULT, *Cross-border extended collective licensing*, S. 46; SCHÖNNING/BLOMQVIST, *International ophavsret*, S. 82; a.A. wohl FICSOR, in: Gervais (Hg.), *Collective Management*, S. 62, wonach ein Verstoß gegen Art. 5 (2) RBÜ nur umgangen werden könne,

III. Mindestrechte

1. Mindestrechte und EKL

Nach Art. 5 (1) RBÜ genießen die Urheber u.a. die „in dieser Übereinkunft besonders gewährten Rechte“, namentlich das Vervielfältigungsrecht (Art. 9 (1)), das Übersetzungsrecht (Art. 8), das Bearbeitungsrecht (Art. 12), das Aufführungs-, Sende- und Vortragsrecht (Art. 11, 11bis, 11ter), das Verfilmungsrecht (Art. 14 bzw. Art. 14bis) sowie das Urheberpersönlichkeitsrecht (Art. 6bis).

Die in Skandinavien bestehenden EKL-Bestimmungen tangieren hauptsächlich das Sende- und Vervielfältigungsrecht. So gestattet die erste in Skandinavien eingeführte EKL *die Sendung* von urheberrechtlich geschützten Werken. Art. 11bis (2) RBÜ erlaubt allerdings den Verbundstaaten, die Voraussetzungen für die Ausübung des Senderechts festzulegen und damit gesetzliche Lizenzen oder auch Zwangslizenzen vorzusehen. Da die EKL selbst auf einer Einigung einer großen Anzahl von Rechteinhabern beruht und gleichzeitig einem außenstehenden Rechteinhaber eine Vergütung zusichert, ist richtigerweise anzunehmen, dass die EKL-Bestimmung von Art. 11bis (2) RBÜ gedeckt ist.¹⁵⁵⁵ Da Art. 11bis (2) RBÜ auf die drahtlose Sendung und die Weitersendung begrenzt ist,¹⁵⁵⁶ wäre eine EKL-Bestimmung für die originäre Kabelfsendung von Werken nicht vereinbar.¹⁵⁵⁷ In Norwegen wird entsprechend gem. § 30 (3) S. 1 UrhG-N eine Anwendung der EKL auf die Sendung per Kabel ausgeschlossen, jedoch nicht in Schweden und Dänemark.

Art. 11bis (2) RBÜ stellt die zulässige konventionsrechtliche Grundlage für *die EKL zur Kabelweiterleitung* (vgl. Art. 11bis (1) Nr. 2 RBÜ)¹⁵⁵⁸ und in Teilen für die *Archiv-EKL* dar, sofern nur das Senderecht betroffen ist.¹⁵⁵⁹

wenn der Rechteinhaber die Möglichkeit behalte, seine aktuellen und zukünftigen Werke der EKL-Vereinbarung einfach und mühelos zu entziehen.

1555 So bereits BERGSTROM, *Program för upphovsrätten*, S. 77; LUND, in: FS Lassen, S. 697; SCHØNNING, *Ophavsretsloven*, S. 377; RIIS/SCHOVSBO, Col. J. of Law & the Arts 2010, 484 f.; ROGNSTAD, NIR 2004, 156.

1556 RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights (Vol. I)*, Rn. 12.38

1557 ROGNSTAD, *Opphavsrett*, S. 279; RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 17 f.

1558 Prop. 1985/86:146, S. 14 ff.; SCHØNNING, *Ophavsretsloven*, S. 395.

Tangiert eine EKL-Bestimmung das *Vervielfältigungsrecht*, so dürfte bei der EKL zur Vervielfältigung in Bildungseinrichtungen Art. 10 (2) RBÜ einschlägig sein.¹⁵⁶⁰ Für diese und für alle anderen EKL-Bestimmungen, die eine Vervielfältigung von Werken erlauben, bestimmt sich die Zulässigkeit aber hauptsächlich nach Art. 9 (2) RBÜ,¹⁵⁶¹ worauf sogleich zurückzukommen ist.

Besondere Beachtung erfordert schließlich noch der konventionsrechtliche Rahmen für *Filmwerke*. Art. 14 und 14bis RBÜ gewähren das ausschließliche Recht der filmischen Bearbeitung, die Vervielfältigung und Verbreitung dieser bearbeiteten Werke sowie die öffentliche Vorführung und Übertragung dieser bearbeiteten und vervielfältigten Werke, wobei das Filmwerk als solches wie die originalen Werke Schutz genießt. Geht es ausschließlich um die Vervielfältigung eines Filmwerkes, so bestimmt sich die Zulässigkeit der EKL – da insofern ein Gleichlauf zwischen Art. 14 (1) Nr. 1 und Art. 9 (1) RBÜ besteht¹⁵⁶² – nach Art. 9 (2) RBÜ. Einzig mit Bezug auf Filmwerke sehen Art. 14 bzw. Art. 14bis RBÜ auch ein ausschließliches Recht der *Verbreitung* vor. Eine ausdrückliche Erlaubnis einer Einschränkung dieses Rechts kennt die RBÜ abgesehen von Art. 13 (1) RBÜ nicht, der aber nach Art. 14 (3) RBÜ gerade keine Anwendung findet. Ebendies wurde in *Norwegen* im Rahmen der Ausweitung der EKL zur Nutzung von Werken durch Bibliotheken, Archive und Museen als problematisch angesehen, da es den Einrichtungen möglich gewesen wäre, eine *externe Verbreitung* von Vervielfältigungsstücken der Filmwerke an die Öffentlichkeit vorzunehmen.¹⁵⁶³ Nach der Gesetzesbegründung soll eine Verwertungsgesellschaft darum nicht in der Lage sein, die Rechte für eine externe Verbreitung eines Exemplars an die Allgemeinheit einzuräumen, das die Einrichtung von einem Filmwerk aus ihrer

1559 SCHÖNNING, *Ophavsretsloven*, S. 377; ROGNSTAD, NIR 2004, 156. Die für die Nutzung der Archivwerke erforderlichen Vervielfältigungen sind ebenfalls von der EKL-Bestimmung erfasst (vgl. § 30a (1) S. 2 UrhG-D). Die Anfertigung solcher ephemeren Aufnahmen wird von der RBÜ über Art. 11bis (3) gestattet.

1560 SCHÖNNING, *Ophavsretsloven*, S. 266; siehe auch CHRISTIANSEN, EIPR 1991, 349.

1561 Siehe Prop. 1979/80:132, S. 85 f.; NU 21/73, S. 90 ff.; SCHÖNNING, *Ophavsret-sloven*, S. 266, 274, 284.

1562 Siehe RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights*, Rn. 11.23; NORDEMANN/VINCK/HERTIN, *International Copyright*, S. 145.

1563 ROGNSTAD, *Opphavslrett*, S. 286.

Sammlung hat anzufertigen lassen.¹⁵⁶⁴ Auf einen ausdrücklichen Ausschluss im Gesetzestext wurde allerdings verzichtet.¹⁵⁶⁵

In ähnlicher Weise stellt sich die Frage dann auch bei der EKL zur Vervielfältigung in Bildungseinrichtungen.¹⁵⁶⁶ Hier sah man allerdings – im Unterschied zum Bibliotheks- und Archivbereich – keine Gefahr, dass es zu einer Verbreitung von Exemplaren der Filmwerke durch Bildungseinrichtungen kommen würde.¹⁵⁶⁷ Ein ausdrücklicher Ausschluss wurde aber ebenfalls nicht in die Bestimmung aufgenommen. Teilweise wird bei der EKL zu Sendezwecken und bei der Archiv-EKL aufgrund von Art. 14 und Art. 14bis RBÜ ein Ausschluss von Filmwerken für erforderlich gehalten,¹⁵⁶⁸ was insofern nicht richtig sein dürfte, da Art. 11bis (2) RBÜ auch auf Filmwerke Anwendung findet.¹⁵⁶⁹

1564 *Ot.prp. nr. 46 (2004-2005)*, S. 85.

1565 Kritisch dazu ROGNSTAD, *Ophavsrett*, S. 286.

1566 *Ot.prp. nr. 46 (2004-2005)*, S. 66 ff.

1567 Für die möglichen Anwendungsbereiche (wie etwa Kurzfilme oder Ausschnitte aus Filmen zur Illustration der Unterrichtsthemen) wäre eine Vielzahl von Vervielfältigungen gar nicht erforderlich, selbst die Anfertigung eines Exemplars eines Filmwerks für die Nutzung selten notwendig; siehe *Ot.prp. nr. 46 (2004-2005)*, S. 66 f.

1568 So etwa RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 18. Richtig wäre ein solcher Ausschluss nur bei einer Übertragung per Draht, also im Fall einer originären Kabelfsendung des Filmwerks – wie sie in Art. 14 (1) Nr. 2 RBÜ geschützt wird –, da sie in Art. 11bis (1) Nr. 1 RBÜ nicht vorgesehen ist, womit Art. 11bis (2) RBÜ nicht anwendbar wäre.

1569 RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights (Vol. I)*, Rn. 13.71. Der Grund für den Ausschluss von Filmwerken aus dem Anwendungsbereich der EKL zur Sendung von Werken ergab sich vielmehr daraus, dass es in diesem Bereich gewöhnlich zu einer individuellen Lizenzierung kommt und daher kein Bedarf an einer kollektiven Lizenzierung besteht (siehe SCHÖNNING, *Ophavsretsloven*, S. 378; siehe aber auch Bet. Nr. 1197/1990, S. 190, in der gleichwohl ein mögliches Bedürfnis für einen Einbezug von Filmwerken in die EKL-Lizenzierung gesehen und für eine spätere Gesetzesänderung in Aussicht gestellt wurde). Anders verhält es sich mit Filmwerken, die seit langer Zeit in den Archiven von Gedächtniseinrichtungen ruhen. Für eine erneute Nutzung dieser Werke (sei es durch wiederholte Sendung, sei es durch eine öffentliche Zugänglichmachung) lassen sich die Rechte nur mühsam individuell einkholen. Darum sehen die Bestimmungen zur Archiv-EKL zugunsten von Sendeunternehmen eine solche Begrenzung dann auch nicht mehr vor; siehe etwa Prop. 2010/11:33, S. 25; *Ot.prp. nr. 46 (2004-2005)*, S. 105.

2. EKL als „Schranke“ im Sinne der RBÜ?

a) Problemstellung

Die Prüfung der bestehenden EKL-Bestimmungen an den Mindestrechten der RBÜ zeigt, dass sich nicht für alle EKL-Bestimmungen entsprechende von der RBÜ vorgesehene Ausschließlichkeitseinschränkungen finden lassen. Das Schutzregime für Filmwerke etwa dürfte die Herausnahme dieser Werkkategorie in einigen Fällen der EKL notwendig machen.

Dies setzt freilich voraus, dass die EKL tatsächlich *eine Schranke im Sinne der RBÜ* darstellt, mithin eine einschränkende Wirkung auf die in der RBÜ vorgesehenen Ausschließlichkeitsrechte entfaltet. In diesem Fall wäre die Statuierung einer EKL nur in dem von der RBÜ vorgegebenen Rahmen zulässig,¹⁵⁷⁰ wie es auch lange Zeit die herkömmliche Ansicht in den skandinavischen Ländern gewesen ist.¹⁵⁷¹ Eine andere Ansicht hält die EKL – gerade im Unterschied zur Verwertungsgesellschaftspflicht – auch in anderen als in den international ausdrücklich erlaubten Fällen für zulässig, sofern einem außenstehenden Rechteinhaber die Möglichkeit gegeben wird, die Nutzung seines Werkes jederzeit zu beenden.¹⁵⁷²

Der bereits erwähnte *vermeintliche Wandel des Rechtsstatus der EKL*, hauptsächlich verursacht durch Erwägungsgrund (18) der InfoSoc-RL, hat nun verstärkt zu der Ansicht geführt, dass die EKL nicht nur keine „Ausnahme und Beschränkung“ im Sinne der InfoSoc-RL sei, sondern auch als „Regelung für die Verwaltung von Rechten“ *keine einschränkende Wirkung auf die Ausschließlichkeit im Sinne des internationalen Rechts* entfal-

1570 Also insbesondere in Fällen der Art. 2bis (2), Art. 9 (2), Art. 10 (1) und (2), Art. 10bis (1) und (2), Art. 11bis (2), Art. 11bis (3) S. 2 und Art. 13 RBÜ. Eine Zulässigkeit kann sich auch aus den sog. *ungeschriebenen Ausnahmen* („implied exceptions“) der RBÜ ergeben (siehe KARNELL, NIR 1981, 260; siehe schon oben, bei Fn. 642).

1571 KARNELL, Col. J. of Law & the Arts (1985-1986), 75; DERS., EIPR 1991, 434; CHRISTIANSEN, EIPR 1991, 349; NU 21/73, S. 90 ff.; Bet. Nr. 912/1981, S. 43; NOU 1988:22, S. 22 ff.

1572 FICSOR, in: Gervais (Hg.), Collective Management, S. 60, 62; so auch SCHØNNING/BLOMQVIST, International ophavsret, S. 82; RIIS/SCHOVSBO, Col. J. of Law & the Arts 2010, 482 f.; GERVAIS, Application of an ECL Regime in Canada, S. 26, 40; VUOPALA, Extended Collective Licensing, S. 25 f.; sehr streng hingegen noch KARNELL, Col. J. of Law & the Arts (1985-1986), 76, wonach ein Vetorecht selbst in Fällen notwendig sei, in denen die RBÜ eine Einschränkung der Ausschließlichkeit ausdrücklich erlaube.

ten könne.¹⁵⁷³ Im Rahmen der letzten skandinavischen Gesetzesrevisionen wird dann auch eine mögliche Vereinbarkeit mit den Mindestrechten der RBÜ nicht mehr problematisiert.¹⁵⁷⁴ Mag dies für einen Wandel in der Be trachtung der EKL durch den skandinavischen Gesetzgeber sprechen, so erscheint es gleichwohl inkonsequent, wenn – wie etwa in Norwegen im Zusammenhang mit Art. 14 und Art. 14bis RBÜ – trotzdem eine mögliche Unvereinbarkeit erörtert wird.¹⁵⁷⁵ Denn sieht man die EKL tatsächlich als eine besondere Form der Rechteverwaltung unter der Prämisse an, dass die EKL eben nicht in einer rechtfertigungsbedürftigen Weise einschränkend auf das Ausschließlichkeitsrecht wirkt, dann wäre jede weitere Prüfung einer Unvereinbarkeit mit internationalen Vorgaben doch eigentlich entbehrlich.

b) Stellungnahme

Wie oben gesehen, kann der vermeintliche *Wandel des Rechtsstatus*, zurück geführt auf einen Erwägungsgrund der InfoSoc-RL, nicht bestätigt werden,¹⁵⁷⁶ was freilich nicht gleich heißt, dass die EKL damit nur in den Grenzen der RBÜ erlaubt wäre. Denn bei der Prüfung der Verwertungs gesellschaftspflicht wurde ebenfalls erkannt, dass diese zwar als Einschränkung der Exklusivität zu verstehen ist, nicht aber als eine „Beschränkung und Ausnahme“ des internationalen Rechts, da sie nur die *Art der Wahrnehmung* regelt, wenn sie dem Rechteinhaber die Wahlfreiheit zwischen einer individuellen und kollektiven Wahrnehmung nimmt.¹⁵⁷⁷ Mag zwar die Art der Wahrnehmung ein Teil der Ausschließlichkeit sein, so scheint demgegenüber das internationale Recht nur die *Ausschließlichkeit in einem engeren Sinne* zu schützen. Insofern besteht eine Diskrepanz zwi-

1573 So etwa SCHØNNING, *Ophavsretsloven*, S. 462; SCHØNNING/BLOMQVIST, *International ophavsret*, S. 79 (siehe aber auch *ebd.*, S. 82); KOSKINEN-OLSSON, in: Gervais (Hg.), *Collective Management*, S. 303; vgl. auch KARNELL, in: FS Koumantos, S. 398; TRUMPKE, NIR 2012, 284.

1574 In Schweden wurde etwa bei der Ausweitung der EKL für die Vervielfältigung und öffentliche Zugänglichmachung der Sammlungen durch Archive und Bibliotheken ein möglicher Ausschluss von audiovisuellen Werken schon gar nicht diskutiert; siehe *Prop. 2012/13:141*, S. 41 ff.

1575 So etwa ROGNSTAD, NIR 2004, 156.

1576 Siehe oben, bei § 6 B III.

1577 Siehe oben, bei § 5 G IV 1 a.

schen dem theoretischen Verständnis von Ausschließlichkeit und dem im internationalen Recht (scheinbar) vorgegebenen Verhältnis zwischen Ausschließlichkeit und Einschränkung.

Auf den ersten Blick scheint diese Überlegung auch auf die EKL übertragbar zu sein. Ausgangspunkt der EKL ist die freie Entscheidung einer großen Anzahl von Rechteinhabern, die über eine Verwertungsgesellschaft eine Lizenzvereinbarung treffen. Allerdings werden über eine EKL-Vereinbarung Rechte von Rechteinhabern einbezogen, die grundsätzlich ihre Rechte individuell oder kollektiv oder gar nicht lizenziert könnten. Insofern ist ihnen nicht nur die Entscheidung genommen, ob sie individuell oder kollektiv, sondern ob sie *überhaupt* ihre Rechte wahrnehmen wollen.¹⁵⁷⁸ Vor diesem Hintergrund ist mit Bezug auf die Rechte der außenstehenden Rechteinhaber auch *die Ausschließlichkeit im engeren Sinne tangiert*. Daran vermag auch ein etwaiges *Vetorecht* nichts zu ändern.¹⁵⁷⁹

Fraglich ist, ob es dabei einen Unterschied macht, dass es bei der EKL im Gegensatz zu anderen Ausschließlichkeitseinschränkungen grundsätzlich zu einer Beschränkung der Rechte *nur eines Teils der Rechteinhaber* kommt.¹⁵⁸⁰ Mag dadurch die Wirkung der EKL zwar gemindert sein, so ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Ausschließlichkeit der außenstehenden Urheber aufgehoben ist und dies damit konträr zu dem von der RBÜ statuierten System der Exklusivität steht.¹⁵⁸¹

Folglich dürfte die EKL mit Blick auf die Mindestrechte der RBÜ nur dann zulässig sein, wenn ausdrückliche oder implizite Schranken die Nutzungen, die über eine EKL-Bestimmung lizenziert werden, ohne die Zustimmung des Rechteinhabers erlauben,¹⁵⁸² unabhängig davon, ob ein Vetorecht gewährt wird oder nicht.¹⁵⁸³

1578 Siehe RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 24.

1579 Ebenso ROGNSTAD, NIR 2012, 622 f.; RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 24; AXHAMN/GUIBAULT, *Cross-border extended collective licensing*, S. 49; TRUMPKE, NIR 2012, 285 f.; a.A. aber FICSOR, in: Gervais (Hg.), *Collective Management*, S. 60, 62; RIIS/SCHOVSBO, Col. J. of Law & the Arts 2010, 482.

1580 ROGNSTAD, NIR 2004, 155.

1581 ROGNSTAD, NIR 2004, 154 f.; RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 24 f.; LUND, in: FS Lassen, S. 713; wohl auch AXHAMN/GUIBAULT, *Cross-border extended collective licensing*, S. 48 f.

1582 Die Bedeutung dieser Feststellung erscheint freilich gering. Denn problematisch dürften die nordischen EKL-Bestimmungen momentan hauptsächlich mit Bezug auf Art. 14 bzw. Art. 14bis RBÜ sein (ROGNSTAD, NIR 2004, 156).

3. Fazit

Mit Bezug auf die in der RBÜ statuierten Mindestrechte kam die Analyse zu dem Ergebnis, dass das Modell der EKL nur im Rahmen der ausdrücklichen oder impliziten Schranken der RBÜ zulässig ist. Daran halten sich dann auch überwiegend die in Skandinavien vorgesehenen EKL-Bestimmungen. Außen vor blieb bisher eine Beurteilung über die Zulässigkeit der EKL nach dem für Ausschließlichkeitseinschränkungen bedeutendsten Maßstab auf internationaler Ebene – dem *Drei-Stufen-Test*.

C. Drei-Stufen-Test

I. Einleitung

1. Herkunft und Entwicklung

Der Drei-Stufen-Test stellt das zentrale Instrument für die Beurteilung der Zulässigkeit von „Beschränkungen und Ausnahmen“ von Ausschließlichkeitsrechten im internationalen Urheberrecht dar. Der Test, der in Art. 9 (2) RBÜ und in leicht abgewandelter Fassung in Art. 13 TRIPS, Art. 10 WCT und Art. 16 (2) WPPT niedergelegt ist, besagt, dass „Beschränkungen und Ausnahmen“ von ausschließlichen Rechten auf bestimmte Sonderfälle zu begrenzen sind (1), die weder die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigen (2) noch die berechtigten Interessen des Urhebers oder Rechteinhabers unzumutbar verletzen (3).

Besaß der Test vor einiger Zeit eine noch kaum erörterungswürdige Bedeutung, so ist seine Stellung im internationalen Urheberrecht in den vergangenen Jahren deutlich gewachsen.¹⁵⁸⁴ Zunächst in Art. 9 (2) RBÜ mit

1583 So auch AXHAMN/GUIBAULT, *Cross-border extended collective licensing*, S. 49; ähnlich CHRISTIANSEN, EIPR 1991, 349; LUND, in: FS Lassen, S. 713 ff.; siehe auch RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 24 f., der zwar den einschränkenden Charakter der EKL betont und damit auch die Vorgaben des internationalen Rechts für anwendbar hält, gleichwohl aber einräumt, dass die EKL möglicherweise aufgrund ihres besonderen Charakters auch in anderen als den explizit zulässigen Bereichen möglich sein soll.

1584 GEIGER, EIPR 2007, 488; DERS., *The Role of the Three-Step Test*, S. 4; v. LEWINSKI, *International Copyright Law & Policy*, Rn. 5.177.

Bezug auf das Vervielfältigungsrecht statuiert,¹⁵⁸⁵ erfuhr der Test mit Gründung der Welthandelsorganisation (WTO) im Jahre 1994 eine enorme Aufwertung.¹⁵⁸⁶ Das *TRIPS-Abkommen*, welches neben GATT und GATS eine der drei Hauptäulen der WTO bildet, sieht den Drei-Stufen-Test nicht nur für das Urheberrecht (Art. 13), sondern auch in leicht abgewandelter Form für das Markenrecht (Art. 17), das Geschmacksmusterrecht (Art. 26 (2)) und das Patentrecht (Art. 30) vor. Anders als noch in der RBÜ beschränkt sich die Anwendung des Tests im Urheberrecht nicht nur auf das Vervielfältigungsrecht, sondern gilt generell für alle „Beschränkungen und Ausnahmen von ausschließlichen Rechten“. Eine Besonderheit des TRIPS-Abkommens stellen die besonderen Durchsetzungsmechanismen dar (Art. 64 (1) TRIPS). Von Seiten eines Vertragsstaates kann ein Streitbeilegungsverfahren wegen eines Verstoßes gegen die Bestimmungen des TRIPS-Abkommens durch einen anderen WTO-Mitgliedstaat in Gang gesetzt werden.¹⁵⁸⁷

Schließlich kam es mit Verabschiedung der WCT und WPPT im Jahre 1996 zu einer erneuten – sogar doppelten – Kodifizierung des Tests.¹⁵⁸⁸ So kommt der Test zunächst nach Art. 10 (1) WCT für die in der WCT gewährten Rechte zur Anwendung und ist nach Art. 10 (2) WCT auch bei der Anwendung der Berner Übereinkunft zu berücksichtigen.¹⁵⁸⁹ Insbesondere der zweite Absatz war Gegenstand heftiger Diskussionen, sodass zusammen mit der WCT und WPPT zusätzliche Erklärungen verabschie-

1585 Seine Wurzeln reichen zurück bis zu den Revisionsverhandlungen der Berner Übereinkunft in Stockholm im Jahre 1967. Ein Hauptanliegen der Konferenz war die ausdrückliche Anerkennung eines ausschließlichen Rechts an der Vervielfältigung (Art. 9 (1) RBÜ). Gleichzeitig schien es für einen Ausgleich zwischen den Interessen der Urheber und der Nutzer notwendig, den Verbandsstaaten einen ausreichenden Spielraum für das nationale Recht zu belassen, das neue Ausschließlichkeitsrecht wieder beschränken zu dürfen. Favorisierte man zunächst die Aufzählung bestimmter zulässiger Schranken, so konnte man sich am Ende auf eine Art Generalklausel – eben jenen Drei-Stufen-Test – einigen (Art. 9 (2) RBÜ), der es den Verbandsländern gestattet, unter bestimmten Voraussetzungen das Vervielfältigungsrecht wieder einzuschränken. Ausführlich zur Entstehungsgeschichte: SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 47 ff.

1586 Und erst zu diesem Zeitpunkt erhielt er überhaupt die eigentliche Bezeichnung für seine drei Kriterien; siehe v. LEWINSKI, *International Copyright Law & Policy*, Rn. 5.177.

1587 GERVAIS, *The TRIPS Agreement*, Art. 64 Rn. 2.710 ff.

1588 Siehe näher SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 91 ff.

1589 Sowie Art. 16 WPPT.

det wurden, wonach „der Anwendungsbereich der nach der Berner Übereinkunft zulässigen Ausnahmen und Beschränkungen“ durch Artikel 10 (2) (und entsprechend Art. 16 (2) WPPT) „weder reduziert noch erweitert“ werde.¹⁵⁹⁰

Zuletzt fand der Test auch Einzug in das *europäische Recht*, vornehmlich durch Übernahme in die InfoSoc-RL (Art. 5 (5)),¹⁵⁹¹ und sogar in das Recht einiger Mitgliedstaaten, die – der Rechtsnatur der RL gehorchnend – den Test in ihr nationales Recht umgesetzt haben.¹⁵⁹²

2. Anwendung

Angesichts der wiederholten Kodifizierung auf internationaler Ebene mögen sich die Stellung des Drei-Stufen-Tests und seine Anwendung auf die teilweise nur fragmentarisch geregelten Ausschließlichkeitsrechte im internationalen Recht nicht aufs Erste erschließen.

Relativ klar verhält es sich mit dem in der RBÜ niedergelegten Test. Art. 9 (2) RBÜ ist bei jeder Schranke heranzuziehen, die ein Verbandsstaat für das Vervielfältigungsrecht nach Art. 9 (1) RBÜ vorsieht.¹⁵⁹³

Mit Blick auf das *TRIPS-Abkommen* ist nicht nur umstritten, ob Art. 13 TRIPS nur auf die im TRIPS-Abkommen vorgesehenen Rechte heranzuziehen ist oder auch auf die Ausschließlichkeitsrechte in der RBÜ (das Vervielfältigungsrecht eingeschlossen) nach Art. 9 (1) RBÜ anzuwenden

1590 Siehe die *Vereinbarte Erklärung zu Art. 10 WCT* und die *Vereinbarte Erklärung zu Art. 16 WPPT*.

1591 Anzumerken ist, dass der Drei-Stufen-Test bereits in zwei ältere Richtlinien aufgenommen worden war, in Art. 6 (3) RL 91/250/EWG über den Rechtsschutz von Computerprogrammen und Art. 6 (3) RL 96/9/EG über den rechtlichen Schutz von Datenbanken. Über Art. 11 (1) InfoSoc-RL wurde ihm schließlich auch in Art. 10 (3) RL 92/100/EWG zum Vermietrecht und Verleihrecht (heute: RL 2006/115/EG) im Nachhinein Geltung verschafft.

1592 Siehe HUGENHOLTZ/OKEDJII, *Limitations and Exceptions*, S. 18; kritisch GEIGER, EIPR 2007, 486 ff.

1593 Auf die in der RBÜ ausdrücklich genannten Schranken des Vervielfältigungsrechts – wie etwa Art. 2bis (2), 10, 10bis RBÜ – findet der Test hingegen keine Anwendung; siehe RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighboring Rights (Vol. I)*, Rn. 13.10; v. LEWINSKI, *International Copyright Law & Policy*, Rn. 5.174. Siehe auch SENFTLEBEN, GRUR Int. 2004, 203.

ist,¹⁵⁹⁴ sondern auch, wenn man sich letzterer Ansicht anschließt, welche konkreten Folgen eine Anwendung von Art. 13 TRIPS auf die RBÜ nach sich zieht.¹⁵⁹⁵ Für die vorliegende Untersuchung muss diese Diskussion nicht weiter vertieft werden. Mit Blick auf das Vervielfältigungsrecht mag Art. 13 TRIPS gegenüber Art. 9 (2) RBÜ grundsätzlich keine eigenständige Bedeutung entfalten, da der Test in Art. 9 (2) RBÜ bereits eine ausdrückliche Ausformung gefunden hat.¹⁵⁹⁶ Da der Test schon aus diesem Grund für die EKL zu berücksichtigen ist, mag die Frage dahinstehen, ob auch die anderen Schranken der RBÜ, die für die EKL relevant werden könnten, eine zusätzliche Anwendung des Art. 13 TRIPS erfordern.

Mit Aufnahme in Art. 10 (1) und (2) WCT¹⁵⁹⁷ findet der Test eine doppelte Anwendung. Während ihm nach Art. 10 (1) WCT für alle „Beschränkungen und Ausnahmen“ der in der WCT etablierten Rechte Gelting zu verschaffen ist¹⁵⁹⁸, bestimmt Art. 10 (2) WCT, dass der Test auch

-
- 1594 RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights (Vol. I)*, Rn. 13.101; SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 90.
- 1595 Nach einer Ansicht kann auf Grundlage von Art. 13 TRIPS der Umfang der in der RBÜ vorgesehenen Schranken auch *ausgeweitet* werden, womit auch neue „Beschränkungen und Ausnahmen“, die nicht in der RBÜ aufgeführt sind, zulässig wären (siehe HUGENHOLTZ/OKEDIJI, *Limitations and Exceptions*, S. 20). Nach einer anderen Ansicht sei mit Art. 13 TRIPS vielmehr eine *kumulative Anwendung* auf die bereits speziellen Schranken der RBÜ intendiert (SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 90; FICSOR, Col. J. of Law & the Arts (1996-1997), 215; KATZENBERGER, GRUR Int. 1995, 467; REINBOTHE/V. LEWINSKI, *The WIPO Treaties*, Rn. 7.10.21; GERVAIS, *The TRIPS Agreement*, Art. 13 Rn. 2.183; differenziert RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights (Vol. I)*, Rn. 13.108 ff.). Als zusätzliche Hürde sei der Test nach Art. 13 TRIPS daher bei der Anwendung der Bestimmungen der RBÜ zu berücksichtigen (sog. *Bern-Plus Ansatz*); kritisch dazu HUGENHOLTZ/OKEDIJI, *Limitations and Exceptions*, S. 17.
- 1596 RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights (Vol. I)*, Rn. 13.104.
- 1597 Die WPPT sieht in Art. 16 (1) vor, dass die Vertragsparteien die gleichen „Beschränkungen und Ausnahmen“ für die Rechte von ausübenden Künstlern und Tonträgerherstellern festlegen können wie sie sie für die Rechte der Urheber vorsehen, womit insoweit ein Gleichlauf der „Beschränkungen und Ausnahmen“ hergestellt ist. Art. 16 (2) WPPT unterwirft darüber hinaus die in der WPPT statuierten Rechte den Kriterien des Drei-Stufen-Tests.
- 1598 Konkret handelt es sich dabei um das Verbreitungsrecht (Art. 6 WCT), das Vermietrecht (Art. 7 WCT) und das Recht der öffentlichen Wiedergabe (Art. 8 WCT). Für das Modell der EKL von besonderer Bedeutung ist das in Art. 8 WCT enthaltene Recht der öffentlichen Zugänglichmachung.

bei der Anwendung der Berner Übereinkunft zu berücksichtigen ist; diese Bestimmung wird aber durch die oben bereits erwähnte Erklärung wieder begrenzt, wonach der Anwendungsbereich der RBÜ durch Art. 10 (2) WCT „weder reduziert noch erweitert“ werde. Ob damit Art. 10 (2) WCT überflüssig erscheint oder ob die Funktion vielmehr in einer „Konkretisierung“ der Schranken der RBÜ zu sehen ist,¹⁵⁹⁹ muss hier ebenfalls nicht näher erörtert werden.¹⁶⁰⁰ Entscheidend im Hinblick auf die EKL ist allein, dass nach Art. 10 (1) WCT der Test unstreitig für „Beschränkungen und Ausnahmen“ des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung (Art. 8 WCT) zu berücksichtigen ist.

3. Auslegung

a) Der Drei-Stufen-Test als einheitliche Regelung des internationalen Urheberrechts

Aufgrund der verschiedenen Kodifizierungen stellt sich die Frage, ob sich überhaupt mit einem *einheitlichen Test* operieren lässt. So sind etwa die in Art. 6bis RBÜ niedergelegten Urheberpersönlichkeitsrechte nicht in das TRIPS-Abkommen aufgenommen (Art. 9 (1) TRIPS). Ebenso spricht Art. 13 TRIPS allgemein von den Interessen der *Rechteinhaber*, während Art. 9 (2) RBÜ und Art. 13 WCT eine unzumutbare Verletzung der Interessen der *Urheber* verbietet. Schließlich muss auch der Kontext des jeweiligen Vertrages berücksichtigt werden. Das TRIPS-Abkommen hat als Säule der WTO eine *handelsrechtliche Ausrichtung* und verfolgt damit primär andere Ziele als die RBÜ oder die WCT/WPPT.¹⁶⁰¹

1599 So etwa SENFTLEBEN, GRUR Int. 2004, 204; FICSOR, Col. J. of Law & the Arts (1996-1997), 197, 215.

1600 Ähnlich wie im Zusammenhang mit Art. 13 TRIPS wird auch hier vertreten, dass die WCT, da sie ebenfalls die RBÜ inkorporiert (Art. 1 (4) WCT), ein Sonderabkommen nach Art. 20 RBÜ darstellt. Folglich dürfe über Art. 10 WCT das bestehende Schutzniveau der RBÜ nicht beeinträchtigt werden, vielmehr werde die RBÜ über die WCT „aktualisiert“; siehe REINBOTHE/v. LEWINSKI, *The WIPO Treaties*, Rn. 7.10.38.

1601 RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights* (Vol. I), Rn. 13.102.

Auf der anderen Seite diente Art. 9 (2) RBÜ sozusagen als Vorbild für die späteren Versionen in TRIPS, in der WCT und WPPT.¹⁶⁰² Die Übernahme seiner Kriterien in die späteren Verträge erfolgte in der Überzeugung, dass keine grundsätzliche Änderung in seinem Verständnis damit einhergehen sollte.¹⁶⁰³ Dies wird auch dadurch bestätigt, dass sowohl das TRIPS-Abkommen als auch die WCT explizit auf die RBÜ Bezug nehmen und diese in ihren Anwendungsbereich einschließen.¹⁶⁰⁴

Kern des Drei-Stufen-Tests sind seine in allen Fassungen beinahe übereinstimmenden drei Kriterien, die zusammen als Grundlage für eine gemeinsame Auslegung zu dienen geeignet sind.¹⁶⁰⁵ Sofern von Bedeutung ist auf die Abweichungen in den einzelnen Versionen zurückzukommen.

b) Herkömmliche Auslegung

Lange Zeit wurde die Ansicht vertreten, dass die einzelnen Stufen des Tests *nacheinander und kumulativ* zur Anwendung gelangen sollten.¹⁶⁰⁶ Wenn also eine „Beschränkung und Ausnahme“ keinen bestimmten Sonderfall darstellte, war eine solche Regelung bereits unzulässig. Ebenso

1602 SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 84 ff.; REINBOTHE/v. LEWINSKI, *The WIPO Treaties*, Rn. 7.10.4 f., 7.10.7 f., 7.10.21; GERVAIS, *The TRIPS Agreement*, Art. 13 Rn. 2.183.

1603 SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 87 („(...) the rules to be laid down in TRIPs should correspond to the principles of the Berne Convention. Against this backdrop, it appears safe to assume that the three-step test was regarded as a kind of materialisation of the standard of protection reached in the Berne Convention (...)“ sowie *ebd.*, S. 179); REINBOTHE/v. LEWINSKI, *The WIPO Treaties*, Rn. 7.10.66 („(...) the conditions of the three-step test have always been part of the spirit of the Berne Convention concerning permitted limitations and exceptions.“).

1604 Art. 1 (4), 10 (1) WCT; Art. 9 (1) TRIPS; siehe auch SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 106.

1605 SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 106 („(...) the substantive provisions of the Berne Convention appear as a kind of common ground“); RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights* (Vol. I), Rn. 13.10, 13.102, 13.125; siehe auch RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 36.

1606 RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights* (Vol. I), Rn. 13.10; REINBOTHE/v. LEWINSKI, *The WIPO Treaties*, Rn. 7.10.23; GERVAIS, *The TRIPS Agreement*, Art. 13 Rn. 2.184; v. LEWINSKI, *International Copyright Law & Policy*, Rn. 5.176; MASOUYÉ, *Kommentar zur Berner Übereinkunft*, Rn. 9.6.

konnte eine Regelung, die zwar einen bestimmten Sonderfall traf, aber die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigte, nicht mehr dadurch „gerettet“ werden, dass sie die berechtigten Interessen des Rechteinhabers nicht unzumutbar verletzte.¹⁶⁰⁷

Eine besondere Rolle kommt hier den *Panel-Entscheidungen* im Rahmen des Streitbeilegungsverfahrens der WTO zu. In seiner Entscheidung zu § 110 (5) UrhG-US zur Anwendung des Drei-Stufen-Tests nach Art. 13 TRIPS¹⁶⁰⁸ vertrat das WTO-Panel die Ansicht, dass die drei Stufen anzuwenden seien „on a cumulative basis each being a separate and independent requirement“ und dass „failure to comply with any one of the three conditions results in the Article 13 exception being disallowed“.¹⁶⁰⁹ Mehrere Entscheidungen des WTO-Panels, die sich nicht nur auf den Drei-Stufen-Test im Urheberrecht bezogen, sondern die ähnlichen Regelungen der anderen Immaterialgüterrechte betrafen,¹⁶¹⁰ konkretisierten ebenfalls die Auslegung der einzelnen Prüfstufen. Auch wenn den Entscheidungen wohl keine bindende Wirkung für die Interpretation des Tests in den Sta-

1607 SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 132 f.

1608 Gegenstand des Streitschlichtungsverfahrens *United States-Section 110(5) of the US Copyright Act* (WT/DS160/R) war die im US-amerikanischen Urheberrecht geltenden homestyle exception (17 U.S.C. § 110 (5) (A)) und business exception (17 U.S.C. § 110 (5) (B)). Die erste erlaubte die zustimmungs- und vergütungsfreie Wiedergabe von Rundfunksendungen innerhalb gewerblicher Einrichtungen, sofern dies unter begrenzten Rahmenbedingungen, konkret: unter Nutzung von gewöhnlich in privaten Haushalten genutzten Geräten („homestyle equipment“), stattfand. Die zweite Ausnahme machte die Nutzung u.a. von der Größe der jeweiligen Einrichtung abhängig. Während die EU als Beschwerdeführer der Ansicht war, beide Ausnahmen verletzten Art. 9 (1) TRIPS zusammen mit Art. 11 (1) Nr. 2 und Art. 11bis (1) Nr. 3 RBÜ, vertraten die USA die Meinung, dass 17 U.S.C. § 110 (5) als „kleine Ausnahme“ der RBÜ auch mit den Vorgaben des TRIPS-Abkommens vereinbar sei. Das Streitschlichtungspanel entschied, dass die business exemption (§ 110 (5) (B)) gegen Art. 13 TRIPS verstöße, während die homestyle exception (§ 110 (5) (A)) die Voraussetzungen der Art. 13 TRIPS und der Vorgaben der RBÜ erfülle. Umfassend zu diesem Verfahren GERVAIS, *The TRIPS Agreement*, Art. 13 Rn. 2.188 ff.; kritisch zu dieser Entscheidung etwa BRENNAN, IPQ 2002, 212 ff.

1609 *WTO Panel Report v. 15. Juni 2000*, WT/DS160/R, Rn. 6.97.

1610 Siehe *WTO Panel Report v. 17. März 2000 betreffend Patentschutz von Arzneimitteln*, WT/DS114/R; *WTO Panel Report v. 15. März 2005 betreffend geographische Herkunftsangaben*, WT/DS174/R; eingehend dazu SENFTLEBEN, IIC 2006, 407 ff.; KUR, in: Kur/Levin (Hg.), *IPR in a Fair World Trade System*, S. 222 ff.

ten der WTO zukommen mag,¹⁶¹¹ zumindest nicht für die Verbandsstaaten der RBÜ mit Blick auf die Auslegung von Art. 9 (2) RBÜ,¹⁶¹² haben sie gleichwohl die Auslegung nachhaltig beeinflusst.¹⁶¹³ Dabei sind auch einige nationale Gerichte in ihren Entscheidungen der Linie einer strengen Auslegung des Drei-Stufen-Tests gefolgt.¹⁶¹⁴

c) „Declaration“

Die Auslegung im Sinne einer kumulativen Anwendung und die in diese Richtung ergangenen Entscheidungen des WTO-Panels sind nicht ohne Kritik geblieben.¹⁶¹⁵ Im urheberrechtlichen Kontext konzentrierten sich die Vorwürfe grob gesagt auf die zu stark Rechtsinhaber-zentrierte Interpretation des Tests, welche es nicht ermögliche, auch andere teils gewichtigere Interessen Dritter zu berücksichtigen und den zugrundeliegenden Sinn und Zweck der jeweiligen „Beschränkung und Ausnahme“ ausreichend in die Beurteilung mit einzubeziehen. Dabei laufe der Test Gefahr, gerade zum Nachteil des originären Urhebers zu gereichen, auf dessen

1611 Siehe hierzu KUR, in: Kur/Levin (Hg.), *IPR in a Fair World Trade System*, S. 239 f., wonach zum einen ein späteres Streitschlichtungspanel nicht an die Interpretation des vorherigen Panels gebunden sei, zum anderen die Entscheidungen (reports) des WTO Panels nicht als eine „spätere Übereinkunft“ oder „spätere Übung“ im Sinne des Art. 31c (3) lit. a) und lit. b) WÜRV gewertet werden könnten. Siehe auch HUGENHOLTZ/OKEDIWI, *Limitations and Exceptions*, S. 22; ausführlich auch SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 107 ff.

1612 V. LEWINSKI, *International Copyright Law & Policy*, Rn. 5.177.

1613 Siehe KUR, in: Kur/Levin (Hg.), *IPR in a Fair World Trade System*, S. 240 f., die daher die Befürchtung äußert, dass die unkritische Übernahme der Auslegung des WTO Panels zu einer konsolidierten Praxis und damit als Zustimmung seitens der WTO Staaten angesehen werden könnte, was eine andere Interpretation dann nahezu unmöglich mache.

1614 Ausführlich hierzu und zu der damit verknüpften Frage, wer denn als der eigentliche Adressat des Drei-Stufen-Tests anzusehen ist: GEIGER, IIC 2006, 683 ff.; DERS., EIPR 2007, 486 ff.; DERS., *The Role of the Three-Step Test*, S. 13 ff.

1615 Siehe nur GEIGER/GERVAIS/SENFTLEBEN, in: Gervais (Hg.), *International Intellectual Property*, S. 167 ff.; KUR, in: Kur/Levin (Hg.), *IPR in a Fair World Trade System*, S. 224 ff.; SENFTLEBEN, IIC 2006, 407 ff.; DERS., *Three-Step Test*, S. 140 ff.; GEIGER, *The Role of the Three-Step Test*, S. 4 ff.; BRENNAN, IPQ 2002, 212 ff.

Schutz seiner Interessen die ursprüngliche Fassung in Art. 9 (2) RBÜ allein ausgerichtet gewesen sei.¹⁶¹⁶

Um dieser zu einseitigen Interpretation zu begegnen, wurden verschiedene Vorschläge für eine *ausgewogenere Lesart* des Drei-Stufen-Tests unterbreitet.¹⁶¹⁷ Federführend sei hier die von einer Vielzahl an Wissenschaftlern unterzeichnete *Erklärung für eine ausgewogene Auslegung des Drei-Stufen-Tests im Urheberrecht* (in der Originalfassung: *Declaration on a Balanced Interpretation of the „Three-Step Test“ in Copyright Law*) genannt,¹⁶¹⁸ die weltweite Beachtung erfahren und bereits in Ansätzen zu einem Umdenken in der Interpretation geführt hat.¹⁶¹⁹ Im Gegensatz zu einer kumulativen Anwendung der einzelnen Prüfschritte schlägt die *Declaration*¹⁶²⁰ eine *umfassende Gesamtprüfung* vor, in der keine Stufe für sich genommen Vorrang beanspruchen soll.¹⁶²¹ Sie stellt klar, dass unter einer angemessenen Auslegung, die alle berechtigten Interessen zu be-

-
- 1616 HUGENHOLTZ/OKEDIJI, *Limitations and Exceptions*, S. 17; GEIGER/GRIFFITHS/HILTY, IIC 2008, 709 ff.; GEIGER/GERVAIS/SENFTLEBEN, in: Gervais (Hg.), International Intellectual Property, S. 175 f.; KUR, in: Kur/Levin (Hg.), IPR in a Fair World Trade System, S. 236 f.; GEIGER, in: Kur/Mizaras (Hg.), The Structure of IP Law, S. 296 ff.
- 1617 Siehe etwa SENFTLEBEN, GRUR Int. 2004, 205, der die dritte Stufe als das „eigentliche Zentrum des Dreistufentests“ ansieht; unter stärkerer Betonung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes HUGENHOLTZ/OKEDIJI, *Limitations and Exceptions*, S. 25 f.; für eine umgekehrte Anwendung der Prüfungskriterien, beginnend mit der dritten Stufe: GEIGER, *The Role of the Three-Step Test*, S. 18 ff.; DERS., in: Kur/Mizaras (Hg.), The Structure of IP Law, S. 300 ff.; eine Anwendung in Anlehnung an die US-amerikanische Fair Use Doktrin befürwortend KOELMAN, EIPR 2006, 410 ff.; GERVAIS, MIPLR 2005, 27 ff., spricht sich für einen „umgekehrten Drei-Stufen-Test“ aus: Wenn eine Handlung nicht in den Anwendungsbereich einer „Beschränkung und Ausnahme“ falle, dann sei sie vom Schutzrecht erfasst. Siehe schließlich KUR, in: Kur/Levin (Hg.), IPR in a Fair World Trade System, S. 246 ff., die, bezogen auf alle Bereiche des Immaterialgüterrechts, in denen der Drei-Stufen-Test zur Anwendung kommt, eine Auslegung unter Einbezug von Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten fordert. Siehe auch GEIGER/GERVAIS/SENFTLEBEN, in: Gervais (Hg.), International Intellectual Property, S. 176 ff.
- 1618 GEIGER/GRIFFITHS/HILTY, GRUR Int. 2008, 822 ff.; die englische Originalfassung ist abgedruckt in: IIC 2008, 707 ff.
- 1619 Siehe HILTY/NÉRISSON, in: Hiltz/Nérisson (Hg.), Balancing Copyright, S. 28; siehe auch HILTY, JIPITEC 2010, 83 ff.
- 1620 Im Folgenden wird auf die maßgebliche englische Fassung verwiesen (GEIGER/GRIFFITHS/HILTY, IIC 2008, 707 ff.).
- 1621 GEIGER/GRIFFITHS/HILTY, IIC 2008, 711.

rücksichtigen hat, die Beibehaltung von bestehenden „Beschränkungen und Ausnahmen“ nicht beschränkt und die Einführung neuer ausgewogener „Beschränkungen und Ausnahmen“ nicht ausgeschlossen werde.¹⁶²²

d) Stellungnahme

Bis heute ist weder eine übereinstimmende Auslegung gefunden noch scheint die Bedeutung der einzelnen Stufen hinreichend präzisiert zu sein.¹⁶²³ Der Wortlaut des Tests schließt zwar eine kumulative Prüfung der einzelnen Stufen nicht aus, doch stellt eine solche Anwendung *nicht die einzige mögliche* Variante der Auslegung dar.¹⁶²⁴ Ebenso verbietet es der Wortlaut nicht, die Stufen im Sinne einer *unteilbaren Gesamtheit* zu sehen, selbst wenn eine Prüfungsreihenfolge – wie vom Wortlaut vorgeschlagen – von der ersten bis zur dritten Stufe zugrunde gelegt wird.¹⁶²⁵ Die von der *Declaration* vorgeschlagene ausgewogene Interpretation steht auch nicht im Widerspruch zu den Zielen der einzelnen Konventionen – im Gegenteil: Bereits im Rahmen der RBÜ war anerkannt, dass Art. 9 (2) RBÜ einen Ausgleich zwischen den Nutzer- und Verwerterinteressen gewährleisten sollte. Aber auch das TRIPS-Abkommen gibt in Art. 7 das Ziel eines beiderseitigen Interessenausgleichs aus, wenn es heißt, dass der Schutz und die Durchsetzung der Rechte „(...) in einer dem gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Wohl zuträglichen Weise erfolgen und einen Ausgleich zwischen Rechten und Pflichten herstellen“ soll.¹⁶²⁶

1622 GEIGER/GRIFFITHS/HILTY, IIC 2008, 711.

1623 GEIGER, EIPR 2007, 487; DREIER/SCHULZE/DREIER, *UrhG*, Vorbemerkung §§ 44a ff. Rn. 21.

1624 GEIGER/GERVAIS/SENFTLEBEN, in: Gervais (Hg.), International Intellectual Property, S. 168 f.; ähnlich auch RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 37.

1625 Ursprünglich war in einer früheren Fassung auf der Stockholmkonferenz die dritte Stufe mit der zweiten vertauscht gewesen. Die Reihenfolge wurde später mit der Begründung geändert, „a more logical order for the interpretation of the rule“ zu gewährleisten; siehe WIPO, *Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm (Vol. II)*, S. 1145; vertieft SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 126 ff.

1626 Schließlich betont auch die WCT in ihrer Präambel, dass „ein Gleichgewicht zwischen den Rechten der Urheber und dem umfassenderen öffentlichen Interesse, insbesondere Bildung, Forschung und Zugang zu Informationen, zu wahren, wie dies in der Berner Übereinkunft zum Ausdruck kommt“, notwendig sei. Siehe GEIGER/GRIFFITHS/HILTY, IIC 2008, 709.

Für die Frage der Vereinbarkeit der EKL mit den Kriterien des Drei-Stufen-Tests soll zunächst eine Prüfung anhand der einzelnen Stufen in ihrer gegebenen Reihenfolge vorgenommen werden. Bei der Prüfung der einzelnen Kriterien ist auch die Auslegung des WTO-Panels, zwar nicht als allgemeine Auslegungsregel nach Art. 31 (3) WÜRV, aber doch als ergänzendes Auslegungsmittel nach Art. 32 WÜRV zu berücksichtigen.¹⁶²⁷ Kommt die Analyse zu dem Schluss, dass bereits die erste oder zweite Stufe nicht erfüllt wäre, soll die Prüfung damit nicht beendet sein. In Übereinstimmung mit der zweiten Ansicht, wonach der Test als eine unteilbare Gesamtheit anzusehen ist, ist eine Prüfung *aller drei Stufen* erforderlich, um abschließend beurteilen zu können, ob die EKL im Einklang mit den Vorgaben des Tests steht oder nicht.

II. Die EKL als Gegenstand des Drei-Stufen-Tests

1. Überprüfung des EKL-Modells als solches?

Zunächst ist zu überlegen, ob die EKL überhaupt *als einheitliches Modell* an den Kriterien des Drei-Stufen-Tests geprüft werden kann.¹⁶²⁸ Denn die EKL hat verschiedene Ausformungen, abhängig von dem jeweiligen Regelungsbereich, aber auch abhängig von dem jeweiligen skandinavischen Land.¹⁶²⁹ Abgesehen davon unterliegen den einzelnen EKL-Bestimmungen teilweise unterschiedliche Rechtfertigungen.¹⁶³⁰

Gleichwohl verbinden sie *gemeinsame Kernelemente*.¹⁶³¹ Diese bestehen in der Repräsentativität der Verwertungsgesellschaft, der gesetzlichen Erstreckung von Kollektivverträgen, der Gleichbehandlung von Nichtmitgliedern und Mitgliedern und dem Recht eines außenstehenden Rechteinhabers auf individuelle Vergütung. Bezogen auf diese Komponenten las-

1627 SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 110. Die Entscheidungen des WTO-Panels betreffen freilich nur die Anwendung des Tests nach Art. 13 TRIPS und können damit auch nur mit Bezug auf diesen überhaupt Geltung beanspruchen. Gleichwohl stellt sich die Frage der Vereinbarkeit der EKL auch mit Blick auf Art. 13 TRIPS, was insoweit die Berücksichtigung der Auslegung des WTO-Panels notwendig macht.

1628 So schon RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 39.

1629 ROGNSTAD, NIR 2012, 621.

1630 Siehe RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 39.

1631 So auch RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 39.

sen sich die einzelnen EKL-Bestimmungen an den Vorgaben des Tests spiegeln. Was weitere mögliche Ausformungen der EKL betrifft – wie etwa das Genehmigungserfordernis der Verwertungsgesellschaft oder das Vetorecht –, so werden diese in die Untersuchung miteinbezogen, wenn sie im Rahmen der einzelnen Prüfschritte für die Beurteilung von Bedeutung sind.

2. EKL als „Beschränkung und Ausnahme“ im Sinne des Drei-Stufen-Tests?

a) Problemstellung

Der Drei-Stufen-Test erfasst jede „Beschränkung und Ausnahme“ von ausschließlichen Rechten. Damit der Drei-Stufen-Test vorliegend überhaupt anwendbar ist, müsste es sich bei der EKL ebenfalls um eine „Beschränkung und Ausnahme“ handeln.

Die bisherige Untersuchung konnte noch keine Antwort darauf geben, ob die EKL eine solche „Beschränkung und Ausnahme“ darstellt. Denn zunächst wurde festgestellt, dass die EKL als eine (hier eigens definierte) *Ausschließlichkeitseinschränkung* einzuordnen ist.¹⁶³² Davon zu trennen war die Prüfung am europäischen Recht. Hier kam die Untersuchung zu dem Ergebnis, dass das nordische Modell keine „Ausnahme und Beschränkung“ im Sinne des europäischen Rechts darstellt.¹⁶³³ Bei der Prüfung mit den Mindestrechten der RBÜ wiederum wurde die EKL als eine *Schranke im Sinne der RBÜ* klassifiziert, da sie – im Gegensatz zur Verwertungsgesellschaftspflicht – die Ausschließlichkeit im engeren Sinne berührt, die allein von der RBÜ geschützt zu sein scheint.¹⁶³⁴ Insbesondere die letzte Konklusion lässt sich aber nicht ohne weiteres auf das System der „Beschränkungen und Ausnahmen“ im TRIPS-Abkommen und der WCT (und WPPT) übertragen.

Schließlich kam es in Skandinavien aufgrund des Erwägungsgrundes (18) InfoSoc-RL zu einem Verständniswandel bei der EKL, der dazu geführt hat, dass die EKL nicht nur als keine „Ausnahme und Beschränkung“ im Rahmen der InfoSoc-RL gesehen, sondern auch nicht als eine

1632 Siehe oben, bei § 6 B.

1633 Siehe oben, bei § 7 C II.

1634 Siehe oben, bei § 8 B III 2.

„Beschränkung und Ausnahme“ im Sinne des internationalen Recht verstanden wird.¹⁶³⁵ Konsequent heißt es dann auch im schwedischen Revisionsvorschlag von 2013, dass der Drei-Stufen-Test in der RBÜ, in TRIPS und im europäischen Recht für das Modell der EKL ohne Bedeutung sei.¹⁶³⁶ Zwar müsse das Modell so ausgestaltet sein, dass es den Interessen der Rechteinhaber entspreche; eine formelle Prüfung anhand des Drei-Stufen-Tests sei aber nicht erforderlich.¹⁶³⁷

Es wäre naheliegend, den Begriff der „Beschränkung und Ausnahme“ aus den verschiedenen Fassungen des Drei-Stufen-Tests einheitlich zu verstehen. Schließlich sind schon alle Prüf-Schritte in der ursprünglichen Version des Art. 9 (2) RBÜ enthalten. Allerdings spricht Art. 9 (2) RBÜ – im Gegensatz zu Art. 13 TRIPS oder Art. 10 WCT – nicht von „Beschränkungen und Ausnahmen“, sondern nur davon, dass es den Verbänden vorbehalten bleibt, „(...) die Vervielfältigung (...) zu gestatten“. Der Begriff der „Beschränkung und Ausnahme“ wurde vielmehr erstmalig mit Verabschiedung des TRIPS-Abkommens eingeführt. Mit der Verwendung zweier Begriffe (Beschränkung und Ausnahme) sollte klargestellt werden, dass Art. 13 TRIPS unabhängig von Benennung und Rechtstechnik der jeweiligen Regelung zur Anwendung kommen soll.¹⁶³⁸ Auch in der Wissenschaft hat sich der doppelte Begriff seitdem als gängige Bezeichnung etabliert.¹⁶³⁹ Überraschenderweise finden sich aber entgegen der zahlreichen jüngeren Analysen über die Zulässigkeit und Tauglichkeit von „Beschränkungen und Ausnahmen“ kaum Ausführungen darüber, was der Begriff

1635 So wohl SCHÖNNING, *Ophavsretsloven*, S. 462; KOSKINEN-OLSSON, in: Gervais (Hg.), *Collective Management*, S. 303; VUOPALA, *Extended Collective Licensing*, S. 25; nicht eindeutig: SCHÖNNING/BLOMQVIST, *International ophavsret*, S. 79 (demgegenüber *ebd.*, S. 330).

1636 *Prop. 2012/13:14I*, S. 29 („(...) trestegsregeln i Bernkonventionen, TRIP:s-avtale och EU-rätten inte är av relevans i förhållande till avtalslicenserna.“).

1637 *Prop. 2012/13:14I*, S. 29 („(...) inte någon formell prövning ske mot trestegsregeln.“).

1638 SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 22, 115 ff. Der Begriff schien dabei so geeignet zu sein, dass er neben der WCT und WPPT schließlich auch seinen Weg – wenn auch in vertauschter Reihenfolge – in das europäische Recht fand, dabei nicht als „Beschränkung und Ausnahme“, sondern als „Ausnahme und Beschränkung“ (siehe etwa Art. 5 InfoSoc-RL, Art. 6 (1) OW-RL).

1639 Siehe nur KUR, in: Kur/Levin (Hg.), *IPR in a Fair World Trade System*, S. 208 ff.; GEIGER, IIC 2009, 627 ff.; HUGENHOLTZ/OKEDIJI, *Limitations and Exceptions*; siehe auch SIRINELLI, *Exceptions and Limits*.

der „Beschränkung und Ausnahme“ denn nun eigentlich inhaltlich bedeutet und damit den Anwendungsbereich des Tests eröffnet.¹⁶⁴⁰

b) Literaturmeinungen

Hugenholz/Okediji verstehen unter einer „Beschränkung und Ausnahme“ eine gesetzliche Beschränkung, die die Rechte des Rechteinhabers in bestimmten Situationen zugunsten der Interessen einer bestimmten Nutzergruppe oder der Allgemeinheit beschneidet, dabei aber wohl solche Regelungen außen vor lässt, die nur die Ausübung des Ausschließlichkeitsrechts betreffen, da das Verwertungsrecht intakt bleibe und anstelle des Rechteinhabers durch die jeweilige Verwertungsgesellschaft durchgesetzt werden könne.¹⁶⁴¹ Nach *Ricketson* hingegen fallen unter „Beschränkungen und Ausnahmen“ insbesondere solche Bestimmungen, welche Nutzungen, die von der Ausschließlichkeit erfasst sind, vergütungsfrei oder gegen Vergütung erlauben,¹⁶⁴² wobei er dabei Art. 11bis (2) und Art. 13 RBÜ als Beispiele anführt.¹⁶⁴³

Mit Blick auf die erste Ansicht wäre die EKL wohl als eine „Beschränkung und Ausnahme“ einzustufen, zumal die bloße Ausübung anders als bei der Verwertungsgesellschaftspflicht bei der EKL gerade nicht unbefürt bleibt.¹⁶⁴⁴ Die von *Ricketson* angeführten Beispiele des Art. 11bis (2) und Art. 13 RBÜ unterscheiden sich hingegen bereits strukturell von dem nordischen Modell, was eine Einordnung wiederum schwierig macht.

1640 HUGENHOLTZ/OKEDIJI, *Limitations and Exceptions*, S. 19; siehe auch CHRISTIE, in: Kur/Mizaras (Hg.), *The Structure of IP Law*, S. 122 f.

1641 HUGENHOLTZ/OKEDIJI, *Limitations and Exceptions*, S. 19.

1642 RICKETSON, *WIPO Study on Limitations and Exceptions*, S. 3 ff.; vgl. auch REINBOTHE/V. LEWINSKI, *The WIPO Treaties*, Rn. 7.10.41, die „exception“ als die weitreichendste Einschränkung verstehen, da das Recht nicht mehr in einem bestimmten Fall besteht, während „limitation“ das Recht nicht völlig seines Inhaltes beraubt (etwa bei Umwandlung des Ausschließlichkeitsrechts in ein Vergütungsrecht).

1643 RICKETSON, *WIPO Study on Limitations and Exceptions*, S. 4.

1644 Differenzierend RIIS/SCHOVSBO, Col. J. of Law & the Arts 2010, 485.

c) Stellungnahme

Mag es an einer klarstellenden Definition der „Beschränkung und Ausnahme“ bis heute fehlen, so muss die Antwort im Grunde im bestehenden Schutzsystem des internationalen Urheberrechts selbst liegen und eben dort gefunden werden.¹⁶⁴⁵

Der von der RBÜ etablierte Schutz wird über die *Gewährung individueller Ausschließlichkeitsrechte* realisiert, welche formell offenbar nur die *Ausschließlichkeit in einem engeren Sinne* schützt. So darf etwa das Vervielfältigungsrecht abgesehen von den in der RBÜ ausdrücklichen oder kleinen Ausnahmen nur unter der Maßgabe des Art. 9 (2) RBÜ eingeschränkt werden. Materiell sollen all jene Regelungen dem Test unterworfen werden, die Nutzungen erfassen, welche für die Verwertung des Werkes eine *erhebliche wirtschaftliche oder praktische Bedeutung* haben oder haben werden.¹⁶⁴⁶

Da nun die späteren Fassungen des Drei-Stufen-Tests in eben jenem Art. 9 (2) RBÜ wurzeln, erscheint es nicht abwegig, das *gleiche Verhältnis von Ausschließlichkeit und Begrenzung* auch auf die späteren Versionen anzulegen.¹⁶⁴⁷ Demnach wäre in Anlehnung an Art. 9 (2) RBÜ unter dem Begriff der „Beschränkung und Ausnahme“ jede Regelung zu verstehen, die *formell das Ausschließlichkeitsrecht im engeren Sinne einschränkt und dabei materiell eine Verwertungsform des Werkes betrifft, die von erheblicher wirtschaftlicher und praktischer Bedeutung für den Rechteinhaber ist.*

Wendet man dieses Verständnis auf die EKL an, so lässt sich nicht von der Hand weisen, dass die EKL – unabhängig ihrer Bezeichnung oder nationalen Einordnung – die Ausschließlichkeitsrechte zumindest der außenstehenden Rechteinhaber einschränkt und Bereiche betrifft, die durchaus

1645 Vgl. SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 115.

1646 WIPO, *Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm (Vol. I)*, S. 111 (mit Bezug auf Art. 9 RBÜ): „(...) all the forms of exploiting a work which had, or were likely to acquire, considerable economic or practical importance must in principle be reserved of the authors“.

1647 Vgl. RICKETSON, *WIPO Study on Limitations and Exceptions*, S. 3 („(...) the Berne Convention has contained provisions granting latitude to member states to limit the rights of authors in certain circumstances. In keeping with this approach, the present international conventions on authors' and related rights contain a mixture of limitations and exceptions on protection that may be adopted under national laws.“); vgl. auch SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 87, 179.

eine signifikante wirtschaftliche Bedeutung für die Verwertung des Werkes haben (können).¹⁶⁴⁸ Die Tatsache, dass möglicherweise nur ein Teil der Rechteinhaber davon tangiert ist, vermag die Anwendung des Tests nicht auszuschließen. Denn die internationalen Bestimmungen nehmen keine graduelle Abgrenzung darüber vor, wie viele Rechteinhaber (von allen denkbaren Rechteinhabern) letztlich von einer „Beschränkung und Ausnahme“ betroffen sind.¹⁶⁴⁹ Sofern also das Prinzip der individuellen Ausschließlichkeit und das Verständnis einer Begrenzung dieser Ausschließlichkeit, das als Schutzsystem der RBÜ zugrunde liegt, auch in die späteren Abkommen (TRIPS, WCT, WPPT) übernommen worden ist, muss das Modell der EKL als „Beschränkung und Ausnahme“ verstanden werden und damit in den Anwendungsbereich des Drei-Stufen-Tests fallen.¹⁶⁵⁰

d) Fazit

Die EKL unterliegt als eine „Beschränkung und Ausnahme“ den Vorgaben des Drei-Stufen-Tests. Anzumerken ist allerdings, dass aufgrund der fehlenden Präzisierung des Begriffs „Beschränkung und Ausnahme“ ein solches Ergebnis keinesfalls zwingend erscheint. Denn bereits der Blick in das europäische Recht hat gezeigt, dass man mit Bezug auf „Beschränkungen und Ausnahmen“ offenbar keineswegs mit den gleichen Verständnismustern hantiert. Ebenso scheint auch der skandinavische Gesetzgeber von einem abweichenden Verständnis auszugehen.

1648 Siehe schon TRUMPKE, NIR 2012, 285.

1649 Freilich kann dies Einfluss bei den einzelnen Prüfungsschritten selbst haben. An der grundsätzlichen Anwendung des Drei-Stufen-Tests ändert dies indes nichts.

1650 Im Ergebnis übereinstimmend RIIS/SCHOVSBO, Col. J. of Law & the Arts 2010, 486, wobei sie einen Unterschied noch im Vetorecht der außenstehenden Rechteinhaber erblicken, welches der EKL ihren zwingenden Charakter nehme. Wie bereits festgestellt, kann dem Vetorecht eine „ausschließlichkeitserhaltende Funktion“ gerade nicht beigegeben werden. Daher spielt es für die Frage der Einordnung der EKL als „Beschränkung und Ausnahme“ keine Rolle. Richtig daher AXHAMN/GUIBAULT, *Cross-border extended collective licensing*, S. 49; siehe auch RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 22 ff., 25; ROGNSTAD, NIR 2012, 622; TRUMPKE, NIR 2012, 285.

3. EKL-Bestimmung und EKL-Vereinbarung

Von besonderer Bedeutung ist schließlich die Frage, welches Element des EKL-Modells – die EKL-Bestimmung oder die EKL-Vereinbarung – als „Beschränkung und Ausnahme“ an den Kriterien des Drei-Stufen-Tests zu prüfen ist.

Man könnte argumentieren, dass erst die *EKL-Vereinbarung* die konkreten Nutzungsbedingungen festlegt, nach denen ein Werk eines außenstehenden Rechteinhabers genutzt werden darf, mithin nur die EKL-Vereinbarung letztlich Aufschluss darüber gibt, ob die EKL etwa zu einer Beeinträchtigung der normalen Auswertung des Werkes führt.

Richtig daran ist, dass das EKL-Modell *ohne* die Berücksichtigung der EKL-Vereinbarungen nicht beurteilt werden kann und insofern aktuelle EKL-Vereinbarungen zwingend in die Untersuchung miteinbezogen werden müssen, um beispielhaft die zulässige Anwendung der EKL-Bestimmungen auszuloten.¹⁶⁵¹ Allerdings können die aktuellen EKL-Vereinbarungen nur eine *Momentaufnahme* dafür bieten, ob die EKL in dieser konkreten Ausgestaltung mit dem Drei-Stufen-Test vereinbar ist. Dagegen legen die EKL-Bestimmungen die *abstrakt-generellen Voraussetzungen* fest, in welchem Bereich und in welchem Umfang eine Erstreckung auf eine bestimmte Kategorie von Werken zulässig ist.¹⁶⁵² In Anbetracht der Tatsache, dass die nordischen EKL-Bestimmungen auch völlig neue Nutzungsformen erfassen bzw. im Falle der General-EKL auch zukünftige Nutzungsformen betreffen könnten, reicht eine Berücksichtigung der aktuellen EKL-Vereinbarungen allein nicht aus. Vielmehr ist es auch von Bedeutung, welche Form der Lizenzierung in welchem Umfang unter einem EKL-System *überhaupt möglich* wäre.¹⁶⁵³ Daher bleiben die einzelnen EKL-Bestimmungen Ausgangspunkt der folgenden Untersuchung.

Im Zentrum der Prüfung sollen das *Vervielfältigungsrecht* und das *Recht der öffentlichen Zugänglichmachung* stehen, für die insoweit eine Anwendung des Drei-Stufen-Tests unbestritten ist. Beiden Rechten dürfte auch mit Blick auf neue Verwertungsformen wachsende Bedeutung zukommen.

1651 Siehe auch RIIS/SCHOVSBO, Col. J. of Law & the Arts 2010, 489; RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 50, 57 f.; AXHAMN/GUIBAULT, *Cross-border extended collective licensing*, S. 50; EGLOFF, sic! 2014, 679.

1652 Siehe auch ROGNSTAD, NIR 2012, 622.

1653 TRUMPKE, NIR 2012, 286.

Die Vereinbarkeit der EKL mit den Vorgaben des Tests soll insbesondere *anhand von drei EKL-Bestimmungen* überprüft werden: Erstens, die in allen skandinavischen Ländern angewandte EKL zur Nutzung von Werken in Bildungseinrichtungen, wobei hier die schwedische Regelung des § 42c *UrhG-S* ins Visier genommen wird; zweitens, die EKL für die Nutzung von Werken durch Bibliotheken, Museen und Archive, wobei stellvertretend § 16a *UrhG-N* zu untersuchen ist, welcher die Grundlage für das *Bokhylla-Projekt* der norwegischen Nationalbibliothek bildet; und drittens, die dänische General-EKL nach § 50 (2) *UrhG-D*, auf deren Grundlage schon einige EKL-Vereinbarungen abgeschlossen wurden.¹⁶⁵⁴

Die nachfolgende Untersuchung kann die Frage der Vereinbarkeit der EKL nicht erschöpfend klären. Denn eine Beurteilung ist immer abhängig von der jeweiligen EKL-Bestimmung und EKL-Vereinbarung, mithin vom Einzelfall. Gleichwohl wird versucht, anhand der drei gewählten EKL-Bestimmungen generelle Anhaltspunkte herausarbeiten, die auch für die Beurteilung der anderen EKL-Bestimmungen gelten und somit als Richtschnur für das EKL-Modell im Ganzen fungieren können.

III. EKL vs. Drei-Stufen-Test

1. Stufe 1: Bestimmte Sonderfälle

a) Auslegung der ersten Stufe

Bereits im Rahmen der ersten Stufe finden sich unterschiedliche Interpretationsansätze. Diese betreffen zum einen die Frage, welche Bedeutung der Bestimmtheit eines Sonderfalls zukommen soll, zum anderen das Problem, wie ein solcher Sonderfall zu definieren ist.

Während das WTO-Panel – im Rahmen seiner Prüfung von Art. 13 TRIPS – „bestimmt“ dahingehend verstanden hat, dass die jeweilige „Be-

1654 Zu erinnern ist, dass gerade im Bereich der General-EKL bedauerlicherweise von einer Veröffentlichung der EKL-Vereinbarungen abgesehen wird. Immerhin kann aber auf die schriftlichen Genehmigungserteilungen des dän. Kulturministeriums („godkendelse“) zurückgegriffen werden, denen einige Hinweise auf die Vertragsinhalte entnommen werden können (siehe KULTURMINISTERIET, *Godkendelser*).

schränkung und Ausnahme“ klar und eng definiert sein müsse,¹⁶⁵⁵ soll es nach einer anderen Ansicht ausreichen, dass die einzelnen „Beschränkungen und Ausnahmen“ hinreichend voneinander abgrenzbar seien, sodass ein Katalog an unterschiedlichen Schranken im nationalen Recht erkennbar sei.¹⁶⁵⁶ Teilweise wird auch vertreten, dass die Reichweite hinreichend vorhersehbar sein müsse.¹⁶⁵⁷

Für die letzten beiden Ansichten spricht, dass sie den verschiedenen Urheberrechtstraditionen nicht zuwiderlaufen.¹⁶⁵⁸ Denn erblickt man in dem Erfordernis des „bestimmten“ Sonderfalls ein besonderes Bestimmtheitsgebot und hält darum eine präzise Umschreibung der einzelnen Schranken für erforderlich, dann wäre die Zulässigkeit etwa der US-amerikanischen *Fair Use Klausel* äußerst zweifelhaft.¹⁶⁵⁹ Folglich dürfte es genügen, dass eine EKL-Regelung sich von anderen „Beschränkungen und Ausnahmen“ unterscheidet, ihre Reichweite hinreichend vorhersehbar ist und zusammen mit den anderen Schranken einen Katalog an bestimmten „Beschränkungen und Ausnahmen“ bildet.

Auch die Bedeutung des zweiten Merkmals, das *Vorliegen eines Sonderfalls*, wird unterschiedlich beurteilt. Nach der Auslegung des WTO-Panels ist ein Sonderfall gegeben, wenn die jeweilige „Beschränkung und Ausnahme“ einen engen Anwendungsbereich besitzt bzw. selbst einen Ausnahmefall bildet; sie darf insofern nicht den „Normalfall“ darstellen, letztlich also nur eine überschaubare Anzahl an zulässigen Nutzungen erlauben.¹⁶⁶⁰

Eine andere Ansicht versteht das Vorliegen eines Sonderfalls vielmehr in einer *qualitativen Weise*.¹⁶⁶¹ Entscheidend sei nicht, ob der Regelung ein Ausnahmecharakter zukommt, sondern welchem *Zweck* sie diene.¹⁶⁶²

1655 *WTO Panel Report v. 15. Juni 2000*, WT/DS160/R, Rn. 6.108; ähnlich auch REINBOTHE/v. LEWINSKI, *The WIPO Treaties*, Rn. 7.10.24.

1656 Zum Ganzen SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 133 ff., 137.

1657 GEIGER/GRIFFITHS/HILTY, IIC 2008, 711.

1658 Siehe SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 135 ff.

1659 SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 135 f., 162 ff.; DERS., GRUR Int. 2004, 207; FÖRSTER, *Fair Use*, S. 196 ff.; vgl. aber auch HUGENHOLTZ/OKEDJII, *Limitations and Exceptions*, S. 22.

1660 *WTO Panel Report v. 15. Juni 2000*, WT/DS160/R, Rn. 6.109; kritisch hierzu SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 140 ff.

1661 Eingehend SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 138 f., 144 ff. m.w.N.

1662 In diese Richtung auch REINBOTHE/v. LEWINSKI, *The WIPO Treaties*, Rn. 7.10.25. Abweichend und zu restriktiv BORNKAMM, in: FS Erdmann, S. 45 f., der für einen

Bestehe ein nachvollziehbarer und gerechtfertigter Zweck, mag darin ein Sonderfall zu sehen sein,¹⁶⁶³ wobei die Freiheit des nationalen Gesetzgebers, seine kulturellen, sozialen und wirtschaftlichen Ziele zu erreichen, gewährleistet sein sollte.¹⁶⁶⁴

Die erste einer quantitativen Auslegung folgende Ansicht ist mit gewissen Unsicherheiten behaftet.¹⁶⁶⁵ So ist fraglich, ab wann eine Regelung einen solchen Ausnahmecharakter annimmt. Eine absolute Grenze kann aufgrund der Vielzahl an „Beschränkungen und Ausnahmen“ und der Unterschiedlichkeit ihres Umfangs und ihrer Anwendungsbereiche nicht gezogen werden.¹⁶⁶⁶ Aber selbst bei einer relativen Betrachtung, abhängig von jeder einzelnen „Beschränkung und Ausnahme“, wäre es nicht klar, woran eine Beurteilung anzuknüpfen wäre.¹⁶⁶⁷

Darüber hinaus läuft ein rein quantitatives Verständnis Gefahr, der zweiten Stufe ihre Bedeutung zu nehmen.¹⁶⁶⁸ Denn wenn eine „Beschränkung und Ausnahme“ sowieso nur aufgrund ihres Ausnahmecharakters in wenigen Fällen zur Anwendung gelangt, dann wird häufig auch keine Beeinträchtigung mit der normalen Auswertung des Werkes einhergehen.¹⁶⁶⁹

Sonderfall das Vorliegen eines „spezifischen Nutzungszwecks“ für erforderlich hält.

1663 SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 146. Dagegen RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights (Vol. I)*, Rn. 13.12, 13.13, wobei sich Ricketson in der vorherigen Auflage (vgl. RICKETSON, *The Berne Convention*, Rn. 9.6) noch für eine Berücksichtigung eines „special purpose“ („some clear reason of public policy or some other exceptional circumstance“) aussprach; siehe auch *WTO Panel Report v. 15. Juni 2000*, WT/DS160/R, Rn. 6.111, 6.112; im Ergebnis diesen Ansatz ablehnend wohl auch RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 44 f.

1664 SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 145 f.

1665 Obwohl das WTO Panel selbst ausführte, dass „an exception and limitation should be narrow in quantitative as well as a qualitative sense“, verfolgte es später einen rein quantitativen Ansatz, ohne Berücksichtigung der die Schranke rechtfertigenden Gründe (siehe *WTO Panel Report v. 15. Juni 2000*, WT/DS160/R, Rn. 6.109); siehe dazu vertieft SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 140 ff.

1666 RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 42.

1667 SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 138; RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 42 ff.

1668 SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 144.

1669 SENFTLEBEN, GRUR Int. 2004, 207.

Aus diesen Gründen ist einem qualitativen Verständnis bei der Beurteilung der Vorzug zu geben, ob ein Sonderfall vorliegt oder nicht.¹⁶⁷⁰

b) Das EKL-Modell

aa) Bestimmtheit

Zunächst muss eine EKL-Bestimmung einen „bestimmten“ Sonderfall betreffen. Nach der hier vertretenen Ansicht muss sie sich von anderen „Beschränkungen und Ausnahmen“ abgrenzen und eine *hinreichend vorhersehbare Reichweite* aufweisen.

§ 42c UrhG-S betrifft die Vervielfältigung von Werken zu Ausbildungszwecken, während § 16a UrhG-N Gedächtniseinrichtungen die Vervielfältigung von veröffentlichten Werken aus ihren Sammlungen und jede Form der Zugänglichmachung dieser Werke an die Allgemeinheit gestattet. Beide EKL-Bestimmungen bzw. ihre jeweiligen Pendants in den anderen nordischen Ländern grenzen sich durch ihren umschriebenen Anwendungsbereich von den anderen EKL-Bestimmungen, aber auch von anderen „Beschränkungen und Ausnahmen“, die in den nordischen Urheberrechtsgesetzen vorgesehen sind, deutlich voneinander ab. Gleichermaßen dürfte auch für die anderen speziellen EKL-Bestimmungen gelten.¹⁶⁷¹

Hingegen kommt die General-EKL in allen Bereichen zur Anwendung, wenn sich ein Nutzer und eine entsprechende Verwertungsgesellschaft darauf verständigen. Man könnte argumentieren, dass mit ihr nicht ein Katalog an einigen Nutzungshandlungen vorgegeben ist, vielmehr eine unbegrenzte „Beschränkung und Ausnahme“ vorliegt. Allerdings unterscheidet sich die General-EKL von anderen EKL-Bestimmungen durch ihren breiten Anwendungsbereich. Ihr Differenzierungsmerkmal liegt gerade in ihrem *generalklauselartigen Charakter*. Folglich besteht eine hinreichende Abgrenzbarkeit.

Die EKL-Bestimmungen müssten auch eine *hinreichend vorhersehbare Reichweite* aufweisen. Wiederum dürften die speziellen EKL-Regelungen dieses Kriterium erfüllen. Denn § 42c UrhG-S betrifft nur die Vervielfälti-

1670 So auch SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 138, 144 ff.; HILTY, in: FS Schricker (2005), S. 343 f.; KUR, in: Kur/Levin (Hg.), IPR in a Fair World Trade System, S. 224 ff., 227 f.

1671 Ähnlich auch RIIS/SCHOVSBO, Col. J. of Law & the Arts 2010, 487.

gung innerhalb von Bildungseinrichtungen, nicht aber von anderen Einrichtungen. Andere Nutzungsformen als die Vervielfältigung sind nicht gestattet. § 16a UrhG-N nennt ausschließlich Archive, Museen und Bibliotheken als privilegierte Einrichtungen, welche darüber hinaus gewöhnlich von dem norwegischen Kulturministerium konkret bestimmt werden. Nur eine Nutzung von Werken aus den Sammlungen der Einrichtungen ist erlaubt. Ein (vorhersehbarer) Rahmen wird damit durch die speziellen EKL-Bestimmungen vorgegeben, innerhalb dessen eine EKL-Vereinbarung geschlossen werden darf.¹⁶⁷²

Etwas anderes könnte hingegen für die *General-EKL* gelten, die lediglich bestimmt, dass innerhalb eines bestimmten bzw. abgegrenzten Bereichs („for et nærmere defineret område“ (dän.) bzw. „inom ett avgränsat användningsområde“ (schwed.)) eine EKL-Vereinbarung geschlossen werden darf. Jede Kategorie von Werken kann Teil der EKL-Vereinbarung, jedes Ausschließlichkeitsrecht Gegenstand einer erweiterten Lizenz werden. Auch der Kreis der privilegierten Nutzer ist nicht beschränkt. Die Reichweite der General-EKL ist somit nicht vorhersehbar.¹⁶⁷³

Allerdings sind mit der EKL weitere Elemente verbunden, die durch eine *Konkretisierung des Anwendungsbereiches* dazu beitragen, die Reichweite der EKL-Regelungen näher zu bestimmen. Diese Eigenschaften treffen im Grund auf *alle EKL-Bestimmungen* zu, dürften aber im Rahmen der ersten Stufe hauptsächlich für die General-EKL von Bedeutung sein.

Dies gilt zunächst für die *doppelte Struktur* der EKL. Die EKL-Bestimmung bildet nur den äußeren Rahmen, innerhalb dessen die jeweilige EKL-Vereinbarung geschlossen werden darf.¹⁶⁷⁴ Erst die EKL-Vereinbarung legt den Anwendungsbereich und die entsprechenden Nutzungsbe-

1672 Siehe RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 47; zweifelnd aber auch der norw. Urheberrechtsausschuss für die Revision des norw. Urheberrechtsge setzes in: *NOU 1988:22*, S. 24.

1673 Siehe RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 48, 52, der entsprechend der Ansicht, die einen engen und klar definierten Anwendungsbereich für das Vor liegen eines bestimmten Sonderfalls fordert, die General-EKL ebenso für pro blematisch hält wie den grundsätzlich weiten Anwendungsbereich der speziellen EKL-Bestimmungen. Siehe auch RIIS/SCHOVSBO, Col. J. of Law & the Arts 2010, 488.

1674 So bereits RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 50.

dingungen fest. Die genaue Reichweite der EKL wird somit durch die konkrete EKL-Vereinbarung definiert.¹⁶⁷⁵

Daneben kommt eine EKL-Vereinbarung nur zustande, wenn sie von einer *repräsentativen Verwertungsgesellschaft* geschlossen wurde. Diese Limitierung auf Rechtsinhaberseite dürfte ebenfalls zu einer vorhersehbaren Reichweite beitragen, da Rechteinhaber nicht in allen Bereichen ihre Rechte kollektiv wahrnehmen lassen und damit Organisationen bestehen, die überhaupt die Rechte einer substanzialen Anzahl an Rechteinhabern wahrnehmen.¹⁶⁷⁶

Schließlich dürfte auch von dem *Genehmigungserfordernis* eine begrenzende Wirkung auf eine EKL-Anwendung ausgehen. Die behördlich erteilte Genehmigung beinhaltet nicht nur eine pauschale Erlaubnis der Verwertungsgesellschaft, sondern legt im Zusammenhang mit der General-EKL auch die konkreten Rahmenbedingungen fest, nach denen eine EKL gestattet ist.¹⁶⁷⁷ Tatsächlich werden durch das dänische Kulturministerium weitere enge Voraussetzungen für die EKL-Vereinbarung zusammen mit der Genehmigung der Verwertungsgesellschaft vorgegeben.¹⁶⁷⁸

1675 RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 50; ähnlich auch AXHAMN/GUIBAULT, *Cross-border extended collective licensing*, S. 50; RIIS/SCHOVSBO, Col. J. of Law & the Arts 2010, 489.

1676 Dazu ist die substanziale Anzahl anhand der Rechteinhaber zu berechnen, deren Werke *in dem jeweiligen nordischen Land* genutzt werden. Zwar werden über die EKL-Vereinbarung alle Rechteinhaber eines bestimmten Bereiches einbezogen, tatsächlich dürfte es sich bei den genutzten Werken vornehmlich um eben jene in diesem Land gewöhnlich genutzten Werke handeln. Durch diese Korrelation von den im jeweiligen Land genutzten Werken als Kriterium der Repräsentativität und der späteren EKL-Vereinbarung erscheint es nicht unwahrscheinlich, dass die Verwertungsgesellschaft tatsächlich die meisten Rechteinhaber vertritt, die von einer EKL-Vereinbarung erfasst werden. Die der EKL innenwohnende Begrenzung trägt ebenfalls zu einer vorhersehbaren Reichweite bei; ähnlich auch RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 49 f.

1677 *Forslag til Lov om ændring af ophavsretsloven*, 2007/2 LSF 58, nr. 13 (§ 50) stk. 4; siehe auch RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 51.

1678 Exemplarisch etwa die Genehmigung der Verwertungsgesellschaft *Copydan Tekst & Node* für eine EKL-Vereinbarung mit dem dänischen Verlag *Gyldendal* über die Nutzung älterer Ausgaben der Zeitschrift KRITIK, wonach eine Lizenzierung nur die Jahrgänge 1967-2011 einschließt und die Nutzung neben der Vervielfältigung auch die öffentliche Zugänglichmachung auf der Website der Zeitschrift mit der Möglichkeit des Herunterladens gestattet. Gleichzeitig wurde die Genehmigung u.a. unter dem Vorbehalt gewährt, dass sie nur innerhalb Dänemarks für eine Dauer von zwei Jahren gilt, die Verwertungsgesellschaft einen

Über die staatliche Genehmigungserteilung wird also der grundsätzlich offene Anwendungsbereich des § 50 (2) UrhG-D erheblich eingeschränkt.¹⁶⁷⁹ Gleichzeitig mag durch das Genehmigungsverfahren eine EKL-Anwendung *vorhersehbar* sein, denn solange eine Genehmigung nicht erteilt wurde, ist eine EKL-Vereinbarung nicht möglich.¹⁶⁸⁰

Für Schweden besteht diese Form der Konkretisierung – aufgrund des fehlenden Genehmigungsverfahrens – allerdings nicht. Hier wird allein durch die doppelte Struktur der EKL und das Repräsentativitätserfordernis eine Konkretisierung und Vorhersehbarkeit von § 42h UrhG-S geschaffen.

bb) Sonderfall

Eine andere Frage ist, ob die EKL-Bestimmungen einen *Sonderfall* betreffen. Nach der hier verfolgten Ansicht, die einen *qualitativen Maßstab* an die Beurteilung eines Sonderfalls anlegt, ist es nicht von Belang, ob der Regelung ein Ausnahmeharakter zukommt, also nur in einer begrenzten Weise Werknutzungen privilegiert,¹⁶⁸¹ sondern ob der Bestimmung ein *nachvollziehbarer Zweck* zugrunde liegt, mithin eine *ausreichende Rechtfertigungsgrundlage* besteht. Eine ausreichende Rechtfertigung kann sich etwa aufgrund kollidierender Grundrechte wie das Recht auf freie Mei-

wesentlichen Teil an Rechteinhabern der Werke vertritt, die von der Vereinbarung erfasst sind und die in Dänemark genutzt werden, sowie, dass sich die Genehmigung ausschließlich auf die Nutzungen beschränkt, die zu dem Zeitpunkt der Genehmigungserteilung von der Vereinbarung erfasst waren. Siehe KULTURMINISTERIET, *Godkendelse KRITIK*, S. 1 f.

1679 RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 50 f.

1680 So auch RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 51.

1681 Riis/SCHOVSBO, Col. J. of Law & the Arts 2010, 487, folgen in ihrer Analyse dieser Ansicht und werfen dabei die Frage auf, ob auch dann noch von einem Sonderfall gesprochen werden könne, wenn man alle EKL-Bestimmungen zusammen nehme und deren Gesamteffekt beurteile. Zu Recht verwerfen sie eine solche Auslegung, da sie zu merkwürdigen Ergebnissen führen würde und es zudem völlig unklar wäre, wann die zulässige Gesamtmenge an EKL-Bestimmungen erreicht ist, um noch einen Sonderfall darzustellen. Stattdessen sei jede EKL-Bestimmung für sich zu betrachten. Dabei wäre grundsätzlich von einer Vereinbarkeit mit der ersten Stufe auszugehen. Im Ergebnis ähnlich auch AXHAMN/GUIBAULT, *Cross-border extended collective licensing*, S. 49 f.; der Ansicht einer begrenzten Anwendung der „Beschränkung und Ausnahme“ folgend auch RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 47 ff.

nungsäußerung, aufgrund der Wissens- und Informationsverbreitung oder aus anderen gewichtigen Belangen der Allgemeinheit ergeben.¹⁶⁸² Als Indiz für die Frage, ob die „Beschränkung und Ausnahme“ einen gerechtfertigten Zweck verfolgt, können insoweit das in der RBÜ ausdrücklich vorgesehene Schrankensystem, aber auch die ursprünglich von Art. 9 (2) RBÜ erfassten Fälle dienen.¹⁶⁸³ Schließlich können bestimmte Zielsetzungen auch den jeweiligen internationalen Abkommen entnommen werden, die die Grundlage für eine mögliche Rechtfertigung bilden.¹⁶⁸⁴

§ 42c UrhG-S und seine entsprechenden Bestimmungen in den anderen nordischen Ländern ermöglichen eine Nutzung von Werken *zu Ausbildungszwecken*. Innerhalb von Bildungseinrichtungen wird täglich eine Vielzahl von Vervielfältigungen von Werken für den Unterrichtsgebrauch angefertigt.¹⁶⁸⁵ Da die Einholung der Erlaubnis des Urhebers vor jedem Fall der Werknutzung praktisch nicht oder nur unter Inkaufnahme von erheblichen Behinderungen bei der Nutzung für den Unterricht möglich ist,¹⁶⁸⁶ gleichzeitig aber die Nutzung von Werken, welche der Verbesserung und Veranschaulichung des Unterrichts dient, für unerlässlich für die Informations- und Wissensförderung in einer demokratischen Gesellschaft angesehen wird,¹⁶⁸⁷ sehen viele Länder verschiedene Formen von „Beschränkungen und Ausnahmen“ in ihrem nationalen Recht vor, die eine Nutzung von Werken im Zusammenhang mit Bildungsaktivitäten unter bestimmten Voraussetzungen erlauben.¹⁶⁸⁸

Auf internationaler Ebene war man sich schon früh der Bedeutung der Werknutzung in Unterricht und Ausbildung bewusst. Sichtbar wird dies bereits in der ersten Fassung der Berner Übereinkunft von 1886¹⁶⁸⁹, da-

1682 REINBOTHE/v. LEWINSKI, *The WIPO Treaties*, Rn. 7.10.25.

1683 REINBOTHE/v. LEWINSKI, *The WIPO Treaties*, Rn. 7.10.26; SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 155 ff.

1684 SENFTLEBEN, GRUR Int. 2004, 208.

1685 GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts*, S. 69.

1686 Prop. 1979/80:132, S. 12.

1687 Siehe BT-Drs. 10/837, S. 29; NEUMANN, *Urheberrecht und Schulgebrauch*, S. 1; vgl. auch NU 21/73, S. 82; Bet. Nr. 912/1981, S. 76.

1688 Vgl. etwa für Deutschland § 53 (3) UrhG, der eine Vervielfältigung von Werken zum Unterrichts- und Prüfungsgebrauch gegen Vergütung gestattet. Siehe auch GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts*, S. 70 ff.

1689 *The Berne Convention of the 9th September 1886 for the Creation of an International Union for the Protection of Literary and Artistic Works*.

mals in Art. 8, heute – in veränderter Fassung – in Art. 10 (2) RBÜ,¹⁶⁹⁰ wonach die Verbundsländer eine Nutzung von Werken der Literatur und Kunst zur Veranschaulichung des Unterrichts gestatten können.¹⁶⁹¹ Schließlich spricht auch die Präambel der WCT von der Wahrung des Gleichgewichts „zwischen den Rechten der Urheber und dem umfassenderen öffentlichen Interesse, insbesondere Bildung (...), wie dies in der Berner Übereinkunft zum Ausdruck kommt“. Die Einschränkung der Ausschließlichkeitsrechte zum Zweck der Bildung und Erziehung stellt damit einen dem internationalen Urheberrecht bekannten Rechtfertigungsgrund dar.¹⁶⁹² Mithin besteht eine plausible Rechtfertigungsgrundlage für die EKL zu Ausbildungszwecken. § 42c UrhG-S betrifft damit einen Sonderfall.

§ 16a UrhG-N und ähnlich seine Entsprechungen in den anderen skandinavischen Ländern sehen für Bibliotheken, Museen und Archive bestimmte Nutzungsmöglichkeiten unter Einbezug neuer Technologien und Medien vor, damit die genannten Einrichtungen ihre Funktion als Werkvermittler und Gedächtniseinrichtungen weiterhin wahrnehmen und gleichzeitig der Allgemeinheit einen schnelleren und breiteren Zugang auf die Sammlungen der Einrichtungen ermöglichen können.¹⁶⁹³ Die Sammlungen beinhalten dabei eine große Anzahl von Werken, von deren Rechteinhaber eine individuelle Zustimmung nur unter großen Schwierigkeiten oder sogar gar nicht eingeholt werden kann.¹⁶⁹⁴ „Beschränkungen und Ausnahmen“ tragen auch in anderen Ländern dazu bei, dass Gedächtnis-

1690 Siehe SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 23; RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights* (Vol. I), Rn. 13.44.

1691 Vgl. XALABARDER, *WIPO Study on Limitations and Exceptions*, S. 17 ff. Ebenso war nicht nur für die „kleinen Ausnahmen“ der RBÜ anerkannt, dass bestimmte Nutzungen zu Ausbildungszwecken davon umfasst sein sollten, sondern auch im Zusammenhang mit Art. 9 (2) RBÜ war unbestritten, dass die bereits bestehenden Ausschließlichkeitseinschränkungen des Vervielfältigungsrechts erlaubt seien, die schon zur damaligen Zeit in den Verbundstaaten vorgesehen waren; die Nutzung von Schulbüchern zum Unterrichtsgebrauch gehörte zweifellos dazu. Siehe SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 48 ff., 81; siehe auch RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights* (Vol. I), Rn. 13.03.

1692 XALABARDER, *WIPO Study on Limitations and Exceptions*, S. 6; GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts*, S. 69.

1693 Prop. 2012/13:141, S. 40; SOU 2010:24, S. 249; *Ot.prp. nr. 46 (2004-2005)*, S. 75. Zur Anwendung der EKL zugunsten von Gedächtniseinrichtungen siehe auch unten, bei § 12 B II.

1694 Prop. 2012/13:141, S. 40 f.; SOU 2010:24, S. 253.

einrichtungen ihre Aufgaben der Werkbewahrung und Werkvermittlung in ungehinderter Weise wahrnehmen können.¹⁶⁹⁵ Im internationalen Urheberrecht werden bestimmte Nutzungsformen durch Bibliotheken anerkanntermaßen bereits von Art. 9 (2) RBÜ berücksichtigt.¹⁶⁹⁶ Ein weiteres Indiz findet sich wieder in der Präambel der WCT, wonach ein Gleichgewicht zwischen den Urheberrechten und dem öffentlichen Interesse, „insbesondere Bildung, Forschung und Zugang zu Informationen“ zu wahren sei. Schließlich dürfte die seit einigen Jahren andauernde Beschäftigung an einem internationalen Instrument für „Beschränkungen und Ausnahmen“ zugunsten Bibliotheken und Archiven unter der Ägide der WIPO die internationale Bedeutung einer Werknutzung durch Gedächtniseinrichtungen unterstreichen.¹⁶⁹⁷

Da die EKL nach § 16a UrhG-N einen gesetzlichen Rahmen schafft, der es den genannten Einrichtungen gewährleistet, die ihnen zugeschriebene Funktion – die Bewahrung des kulturellen Erbes und eine umfassende Informations- und Wissensverbreitung – zu erfüllen, was sie ohne die EKL nicht oder nur mit erheblichem Aufwand bewerkstelligen könnten, mag ein gewichtiges Interesse für die Einführung einer EKL bestehen. Das Vorliegen eines Sonderfalls ist mithin auch hier zu bejahen.

Problematisch erscheint wiederum die *General-EKL*, da sich der Bestimmung ein nachvollziehbarer gerechtfertigter Zweck auf den ersten Blick nicht entnehmen lässt.

Tatsächlich erinnert der generalklauselartige Charakter von § 50 (2) UrhG-D und § 42h UrhG-S an die angloamerikanische *Fair Use Klausel*. Bei dieser ebenfalls „offenen“ Einschränkung stellt sich bei der ersten Stufe nicht nur die Frage, ob sie das Merkmal der „Bestimmtheit“ ausreichend erfüllt, sondern auch, ob ein Sonderfall gegeben ist, die Bestim-

1695 So bspw. § 52b UrhG, der eine Wiedergabe von Werken an elektronischen Leseplätzen in Bibliotheken, Museen und Archiven gegen Vergütung gestattet (vgl. Art. 5 (3) lit. n) InfoSoc-RL). Siehe auch GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts*, S. 73 ff.

1696 SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 48, 81; XALABARDER, *WIPO Study on Limitations and Exceptions*, S. 26.

1697 Siehe nur WIPO, *Working Document Containing Comments on and Textual Suggestions towards an Appropriate International Legal Instrument (in whatever form) on Exceptions and Limitations for Libraries and Archives*, SCCR/23/8; siehe auch den Vorschlag der INTERNATIONAL FEDERATION OF LIBRARY ASSOCIATIONS AND INSTITUTIONS (IFLA), *Treaty Proposal on Limitations and Exceptions for Libraries and Archives*, Juli 2012.

mung also einen konkreten Zweck verfolgt. Dabei wird vertreten, dass es bei einer Schrankenregelung, „die sich nicht auf einen Nutzungszweck beschränkt“, an einem Sonderfall fehle, mit der Folge, dass die *Fair Use Klausel* mit der ersten Stufe nicht vereinbar sei.¹⁶⁹⁸ Nach einer anderen Ansicht stellt die *Fair Use Klausel* dagegen einen Sonderfall dar.¹⁶⁹⁹ Eine Übereinstimmung mit der ersten Stufe bestehe schon immer dann, wenn eine Nutzung betroffen sei, die auch von der RBÜ als zulässige Schranke vorgesehen sei.¹⁷⁰⁰ Dazu werde einerseits eine Konkretisierung von 17 U.S.C. § 107 selbst vorgenommen, in dem mögliche Anwendungsbereiche in nicht abschließender Form aufgezählt sind.¹⁷⁰¹ Andererseits sei die Fair Use Regelung über die langjährige Anwendung der Gerichte hinreichend präzisiert.¹⁷⁰²

Übertragen auf die General-EKL wäre eine Vereinbarkeit nach der ersten Ansicht bereits zu verneinen, da diese nicht auf einen speziellen Nutzungszweck beschränkt ist. Nach der zweiten Ansicht müsste eine Konkretisierung zunächst durch die Bestimmung selbst vorgenommen werden. Weder § 50 (2) UrhG-D noch § 42h UrhG-S sehen mögliche Anwendungsbereiche vor. Selbst in den (dänischen) Gesetzgebungsmaterialien werden gerade einmal zwei mögliche Beispiele genannt – die Nutzung von verwaisten Werken und das Einscannen von Buchumschlägen.¹⁷⁰³ Immerhin lässt sich den Gesetzesbegründungen aber entnehmen, dass die General-EKL insbesondere der *Ergänzung* der speziellen EKL-Bestimmungen („supplement til lovens specifikke aftalelicensbestemmelser“ (dän.))¹⁷⁰⁴ dienen bzw. diese komplettieren („komplettera“ (schwed.))¹⁷⁰⁵ solle. Da-

1698 So BORNKAMM, in: FS Erdmann, S. 46.

1699 SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 162 ff.; siehe auch FÖRSTER, *Fair Use*, S. 193 ff.

1700 SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 165 f.

1701 17 U.S.C. § 107: „(...) the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright (...); siehe SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 166.

1702 SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 166 f.

1703 *Forslag til Lov om ændring af ophavsretsloven*, 2007/2 LSF 58, nr. 13 (§ 50) stk. 2. In Schweden wurden etwa als Beispieldfälle die zeitversetzte Aufnahme von TV-Programmen, neue Nutzungsformen von Rundfunkunternehmen oder verwaiste Werke genannt; siehe *Prop. 2012/13:141*, S. 57, 85.

1704 *Forslag til Lov om ændring af ophavsretsloven*, 2007/2 LSF 58, nr. 13 (§ 50) stk. 2.

1705 *Prop. 2012/13:141*, S. 54; SOU 2010:24, S. 285.

raus könnte man schließen, dass die General-EKL nur in den Bereichen zur Anwendung kommen soll, auf die schon die speziellen EKL-Bestimmungen grundsätzlich ausgerichtet, aber aus unterschiedlichen Gründen im konkreten Fall nicht anwendbar sind.¹⁷⁰⁶ In den meisten Fällen wäre dabei zu vermuten, dass von der speziellen EKL-Bestimmung und der General-EKL *der gleiche Zweck* verfolgt wird. Allerdings kann eine solche inhaltliche Begrenzung dem gesetzgeberischen Willen nicht zwingend entnommen werden. Denn ebenso könnte man „Ergänzung“ nicht als einen inhaltlichen, sondern als eine rein formale Ergänzung in dem Sinne verstehen, dass § 50 (2) UrhG-D als Generalklausel die bestehenden (speziellen) EKL-Bestimmungen des UrhG „um eine weitere EKL ergänzt“. Folglich kann die Generalklausel in bereits geregelten Bereichen, aber auch in völlig neuen Anwendungsbereichen eingesetzt werden.¹⁷⁰⁷

In den dänischen Materialien heißt es weiter, dass die EKL in Fällen angewendet werden könne, in denen eine *individuelle Lizenzierung* mit dem Rechteinhaber praktisch nicht möglich ist.¹⁷⁰⁸ Hieraus könnte man schließen, dass eine EKL nur dann gerechtfertigt wäre, wenn eine individuelle Lizenzierung nicht oder nur schwer realisierbar ist, wie es in Fällen von Massennutzungen gerade der Fall ist.¹⁷⁰⁹ Allerdings ist in vielen Fällen eine individuelle Lizenzierung nicht grundsätzlich ausgeschlossen, trotzdem entscheiden sich die beteiligten Parteien aus anderen Gründen für die Anwendung einer EKL.¹⁷¹⁰ Es darf zudem nicht vergessen werden, dass sich ein solcher durchaus gerechtfertigter Zweck der EKL-Bestimmung selbst *nicht* entnehmen lässt.¹⁷¹¹

1706 Denkbar wäre dies etwa, wenn eine spezielle EKL-Bestimmung nur öffentliche Bibliotheken privilegiert und eine private Gedächtniseinrichtung daher auf die General-EKL ausweichen müsste, um in den Genuss einer ähnlichen Lizenzierung zu kommen; siehe auch *Prop. 2012/13:141*, S. 85.

1707 So auch *Prop. 2012/13:141*, S. 57; siehe auch *SOU 2010:24*, S. 274.

1708 *Forslag til Lov om ændring af ophavsretsloven*, 2007/2 LSF 58, nr. 13 (§ 50) stk. 2; siehe auch *SOU 2010:24*, S. 283 f.

1709 Siehe ausführlich dazu – im Zusammenhang mit der zweiten Stufe – unten, bei § 8 C III 2 b cc.

1710 Siehe ROGNSTAD, NIR 2012, 631.

1711 RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 52, sieht zwar eine mögliche Beschränkung darin, dass die EKL nur dann zur Anwendung gelangen sollte, wenn eine individuelle Lizenzierung praktisch nicht möglich ist. Er muss aber dann auch eingestehen, dass eine solche Begrenzung der EKL nicht klar entnommen werden kann, denn „[w]hether one considers the normal, voluntary exercise of

Gleichwohl könnte aber das Erfordernis eines Sonderfalls auf andere Weise erfüllt sein. Zwar wurde die EKL – anders als die Fair Use Klausel – nicht durch die Anwendung des Richters entwickelt und präzisiert; diese Lücke könnte gleichwohl durch die für das EKL-Modell notwendigen *EKL-Vereinbarungen* geschlossen werden, mithin geht es nicht um eine richterliche, sondern um eine *vertragliche Präzisierung des grundsätzlich breiten Anwendungsbereiches*. Tatsächlich kommt eine EKL-Vereinbarung zustande, weil sich eine Verwertungsgesellschaft und ein Nutzer auf die Lizenzierung eines erweiterten Repertoires einigen. Bei den speziellen EKL-Bestimmungen dürfte gerade die Statuierung einer EKL in den konkreten Bereichen eine Aufforderung an die Parteien sein, tatsächlich auch einen Kollektivvertrag zu schließen. Dies gilt für die General-EKL zwar nicht. Stattdessen kommt es hier sogar *ausschließlich* auf den *Willen der beteiligten Vertragsparteien* an.¹⁷¹² Wenn ein Nutzer eine umfassende Rechteklärung für die von ihm beabsichtigte Nutzung benötigt und sich eine substanziale Anzahl an Rechteinhabern findet, die dazu bereit sind, über die Verwertungsgesellschaft ein Repertoire an Werken zu lizenziieren, dann dürfte ohne Zweifel ein dringendes Bedürfnis an einer kollektiven Lizenzierung bestehen und damit eine *ausreichende Rechtfertigung* dafür vorliegen, die geschlossene Vereinbarung auf Außenseiter zu erstrecken. Tatsächlich wird es gerade die freiwillige Entscheidung einer großen Anzahl von Rechteinhabern sein, die die General-EKL fundamental von der Fair Use Regelung unterscheidet. Nicht eine richterliche Entscheidung und Konkretisierung entscheidet über die Frage der erlaubten Nutzung und damit letztlich über die Frage, ob ein Sonderfall besteht, sondern Nutzer und Rechteinhaber selbst. Deutlicher kann sich eine Rechtfertigung für eine Einschränkung des Ausschließlichkeitsrechts wohl kaum herauskristallisieren, wenn sich eine substanziale Anzahl an Rechteinhabern hierzu entschließt und sich die Parteien selbst über die Bedingungen der Nutzung einigen.

copyright to be practicable or not depends on the perspective from which the question is answered“.

1712 Prop. 2012/13:141, S. 53. Insofern überrascht es nicht, dass im Vorfeld der schwed. Gesetzesrevision von Seiten der Nutzer und der Rechteinhaber der Wunsch nach einer generellen EKL-Bestimmung geäußert wurde; siehe SOU 2010:24, S. 277 ff.

Vor diesem Hintergrund ist auch die General-EKL mit der ersten Stufe vereinbar, da sich ein *Sonderfall in den einzelnen EKL-Vereinbarungen materialisiert*.¹⁷¹³

c) Fazit

Die EKL erfüllt die Vorgaben der ersten Stufe. Die einzelnen EKL-Bestimmungen sind hinreichend voneinander abgrenzbar, ihre Anwendungsbereiche auch vorhersehbar. Eine vorhersehbare Reichweite der General-EKL wird durch die Repräsentativität der Verwertungsgesellschaft, durch das ministeriale Genehmigungsverfahren und durch die doppelte Struktur aus EKL-Bestimmung und EKL-Vereinbarung sichergestellt. Während die speziellen EKL-Bestimmungen aus anerkannten Gründen gerechtfertigt sind, manifestiert sich im Fall der General-EKL ein gerechtfertigter Zweck in dem Abschluss der einzelnen EKL-Vereinbarungen.

2. Stufe 2: Keine Beeinträchtigung der normalen Auswertung des Werkes

a) Auslegung der zweiten Stufe

Die Auslegung der zweiten Stufe dreht sich vornehmlich um die Frage, in welchem Ausmaß die normale Auswertung eines Werkes zu berücksichtigen ist. Während „Auswertung“ oder „Verwertung“ sich auf die Nutzung eines Werkes zur Erzielung seines wirtschaftlichen Wertes bezieht,¹⁷¹⁴ besteht Unklarheit darüber, wann eine „normale“ Auswertung gegeben ist.

Eine Ansicht versteht die zweite Stufe dahingehend, dass sie jede Form der Auswertung erfasst, die der Rechteinhaber *gewöhnlich im Rahmen seiner Werkverwertung erwartet*.¹⁷¹⁵ Problematisch an dieser rein empirischen Auffassung ist bereits, dass sich die Feststellung der gewöhnlichen

1713 Eine zusätzliche Sicherung stellt freilich wieder das in Dänemark vorgesehene Genehmigungsverfahren dar; siehe RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 51.

1714 Siehe nur RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights (Vol. I)*, Rn. 13.16.

1715 RICKETSON, *The Berne Convention*, Rn. 9.7; so wohl auch noch REINBOTHE/v. LEWINSKI, *The WIPO Treaties*, Rn. 7.10.27.

Verwertung eines Werkes auf die aktuelle Werkverwertung beschränkt. Die „normale“ Auswertung kann sich aber nicht nur innerhalb einer Werkkategorie, sondern auch zwischen den einzelnen Rechteinhabern erheblich unterscheiden. Vor allem aber führt ein solches Verständnis zu dem absurden Ergebnis, dass eine bereits im nationalen Recht bestehende „Beschränkung und Ausnahme“ die normale Auswertung nicht beeinträchtigt, da der Rechteinhaber aufgrund der Schranke in diesem Bereich schon gar nicht mit einer Verwertung seines Werkes rechnet.¹⁷¹⁶ Eine solche Auslegung ist daher abzulehnen.

In eine andere Richtung zielt hingegen ein eher *normatives* Verständnis der „normalen Auswertung“,¹⁷¹⁷ wobei hier recht deutliche Unterschiede in den einzelnen Ansichten bestehen. Gemeinsam scheint ihnen allen die Überzeugung zu sein, dass im Rahmen einer „normalen Auswertung“ nicht nur die aktuellen tatsächlichen Formen der Werkverwertung, sondern auch *potenzielle und zukünftige Verwertungsmöglichkeiten* einzubeziehen sind.¹⁷¹⁸

Während insbesondere das WTO Panel davon ausgeht, dass eine „Beschränkung und Ausnahme“ dann die normale Auswertung berührt, wenn die von ihr erlaubte Nutzung *in einen ökonomischen Wettbewerb* zu den Formen trete, aus denen der Rechteinhaber normalerweise den materiellen Wert seines Werkes entnimmt, womit ihm *wesentliche oder greifbare Vermögensvorteile entzogen* würden,¹⁷¹⁹ sieht eine andere Ansicht eine normale Auswertung nur dann als beeinträchtigt an, wenn mit der Schranke „ganz erhebliche Umsatzeinbußen“ einhergehen, es also zu einem „Übergriff auf den *ökonomischen Kern* des Urheberrechts“ komme.¹⁷²⁰ Eine weitere Meinung versucht schließlich, eine Eingrenzung der „normalen Auswertung“ anhand einer Berücksichtigung von normativen nicht-öko-

1716 SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 172 ff.; v. LEWINSKI, *International Copyright Law & Policy*, Rn. 5.183. Siehe auch RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 54.

1717 Eingehend dazu SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 177 ff.

1718 Siehe SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 178 f.; GERVAIS, *The TRIPS Agreement*, Art. 13 Rn. 2.184; RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights (Vol. I)*, Rn. 13.17, 13.18.

1719 *WTO Panel Report v. 15. Juni 2000*, WT/DS160/R, Rn. 6.183; ähnlich auch GERVAIS, *The TRIPS Agreement*, Art. 13 Rn. 2.184; v. LEWINSKI, *International Copyright Law & Policy*, Rn. 5.183; strenger noch BORNKAMM, in: FS Erdmann, S. 46 ff.

1720 SENFTLEBEN, GRUR Int. 2004, 209; DERS., *Three-Step Test*, S. 184 ff.

nomischen Elementen vorzunehmen.¹⁷²¹ Demnach sei für die Frage der „normalen Auswertung“ auch relevant, welche Formen der Verwertung bzw. Verwertungsmärkte *überhaupt in die Kontrolle des Rechteinhabers* gelegt werden *sollten*.¹⁷²²

Unstrittig dürfte sein, dass nicht jede denkbare Form der Werkverwertung als eine normale Auswertung betrachtet werden kann, mithin nicht jede denkbare Nutzung, die aus dem Ausschließlichkeitsrecht fließt, eine von der zweiten Stufe erfasste Verwertungsform darstellt.¹⁷²³

Fraglich ist allerdings, wo die Grenze zur „normalen Auswertung“ verläuft. Ein Verständnis der „normalen Auswertung“ in dem Sinne, dass die erlaubte Nutzung nicht in Wettbewerb zu den normalen Auswertungsformen des Rechteinhabers treten darf, läuft Gefahr, zu weitgehend und zu pauschal die Nutzungshandlungen, die auf einer „Beschränkung und Ausnahme“ beruhen, als die normale Auswertung beeinträchtigend anzusehen und damit den vom Drei-Stufen-Tests implizierten *Ausgleich der involvierten Interessen* zu konterkarieren.¹⁷²⁴

Senftleben weist zu Recht darauf hin, dass die Funktion der zweiten Stufe in Art. 9 (2) RBÜ ursprünglich darauf ausgelegt war, eine klare Linie zwischen einem funktionierenden Markt und einem existierenden Marktversagen zu ziehen.¹⁷²⁵ Im Falle des funktionierenden Verwertungsmarktes sollte dieser über die zweiten Stufe von möglichen „Beschränkungen und Ausnahmen“ geschützt bleiben, wohingegen im Falle eines Marktversagens die Einführung einer Schranke gerechtfertigt war.¹⁷²⁶ Heute stelle sich die Situation freilich anders dar, wenn im Falle von neuen (digitalen) Verwertungsformen mithilfe von technischen Schutzmaß-

1721 RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights* (Vol. I), Rn. 13.20 ff.

1722 RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights* (Vol. I), Rn. 13.20.

1723 Dies wird auch durch das WTO Panel, Report v. 15. Juni 2000, WT/DS160/R, Rn. 6.167, 6.182, bemerkt. Im Rahmen der Stockholmkonferenz von 1967 wurde ebenfalls anerkannt, dass nur die Verwertungsformen, die eine bedeutende wirtschaftliche oder praktische Bedeutung haben („considerable economic or practical importance“), dem Rechteinhaber zuzuordnen sind. Siehe auch RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights* (Vol. I), Rn. 13.19; RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 55.

1724 In diese Richtung auch RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights* (Vol. I), Rn. 13.21.

1725 SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 180; DERS., GRUR Int. 2004, 208.

1726 SENFTLEBEN, GRUR Int. 2004, 208.

nahmen praktisch jede Form der Werkverwertung und -nutzung durchsetzungsstark und kontrollierbar in die Hände des Rechteinhabers gelegt werden können.¹⁷²⁷ Es gehe also im Rahmen der zweiten Stufe nicht mehr um die Sicherung bestehender Märkte, sondern um die Vorbeugung „einer rücksichtslosen Minimierung“¹⁷²⁸ des Schrankentatbestandes.

Eine Begrenzung der von der „normalen Auswertung“ erfassten Fälle rechtfertigt sich aber auch aus dem der Schranke zugrundeliegenden Zweck. Denn trifft die Annahme zu, dass der Drei-Stufen-Test die Freiheit des nationalen Gesetzgebers grundsätzlich unberührt lässt, der Test letztlich nur gewisse Rahmenbedingungen vorgibt und gleichzeitig bestimmte Gründe die Einschränkung von Ausschließlichkeitsrechten rechtfertigen, dann kann dies im Rahmen des Kriteriums der „normalen Auswertung“ nicht unberücksichtigt bleiben.¹⁷²⁹ Somit sind auch die Gründe, die einer „Beschränkung und Ausnahme“ zugrunde liegen, bei der Frage zu berücksichtigen, welche Formen der Werkverwertung überhaupt der Ausschließlichkeit des Rechteinhabers zugeordnet werden sollten und damit als Teil der „normalen Auswertung“ anzusehen sind.¹⁷³⁰

Schließlich mag eine zu undifferenzierte Anwendung der zweiten Stufe gerade die vom Drei-Stufen-Test geschützten Interessen vernachlässigen. Denn decken sich die Interessen des Kreativen nicht mit denen des (deri-

1727 SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 180 f.; DERS., GRUR Int. 2004, 208; ähnlich auch RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights* (Vol. I), Rn. 13.21.

1728 SENFTLEBEN, GRUR Int. 2004, 208.

1729 RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights* (Vol. I), Rn. 13.21; siehe auch HUGENHOLTZ/OKEDIJI, *Limitations and Exceptions*, S. 24; KUR, in: Kur/Levin (Hg.), *IPR in a Fair World Trade System*, S. 231. Ähnlich auch HILTY, in: FS Schricker (2005), S. 344 ff., wonach nicht jede Höhe des Auswertungserlöses gleichermaßen Schutz verdiene, vielmehr die aus der Verwertung fließenden Vorteile auch gerechtfertigt sein müssten. Siehe auch GEIGER/GRIFFITHS/HILTY, IIC 2008, 711.

1730 In ähnlicher Weise sah auch das WTO Panel im Fall *Canada Patents (WTO Panel Report v. 17. März 2000, WT/DS114/R, Rn. 7.58)* und daher bezogen auf die zweite Stufe des patentrechtlichen Drei-Stufen-Tests nach Art. 30 TRIPS, wonach die Ausnahme nicht „unangemessen im Widerspruch zur normalen Verwertung des Patents stehen“ darf, eine Korrelation zwischen der Auswertung des geschützten Gutes und den der ausschließlichen Zuordnung zugrundeliegenden Zielen als gegeben an: „(...) the prohibited manner of exploitation was "normal" in the sense of being essential to the achievement of the goals of patent policy.“; siehe auch SENFTLEBEN, IIC 2006, 423 f.; HUGENHOLTZ/OKEDIJI, *Limitations and Exceptions*, S. 24.

vativen) Rechteinhabers, so mag die Entscheidung für eine umfassende Zuordnung aller wesentlichen oder greifbaren Vermögensvorteile zur normalen Auswertung nicht zwingend zu einer Besserstellung des Kreativen führen als bei einer „Beschränkung und Ausnahme“.¹⁷³¹ In diesem Fall wäre ein zu extensiver Schutz jeder vermögenswerten, aktuellen und potenziellen Auswertungsform geradezu widersinnig, da urheber-abträglich.

In Anbetracht der Notwendigkeit einer Eingrenzung dieses Kriteriums ist eine „Beschränkung und Ausnahme“ darum dann als im Konflikt mit der normalen Auswertung anzusehen, wenn sie dem Rechteinhaber eine *aktuelle oder potenzielle Einnahmemöglichkeit* entzieht, der eine *wesentliche Bedeutung* in der Gesamtverwertung¹⁷³² des Werkes zukommt. Der Einbezug von *wertenden Gesichtspunkten* ist dabei – wie bereits bei der ersten Stufe – im Einklang mit einer umfassenden Gesamtprüfung ebenfalls zu berücksichtigen.

b) EKL-Modell

aa) EKL-Bestimmungen

Um zu überprüfen, ob die EKL dem Rechteinhaber eine aktuelle oder potenzielle Einnahmequelle entzieht, der eine wesentliche Bedeutung in der Werkverwertung zukommt, müssen zunächst die von der EKL betroffenen Werkarten herausgestellt werden. Innerhalb dieser Werkarten gilt es dann zu prüfen, welche aktuellen und potenziellen Verwertungsformen beste-

1731 HILTY, in: FS Schricker (2005), S. 345.

1732 Es ist umstritten, ob es für die Beurteilung auf die Betrachtung jedes einzelnen Ausschließlichkeitsrechts ankommt oder auf die Verwertung des Werkes als solches. Nach einer Ansicht ist eine mögliche Beeinträchtigung anhand jedes Ausschließlichkeitsrechts einzeln zu ermitteln (so etwa *WTO Panel Report v. 15. Juni 2000*, WT/DS160/R, Rn. 6.173; REINBOTHE/V. LEWINSKI, *The WIPO Treaties*, Rn. 7.10.28). Dies erscheint in Anbetracht bestimmter Verwertungsformen, bei denen für die Nutzung mehrere Ausschließlichkeitsrechte unterschiedlich stark berührt sind, wenig sachgerecht, da eine zu formale Prüfung der einzelnen Rechte den wahren wirtschaftlichen Wert der Werkverwertung (der gegebenenfalls erst gemeinsam mit einem anderen Recht besteht wie etwa im Fall des „Onlinerechts“) vernachlässigen würde. Daher muss die *Gesamtverwertung des jeweiligen Werkes* für die Frage ausschlaggebend sein, ob eine Beeinträchtigung der „normalen Auswertung“ gegeben ist (dazu SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 189 ff., 193).

hen. Anschließend lässt sich im Rahmen einer Gesamtschau feststellen, ob die EKL zu einer Beeinträchtigung der normalen Auswertung führt.

§ 42c UrhG-S erlaubt die Vervielfältigung von öffentlich gemachten Werken innerhalb von Bildungseinrichtungen. Von der Bestimmung sind alle Werkarten betroffen. Dabei fallen neben Schriftwerken und musikalischen Werken etwa auch Filmwerke, Photographien oder Computerprogramme in ihren Anwendungsbereich. Die Verwertungsformen dieser Werkkategorien können dabei ganz unterschiedlich sein. So kommt es je nach Art des Schriftwerkes darauf an, ob die Nutzung in Bildungseinrichtungen *eine* mögliche Form der Auswertung (etwa ein klassischer Roman) oder die hauptsächliche Auswertungsmöglichkeit darstellt (wie im Fall eines Schulbuchs). Ohne eine nähere Analyse vornehmen zu müssen, kann an dieser Stelle bereits festgestellt werden, dass § 42c UrhG-S gerade auch Werke erfasst, die explizit für den Schulgebrauch bestimmt sind, und damit zumindest für diese Werkkategorie nicht nur eine mögliche Verwertungsform, sondern die *Auswertung dieser Werkart schlechthin* berührt.¹⁷³³ Denn eine Schule wird von der Anschaffung von Schulwerken in Klassenstärke Abstand nehmen, wenn bereits ein Exemplar genügt, um rechtmäßig eine Vervielfältigung in dem benötigten Maße vornehmen zu können. Somit verliert der Rechteinhaber seine wesentliche Einnahmемöglichkeit, namentlich die Verwertung des Werkes, das gerade zum Schulgebrauch bestimmt war.

Auch im Fall des § 16a UrhG-N besteht keine Beschränkung auf bestimmte Werkkategorien. Einzige Voraussetzung ist, dass sich die Werke in den Sammlungen der Gedächtniseinrichtungen befinden wie etwa Schriftwerke, Bücher, Zeitschriften, Zeitungen, Photographien und Bildbände, Musikwerke oder audiovisuelle Werke (auf einem Werkträger). Die Bandbreite ist also beträchtlich. Auch hier dürften sich die Verwertungsformen innerhalb der jeweiligen Werkkategorie unterscheiden. Ein Schriftwerk, welches veröffentlicht wurde, nimmt seinen Verwertungsverlauf für gewöhnlich noch in dem Verkauf der physischen Exemplare. Bei einem Artikel in einer wissenschaftlichen Zeitschrift wird dieser durch Verkauf oder Abonnements der Zeitschrift vertrieben. Ein audiovisuelles Werk unterliegt zumeist bestimmten Verwertungskaskaden. Dank § 16a UrhG-N wäre eine Bibliothek grundsätzlich in der Lage, nicht nur ein Buch aus

1733 Ähnlich auch RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 58; vgl. auch SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 198.

ihrer Sammlung zu digitalisieren und es einem Nutzer per Email zuzusenden.¹⁷³⁴ Sie könnte darüber hinaus die in ihren Beständen enthaltenen Zeitschriften digitalisieren und auf ihrer Website ebenso zugänglich machen wie die in ihrer Sammlung enthaltenen audiovisuellen Werke. Es steht außer Frage, dass solche Nutzungshandlungen die bestehenden Verwertungsmärkte der Werke erheblich beeinträchtigen können.¹⁷³⁵

§ 50 (2) UrhG-D und sein schwedisches Pendant erlauben schließlich eine EKL zwar nur in einem näher umrissenen Bereich, dafür aber für *jede Werkkategorie*. Auch wird – zumindest bei der dänischen Regelung¹⁷³⁶ – keine Einschränkung dahingehend vorgenommen, dass nur bestimmte Ausschließlichkeitsrechte von der Bestimmung erfasst sein sollen. Statt dessen kann jedes Verwertungsrecht einzeln oder sogar alle Rechte gemeinsam Gegenstand einer erweiterten Lizenz werden. Eine Beeinträchtigung von aktuellen oder potenziellen Einnahmemöglichkeiten eines Rechtseinhabers, die im Rahmen der Gesamtverwertung des Werkes bedeutsam sind, erscheint somit ebenfalls nicht abwegig.

bb) Immanente Begrenzung auf Sekundärmärkte

Die genannten EKL-Bestimmungen weisen alle einen sehr breiten Anwendungsbereich auf, womit ein Verstoß mit der zweiten Stufe zumindest nicht ausgeschlossen erscheint. Fraglich ist, ob der EKL sonst eine Begrenzung entnommen werden kann, die einen Eingriff auf die für die jeweilige Werkkategorie wesentlichen Verwertungsmärkte ausschließt.

Denkbar wäre, wie in früheren Gesetzesmaterialien zu lesen ist, dass eine Erstreckung der Kollektivverträge jedenfalls dann unzulässig sein muss, wenn dadurch eine Nutzung erlaubt würde, die gewöhnlich Gegenstand der Hauptverwertung ist, mithin eine Verwertung *innerhalb eines Primärmarktes* betroffen ist.¹⁷³⁷ Insofern ließe sich darin ein Gleichlauf mit dem Kriterium der zweiten Stufe erkennen – der „normalen Auswer-

1734 RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 59.

1735 RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 59; vgl. auch SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 208 f.

1736 § 42h UrhG-S ist beschränkt auf das Recht der Vervielfältigung und das Recht der Zugänglichmachung von Werken an die Allgemeinheit, wodurch allerdings zwei wesentliche Verwertungsrechte tangiert sind.

1737 ROGNSTAD, *Opphavsrett*, S. 284. Von dieser bestehenden Begrenzung scheint auch RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 59, auszugehen.

tung“. Folglich müsste zwischen Primär- und Sekundärmarkt bei jeder einzelnen Werkkategorie differenziert werden.

Wie bereits gesehen, lag eine Begrenzung der EKL auf Sekundärmärkte den ursprünglichen EKL-Bestimmungen zwar durchaus zugrunde.¹⁷³⁸ Doch muss eine Beurteilung heute anders ausfallen. Denn eine strikte Trennung zwischen Primär- und Sekundärmärkten kann in Anbetracht der gewandelten Nutzungsformen nicht mehr vollzogen werden.¹⁷³⁹ Parallel zur Frage, was unter einer „normalen Auswertung“ zu verstehen ist, geht es vielmehr darum, welche Verwertungsformen aktuell und potenziell Einnahmen für den Rechteinhaber generieren, die für die Gesamtverwertung von *wesentlicher Bedeutung* sind. Digitale Verwertungsformen sind dabei nicht schlechthin dem „Primärmarkt“ und damit einer normalen Auswertung zuzuordnen.¹⁷⁴⁰ Zwar waren Ende der 90er Jahre viele EKL-Bestimmungen noch auf analoge Vervielfältigungsformen beschränkt. Aber die stetige Ausweitung des EKL-Modells auf digitale Nutzungen in den letzten Jahren verdeutlicht gerade den Bedarf, auch in völlig neuen Bereichen das nordische Modell zu installieren. Wenn es also in den norwegischen Materialien von 2005 noch heißt, dass eine Vervielfältigung von der EKL nicht erfasst werden solle, die praktisch verlagsmäßigen Charakter annehme und darum den Primärmärkten der Herausgeber schaden könne,¹⁷⁴¹ so lässt sich darüber keine sachgerechte Eingrenzung des Anwendungsbereiches der EKL-Bestimmungen generell vornehmen. Dies müsste stattdessen ausdrücklich *innerhalb der jeweiligen EKL-Bestimmung* selbst geschehen.¹⁷⁴² Den untersuchten EKL-Bestimmungen kann eine „immanente“ Begrenzung nicht entnommen werden. Eine Beeinträchtigung der normalen Auswertung ist darum nicht ausgeschlossen.

1738 Siehe oben, bei § 6 A III 4 c.

1739 Siehe oben, bei § 1 F.

1740 Vgl. demgegenüber SCHØNNING/BLOMQVIST, *International ophavsret*, S. 332.

1741 *Ot.prp. nr. 46 (2004-2005)*, S. 144.

1742 Beispielsweise enthält etwa § 13 UrhG-D eine sehr detaillierte Begrenzung des Anwendungsbereiches, indem die Bestimmung unterschiedliche Nutzungsvoraussetzungen einzelner Werkkategorien vorschreibt.

cc) Begrenzung auf Fälle von Marktversagen

a) Korrelation EKL und Marktversagen

Trotz des grundsätzlich weiten Anwendungsbereiches der EKL-Bestimmungen und eines daraus resultierenden möglichen Konfliktes mit der „normalen Auswertung“ des Werkes, könnte die EKL gleichwohl gerechtfertigt sein, sofern eine Erweiterung von Kollektivverträgen nur dann möglich wäre, wenn ein sog. *Marktversagen*¹⁷⁴³ bestünde.

Rydning hat in Anlehnung an die Ausführungen des norwegischen Urheberrechtsausschusses (Holmøy-Ausschuss)¹⁷⁴⁴ aus dem Jahre 1988 die Überlegung aufgestellt, dass eine EKL in einem Bereich die normale Auswertung nicht beeinträchtigen könne, wenn in diesem Bereich ohne eine EKL ein *Marktversagen* bestünde.¹⁷⁴⁵

Konkret seien dabei zwei verschiedene Arten von Marktversagen von Bedeutung: Die erste Form betreffe Bereiche, in denen eine Nutzung von Werken nicht verhindert werden könne.¹⁷⁴⁶ Gemeint sind Fälle, in denen eine rechtswidrige Nutzung von Werken stattfindet, da eine Durchsetzung der Rechte etwa aufgrund der Vielzahl der Nutzungsvorgänge nicht durchführbar ist. Der klassische Fall wäre etwa die Vervielfältigung zu privaten Zwecken oder auch die Vervielfältigung von Werken in Bildungseinrichtungen. Vor diesem Hintergrund ließe sich mit Blick auf § 42c UrhG-S argumentieren, dass eine Beeinträchtigung der normalen Auswertung nicht besteht, da – ohne eine EKL oder andere „Beschränkung und Ausnahme“ – eine Nutzung trotzdem stattfinden würde.

Bei der anderen Form des Marktversagens handele es sich um Fälle, bei denen eine Lizenzierung von Werken aufgrund zu hoher Transaktionskosten praktisch nicht möglich sei.¹⁷⁴⁷ Als Paradebeispiel mag hierfür die Nutzung von Werken in Archiven durch Gedächtniseinrichtungen dienen. Die Einrichtungen sind nicht in der Lage, jeden einzelnen Rechteinhaber aufzufinden und mit ihm eine Lizenzvereinbarung zu schließen. Die Folge

1743 Zum Begriff des „Marktversagens“ bei einem mitunter weiteren Verständnis siehe unten, bei § 11 A.

1744 NOU 1988:22, S. 24.

1745 RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 59 ff.; siehe auch AXHAMN/GUIBAULT, *Cross-border extended collective licensing*, S. 50.

1746 RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 59.

1747 RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 59.

ist entweder ebenfalls eine nicht rechtmäßige Nutzung oder das Absehen von der Nutzung überhaupt, wodurch die Werke der Allgemeinheit nicht zugänglich gemacht werden können. Wiederum könnte man überlegen, dass im Bereich des § 16a UrhG-N eine Vervielfältigung und öffentliche Zugänglichmachung der Werke *ohne* die EKL unterbleibe, da die Einrichtung über den Abschluss von individuellen Lizenzvereinbarungen nicht in der Lage wäre, ihre Bestände in umfassender Weise der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Es mag daher schon zu gar keinem Entzug der Einnahmemöglichkeit des Rechteinhabers kommen.¹⁷⁴⁸ Mithilfe der EKL würde eine Nutzung der Werke durch die Einrichtung rechtmäßig ermöglicht und gleichzeitig eine bestimmte Verwertungsmöglichkeit überhaupt erst geschaffen, die über die Lizenzierung durch die Verwertungsgesellschaft auch Einnahmen hervorbringt.

Schwieriger dürfte die Beurteilung der *General-EKL* sein. Aufgrund ihres unbegrenzten Anwendungsbereiches kann sie freilich in den beiden genannten Fällen des Marktversagens angewandt werden, aber eben auch in allen anderen Fällen. In den Gesetzgebungsmaterialien wird allerdings angeführt, dass die General-EKL nur in Fällen anzuwenden sei, wo es – objektiv gesehen – für den Nutzer praktisch unmöglich sei, eine *individuelle Lizenzvereinbarung* mit dem Rechteinhaber zu schließen.¹⁷⁴⁹ Wird die Anwendung der EKL auf Bereiche begrenzt, in denen eine individuelle Lizenzierung nicht oder nur mühsam möglich ist, ließe sich argumentieren, dass – ähnlich dem Marktversagen bei § 16a UrhG-N – ohne eine EKL aus Sicht des Nutzers eine Nutzung der Werke unterbleibt und aus Sicht des Rechteinhabers eine Verwertungsmöglichkeit entfällt.¹⁷⁵⁰ Folglich kann die EKL dem Rechteinhaber in diesen Fällen keine aktuelle oder potenzielle Einnahmemöglichkeit entziehen.

β) Stellungnahme

Im Falle unkontrollierbarer Nutzungsvorgänge kann theoretisch davon ausgegangen werden, dass eine EKL (wie § 42c UrhG-S) dem Rechteinhaber keine aktuellen oder potenziellen Einnahmen entziehen wird. Richti-

1748 RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 60.

1749 Prop. 2012/13:141, S. 55. Siehe auch *Forslag til Lov om ændring af ophavsret-loven*, 2007/2 LSF 58, nr. 13 (§ 50) stk. 2; siehe auch SOU 2010:24, S. 283 f.

1750 Ähnlich auch RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 60.

gerweise ging der norwegische Urheberrechtsausschuss damals davon aus, dass eine Beeinträchtigung der normalen Auswertung nicht in der EKL-Bestimmung wurzelt, sondern bereits durch das bestehende Marktversagen verursacht worden war.¹⁷⁵¹ Denn durch die bestehenden Vervielfältigungsmöglichkeiten und der Schwierigkeit der Rechtsdurchsetzung ist der Absatz der Werke in diesen Bereichen verringert.¹⁷⁵² Dieses Dilemma wird durch eine EKL-Bestimmung nicht nur nicht weiter verschlechtert, sondern es wird vielmehr in seiner Wirkung verringert. Denn einerseits wird die Nutzung auf eine rechtmäßige Grundlage gestellt, andererseits wird die erlaubte Nutzung vergütet, die andernfalls nicht nur rechtswidrig, sondern auch ohne wirtschaftlichen Gewinn der Werkverwertung für den Rechteinhaber ablaufen würde. Man könnte also sagen, dass die EKL die Auswertung in einem Bereich der Gesamtverwertung erst wieder herstellt bzw. rechtmäßig ermöglicht.

Diese Folgerung setzt allerdings voraus, dass *tatsächlich ein Marktversagen* besteht, indem es durch die bestehenden Vervielfältigungsmöglichkeiten zu einer unkontrollierbaren Nutzung von Werken kommt, die den Rechteinhaber in seiner Rechtsposition verletzen und ihm dadurch eine bedeutende Einnahmemöglichkeit entziehen. Denkbar wäre, dass eine EKL für bestimmte Werke in der Tat erst eine Einnahmemöglichkeit schafft, die ohne die erweiterte Lizenzierung nicht bestünde. Allerdings wäre eine individuelle Lizenzierung bestimmter Werke, die höhere Erlöse verspricht, ebenfalls möglich, insbesondere dann, wenn die betreffende Bildungseinrichtung grundsätzlich auch dazu bereit wäre, eine solche zu schließen. Wegen der EKL-Vereinbarung hätte die Einrichtung aber schon gar keinen Bedarf an einer individuellen Vereinbarung mit dem einzelnen Rechteinhaber mehr. Eine genaue Beurteilung lässt sich also immer nur anhand des Einzelfalls treffen.¹⁷⁵³

1751 NOU 1988:22, S. 24; siehe auch RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 60.

1752 Der Rechteinhaber kann zwar versuchen, die Nutzung seines Werkes zu verbieten und sich dabei dem gesetzlichen Inventar bedienen (Unterlassung, Schadensersatz); dies stellt aber keine Form der normalen Auswertung des Werkes dar; richtig daher RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 60.

1753 Ein Indiz für das grundsätzliche Bestehen eines Marktversagens mag die damalige Situation vor der Einführung der EKL liefern. Denn im Bildungsbereich war es bereits zu einem Abschluss von Kollektivverträgen (ohne Erstreckung) zwischen Urheber- und Verlegerorganisationen und Trägern der Bildungseinrichtungen gekommen. Diese vertraglichen Lösungen waren gerade aus der Einsicht entstanden, dass eine gewöhnliche Verwertung des Werkes und eine

Es erscheint jedenfalls problematisch, dass § 42c UrhG-S selbst nicht den Gedanken des Marktversagens beinhaltet, also nicht auf Bereiche beschränkt ist, in denen es sonst zu einer unkontrollierbaren Nutzung und einer daraus resultierenden Beeinträchtigung der normalen Auswertung für die Rechteinhaber kommen würde.

Was den Bereich der Digitalisierung und Zugänglichmachung von Werken durch Gedächtniseinrichtungen nach § 16a UrhG-N betrifft, so erscheint es auf den ersten Blick auch hier nicht abwegig, von dem Bestehen eines Marktversagens auszugehen. Sieht die jeweilige Einrichtung von der Nutzung des Werkes ab, da die Rechteklärung zu kostspielig oder gar unmöglich ist, käme es schon gar nicht zu einer Zugänglichmachung der Werke für die Allgemeinheit und damit zu keiner Beeinträchtigung der normalen Auswertung.¹⁷⁵⁴ Zu berücksichtigen ist allerdings, dass mit der EKL-Bestimmung bisher eine Werkverwertung tangiert war, die oftmals erst nach der ersten Stufe der gewöhnlichen Verwertung ansetzte. Nutzen Gedächtniseinrichtungen Werke, die zuvor den ersten Verwertungsweg durchschritten haben, etwa im Fall eines Schriftwerks durch Vervielfältigung und Verbreitung durch einen Verleger, so ermöglichen sie mit dem Zugriff auf ihre Sammlungen lediglich eine weitere Verbreitung von bereits verwerteten Werken. Wenn eine Einrichtung aber nun in der Lage ist, ihre gesamten Bestände zu digitalisieren und der Öffentlichkeit zugänglich zu machen, so benötigt sie im Grunde nur ein Exemplar eines jeden Werkes. Davon kann aber wiederum die Hauptverwertung eines Werkes betroffen sein.

Darüber hinaus dürfte die Annahme eines Marktversagens nicht auf alle Werkkategorien und Werke unterschiedslos zutreffen. Im Fokus der Bestimmung liegen wohl insbesondere ältere Werke, deren Rechteinhaber nicht mehr vollständig erreicht werden können. Ob das für Bestände jüngeren Datums ebenso gilt, ist hingegen fraglich. Liegen Werke – wie es immer häufiger der Fall ist – schon und nur in digitalem Format vor bzw.

Durchsetzung der Rechte durch den Rechteinhaber nicht möglich ist, mithin ein Marktversagen besteht. Mit Blick auf die heutige Situation ist wohl zu vermuten, dass es auch heute noch (oder mehr denn je) zu einer unkontrollierbaren Nutzung von Werken in diesen Einrichtungen kommen dürfte, die auch ohne rechtmäßige Grundlage gleichwohl vollzogen würde. Die Ausweitung des § 42c UrhG-S auf digitale Nutzungsformen mag die Dringlichkeit einer Rechtmäßigkeit dieser Nutzungshandlungen insoweit verdeutlichen.

1754 Ebenso RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 61.

werden digital vertrieben, wie etwa im Falle von periodisch erscheinenden Zeitschriften, bei denen die Bibliothek ihren Nutzern den Zugriff auf die Datenbank des Zeitschriftenverlages ermöglicht, so kann, wenn die Bibliothek bei einer parallelen physischen Verbreitung der Zeitschrift eben diese selbst digitalisiert und zugänglich macht und dadurch für einen kostenpflichtigen Zugang auf die Datenbank des Verlages keinen Bedarf mehr hat, von einem bestehenden Marktversagen wohl kaum mehr gesprochen werden.

Unabhängig davon sieht die betreffende EKL-Bestimmung nach § 16 (1) UrhG-N selbst jedenfalls keine ausdrückliche Begrenzung auf diese Form des Marktversagens vor.

Sieht man eine Anwendung der *General-EKL* nur dort als zulässig an, wo es objektiv gesehen für den Nutzer praktisch unmöglich ist, eine *individuelle Lizenzierung* mit dem Rechteinhaber vorzunehmen, wäre auch hier bei einem Fehlen der EKL von einem Marktversagen auszugehen, was einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen dem Entzug potenzieller Einnahmemöglichkeiten des Rechteinhabers und der EKL ausschlässe. Fraglich ist allerdings, wann von einer „Unmöglichkeit der individuellen Lizenzierung“ ausgegangen werden kann.

Da sich den EKL-Bestimmungen in § 50 (2) UrhG-D und § 42e UrhG-S hierzu selbst keine Anhaltspunkte entnehmen lassen, ist ein Blick in die Gesetzesmaterialien notwendig.

In Dänemark sind die Ausführungen hierüber recht dürfzig. Es findet sich lediglich die Bemerkung, dass eine Verwertungsgesellschaft keine Genehmigung für das Schließen einer EKL-Vereinbarung nach § 50 (2) UrhG-D erhalten soll, wenn es möglich ist, die betreffenden Rechte auf individuelle Weise zu klären.¹⁷⁵⁵

Aufschlussreicher sind hingegen die *schwedischen Materialien*.¹⁷⁵⁶ Ihnen können wertvolle Hinweise entnommen werden, in welchen Fällen die General-EKL zur Anwendung gelangen soll. Vor dem Abschluss einer EKL-Vereinbarung sei demnach zuerst zu prüfen, ob die beabsichtigte Rechteeinräumung für den Nutzer auch über individuelle Verträge möglich wäre; ist dies der Fall, sei eine Anwendung der General-EKL ausgeschlossen.¹⁷⁵⁷ Berücksichtigt werden müsse dabei, wie umfangreich die

1755 *Forslag til Lov om ændring af ophavsretsloven*, 2007/2 LSF 58, nr. 13 (§ 50) stk. 4.

1756 *Prop. 2012/13:141*, S. 83 ff.

1757 *Prop. 2012/13:141*, S. 83.

geplante Nutzung sei und wie viele Rechteinhaber davon betroffen wären, denn sind die Nutzung und die Anzahl der Rechteinhaber überschaubar, könnte eine Rechteklärung zumeist individuell erfolgen.¹⁷⁵⁸ Keinesfalls dürfe auf die General-EKL zurückgegriffen werden, wenn sich die Parteien im Rahmen einer individuellen Lizenzvereinbarung nicht auf die Lizenzbedingungen einigen können oder wenn eine individuelle Lizenzierung zwar möglich, aber eine EKL-Vereinbarung für den Nutzer bloß eine *Erleichterung* darstellen würde.¹⁷⁵⁹ Die General-EKL sei folglich einzig in solchen Bereichen zu gebrauchen, in denen ein Bedarf an der Nutzung von allen Werken bestehe und in denen es nicht möglich sei, genau zu bestimmen, welche Werke konkret von der Nutzung betroffen sein werden.¹⁷⁶⁰ In den meisten Fällen betreffe dies die Nutzung einer Vielzahl von Werken.¹⁷⁶¹ Weiß der Nutzer aber im Vorhinein, welche Werke er nutzen möchte, könne die Rechteklärung gewöhnlich über individuelle Vereinbarungen durchgeführt werden.¹⁷⁶² Gleichzeitig sei eine Anwendung der General-EKL nicht ausgeschlossen, selbst wenn ein Teil der Werke individuell lizenziert werden könne, denn die Parteien könnten bestimmte Werktypen im Rahmen der EKL-Vereinbarung später auch ausschließen.¹⁷⁶³ Schließlich müsse tatsächlich auch ein Bedarf für eine Nutzung einer Vielzahl von Werken bestehen; die Erlangung eines bloßen Mehrwerts für den Nutzer durch die Nutzung *einer größeren Anzahl* von Werken dürfe über die General-EKL nicht realisiert werden.¹⁷⁶⁴ Mithin stehe die Notwendigkeit der Nutzung einer Vielzahl von Werken im Zentrum der General-EKL: Die einzelnen Werke dürfen im Vorhinein *nicht bestimmbar* sein und es dürfe gleichzeitig *praktisch nicht möglich* sein, die Rechte für die erstrebte Nutzung vorab individuell zu klären.¹⁷⁶⁵

Diese in den schwedischen Materialien gegebenen Kriterien erscheinen gut geeignet, einen möglichen Verstoß gegen die zweite Stufe auszuschließen. Denn sie beschränken eine Anwendung der General-EKL nur auf Fäl-

1758 Prop. 2012/13:141, S. 84.

1759 Ebenso sollen begrenzte wirtschaftliche Kapazitäten es nicht rechtfertigen, individuelle Lizenzvereinbarungen als „nicht möglich“ einzustufen; siehe Prop. 2012/13:141, S. 55, 84.

1760 Prop. 2012/13:141, S. 84.

1761 Prop. 2012/13:141, S. 84.

1762 Prop. 2012/13:141, S. 84.

1763 Prop. 2012/13:141, S. 84.

1764 Prop. 2012/13:141, S. 84.

1765 Prop. 2012/13:141, S. 84.

le, in denen eine Identifizierung und eine individuelle Lizenzierung von bestimmten Werken im Vorhinein ausgeschlossen ist, gleichwohl eine umfassende Rechteklärung aber für die beabsichtigte Nutzung notwendig erscheint. Somit wird eine Anwendung der General-EKL auf die Fälle eines Marktversagens, nämlich der Unmöglichkeit einer vorherigen Bestimmung und Rechteklärung bei einer Vielzahl von Werken, begrenzt. Mit der EKL wird eine weitere Verwertung ermöglicht, die andernfalls unterbleiben würde. Daher kann nicht von einem Entzug potenzieller Einnahmemöglichkeiten ausgegangen werden, da diese erst über die EKL generiert werden. Allerdings sind diese Kriterien nur den schwedischen, nicht aber den dänischen Gesetzesbegründungen zu entnehmen.

Problematischer dürfte aber die Tatsache sein, dass wiederum nur die Gesetzgebungsmaterialien eine solche Eingrenzung vornehmen, während weder § 50 (2) UrhG-D noch § 42h UrhG-S explizit eine Begrenzung auf diese Form des Marktversagens enthalten.

γ) Fazit

Bei allen hier untersuchten EKL-Bestimmungen konnte eine mögliche Anwendung in Bereichen festgestellt werden, in denen eine bestimmte Form des Marktversagens gegeben ist. In diesen Fällen wird dem Rechteinhaber durch die von einer EKL erlaubten Nutzung keine Einnahmemöglichkeit entzogen, womit eine Beeinträchtigung mit der normalen Auswertung an sich nicht besteht. Die Begrenzung der EKL-Anwendung auf Fälle des Marktversagens lässt sich aber allenfalls den skandinavischen Gesetzgebungsmaterialien entnehmen. Die EKL-Bestimmungen selbst enthalten eine solche Limitierung nicht. Zwar kommt den Gesetzesmaterialien eine nicht unbedeutende Rolle bei der Auslegung zu, doch bietet der weite Rahmen der EKL-Bestimmungen die rechtmäßige Möglichkeit, EKL-Vereinbarungen *auch außerhalb bestehenden Marktversagens* zu schließen.¹⁷⁶⁶ Aus diesen Gründen ist dieses Kriterium *nicht geeignet*, eine Beeinträchtigung der normalen Auswertung durch das Modell der EKL sicher auszuschließen.¹⁷⁶⁷

1766 Vgl. auch DE LA DURANTAYE, ZUM 2011, 782.

1767 RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 61.

dd) Der „vertragliche Charakter“ der EKL

Mögen die EKL-Bestimmungen auch einen sehr weiten Anwendungsbe- reich aufweisen, so sind es doch die konkreten *EKL-Vereinbarungen*, die letzten Endes festlegen, welche Werke zu welchen Bedingungen rechtmäßig genutzt werden dürfen. Da die jeweilige EKL-Vereinbarung von einem Nutzer und einer substanzialen Anzahl an Rechteinhabern in einem bestimmten Bereich geschlossen wird, wäre zu überlegen, ob diese Form der Lizenzierung die normale Auswertung des Werkes für die Rechteinhaber darstellt, da sich die Rechteinhaber selbst dazu entschlossen haben.¹⁷⁶⁸

Durch das Kriterium der Repräsentativität wird sichergestellt, dass eine große (= substanziale) Anzahl an Rechteinhabern dem Abschluss einer EKL-Vereinbarung und den darin enthaltenen Bedingungen zustimmt. Die Rechteinhaber sind am besten in der Lage zu entscheiden, ob und zu welchen Bedingungen einer erweiterte Lizenzierung ihrer Werke erfolgen soll. Dies kann bedeuten, dass die Mitglieder der Verwertungsgesellschaft für den Nutzer sehr großzügige Bedingungen erlauben, weil sie in dieser Form der Lizenzierung eine (*notwendige*) *Form der normalen Auswertung* erblicken.¹⁷⁶⁹ Es kann aber auch heißen, dass die Rechteinhaber den grundsätzlich weiten Rahmen der EKL-Bestimmung über die EKL- Vereinbarung stark *begrenzen*, weil sie diese Form der Lizenzierung *nicht* als eine normale Auswertung ansehen und sie darum ihre *Hauptverwer-*

1768 So RIIS/SCHOVSBO, Col. J. of Law & the Arts 2010, 487. Dies mag insbesondere für die Bereiche gelten, in denen EKL-Vereinbarungen schon sehr lange bestehen, wie etwa bei der EKL zur Vervielfältigung von Werken in Bildungseinrichtungen. Die kollektive Lizenzierung wäre damit als „normale Auswertung“ der Werke durch die Rechteinhaber anzusehen. Eine solche Argumentation erinnert an die eingangs erwähnte rein empirische Auslegung der zweiten Stufe, die jede Form der Auswertung als „normal“ einstuft, die der Rechteinhaber gewöhnlicherweise im Rahmen seiner Werkverwertung erwartet. Diese Ansicht wurde allerdings abgelehnt, da sie zu dem kuriosen Ergebnis führen würde, dass in Bereichen, in denen eine „Beschränkung und Ausnahme“ besteht, der Rechteinhaber schon gar nicht mit einer Werkverwertung rechnet und damit keine normale Auswertung beeinträchtigt wäre. Im Grunde gilt dies auch für die EKL. Die Tatsache, dass in einem bestimmten Bereich schon lange EKL-Vereinbarungen geschlossen werden, lässt nicht automatisch den Schluss zu, dass dies die normale Form der Werkauswertung darstellt, nur weil die betroffenen Rechteinhaber schon nicht mehr einen anderen Weg der Werkverwertung als jenen über die EKL erwarten.

1769 RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 62 f.

tungsmärkte von der EKL unberührt lassen wollen. Ob sich eine solche Entscheidung der Rechteinhaber tatsächlich in den jeweiligen EKL-Vereinbarungen widerspiegelt, ist zu überprüfen.

Exemplarisch für § 42c UrhG-S soll die Lizenzvereinbarung zwischen der schwedischen Umbrella-Gesellschaft *Bonus* und den schwedischen Kommunen und Landkreisen untersucht werden, welche die Bedingungen festlegt, nach denen eine Vervielfältigung von Werken in Bildungseinrichtungen getätigt werden darf (*Schulkopie-Vereinbarung*).¹⁷⁷⁰ Die allgemeinen Lizenzbedingungen des Jahres 2012/2013 erlauben dabei alle Formen der Vervielfältigung, sei es in Form der Photokopie oder unter Nutzung von digitalen Techniken (§ 5 *Schulkopie-Vereinbarung*). Das Recht zur Vervielfältigung steht dabei gem. § 6 sowohl Lehrern als auch Schülern der Bildungseinrichtung zu. Vervielfältigt werden dürfen alle veröffentlichten schwedischen und ausländischen Werke. § 9 *Schulkopie-Vereinbarung* legt dabei die genauen Nutzungsbedingungen für Lehrer und Schüler fest.¹⁷⁷¹ Demnach gilt der Grundsatz, dass eine Vervielfältigung *nur zur Vervollständigung der Lehrmittel* erlaubt ist, die ein Schüler gewöhnlich für den Unterricht bezieht (§ 9 (1)). Es ist daher unzulässig, in einem Umfang zu kopieren, der die durch den Verleger herausgegebenen Lehrmittel *ersetzt* oder die Anschaffung der Lehrmittel *verringert*. Nach § 9 (3) ist bei einer physischen Vorlage eine Vervielfältigung von höchstens 15 % der Seitenanzahl der Vorlage, aber im Ganzen nicht mehr als 15 Seiten erlaubt. Handelt es sich aber um einen bestimmten Abschnitt oder um das Kapitel eines ganzen Buches, dann darf die Höchstgrenze von 15%/15 Seiten auch überschritten werden. Ist eine digitale Vorlage vorhanden, so dürfen höchstens 15 DIN A4 Seiten vervielfältigt werden. Eine digitale Nutzung ist nach § 9 (4) nur innerhalb der jeweiligen Klasse und Unterrichtsgruppe zulässig. Exemplare dürfen in das schulinterne Netzwerk gestellt, per Email an die Schüler verschickt oder per Datenträger an diese weitergegeben werden. Der Zugang ist nur auf die jeweilige Klasse/Unterrichtsgruppe und nur auf das jeweilige Schuljahr begrenzt. § 9 (6) *Schulkopie-Vereinbarung* enthält schließlich strengere Regelungen für Notenmaterial. Falls diese Teil eines Sammelwerks sind, dürfen bis zu 20% davon vervielfältigt werden. Chor-, Orchester-, oder Ensemblematerial, das

1770 *Allmänna avtalsvillkor för kopiering i skolorna läsåren 2010/2011, 2011/2012, 2012/2013*.

1771 Die zulässige Anzahl der vervielfältigten Exemplare berechnet sich nach § 9 (2) *Schulkopie-Vereinbarung* anhand der Anzahl der Schüler inklusive des Lehrers.

auf dem schwedischen Markt einzeln erhältlich ist,¹⁷⁷² darf nicht vervielfältigt werden. Eine Nutzung von vervielfältigten musikalischen Werken darf nicht außerhalb des jeweiligen Klassenverbandes geschehen. Exemplare von Werken dürfen nach § 9 (7) *Schulkopie-Vereinbarung* auch im Rahmen digitaler Präsentationsmedien genutzt werden.¹⁷⁷³

Anhand der Lizenzbedingungen wird sichtbar, wie schmal der Umfang der Nutzung im Vergleich zu der breiten EKL-Bestimmung tatsächlich ist. Grundsätzlich soll die Vervielfältigung der *Vervollständigung, nicht aber der Ersetzung* der üblichen Lehrmittel dienen. Auch in dem begrenzten Umfang der Vervielfältigung einzelner Werke im Sinne der 15/15-Regel und in den speziellen Bestimmungen für Notenmaterial wird deutlich, wie differenziert eine zulässige Nutzung limitiert wird, um die bestehenden Verwertungsmärkte nicht zu beeinträchtigen.

Für die Nutzung von Werken durch Bibliotheken, Archive und Museen nach § 16a UrhG-N soll als Beispiel die EKL-Vereinbarung dienen, die zwischen der norwegischen Umbrella Organisation *Kopinor* und der *Nationalbibliothek Norwegens* geschlossen wurde (*Bokhylla-Vereinbarung*).¹⁷⁷⁴ Anders als die EKL-Bestimmung beschränkt sich die Bokhylla-Vereinbarung nur auf *Bücher*, die in Norwegen bis zum Jahr 2000 veröffentlicht wurden, übersetzter Literatur eingeschlossen (§ 2 *Bokhylla-Vereinbarung*). Davon erfasst werden neben Schriftwerken auch Photographien und Zeichnungen. Die *Bokhylla-Vereinbarung* gestattet der Nationalbibliothek, diese Kategorie von Büchern aus ihrer Sammlung zu digitalisieren und auf ihre Website (www.nb.no) öffentlich zugänglich zu machen. Nach § 4 der Vereinbarung dürfen die Werke nur Nutzern mit einer norwegischen IP-Adresse zugänglich gemacht werden.¹⁷⁷⁵ Die Zugänglichmachung erlaubt nur die Anzeige der Werke auf dem Computerbildschirm. Weder das Herunterladen noch das Ausdrucken der Werke oder

1772 Nach § 9 (6) lit. b) *Schulkopie-Vereinbarung* ist ein Werk als „auf dem schwedischen Markt erhältlich“ anzusehen, wenn es bei dem Verleger oder Händler, von dem die Schule gewöhnlich Noten bezieht, erhältlich ist. „Erhältlich“ ist ein Werk dann, wenn der Verleger bzw. Händler in einer vernünftigen Zeit die gewünschte Anzahl der Exemplare beschaffen kann.

1773 Bei einem audiovisuellen Werk ist allerdings nur die Anzeige von einzelnen Bildern zulässig.

1774 Zum *Bokhylla-Projekt* siehe schon oben, bei § 2 III 3 c.

1775 Benötigt ein Nutzer einen Zugang zu diesen Digitalisaten zu spezifischen Forschungszwecken, so wird eine Nutzung im Einzelfall zwischen den Parteien geregelt (§ 4 (1) S. 2 *Bokhylla-Vereinbarung*).

von Teilen der Werke ist zulässig, solange der Urheberrechtsschutz des Werkes noch besteht.¹⁷⁷⁶

Auch im Bereich von § 16a UrhG-N setzt die EKL-Vereinbarung einer Nutzung damit engere Grenzen als es der äußere Rahmen der EKL-Bestimmung grundsätzlich zulassen würde. Betroffen sind zunächst nur die Werke, die in Büchern enthalten sind, womit es sich wohl auch um den hauptsächlichen Bestand der Nationalbibliothek handeln dürfte. Eine Begrenzung wird auch über das Veröffentlichungsjahr vorgenommen: Werke, die nach dem Jahr 2000 veröffentlicht wurden, dürfen nicht auf der Internetseite angezeigt werden. Die Beschränkung eines Abrufs von norwegischen IP-Adressen dürfte weniger der Bewahrung bestimmter Verwertungsmärkte dienen als vielmehr der territorialen Anwendung der EKL geschuldet sein.¹⁷⁷⁷ Hingegen scheint die fehlende Nutzungsmöglichkeit des Herunterladens und Ausdruckens durch den Nutzer gerade die durch den Rechteinhaber selbst vorgenommene Verbreitung und Verwertung der Werke zu berücksichtigen.

Im Bereich der *General-EKL* lassen sich *anhand der bereits geschlossenen Vereinbarungen* gewisse Eingrenzungen entnehmen. Diese betreffen alle äußerst spezifische Bereiche, von denen anzunehmen ist, dass ein Konflikt mit der normalen Auswertung nicht besteht. So geht es im Rahmen der Digitalisierung und Zugänglichmachung der großen dänischen Enzyklopädie um die Rechteeinräumung durch die Verwertungsgesellschaft *Copydan Tekst & Node* an den Herausgeber des Lexikons *Gyldenhal*.¹⁷⁷⁸ Ebenso ermöglicht die auf § 50 (2) UrhG-D basierende Lizenzierung zugunsten öffentlicher und privater Einrichtungen, Organisationen und Unternehmen durch *Copydan Tekst & Node* weitere digitale Nutzungshandlungen, namentlich die digitale Vervielfältigung und Zugänglichmachung zum internen Gebrauch.¹⁷⁷⁹ Die EKL-Vereinbarung zwischen *Copydan Tekst & Node*, *Copydan Billedkunst* und *Mediehuset Ingeniøren* erlaubt die Digitalisierung und öffentliche Zugänglichmachung von älteren Werken der Zeitschrift *Ingeniøren* und allen anderen Zeitschriften, die von *Mediehuset Ingeniøren* herausgegeben werden.¹⁷⁸⁰ In allen drei Fällen ist anzunehmen, dass die durch die General-EKL ermöglichte Nut-

1776 § 5 *Bokhylla-Vereinbarung*.

1777 Näher zur Frage der territorialen Reichweite der EKL unten, bei § 14 B I 2.

1778 Vgl. KULTURMINISTERIET, *Godkendelse Dansk Biografisk Leksikon*.

1779 KULTURMINISTERIET, *Godkendelse digital kopiering*.

1780 KULTURMINISTERIET, *Godkendelse Mediehuset Ingeniøren*.

zung nicht zu einem Entzug potenzieller Einnahmemöglichkeiten bei der Gesamtverwertung führen wird.¹⁷⁸¹

Eine exemplarische Prüfung einiger EKL-Vereinbarungen hat bestätigt, dass Rechteinhaber engere Voraussetzungen für die Nutzung vorsehen als es die weiten EKL-Bestimmungen erlauben würden. Darin lässt sich die Intention erblicken, bestimmte Verwertungsmärkte vor einer zu weitgehenden EKL zu sichern. Sehr differenziert werden dabei bestimmte Verwertungsformen oder Werkkategorien unterschiedlichen Voraussetzungen unterworfen. Tatsächlich ist zu vermuten, dass durch die Möglichkeit der vertraglichen Regulierung durch Rechteinhaber und Nutzer eine Beeinträchtigung der normalen Auswertung grundsätzlich ausgeschlossen ist.¹⁷⁸² Das Modell der EKL verhindert *durch seinen vertraglichen Charakter selbst den Entzug aktueller oder potenzieller Einnahmequellen*, denen eine wesentliche Bedeutung in der Gesamtverwertung zukommt. Während die speziellen EKL-Bestimmungen die Vermutung implizieren, dass sie Bereiche betreffen, in denen eine kollektive Lizenzierung im Interesse von Rechteinhaber und Nutzer ist, kommt der General-EKL *die reine Funktion einer Auslotung der Verwertungsmärkte zu*.¹⁷⁸³ Einigen sich Verwertungsgesellschaft und Nutzer in einem bestimmten Bereich auf den Abschluss einer EKL-Vereinbarung, so liegt es nahe anzunehmen, dass ein Bedarf an einer EKL besteht, indem für diesen speziellen Markt ein Marktversagen vorliegt. Soll ein funktionierender Absatzmarkt hingenommen durch eine kollektive Lizenzierung nicht beeinträchtigt werden, so wird sich auch keine substanzelle Anzahl an Rechteinhabern finden, die einer Lizenzierung zustimmen.

Die Annahme, bereits der vertragliche Charakter der EKL schließe eine mögliche Unvereinbarkeit mit der zweiten Stufe aus, könnte allerdings einem entscheidenden Denkfehler unterliegen. Denn sie wird mit der freien Entscheidung einer *substanzuellen Anzahl von Rechteinhabern* in einem

1781 Bei zwei der drei Fälle handelt es sich auf Seiten des Nutzers gerade um die ursprünglichen Herausgeber der physischen Exemplare, die eine Digitalisierung und Zugänglichmachung ihrer Verlagsprodukte aufgrund der Vielzahl der beteiligten Urheber, die in den einzelnen Ausgaben involviert sind, nicht durch individuelle Lizenzvereinbarungen realisieren können.

1782 Vgl. auch RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 62; RIIS/SCHOVSBO, Col. J. of Law & the Arts 2010, 487; AXHAMN/GUIBAULT, *Cross-border extended collective licensing*, S. 51. Sehr kritisch dagegen DE LA DURANTAYE, ZUM 2011, 782, die in der EKL einen „erheblichen Eingriff in den Markt“ erkennen will.

1783 Siehe hierzu auch unten, bei § 11 B I 5.

bestimmten Bereich begründet. Dabei droht vergessen zu werden, dass die EKL eben nicht nur die Werke dieser Rechteinhaber, sondern auch die Werke von *Nichtmitgliedern* beinhaltet, also von Rechteinhabern, die sich nicht ausdrücklich für eine kollektive Lizenzierung entschieden haben.¹⁷⁸⁴ Es müsste also die Vermutung zutreffen, dass eine substantielle Anzahl an Rechteinhabern eine Entscheidung trifft, die gleichzeitig auch im Sinne der außenstehenden Rechteinhaber liegt, mithin ein *Gleichlauf der jeweiligen Interessen* besteht.

Fraglich ist zunächst, ob ein Interessengleichlauf durch eine ausreichende Repräsentativität der Verwertungsgesellschaft überhaupt gewährleistet ist.¹⁷⁸⁵ Die Repräsentativität muss sich dabei auf die Rechteinhaber einer bestimmten Art von Werken und damit für jede einzelne Werkkategorie gesondert beziehen, die von einer EKL erfasst ist.¹⁷⁸⁶ Nun wurde bereits festgestellt, dass der Begriff der Werkkategorie „dynamisch“ und für jede einzelne Anwendung bestimmt werden muss.¹⁷⁸⁷ Zu berücksichtigen sind dabei die jeweilige EKL-Bestimmung, die existierenden kollektiven Organisationen und die jeweiligen Nutzungshandlungen.

Es erscheint fraglich, ob eine ausreichende Repräsentativität tatsächlich immer gewährleistet werden kann. Zwar dürften die gewachsenen kollektiven Strukturen und die Tätigkeit der skandinavischen Verwertungsgesellschaften gewöhnlich zu einer hinreichenden Repräsentativität beitragen. In einem anderen Land mag dies jedoch anders sein.

Doch selbst, wenn man unterstellt, dass die skandinavischen Verwertungsgesellschaften eine substantielle Anzahl an Rechteinhabern in den

1784 Zweifelnd RIIS/SCHOVSBO, Col. J. of Law & the Arts 2010, 488, wobei sie am Ende doch eine Vereinbarkeit der EKL mit der zweiten Stufe vermuten, da die EKL als Teil der skandinavischen Rechtstradition von den meisten Parteien befürwortet werde.

1785 Ähnlich auch RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 62 f.

1786 RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 62, wirft noch die Frage auf, ob der Repräsentativitätsbezug auf eine *Werkkategorie* mit der zweiten Stufe in Einklang gebracht werden könne, da diese einen Konflikt mit der normalen Auswertung des *Werkes* verlange. Zu Recht verwirft Rydning eine solche Auslegung, die die Prüfung einer Beeinträchtigung mit jedem einzelnen Werk erfordern würde: Weder lasse sich dem Test die Notwendigkeit einer solchen Beurteilung zwischen der „Beschränkung und Ausnahme“ und dem einzelnen Werk entnehmen noch könne ohne eine Verknüpfung zu anderen Werken (in einer Kategorie) gar nicht darüber entschieden werden, ob die normale Auswertung eines Werkes beeinträchtigt sei, da es sonst am notwendigen Bezugspunkt fehle.

1787 Siehe dazu oben, bei § 6 A I 2 b bb.

jeweiligen erforderlichen Werkkategorien grundsätzlich vertreten,¹⁷⁸⁸ bleibt weiterhin die Frage im Raum, ob die Entscheidung der angeschlossenen Rechteinhaber auch im Interesse der Nichtmitglieder liegt. Mag dies zwar keinesfalls zwingend sein, was noch im Rahmen der dritten Stufe eine spezifische Bedeutung erlangen wird, so spricht doch Einiges dafür, dass ein Aushandeln der Bedingungen einer Werkverwertung durch eine substantielle Anzahl von Rechteinhabern *nicht* zu einer grundsätzlichen Beeinträchtigung der normalen Werkverwertung der Nichtmitglieder führt.

Einigen sich die Mitglieder der Verwertungsgesellschaft auf eine Lizenzierung an einen Nutzer und geht man davon aus, dass dies keine Beeinträchtigung der normalen Auswertung zumindest für die Mitglieder ist bzw. eine für sie akzeptierte Form der Verwertung darstellt, dann bedeutet dies nicht automatisch, dass die normale Auswertung eines außenstehenden Rechteinhabers beeinträchtigt wäre. Denn die EKL *generiert eine Vergütung aus der Verwertung* des Werkes, die das Resultat von Verhandlungen zwischen Rechteinhaber und Nutzer ist und an der einem außenstehenden Rechteinhaber ein *gesetzlich zwingendes Partizipationsrecht* eingeräumt wird (in Form der Gleichbehandlung und des Rechts auf individuelle Vergütung). Insofern wird einem Nichtmitglied nicht eine aktuelle Einnahmemöglichkeit völlig entzogen, vielmehr wird er in eine bestimmte Verwertung gezwungen und somit *einer Form der (normalen) Auswertung unterworfen*.¹⁷⁸⁹

Im Gegensatz etwa zu anderen „Beschränkungen und Ausnahmen“ wie etwa der gesetzlichen Lizenz ermöglicht die EKL zumindest einer substantiellen Anzahl an Rechteinhabern, die Nutzungsbedingungen auszuhandeln oder eine Nutzung sogar ganz abzulehnen.¹⁷⁹⁰ Durch ihre *Form der partiellen Selbstregulierung* ist die EKL in der Lage, den Interessen einer großen Zahl an Rechteinhabern Ausdruck zu verleihen und diese somit selbst in die Lage zu versetzen, es auszuschließen, dass die gewährte Nutzung ihnen und den Nichtmitgliedern eine aktuelle oder potenzielle Einnahmemöglichkeit von Bedeutung entzieht.

Damit kommt dem *Repräsentativitätserfordernis* eine entscheidende Rolle zu. Denn nur, wenn eine Verwertungsgesellschaft tatsächlich im In-

1788 RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 63.

1789 So RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 63; AXHAMN/GUIBAULT, *Cross-border extended collective licensing*, S. 51.

1790 Ähnlich, wenn auch im Zusammenhang mit der dritten Stufe: RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 73.

teresse einer großen Anzahl an Rechteinhabern agiert, kann davon ausgegangen werden, dass ein Konflikt mit der normalen Auswertung im Sinne der zweiten Stufe grundsätzlich nicht besteht. Als Sicherungsinstrument kann dabei das *Genehmigungsverfahren* dienen.¹⁷⁹¹ Wird dieses sorgfältig durchgeführt und verkommt nicht zu einer bloßen Formalität, lässt sich das Risiko entscheidend minimieren, dass die Interessen der Rechteinhaber nicht in ausreichender Weise vertreten sind.

c) Fazit

Aufgrund des breiten Anwendungsbereiches der EKL-Bestimmungen ist eine Beeinträchtigung mit der normalen Auswertung nicht ausgeschlossen. Den Bestimmungen lässt sich keine immanente Begrenzung ihrer Anwendung auf Sekundärmärkte entnehmen. Ebenso besteht keine zwingende Verknüpfung zwischen den EKL-Bestimmungen mit Fällen des Marktversagens, mögen auch die EKL-Vereinbarungen häufig in solchen Bereichen geschlossen werden.

Allein der vertragliche Charakter der EKL schließt es aus, dass dem Rechteinhaber eine aktuelle oder potenzielle Einnahmemöglichkeit entzogen wird, der in der Gesamtverwertung eine wesentliche Bedeutung zukommt. Denn über das Aushandeln der Nutzungsbedingungen durch eine substanzielle Anzahl an Rechteinhabern ist zu vermuten, dass die lizenzierte Nutzung nicht grundsätzlich den Interessen der außenstehenden Rechteinhaber widerspricht, mithin nicht zu einer grundsätzlichen Beeinträchtigung der normalen Werkverwertung der Nichtmitglieder führt. Ob hingegen die Interessen der einzelnen Rechteinhaber bei einer EKL tatsächlich gleichlaufen bzw. ausreichend Berücksichtigung finden, ist im Rahmen der dritten Stufe zu untersuchen.

1791 Siehe schon *Forslag til Lov om ændring af ophavsretsloven*, 2007/2 LSF 58, nr. 13 (§ 50) stk. 4; KYST, NIR 2009, 48; AXHAMN/GUIBAULT, *Cross-border extended collective licensing*, S. 51, sehen als weiteres Sicherungselement noch Regelungen zu Arbeitsweise und Transparenz der Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften an.

3. Stufe 3: Keine unzumutbare Verletzung der berechtigten Interessen

a) Auslegung der dritten Stufe

Die letzte Stufe des Drei-Stufen-Tests stellt schließlich das Zentrum einer umfassenden Interessenabwägung dar. Dem nationalen Gesetzgeber wird dabei ein großer Ermessensspielraum eingeräumt, die Interessen der Rechteinhaber mit denen der Allgemeinheit zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen.¹⁷⁹² Nimmt die Verletzung der Interessen des Rechteinhabers dabei ein unzumutbares Ausmaß an, so ist eine „Beschränkung und Ausnahme“ unzulässig. Zu überlegen ist zunächst, was unter „berechtigte Interessen“ zu verstehen ist und sodann, wann diese „unzumutbar verletzt“ werden.

aa) Berechtigte Interessen

Nach wohl überwiegender Ansicht ist das Merkmal der „berechtigten Interessen“ *normativ* zu verstehen.¹⁷⁹³ Folglich geht es nicht (nur) um die gesetzliche Rechtmäßigkeit der geschützten Interessen, sondern auch um eine ausreichende Rechtfertigung, mithin um den Schutz von *Interessen*, die im Lichte des Urheberrechtsschutzes *gerechtfertigt* sind.¹⁷⁹⁴

Im Mittelpunkt steht dabei das *ökonomische Interesse des Rechteinhabers*,¹⁷⁹⁵ also die Verwertung des urheberrechtlich geschützten Gutes, was grundsätzlich unter Einsatz von individuellen Ausschließlichkeitsrechten geschieht.¹⁷⁹⁶ In diesem Zusammenhang kommt den Abweichungen des

1792 SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 212; DERS., GRUR Int. 2004, 210; v. LEWINSKI, *International Copyright Law & Policy*, Rn. 5.184.

1793 RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights* (Vol. I), Rn. 13.24; SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 227 ff.; a.A. FICSOR, *The Law of Copyright and the Internet*, Rn. 5.57; RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 66.

1794 *WTO Panel Report v. 15. Juni 2000*, WT/DS160/R, Rn. 6.224; deutlicher: *WTO Panel Report v. 17. März 2000*, WT/DS114/R, Rn. 7.69; v. LEWINSKI, *International Copyright Law & Policy*, Rn. 5.184.

1795 *WTO Panel Report v. 15. Juni 2000*, WT/DS160/R, Rn. 6.227; SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 216 ff.; siehe auch RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 65.

1796 SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 215 ff. differenziert dabei zwischen dem *subjektiven Ausschließlichkeitsrecht* und dem *Interesse* des Rechteinhabers. Während

Wortlauts in den einzelnen Versionen des Tests eine wichtige Bedeutung zu. Denn während Art. 9 (2) RBÜ und Art. 10 WCT von den „berechtigten Interessen des Urhebers“ sprechen, dürfen nach Art. 13 TRIPS die „berechtigten Interessen des Rechteinhabers“ nicht unzumutbar verletzt werden.¹⁷⁹⁷ Aus diesen Abweichungen folgen nun recht weitreichende Konsequenzen: Im Rahmen von Art. 13 TRIPS sind nicht nur die Interessen des Urhebers – also des Kreativen – zu berücksichtigen, sondern auch jene des derivativen Rechteinhabers. Die Berücksichtigung sowohl des Kreativen als auch des (derivativen) Rechteinhabers mag im Prinzip unproblematisch sein, solange sich die jeweiligen Interessen decken. Schwierigkeiten bereitet der doppelte Bezug allerdings dann, wenn deren Interessen – wie häufig – gerade nicht gleichlaufen¹⁷⁹⁸ und dies daher im Zusammenhang mit einer möglichen unzumutbaren Verletzung zu der Frage zwingt, welchem Interesse Vorrang einzuräumen ist.¹⁷⁹⁹ Damit droht der ursprünglich von der RBÜ, später auch von der WCT, zumindest in den kontinental-europäischen Ländern verfolgte prinzipielle Schutz des Kreativen als Ausgangspunkt urheberrechtlichen Schutzes konterkariert zu werden.¹⁸⁰⁰

Zum anderen führt die unterschiedliche Formulierung auch zu einer Abweichung innerhalb der zu berücksichtigenden Interessen. Denn von Art. 9 (2) RBÜ und letztlich auch von Art. 10 WCT sind neben den materiellen unstreitig auch die *persönlichkeitsrechtlichen Interessen* des Urhebers geschützt.¹⁸⁰¹ Dagegen werden in Art. 13 TRIPS diese Interessen durch den pauschalen Verweis auf die „Rechteinhaber“ gänzlich ausgeschlossen, was insofern im Rahmen des handelsrechtlichen Kontextes der Bestimmung konsequent sein mag, da nach Art. 9 (1) S. 2 TRIPS die von

die zweite Stufe des Tests die Sphäre des Ausschließlichkeitsrechts berührt, also den ökonomischen Kern des Urheberrechts, betrifft die dritte Stufe allein das Interesse des Rechteinhabers, das – bei einer Einschränkung des Ausschließlichkeitsrechts – zur Geltung zu bringen sei.

1797 Siehe dazu SENFTLEBEN, GRUR Int. 2004, 209 ff.

1798 Zur häufig bestehenden „tripolaren“ Interessenlage eingehend HILTY, ZUM 2003, 985 ff. Siehe auch oben, bei Fn. 194.

1799 Siehe GEIGER/GRIFFITHS/HILTY, IIC 2008, 708 ff.; SENFTLEBEN, GRUR Int. 2004, 209, sieht insofern eine Pflicht zur „Aufteilung der Vergütungssumme zwischen dem Urheber und den Inhabern von Nutzungsrechten“.

1800 HILTY, in: FS Schrieker (2005), S. 346.

1801 Näher SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 221 ff.; siehe auch RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights (Vol. I)*, Rn. 13.24; ebenso, allerdings nicht differenzierend: BORNKAMM, in: FS Erdmann, S. 48.

der RBÜ gewährten Persönlichkeitsrechte nach Art. 6bis RBÜ nicht in das TRIPS-Abkommen aufgenommen wurden.¹⁸⁰² Mit Blick auf die EKL ist aber, schon aufgrund der Art. 9 (2) RBÜ und Art. 10 WCT, auch eine mögliche unzumutbare Verletzung von urheberpersönlichkeitsrechtlichen Interessen zu berücksichtigen.

Schließlich impliziert ein „berechtigtes“ Interesse indes auch die Möglichkeit eines „unberechtigten“ Interesses. Legt man diesem Kriterium ein normatives Verständnis zugrunde,¹⁸⁰³ so dürfte es jedenfalls unstrittig sein, dass das ökonomische Interesse des Rechteinhabers nicht unbegrenzt zu schützen gilt – ähnlich wie im Rahmen der zweiten Stufe mit Bezug auf die „normale Auswertung“.¹⁸⁰⁴ Berechtigt erscheint das ökonomische Interesse des Rechteinhabers dort nicht mehr, wo die kommerzielle Auswertung des urheberrechtlich geschützten Gutes über die Funktion des Urheberrechts als Anreiz zur Schaffung und Verbreitung neuer Werke hinausgeht und dabei gleichzeitig nachteilige Wirkung auf die Interessen der Allgemeinheit wie etwa die Meinungsfreiheit oder die kulturelle Vielfalt entfaltet.¹⁸⁰⁵

bb) Unzumutbare Verletzung

Das zweite Kriterium besagt, dass die berechtigten Interessen nicht *unzumutbar verletzt* werden dürfen. Dies bedeutet zunächst, dass der Test eine Verletzung der berechtigten Interessen grundsätzlich nicht verbietet. Ent-

1802 Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass auch im Kontext der InfoSoc-RL persönlichkeitsrechtliche Interessen von dem in Art. 5 (5) der RL statuierten Drei-Stufen-Test nicht erfasst werden, da Urheberpersönlichkeitsrechte „außerhalb des Anwendungsbereichs“ der RL bleiben (Erwagungsgrund (19) InfoSoc-RL).

1803 Dagegen insbesondere FICSOR, *The Law of Copyright and the Internet*, Rn. 5.57, der das Kriterium „berechtigte Interessen“ rein positivistisch versteht und normative Gesichtspunkte einzig bei der Frage der „Unzumutbarkeit“ der Verletzung berücksichtigt sehen will. So auch RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 66.

1804 RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights (Vol. I)*, Rn. 13.24.

1805 SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 230 ff.; DERS., GRUR Int. 2004, 210; HUGENHOLTZ/OKEDIJI, *Limitations and Exceptions*, S. 25; vgl. auch WTO Panel Report v. 17. März 2000, WT/DS114/R, Rn. 7.69.

scheidend ist vielmehr, ob die Verletzung so schwerwiegend ist, dass sie ein *unzumutbares Maß* erreicht.¹⁸⁰⁶

Dabei kommt zum einen der *Zahlung einer angemessenen Vergütung* besondere Bedeutung zu. Ist eine „Beschränkung und Ausnahme“ mit einem solchen Vergütungsanspruch verbunden, so kann darüber die Verletzung auf ein zumutbares Niveau gesenkt werden.¹⁸⁰⁷ Die Zahlung einer angemessenen Vergütung ist dabei nicht als eine „Entschädigung“ der „Beschränkung und Ausnahme“ zu verstehen, sondern als eine *Reduktion der Unzumutbarkeit der Verletzung*.¹⁸⁰⁸

Zum anderen vermag der Zweck, der einer „Beschränkung und Ausnahme“ zugrunde liegt, eine Verletzung der Interessen des Rechteinhabers zu rechtfertigen.¹⁸⁰⁹ Die Höhe einer zu zahlenden Vergütung ist dabei im Verhältnis zu der Bedeutung des mit der Schranke verfolgten Zwecks zu beurteilen. Die Frage der Unzumutbarkeit der Verletzung läuft damit gemeinsam mit dem normativ zu bestimmenden Kriterium der „berechtigten Interessen“ letztlich auf eine *Verhältnismäßigkeitsprüfung* hinaus.¹⁸¹⁰ Die Berücksichtigung des zugrundeliegenden Zwecks der Schranke mag deutlicher zum Vorschein kommen, wenn man auf die für die anderen Immateriälgüterrechte geltenden Fassungen des Drei-Stufen-Tests schaut. Denn dort heißt es etwa bei der für das Patentrecht geltenden Version in Art. 30 TRIPS, dass Ausnahmen zulässig sind, sofern diese die „berechtigten Interessen des Inhabers des Patents nicht unangemessen beeinträchtigen, wobei auch die berechtigten Interessen Dritter zu berücksichtigen sind“.¹⁸¹¹ Daraus zu schließen, dass solche Interessen im Rahmen von Art. 13 TRIPS, der mögliche konfligierende Interessen Dritter nicht er-

1806 WIPO, *Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm (Vol. II)*, S. 883 f.; SENFTLEBEN, GRUR Int. 2004, 210 f.; WTO Panel Report v. 15. Juni 2000, WT/DS160/R, Rn. 6.229.

1807 SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 239; wohl ebenso, wenn auch nicht ganz so deutlich REINBOTHE/V. LEWINSKI, *The WIPO Treaties*, Rn. 7.10.36; v. LEWINSKI, *International Copyright Law & Policy*, Rn. 5.185, 5.186; BORNKAMM, in: FS Erdmann, S. 47 f.

1808 SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 238 f.

1809 SENFTLEBEN, GRUR Int. 2004, 211; GERVAIS, *The TRIPS-Agreement*, Art. 13 Rn. 2.185.

1810 Siehe SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 226 ff., 230 ff.; ähnlich auch RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights (Vol. I)*, Rn. 13.26; vgl. auch KUR, in: Kur/Levin (Hg.), *IPR in a Fair World Trade System*, S. 246 ff.

1811 Vgl. Art. 17 TRIPS („(...) wenn diese Ausnahmen die berechtigten Interessen des Inhabers der Marke und Dritter berücksichtigen.“).

wähnt, nicht zu berücksichtigen wären, greift freilich zu kurz. Vielmehr ist auch diesen Interessen bei der Abwägung im Rahmen der dritten Stufe Gehör zu verschaffen.¹⁸¹² Solche für das Urheberrecht zu beachtenden Interessen Dritter können sich generell aus den Interessen der Allgemeinheit, aus Menschenrechten und Grundfreiheiten, aber auch aus wettbewerbsrechtlichen Gründen ergeben.¹⁸¹³

b) Das Modell der EKL

Zu prüfen ist also, ob die berechtigten Interessen der Rechteinhaber durch das nordische Modell unzumutbar verletzt werden, mithin die EKL mit Blick auf die ihr zugeschriebene Funktion die Interessen der Rechteinhaber auf ungebührliche Weise beeinträchtigt.

Bei der EKL könnten *durch die Erstreckung* der Verträge die Interessen der außenstehenden Rechteinhaber verletzt sein. Mit Blick auf die *ökonomischen oder materiellen Interessen* ist dies zweifellos zu bejahen. Denn Kern des ökonomischen Interesses stellt grundsätzlich jede Möglichkeit der Verwertung eines Werkes zur Gewinnung seines wirtschaftlichen Wertes durch die Ausübung individueller Ausschließlichkeit dar.¹⁸¹⁴ Da bei einer EKL die Rechte eines Rechteinhabers ohne seine Zustimmung und ohne seinen Einfluss lizenziert werden und er dadurch die Kontrolle über die Verwertung seines Werkes verliert, ist sein ökonomisches Interesse verletzt. Ein solches materielles Interesse kann dabei neben dem originären Urheber oder dem Leistungsschutzberechtigten auch ein derivativer Rechteinhaber haben, sobald ihm die entsprechenden Rechte eingeräumt wurden.

Mit Bezug auf den originären Urheber (Kreativen) könnte darüber hinaus auch das *persönlichkeitsrechtliche Interesse* verletzt sein. Dieses Interesse richtet sich vornehmlich auf Anerkennung der Urheberschaft sowie gegen eine Entstellung oder Beeinträchtigung des Werkes.¹⁸¹⁵ Denkbar wäre, dass ein Nutzer wie im Falle des § 16a UrhG-N, etwa eine Biblio-

1812 GEIGER/GRIFFITHS/HILTY, IIC 2008, 709.

1813 GEIGER/GRIFFITHS/HILTY, IIC 2008, 712; HUGENHOLTZ/OKEDIJI, *Limitations and Exceptions*, S. 25.

1814 SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 217; ähnlich auch NORDEMANN/VINCK/HERTIN, *International Copyright*, Art. 9 BC Rn. 3.

1815 SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 219 f.

thek, über eine EKL-Vereinbarung Werke aus der Sammlung digitalisiert und der Allgemeinheit zugänglich macht, ohne dabei die Namen der jeweiligen Verfasser der Werke auf dem Digitalisat korrekt anzugeben. Ebenso wäre auch die Situation nicht unwahrscheinlich, in der ein Urheber kein Interesse daran hat, sein vor langer Zeit erschienenes Werk, das nun nicht mehr seiner Überzeugung oder politischen Anschauung entspricht, der Allgemeinheit durch einen Dritten öffentlich zugänglich gemacht zu sehen. In den genannten Fällen mag das persönlichkeitsrechtliche Interesse des Urhebers beeinträchtigt sein.

Die Interessenverletzung wird nun nicht generell dadurch geschmälert, dass bei der EKL im Gegensatz zu anderen Exklusivitätseinschränkungen nur die Interessen *eines Teils der Rechteinhaber* verletzt sind. Die Tatsache, dass die EKL gerade die Ausweitung auf außenstehende Rechteinhaber ermöglicht, reicht aus, um anzunehmen, dass eine (möglicherweise unzumutbare) Beeinträchtigung der Interessen von (außenstehenden) Rechteinhabern besteht.

Diesen Interessen der Rechteinhaber steht nun das Interesse an einer *unkomplizierten und schnellen Rechtelizenziierung an einem unbegrenzten Repertoire an Werken* gegenüber.¹⁸¹⁶ Ein Bedarf an einer solch unkomplizierten, umfassenden Rechteklärung besteht etwa in Fällen unkontrollierbarer Massennutzung und dem damit verbundenen Interesse an einer Rechtmäßigkeit dieser Nutzungsvorgänge, kann aber auch zum Zweck der Zugänglichmachung von Archiven, bei der Nutzung neuartiger Technologien oder generell zum Zweck der Informationsverbreitung relevant werden. In all ihren Anwendungsfeldern mag die EKL letztlich im Interesse der Allgemeinheit liegen; in den einzelnen Bereichen materialisiert und konkretisiert sich dieses Interesse in ihren verschiedenen Funktionen.¹⁸¹⁷

Welchem von beiden Interessen, namentlich jenem der Rechteinhaber und jenem an der Lizenzierung eines erweiterten Repertoires, und unter welchen Voraussetzungen Vorrang zu gewähren ist, ist in einem *umfassenden Abwägungsprozess* zu ermitteln. Innerhalb der dritten Stufe finden sich zwei „Einbruchstellen“, die eine solche Abwägung ermöglichen und erforderlich machen. Einerseits sind nur solche Interessen der Rechteinhaber geschützt, die als „berechtigt“ anzusehen sind. Andererseits muss das Interesse an der Lizenzierung eines umfassenden Repertoires dort zurück-

1816 Ähnlich RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 69.

1817 Siehe zu den einzelnen Funktionen der EKL unten, bei § 11 B I.

treten, wo die Verletzung der Interessen der Rechteinhaber ein „unzumutbares Maß“ annimmt.

Fraglich ist daher, ob die EKL die berechtigten Interessen der außenstehenden Rechteinhaber ausreichend schützt und verhindert, dass sie auf ungebührliche Weise verletzt werden.

aa) Repräsentativität

Die aus der EKL resultierende Verletzung der ökonomischen (und persönlichkeitsrechtlichen) Interessen der außenstehenden Rechteinhaber könnte schon dadurch abgemildert sein, dass die erweiterte Lizenzvereinbarung von einer Verwertungsgesellschaft geschlossen wird, die eine *substanzielle Anzahl* an Rechteinhabern in diesem Bereich bereits vertritt. Man könnte argumentieren, dass über das *Kriterium der Repräsentativität* automatisch sichergestellt wird, dass die Anzahl an außenstehenden Rechteinhabern und damit die Verletzung der Interessen automatisch „gering gehalten“ würde.¹⁸¹⁸

Richtig daran ist, dass eine Wechselwirkung zwischen der Repräsentativität der Verwertungsgesellschaft und der Ausweitung der EKL auf außenstehende Rechteinhaber besteht. Für eine rechtmäßige Erstreckung der Kollektivverträge muss sich die Verwertungsgesellschaft um eine ausreichende Repräsentativität bemühen. Je umfassender eine Verwertungsgesellschaft bereits Rechteinhaber in einem bestimmten Bereich vertritt, desto weniger Außenstehende wird es geben.¹⁸¹⁹ Folglich ermöglicht das Kriterium der Repräsentativität erst die Erweiterung von Kollektivverträgen, begrenzt diese aber auch gleichzeitig in ihrer Reichweite.

Ob im Einzelfall das Repräsentativitätskriterium durch die einzelnen Verwertungsgesellschaften unter Mithilfe der Umbrella-Organisationen wirklich erfüllt ist, insbesondere bei der Nutzung von Werken ausländischer Rechteinhaber, wurde bereits angezweifelt.¹⁸²⁰ Selbst wenn die Verwertungsgesellschaft eine substanzielle Anzahl an Rechteinhabern vertritt, könnten aber auch weiterhin die Rechte von außenstehenden Rechteinhabern „überwiegen“, insbesondere dann, wenn die Verwertungsgesellschaft zwar die Rechte an den in dem Land genutzten Werken wahrnimmt, ein

1818 RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 70 ff.

1819 Ähnlich auch der Gedanke von RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 71.

1820 Siehe oben, bei § 6 A I 2 c.

Nutzer aber gleichwohl überwiegend Werke von außenstehenden Rechteinhabern nutzt.

Problematischer erscheint dabei, dass sich die Repräsentativität *nur auf die originären Urheber* bezieht, nicht aber auf die derivativen Rechteinhaber. Da aber – zumindest bei Art. 13 TRIPS – neben den Interessen der originären auch jene der derivativen Rechteinhaber zu berücksichtigen sind, kann das Kriterium der Repräsentativität nicht dazu beitragen, die Anzahl der betroffenen außenstehenden (derivativen) Rechteinhaber „automatisch“ zu verringern. Zwar sind im Rahmen der EKL-Vereinbarungen regelmäßig auch derivative Rechteinhaber einbezogen; aus den EKL-Bestimmungen ergibt sich dies aber keineswegs. Eine Verknüpfung mit dem Repräsentativitätskriterium besteht insoweit gerade nicht.

Unter Zugrundelegung der gewachsenen Strukturen der Verwertungsgesellschaften und der langjährigen Anwendung der EKL dürfte die Repräsentativität in Skandinavien zumeist in ausreichender Weise erfüllt sein. Insofern kann in dem Repräsentativitätskriterium (ggf. auch durch eine vorherige Genehmigung bekräftigt) ein die *Unzumutbarkeit der Verletzung begrenzendes Element* zumindest mit Blick auf die originären Rechteinhaber gesehen werden. Außerhalb Skandinaviens dürfte eine solche Argumentation bei einer weniger entwickelten kollektiven Struktur kaum durchschlagen, mithin das Kriterium nicht zu einer Reduzierung der Verletzung der Interessen auf ein zulässiges Maß beitragen können.¹⁸²¹

bb) Der vertragliche Charakter der EKL

Allerdings könnte wiederum der *vertragliche Charakter* der EKL dazu führen, dass eine Verletzung der berechtigten Interessen der außenstehenden Rechteinhaber auf ein zumutbares Maß reduziert wird. Denn eine *substantielle Anzahl* an Rechteinhabern stimmt über eine Verwertungsgesellschaft oder deren Verwertungsgesellschaft über eine Umbrella-Organisation dem Abschluss einer EKL-Vereinbarung und den darin enthaltenden Bedingungen zu. Daher könnte man – wie schon parallel bei der zweiten Stufe – argumentieren, dass die Bedingungen, die eine große Anzahl an Rechteinhabern aushandelt, *nicht völlig entgegen der Interessen* von ande-

1821 Zu Recht auch die Schlussfolgerung von RYDNING, *Extended Collective Licenses*, S. 71.

ren (außenstehenden) Rechteinhabern liegen dürften.¹⁸²² In den Begrenzungen und engen Voraussetzungen, die für die Nutzung in den jeweiligen EKL-Vereinbarungen zugrunde gelegt sind, zeigt sich das Interesse der Mitglieder der Verwertungsgesellschaft in differenzierter Weise. Würde es durch Art oder Umfang der Nutzung zu einer unzumutbaren Beeinträchtigung ihrer Interessen kommen, würden sie ihre Zustimmung dazu verweigern. Darüber hinaus entspringt dem vertraglichen Charakter der EKL auch eine *stärkere Verhandlungsposition* der angeschlossenen Rechteinhaber.¹⁸²³

Zwar konnte im Rahmen der zweiten Stufe die Vermutung bestätigt werden, dass das Aushandeln durch eine substanziale Anzahl an Rechteinhabern nicht grundsätzlich zu einer Beeinträchtigung der normalen Auswertung der Nichtmitglieder führt. Bei der dritten Stufe aber, die ausdrücklich auf die Interessen der Rechteinhaber abzielt, mag es aus mehreren Gründen zweifelhaft sein, ob ein solcher Gleichlauf der Interessen

1822 Siehe RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 73 f. Ähnlich schon NOU 1988:22, S. 24; siehe auch HUUSKONEN, *Copyright, Mass Use and Exclusivity*, S. 234 (dort Fn. 769) mit Verweis auf die fin. Gesetzgebungs materialien.

1823 Siehe Prop. 1979/80:132, S. 13. Darauf weist insbesondere RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 71 ff., hin, der dabei das (bereits erwähnte) anschauliche Beispiel aus Norwegen anführt, als Verhandlungen zwischen der Umbrella-Organisation *Kopinor* und dem Träger der Bildungseinrichtungen über die Nutzung von Werken im Unterricht scheiterten und in ein 96-tägiges Kopierverbot an norw. Schulen mündeten (siehe oben, bei Fn. 1196). Sieht man in der Gewährung von Ausschließlichkeitsrechten den prinzipiellen Vorteil einer starken Verhandlungsposition (siehe etwa REINBOTHE/v. LEWINSKI, *The WIPO Treaties*, Rn. 7.10.36), dann kann ein Modell, welches die Rechte der einzelnen Urheber bündelt und so der Verwertungsgesellschaft aufgrund des Repertoires und ihrer Monopolstellung eine noch stärkere Verhandlungsmacht einräumt, kaum als eine unzumutbare Verletzung der Interessen gesehen werden. Eine solche Argumentation mag allerdings für eine gesetzlich angeordnete kollektive Rechte wahrnehmung in Form einer Verwertungsgesellschaftspflicht eher durchschlagen als bei einer EKL. Denn die EKL benötigt nicht wegen einer per Gesetz ausschließlich kollektiven Wahrnehmung eine Rechtfertigungsgrundlage, sondern wegen ihrer Ausweitung einer Lizenzvereinbarung auf außenstehende Rechteinhaber, zu der sich ein Teil von Rechteinhabern freiwillig entschlossen hat. Interessanterweise zeigt sich in diesem Aspekt, also der Möglichkeit der „Blockade“, auch die *Ungeeignetheit der EKL* in Bereichen, in denen eine (wenn auch nur zeitliche) Unmöglichkeit eines rechtmäßigen Zugangs zu Werken nicht sachgerecht erscheint (dies auch bemerkend RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 73).

(eben nicht nur mit Bezug auf eine Beeinträchtigung der normalen Auswertung) besteht.

Erstens betrifft die Gruppe der außenstehenden Rechteinhaber auch nationale Rechteinhaber, die aus verschiedenen Gründen kein Mitglied in einem Berufs- oder Interessenverband sind oder sein möchten. Da diese gerade nicht ihre Rechte kollektiv wahrnehmen lassen wollen, mag eine erweiterte Lizenzierung, die auch ihre Werke einschließt, kaum in ihrem Interesse liegen.¹⁸²⁴ Sind Umbrella-Organisationen involviert, so sehen diese häufig vor, dass immer nur ein Rechteinhaberverband Mitglied werden darf. Die Rechteinhaber eines anderen Verbandes haben keine Möglichkeit, innerhalb des EKL-Systems aktiv ihre Interessen einzubringen – sie bleiben außenstehend. Eine dadurch notwendige Mitgliedschaft in dem jeweiligen parallelen Verband, der Mitglied der Umbrella-Organisation ist, wird möglicherweise nicht immer erwünscht sein.

Zweitens bezieht sich die substanziale Anzahl an Rechteinhabern, deren Rechte eine Verwertungsgesellschaft für eine EKL-Vereinbarung wahrnehmen muss, nur auf die originären, nicht aber auf die *derivativen Rechteinhaber*.¹⁸²⁵ Zwar wird gewöhnlich auch eine Anzahl an derivativen Rechteinhabern in eine EKL-Vereinbarung einbezogen, doch resultiert eine Mitwirkung nun gerade daraus, dass bei einer erweiterten Lizenzierung durch die Verwertungsgesellschaft nicht im Einzelnen geprüft wird, bei wem die Rechte tatsächlich liegen. Schaut man etwa auf das *Bokhylla-Projekt* der norwegischen Nationalbibliothek, so ist keinesfalls ausgeschlossen, dass die entsprechenden Rechte der Vervielfältigung und der öffentlichen Zugänglichmachung für ein entsprechendes Werk bei dem jeweiligen Verleger des Buches liegen. Die norwegische Umbrella-Organisation *Kopinor* hat darum auch den norwegischen Verlegerverband als Mitglied, auch wenn dieser Verband selbst nach den gesetzlichen Bestimmungen nicht zur Repräsentativität beitragen kann. Der Verlegerverband, der nach eigenen Angaben bis zu 80 % der nationalen Verleger repräsentiert,¹⁸²⁶ dürfte vermutlich auch viele von jenen Verlegern als Mitglied haben, deren Bücher bei *Bokhylla* genutzt werden (= Werke, die vor 2000 in Norwegen veröffentlicht wurden). Ob der Verband aber *tatsächlich* eine große Anzahl der betroffenen Verleger repräsentiert, ist keineswegs selbstverständlich, insbesondere im Hinblick auf die zeitlich weit zurückliegen-

1824 RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 74.

1825 Ähnlich RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 74 f., 90.

1826 DEN NORSKE FORLEGGERFORENING, *Om oss*.

den Bestände der norwegischen Nationalbibliothek. Gravierender dürfte es wohl für jene derivativen Rechteinhaber sein, die nicht aus dem entsprechenden skandinavischen Land kommen. Aufgrund der fehlenden Verknüpfung des Repräsentativitätserfordernisses für derivative Rechteinhaber werden gewöhnlich nur die inländischen und ggf. die bekannten ausländischen (derivativen) Rechteinhaber in die EKL-Vereinbarungen mit einbezogen.

Und drittens dürften „ungleiche“ Interessen gerade zwischen außenstehenden inländischen und ausländischen Rechteinhabern nicht ausgeschlossen sein. Denn die Rechteinhaber in Skandinavien sind an das Modell der EKL seit über fünfzig Jahren gewöhnt. Die über repräsentative Verwertungsgesellschaften initiierte Lizenzierung mag dabei nicht nur eine gewöhnliche Verwertungsform für die Rechteinhaber darstellen und insofern in den betroffenen Kreisen hohe Akzeptanz gefunden haben, sondern auch häufig *im Interesse* dieser Rechteinhaber liegen. Insofern mag ein Gleichlauf der Interessen zwischen nationalen Rechteinhabern (also den Mitgliedern) und nationalen Nichtmitgliedern naheliegen. Dies muss aber keineswegs für die Interessen der *ausländischen* Rechteinhaber gelten. Denn diese kennen das Modell der EKL gerade nicht, für sie stellt es eben keine gewöhnliche Form der Verwertung dar. Die besondere Art des Einbezuugs von Werken, deren Rechteinhaber keine Zustimmung gegeben haben, kann ihnen nicht nur recht fremd anmuten, sondern kann auch völlig konträr zu ihren eigenen Interessen stehen. Folglich dürfte in jenen Bereichen, in denen die auf einer EKL beruhende Nutzung eine große oder die überwiegende Anzahl an ausländischen Werken betrifft, ein fehlender Gleichlauf der Interessen sogar recht wahrscheinlich sein.¹⁸²⁷

Aus diesen Gründen kann der vertragliche Charakter der EKL nicht völlig bzw. nur für einen begrenzten Teil der Rechteinhaber sicherstellen, dass eine unzumutbare Verletzung der Interessen ausgeschlossen wird.

1827 Dies könnte durch die zunehmende Ausweitung der EKL noch verstärkt werden, da insbesondere über die General-EKL Vereinbarungen in allen Bereichen des Urheberrechts theoretisch möglich sind. Zweifelnd auch LANG, NY Law School Law Review (2010/11), 120 ff.

- cc) Das besondere Schutzsystem zugunsten außenstehender Rechteinhaber

Das Repräsentativitätskriterium und der vertragliche Charakter bezeichnen das Modell der EKL allein nicht vollständig. Die EKL beinhaltet darüber hinaus einen *spezifischen Schutzmechanismus*, dessen Zweck einzig und allein darin besteht, den *Interessen der außenstehenden Rechteinhaber Rechnung zu tragen*. Dieses Schutzsystem besteht hauptsächlich aus dem Erfordernis der Gleichbehandlung und dem Recht auf individuelle Vergütung. In manchen Fällen tritt noch ein weiteres Element, das Vetorecht, hinzu. Fraglich ist, ob die EKL über diesen Mechanismus einen Verstoß gegen die Vorgaben der dritten Stufe auszuschließen vermag.

Für einen möglichen Ausgleich zwischen den Interessen der Rechteinhaber und den Interessen der Allgemeinheit kommt der *Zahlung einer angemessenen Vergütung* eine entscheidende Bedeutung zu.¹⁸²⁸ Eine „Beschränkung und Ausnahme“ kann bei einer Verletzung der berechtigten Interessen mit der dritten Stufe doch noch vereinbar sein, wenn sie dem Rechteinhaber eine Vergütung für die Nutzung einräumt. Das Modell der EKL generiert über die EKL-Vereinbarung eine Vergütung für die Rechteinhaber. Es liegt dabei in der Entscheidung der Verwertungsgesellschaft und ihrer Mitglieder, auf welche Weise und in welcher Höhe eine Ausschüttung an die Rechteinhaber erfolgt. Ein außenstehender Rechteinhaber hat keine Möglichkeit, an diesen internen Entscheidungsprozessen mitzuwirken oder darauf Einfluss zu nehmen.¹⁸²⁹

Abhilfe könnte daher der *Grundsatz der Gleichbehandlung* schaffen, wonach außenstehende Rechteinhaber den Mitgliedern der Verwertungsgesellschaft *gleichgestellt* sind, was insbesondere für die Nutzungsdocumentation, das Inkasso, die Verteilung der Vergütung und für andere Vergünstigungen gilt.

Entscheidet sich die Verwertungsgesellschaft für eine *individuelle Verteilung* der Gelder, so liegt es *in ihrer Verantwortung*, dass die Vergütung die einzelnen Rechteinhaber, Mitglieder wie Nichtmitglieder, erreicht. Sie benötigt dazu ausreichende Daten, anhand derer sie die einzelnen Nutzungsvorgänge den Werken und den Rechteinhabern zuordnen kann. Da-

1828 SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 237; siehe auch AXHAMN/GUIBAULT, *Cross-border extended collective licensing*, S. 51.

1829 RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 77; AXHAMN/GUIBAULT, *Cross-border extended collective licensing*, S. 51.

bei muss sie sich ggf. auch um den Abschluss von Gegenseitigkeitsvereinbarungen mit ausländischen Verwertungsgesellschaften bemühen, um eine Zuteilung der Gelder sicherzustellen.

Nimmt die Verwertungsgesellschaft hingegen eine *kollektive Verteilung* vor, so liegt es an den *einzelnen Rechteinhabern*, die kollektiven Leistungen in Anspruch zu nehmen. Für außenstehende Rechteinhaber, insbesondere jene aus anderen Ländern, besteht aber häufig kaum Interesse an den Leistungen einer skandinavischen Verwertungsgesellschaft. Gelegentlich sind sie nach den Bestimmungen der Organisationen nicht berechtigt, diese Leistungen in Anspruch zu nehmen.¹⁸³⁰ Durch die fehlende Verknüpfung zwischen Vergütung und tatsächlicher Nutzung und die damit verbundene „Kollektivierung“ der Einnahmen besteht die Gefahr, dass einerseits diese Leistungen hauptsächlich den Mitgliedern der Verwertungsgesellschaft zugutekommen, andererseits bestimmte Rechteinhaber weniger vergütet werden, obwohl deren Werke in größerem Umfang genutzt wurden als die anderer Rechteinhaber.¹⁸³¹

Besonderheiten treten schließlich auch wieder im Verhältnis zwischen originären und derivativen Rechteinhabern auf.¹⁸³² Bei Umbrella-Organisationen sieht der Verteilungsplan eine feste Quote der Gelder vor, die eine Zuteilung für originäre Rechteinhaber auf der einen und für derivative Rechteinhaber auf der anderen Seite festsetzt, gleichgültig, ob die Rechte bei dem einen oder bei dem anderen liegen. Ob diese Praxis in Zukunft so beibehalten werden kann, bleibt abzuwarten.¹⁸³³ Bei der EKL erscheint sie jedenfalls konsequent: Wenn im Rahmen des Vertragsschlusses originäre wie derivative Rechteinhaber gleichermaßen in die Verhandlungen ohne Rücksicht auf die einzelnen Verlagsverträge einbezogen werden, dann mag eine pauschale Verteilung der Gelder an beide Gruppen gerechtfertigt sein.¹⁸³⁴ Allerdings stellt sich auch hier das Problem, dass es außenstehen-

1830 RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 78.

1831 RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 79, stellt dabei zutreffend fest, dass die Tatsache, dass ein Teil der Rechteinhaber im Vergleich zu anderen Rechteinhabern möglicherweise höher vergütet wird als es die tatsächliche Nutzung reflektiert, nicht dazu beitragen könne, ein „Gegengewicht“ zur Verletzung der Interessen der Rechteinhaber insgesamt herzustellen.

1832 Ähnlich auch RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 78.

1833 Siehe oben, bei § 6 A V 4.

1834 Vgl. auch SENFTLEBEN, GRUR Int. 2004, 209.

den (derivativen) Rechteinhabern nicht immer gelingen dürfte, in den Genuss dieser Leistungen zu kommen.¹⁸³⁵

Daher kann der Grundsatz der Gleichbehandlung allein eine ausreichende Berücksichtigung der Interessen von außenstehenden Rechteinhabern nicht sicherstellen.

Abhilfe könnte das *individuelle Vergütungsrecht* schaffen, das jedem außenstehenden Rechteinhaber das Recht einräumt, eine Vergütung abhängig vom Umfang der Nutzung seines Werkes zu verlangen. Da der Rechteinhaber selbst die Nutzung und den Umfang bis zu einem gewissen Grad nachweisen muss, mag der Nutzen dieses Rechts fragwürdig sein,¹⁸³⁶ selbst, wenn die Anforderungen daran nicht hoch sein mögen. Nimmt die Verwertungsgesellschaft sowieso eine individuelle Verteilung vor, so wird er auf die statistischen Erhebungen der Verwertungsgesellschaft zurückgreifen müssen.

Problematisch erscheinen daher weniger die schwierigen Beweismöglichkeiten des Rechteinhabers als vielmehr *die Verteilung der Gelder auf kollektivem Wege*.¹⁸³⁷ Insofern dürfte die Wahrung der Interessen der Rechteinhaber prinzipiell *für eine individuelle Verteilung* der Gelder sprechen. Allerdings ist auch das Interesse an einer unkomplizierten und effektiven Rechtelizenziierung zu beachten: Sind eine Nutzungserfassung – sei sie auch nur stichprobenartig – und eine darauf basierende individuelle Verteilung so kostenintensiv, dass damit hohe Abzüge der Einnahmen für die spätere Verteilung in Kauf genommen werden müssten, so wäre dies ebenfalls nicht im Interesse der Rechteinhaber.¹⁸³⁸ Rydning weist aber doch zu Recht darauf hin, dass in Zukunft bei zunehmenden digitalen Nutzungsvorgängen eine zumindest partielle Nutzungserfassung in manchen Bereichen erwartet werden könne.¹⁸³⁹ Bei großen Digitalisierungsprojekten von Bibliotheken, Museen und Archiven läge eine automatisierte Erfassung sogar nahe. Auch das in Skandinavien etablierte System wird sich vor diesem Hintergrund einem Wandel in der Verteilungspraxis kaum ent-

1835 Siehe schon KARNELL, in: FS Eek/Ljungman/Schmidt, S. 247.

1836 Zweifelnd RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 79; ebenso AXHAMN/GUILBAULT, *Cross-border extended collective licensing*, S. 52.

1837 In diesem Sinne schon RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 80.

1838 RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 80, 82; siehe auch RIIS/SCHOVSBO, IIC 2012, 949. Zweifelnd und den Kostenfaktor einer solchen individuellen Daten-erhebung betonend (dies allerdings im Jahre 1981): KARNELL, NIR 1981, 265.

1839 RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 82.

ziehen können.¹⁸⁴⁰ Es spricht also bei der Frage der Vergütung zumindest eine *Tendenz für eine möglichst genaue individuelle Verteilung der Gelder* durch die Verwertungsgesellschaft.¹⁸⁴¹

Ein Punkt darf im Rahmen der dritten Stufe schließlich nicht vergessen werden. Die Notwendigkeit der Zahlung einer angemessenen Vergütung darf nicht mit einer „Entschädigung“ im Sinne einer fiktiven Lizenzgebühr gleichgesetzt werden. Es geht einzig darum, ein zumutbares Maß der Verletzung zu erreichen, was auch abhängig von der Bedeutung der Belange, die für die jeweilige „Beschränkung und Ausnahme“ bestehen, mit einer kleinen Summe erreicht werden kann.¹⁸⁴² Bei der EKL ergibt sich der jeweilige Betrag aus den Verhandlungen zwischen Nutzer und Verwertungsgesellschaft einerseits und zwischen verschiedenen Rechteinhabern innerhalb der Verwertungsgesellschaft andererseits. Insofern handelt es sich bei dem Betrag, den die Verwertungsgesellschaft bei einer individuellen Verteilung ausschüttet, eher um einen Art „kollektive Lizenzgebühr“, nicht zwingend einer theoretischen Marktpreisvergütung entsprechend,¹⁸⁴³ aber dann doch mehr als ein bloßer „Pauschalbetrag“ im Sinne einer Entschädigung.¹⁸⁴⁴ Mithin ist zu vermuten, dass die Vergütung, sofern sie bei dem

1840 Kritisch zur jetzigen Verteilungspraxis von *Kopinor* auch RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 81 ff. Siehe auch ROGNSTAD, NIR 2004, 158. Die Unmöglichkeit einer exakten Erhebung der Nutzungsvorgänge führt nicht zwangsläufig zu einer kollektiven Verteilung, wie das Beispiel von *Copydan Tekst & Node* beweist. Die Umbrella-Organisation nutzt ihre erhobenen Daten, um mit Hilfe von Hochrechnungen eine individuelle Verteilung an die einzelnen Rechteinhaber vornehmen zu können. Selbstverständlich muss auch hier mit gewissen Pauschalisierungen gearbeitet werden, doch dürfte eine möglichst individuelle, wenn auch nur „grobe“ Verteilung die Mehrzahl der einzelnen Rechteinhaber besser erreichen als im Falle der kollektiven Verwendung in Form von Stipendiien etc. Bei *Kopinor* wird momentan über die Einführung einer neuen Methode nachgedacht, bei der der Nutzer im Fall einer digitalen Nutzung ein (digitales) Exemplar hochladen muss, welches dann von Kopinor registriert werden könnte; *Information auf Anfrage bei Kopinor*.

1841 RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 81 f.

1842 SENFTLEBEN, GRUR Int. 2004, 211.

1843 Gemäß der *Declaration* schließt der Drei-Stufen-Test eine Vergütung unterhalb des Marktpreises nicht aus; siehe GEIGER/GRIFFITHS/HILTY, IIC 2008, 710.

1844 Siehe dazu RIIS/SCHOVSBO, IIC 2012, 943, wonach die EKL das Aushandeln einer Vergütung ermögliche, die höher liege als der entsprechende „Marktpreis“. Einfluss auf die Zumutbarkeit der Interessenverletzung kann dies aber nur dann haben, wenn auch eine möglichst exakte Verteilung an die einzelnen Rechteinhaber erfolgt.

jeweiligen Rechteinhaber ankommt, höher sein dürfte als eigentlich im Rahmen der dritten Stufe für die Zumutbarkeit *erforderlich* wäre. Oder anders gewendet: Bereits die über eine EKL-Vereinbarung erlangte Vergütung, die durch den internen Verteilungsplan der Verwertungsgesellschaft oder aufgrund des individuellen Vergütungsrechts an den außenstehenden Rechteinhaber ausgeschüttet wird, dürfte bereits ausreichen, um eine mögliche Verletzung der Interessen auf ein zumutbares Maß zu begrenzen, ohne dass noch ein der EKL zugrundeliegender besonders gewichtiger Rechtfertigungsgrund als Maßstab hinzugezogen werden müsste.

Vor diesem Hintergrund dürfte die aus einer EKL fließende Vergütung, an der ein außenstehender Rechteinhaber über den Gleichbehandlungsgrundsatz und über das Recht auf individuelle Vergütung zu partizipieren in der Lage ist, für ein ausgewogenes Verhältnis zwischen den Interessen der Rechteinhaber und dem Interesse an einer unkomplizierten und schnellen Rechtelizenziierung an einem unbegrenzten Repertoire an Werken sorgen.¹⁸⁴⁵

Es stellt sich schließlich noch die Frage, welche Rolle dem *Vetorecht* im Rahmen der dritten Stufe zukommt.

Mit Blick auf die Einschränkung der Exklusivität konnte das Vetorecht nicht dazu beitragen, die Ausschließlichkeit der außenstehenden Rechteinhaber formell zu wahren.¹⁸⁴⁶ Bei der Frage einer ungerechtfertigten Verletzung der Interessen der Rechteinhaber könnte aber die Möglichkeit, die volle Kontrolle über die Werkverwertung zurückzuerlangen, sehr wohl von Bedeutung sein. Da sowohl das ökonomische als auch das Persönlichkeitsrechtliche Interesse in der Gewährung von Ausschließlichkeitsrechten fußen, ließe sich argumentieren, dass eine Verletzung der berechtigten Interessen deutlich verringert würde, wenn der Rechteinhaber die Erstreckung auf sein Werk beenden kann. Denn so kann er auf den Zustand vor Abschluss der EKL-Vereinbarung zurückgehen und so wieder die volle Kontrolle über die Verwertung seines Werkes erlangen.¹⁸⁴⁷ Die Möglichkeit des Vetos, also Geltung und Wirkung einer das Ausschließlichkeitsrecht einschränkenden Regelung zu beenden, findet sich bei keiner ande-

1845 Im Ergebnis auch RIIS/SCHOVSBO, Col. J. of Law & the Arts 2010, 488.

1846 Siehe oben, bei § 6 B IV 2.

1847 RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 84 ff.; AXHAMN/GUIBAULT, *Cross-border extended collective licensing*, S. 52; siehe auch HUUSKONEN, *Copyright, Mass Use and Exclusivity*, S. 234 (dort Fn. 769) mit Verweis auf die fin. Gesetzgebungs materialien.

ren Form der üblichen „Beschränkungen und Ausnahmen“. Mithin scheint das Vetorecht auf einfache Weise den Interessen der außenstehenden Rechteinhaber zu entsprechen. *Rydning* zieht sogar die Folgerung, ein EKL-Modell, welches ein solches Vetorecht beinhalte, bräuchte keine besondere Rechtfertigungsgrundlage mehr.¹⁸⁴⁸

Aus der Nähe betrachtet greift ein solcher Schluss allerdings zu kurz. Tatsächlich wird zwar durch die Ausübung des Vetorechts eben jener Rechteinhaber sichtbar, dessen Zustimmung vor Abschluss der EKL-Vereinbarung einzuholen unmöglich oder nur schwer durchführbar war, was gerade eine Erstreckung der Kollektivvereinbarung rechtfertigte. Allerdings findet die EKL bekanntermaßen nicht nur in Bereichen statt, in denen eine individuelle Lizenzierung völlig ausgeschlossen ist. Für eine unkomplizierte und schnelle Rechtelizenzierung an einem unbegrenzten Repertoire an Werken muss eine Vielzahl an Rechten geklärt werden. Die Möglichkeit von einzelnen (möglichen) individuellen Vereinbarungen steht einer solchen erweiterten Lizenzierung aber nicht entgegen.¹⁸⁴⁹ Dazu muss jede EKL als Ausschließlichkeitseinschränkung gerechtfertigt sein, sie muss also einem plausiblen Zweck auf verhältnismäßige Weise dienen. Denn die Erstreckung der Vereinbarung auf Werke von außenstehenden Rechteinhabern verletzt deren Interessen, gleichgültig, ob dieser Zustand durch ein später geltend gemachtes Vetorecht beendet wird oder nicht.

Entscheidender ist aber die Tatsache, dass das Vetorecht den Kern des EKL-Modells berührt, da es gerade die gesetzlich angeordnete Erstreckung auf Außenseiter beendet. Wird das Recht in großem Umfang ausgeübt, so droht das unbegrenzte Repertoire an Werken zu fragmentieren, da der Nutzer für die herausgenommenen Werke entweder eine individuelle Zustimmung einholen oder von der Nutzung dieser Werke ganz absehen muss.¹⁸⁵⁰ Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, inwieweit das Vetorecht *überhaupt gerechtfertigt* sein mag, wenn die EKL – den Interessen der Allgemeinheit dienend – die Interessen der Rechteinhaber schon

1848 RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 85, der später im Umkehrschluss bemerkt, dass bei einer nachvollziehbaren Rechtfertigung bzw. bei gerechtfertigten Belangen ein Vetorecht selten notwendig sei, um eine Vereinbarkeit der EKL mit dem Drei-Stufen-Test sicherzustellen (*ebd.*, S. 91).

1849 Vgl. *Prop. 2012/13:141*, S. 84.

1850 Ähnlich RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 86.

durch ihren vertraglichen Charakter und den Anspruch auf Vergütung in ausreichender Weise berücksichtigt.¹⁸⁵¹

Mit Blick auf die *persönlichkeitsrechtlichen Interessen* des Urhebers sprechen gute Gründe für das Vorsehen eines Vetorechts.¹⁸⁵² Zwar bleiben die persönlichkeitsrechtlichen Aspekte des Urheberrechts durch die EKL-Vereinbarung unberührt. Insofern kann sich ein Urheber aus dem gesetzlichen Instrumentarium – auch im Wege einer einstweiligen Verfügung – gegen eine Verletzung zur Wehr setzen. Doch dürfte eine Beendigung der Nutzung über ein Vetorecht wesentlich schneller, einfacher und kostengünstiger zu erreichen sein. In Fällen, in denen ein Urheber sich in seinen persönlichkeitsrechtlichen Interessen verletzt sieht, etwa, wenn sich seine Anschauung seit Erscheinen des Werkes geändert hat und er darum nicht möchte, dass eine Bibliothek sein Werk digitalisiert und zugänglich macht, erscheint ein Vetorecht geboten. Der Einbezug von Werken ohne vorherige Zustimmung des Urhebers zum Zwecke einer umfassenden Rechtelizenziierung findet dort keine Rechtfertigung mehr, wo eine solche Nutzung den persönlichen und geistigen Interessen des Urhebers als dem Schöpfer des Werkes widerspricht.

Bei den *materiellen Interessen* hingegen dürfte die grundsätzliche Notwendigkeit eines Vetorechts fraglich sein.¹⁸⁵³ Anders als bei den persönlichkeitsrechtlichen Interessen kann hier das Vetorecht sowohl durch den originären als den derivativen Rechteinhaber ausgeübt werden. Prekär wird dies gerade dann, wenn sich die Interessen des originären Urhebers nicht mit denen des derivativen Rechteinhabers decken. So wäre es etwa denkbar, dass ein Verleger der Digitalisierung und Zugänglichmachung eines Buches über eine EKL-Vereinbarung nicht zustimmt und darum die Nutzung qua Vetorecht beenden will, der Autor des Buches hingegen nichts gegen die Nutzung einzuwenden hat, da sie ihm immerhin noch

1851 RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 87 ff., erkennt zwar richtigerweise, dass ein Vetorecht der EKL gerade ihre Effizienz nehmen könne und es daher auch nicht zwingend vorgesehen werden müsse, beschränkt aber seine Analyse anschließend zu pauschal auf die Frage, in welchen Bereichen das Vetorecht überhaupt realisiert und durchgesetzt werden kann.

1852 Siehe schon *NOU 1988:22*, S. 40.

1853 In diesem Sinne wohl zu Recht EGLOFF, sic! 2014, 685; a.A. und damit die Notwendigkeit eines Vetorechts für erforderlich haltend: FICSOR, in: Gervais (Hg.), *Collective Management*, S. 62; wohl auch DE LA DURANTAYE, ZUM 2011, 783.

eine Einnahme generiert, auf die er ohne die EKL-Vereinbarung keinen Anspruch hätte.¹⁸⁵⁴

Eine solche „Interessendivergenz“ lässt sich nur schwer mit den Vorgaben des Art. 13 TRIPS in Einklang bringen, der insoweit eine unzumutbare Verletzung der Interessen beider Gruppen an Rechteinhabern verbietet. Legt man nun das – zumindest in Kontinentaleuropa und somit auch in Skandinavien beherrschende – Prinzip zugrunde, welches vornehmlich den Kreativen als Schutzobjekt des Urheberrechts betrachtet, mithin dessen Interessen gleichermaßen vom Drei-Stufen-Test zu berücksichtigen sind¹⁸⁵⁵ und bedenkt, dass nicht jede mögliche Auswertung des Rechteinhabers, die aus der Ausschließlichkeit fließt, insoweit geschützt ist, so zwingt dies mit Blick auf die EKL zu einer differenzierteren Betrachtung:

Sofern die EKL Bereiche regelt, die hauptsächlich Sekundärnutzungen betreffen, also Nutzungen, die erst nach der ersten Werkverwertung durch den derivativen Rechteinhaber anfallen, zu denen dieser aber keinen Beitrag mehr geleistet hat, mag sich die Herausnahme des Werkes aus einer EKL-Vereinbarung nicht mehr rechtfertigen. In diesen Bereichen überwiegt das Interesse der Allgemeinheit an einer umfassenden Lizenzierung und Nutzung der Werke wie etwa in Bildungseinrichtungen, im Bereich von Forschung und Wissenschaft, bei der Verbreitung von Werken aus Sammlungen von Gedächtniseinrichtungen oder bei internen Nutzungs-vorgängen – ähnlich wie im Privaten die Privatkopie – in Unternehmen und Einrichtungen.¹⁸⁵⁶ Insoweit mag das Interesse des Rechteinhabers an jeder möglichen Verwertung eines Werkes zur Gewinnung seines wirtschaftlichen Wertes durch die Ausübung individueller Ausschließlichkeit schon nicht mehr „berechtigt“ erscheinen. Im Übrigen geht der Rechteinhaber durch die EKL nicht jeder Abschöpfung aus der Werkverwertung verlustig. Stattdessen wird ihm durch die EKL nur eine *bestimmte* Verwertungsform verordnet, die ihm eine Einnahmequelle garantiert.

1854 Tatsächlich sind es in Skandinavien zumeist die Verbände der derivativen Rechteinhaber gewesen, die sich gegen eine Ausweitung des EKL-Modells wehrten, während die Urheberverbände schon lange dem Modell gegenüber sehr positiv eingestellt sind.

1855 Siehe GEIGER/GRIFFITHS/HILTY, IIC 2008, 712; vgl. auch SCHWEIZERISCHES BUNDESGERICHT, Urteil v. 26.06.2007, 4C.73/2007, ZUM 2009, 88 – *Presseaus-schnitt- und Dokumentationslieferdienst*.

1856 Vgl. SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 232: „(...) the author's interests must give way if a limitation is *evidently* better suited to achieving the goals of copyright“. Siehe auch die Meinung des norw. Sachverständigen in: *NU* 21/73, S. 89.

Betrifft die EKL hingegen Bereiche, in denen eine Trennung zwischen Primär- und Sekundärnutzung nur noch schwer zu ziehen ist und die insoweit noch keiner Aussage darüber zugänglich sind, ob eine individualvertragliche Lizenzierung bessere Verwertungsmöglichkeiten schafft als eine kollektive Lizenzierung, kann ein prinzipieller Ausschluss des Vetorechts nicht mehr überzeugen.¹⁸⁵⁷

Mit Bezug auf die General-EKL dürfte dem Vetorecht dabei nicht nur eine notwendige, sondern auch eine *spezifische Funktion* zukommen, namentlich die jeweiligen Verwertungsmärkte dahingehend auszuleuchten, ob und wo ein Bedarf an einer kollektiven Lizenzierung besteht oder ob aufgrund von angemessenen individuellen Lizenzierungsmöglichkeiten von einer EKL abgesehen werden kann. Mag die General-EKL bisher für nur sehr schmale Anwendungsbereiche verwendet worden sein, so kann ein Vetorecht doch generell sicherstellen, dass eine Verletzung der Interessen der außenstehenden Rechteinhaber auf ein zumutbares Maß reduziert wird.¹⁸⁵⁸

dd) Der kulturelle Kontext der nordischen Länder

Ein Aspekt, der in der vorherigen Analyse mehrmals zum Vorschein kam, soll hier noch einmal aufgegriffen werden: Eine Verletzung der berechtigten Interessen scheint insbesondere für jene außenstehenden Rechteinhaber gravierend zu sein, die nicht aus einem skandinavischen Land kommen. Denn trotz des besonderen Schutzmechanismus der EKL, dessen Zweck in der Berücksichtigung der Interessen der außenstehenden Rechteinhaber liegt, muss der Rechteinhaber überhaupt Kenntnis von der EKL und seinen Rechten erlangen. Dass dieses Wissen eher von skandinavischen als von nicht-skandinavischen Rechteinhabern erlangt werden kann, steht außer Frage, da die EKL heute vornehmlich in den nordischen Ländern ausreichend bekannt ist. Insofern dürfte kaum abzustreiten sein, dass die langjährige Anwendung der EKL in Skandinavien wohl auch dazu beitragen konnte, eine Interessenverletzung der nationalen (skandinavischen) außenstehenden Rechteinhaber zu reduzieren. Da dies aber jedenfalls nicht für ausländische Rechteinhaber gelten kann, stellt sich die Frage, inwie-

1857 Ähnlich auch TRYGGVADÓTTIR, Auteurs & Media 2014, 322 f.

1858 Im Ergebnis wohl auch RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 89.

weit landes- bzw. regionenspezifische Umstände und Eigenheiten einen Einfluss auf die Frage der Vereinbarkeit mit der dritten Stufe bzw. dem Drei-Stufen-Test insgesamt entfalten.

Zunächst muss bedacht werden, dass der Test von seiner Intention her darauf ausgelegt war und ist, dem nationalen Gesetzgeber einen möglichst großen Freiraum zu gewähren.¹⁸⁵⁹ Insbesondere im Rahmen der dritten Stufe wird ihm ein Entscheidungsspielraum eingeräumt, die Interessen der Rechteinhaber mit denen der Allgemeinheit in einen gerechten Ausgleich zu bringen. Gleichzeitig soll der Test den verschiedenen nationalen Rechtsordnungen und Rechtstraditionen Rechnung tragen. Eine „Beschränkung und Ausnahme“ kann daher in einem Land die Interessen der Rechteinhaber unzumutbar verletzen, in einem anderen Land hingegen noch gerechtfertigt sein.¹⁸⁶⁰ Aus skandinavischer Perspektive erscheint daher die Erstreckung von Kollektivverträgen nicht zwingend als eine die Interessen der Rechteinhaber unzumutbar verletzende Schranke. Dagegen mag aus hiesiger, französischer oder gar aus US-amerikanischer Sicht (wo eine kollektive Rechtewahrnehmung nicht auf die gleiche Weise ausgeprägt ist) die EKL als eine unzumutbare Verletzung der Interessen der Rechteinhaber angesehen werden.

Den skandinavischen Ländern muss richtigerweise vor dem Hintergrund des Freiraums, den der Drei-Stufen-Test dem nationalen Gesetzgeber gewährt, eine *Entscheidungs- und Auslegungsprärogative* eingeräumt werden, denn bei der Einführung einer nationalen Schranke kann kaum verlangt werden, dass der Gesetzgeber diese zuvor an den individuellen kulturellen Umständen und Rechtsvorstellungen anderer Ländern prüft.

Schließlich ist zu bedenken, dass die EKL bereits vor Etablierung des Drei-Stufen-Tests der RBÜ existierte, wenn auch nicht in dem für den Test relevanten Bereich des Vervielfältigungsrechts. Später – bei der Aufnahme des Tests in das TRIPS-Abkommen und in die WCT und WPPT – bestanden bereits eine Reihe weiterer EKL-Bestimmungen. Mithin ist die EKL als Teil der nordischen Urheberrechtstradition auch in das *internationale Urheberrecht eingeflossen*.¹⁸⁶¹ Es dürfte daher kaum die Intention des

1859 SENFTLEBEN, GRUR Int. 2004, 210.

1860 V. LEWINSKI, *International Copyright Law & Policy*, Rn. 5.184.

1861 In diesem Sinne NOU 1988:22, S. 24 zu einer „liberalen Auslegung“ von Art. 9 RBÜ („Dette må det også være grunnlag for etter den utvikling som har funnet sted etter at denne bestemmelse ble innført i konvensjonen. En avtalelisens for fotokopiering o.l. innen undervisning er allerede akseptert ved en udvidelse av

Drei-Stufen-Tests seien, ein seit über einem halben Jahrhundert existierendes, wohl funktionierendes Lizenzmodell zu verwerfen.¹⁸⁶² Vor diesem Hintergrund kann dem kulturellen Kontext der nordischen Länder ein gewisser Einfluss bei der Beurteilung der EKL mit den Vorgaben des Drei-Stufen-Tests nicht abgesprochen werden.¹⁸⁶³ Eine Gewähr, dass diese Umstände auch außerhalb der skandinavischen Länder berücksichtigt werden, sei es im Rahmen einer Entscheidung des EuGH oder des WTO-Panels, bedeutet dies freilich nicht.¹⁸⁶⁴ Auf alle Fälle entbindet es die nordischen Länder und insbesondere die Verwertungsgesellschaften nicht, eine ausreichende Informationsverbreitung auch in anderen Ländern über die EKL und ihre Komponenten zu betreiben.

c) Fazit

Das Modell der EKL verletzt durch die gesetzliche Erstreckung grundsätzlich die materiellen (und persönlichkeitsrechtlichen) Interessen der außenstehenden Rechteinhaber. Dank des besonderen Schutzsystems zugunsten außenstehender Rechteinhaber, insbesondere dem Grundsatz der Gleichbehandlung und dem Recht auf individuelle Vergütung, wird ein ausgewogenes Verhältnis zwischen den Interessen der Rechteinhaber und dem Interesse an einer unkomplizierten und schnellen Rechtlizenzerierung an einem unbegrenzten Repertoire an Werken hergestellt und dabei die Interessen der außenstehenden Rechteinhaber nicht auf unzumutbare Weise verletzt. Voraussetzung dafür ist, dass sich die Verwertungsgesellschaft um eine möglichst individuelle Verteilung der Gelder bemüht und eine ausreichende Informationsverbreitung auch außerhalb Skandinaviens betreibt.

Das Vetorecht wiederum muss – da es die Funktionsfähigkeit der EKL aushebeln kann – selbst gerechtfertigt sein, was mit Blick auf die persönlichkeitsrechtlichen Interessen grundsätzlich zu bejahen ist. Bei den materiellen Interessen erscheint es hingegen einzig in jenen Bereichen adäquat

virkeområde for den midlertidige lov av 1979 som fant sted i 1985 (...). Etter utvalgets vurdering må også de ordninger som foreslås for andre områder, i dag anses forsvarlige i forhold til konvensjonen.“).

1862 TRUMPKE, NIR 2012, 286.

1863 RIIS/SCHOVSBO, Col. J. of Law & the Arts 2010, 490.

1864 ROGNSTAD, NIR 2004, 157.

und erforderlich, in denen bestimmte Verwertungsmärkte gerade im Entstehen sind.

Ein gewisser Einfluss auf die Auslegung des Drei-Stufen-Tests kommt auch dem kulturellen Umfeld Skandinaviens zu. Die EKL als Bestandteil des internationalen Urheberrechts sollte darum vornehmlich im Kontext ihres nordischen Umfelds verstanden werden.