

Teil III. Nationale Eigenheit oder zukunftsträchtiges Modell? – Überlegungen für eine Nutzbarmachung der Erweiterten Kollektiven Lizenz

§ 11 Die Erweiterte Kollektive Lizenz als Instrument zur Auflösung von Marktversagen

A. Der Begriff des „Marktversagens“

I. Einleitung

Um mögliche Anwendungsbereiche der EKL ausfindig zu machen und auf ihre Wirksamkeit hin zu analysieren, ist zunächst zu überlegen, *welche Funktionen* der EKL abstrakt zukommen. Oder anders gewendet: in welchen Fällen sie *gerechtfertigt* erscheint. Die vorliegende Arbeit geht dabei von der Annahme aus, dass das nordische Modell als ein Instrument zur Auflösung eines sog. *Marktversagens* zu betrachten ist.²⁰²⁴

Nun ist der Begriff „Marktversagen“ für sich genommen wenig aussagekräftig. Als Konzeption ursprünglich den Wirtschaftswissenschaften entstammend ist er im Immaterialgüterrecht gerade in den letzten Jahren recht „en vogue“ geworden.²⁰²⁵ Dabei wird das Argument eines Versagens des Marktes in verschiedenen Konstellationen mit teilweise recht unterschiedlichen Verständnissen gebraucht,²⁰²⁶ was zunächst eine inhaltliche Eingrenzung auf die hier verstandene Form notwendig macht.

2024 Ähnlich RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 11 ff.; siehe auch RINGNALDA, *Orphan Works*, S. 11.

2025 Man denke etwa nur an die Diskussion um die Einführung eines Leistungsschutzrechts für Presseverleger in Deutschland, bei der immer wieder vorgebracht wurde, dass ein solches Recht aufgrund eines bestehenden Marktversagens gerechtfertigt sei; siehe etwa SCHWARTMANN, *Gutachten zum Leistungsschutzrecht für Presseverleger*, S. 3; vgl. demgegenüber MPI *Stellungnahme zum Gesetzesentwurf für eine Ergänzung des Urheberrechtsgesetzes durch ein Leistungsschutzrecht für Verleger*, S. 3 ff.

2026 RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 12.

II. Ökonomische Funktion des Urheberrechtsschutzes

Individualistische wie utilitaristische Rechtfertigungsbemühungen des Urheberrechtsschutzes kommen freilich nicht umhin, sich neben der Bildung rechtstheoretischer Erklärungsmuster auch den tatsächlichen wirtschaftlichen und kulturellen Realitäten des Urheberrechts zu stellen. Gerade die wachsende wirtschaftliche Bedeutung des Urheberrechts darf nicht unterschätzt werden. Der Beitrag der Urheberrechtsindustrien an der weltweiten Wirtschaftsleistung mag hierbei für sich sprechen.²⁰²⁷

Vor diesem Hintergrund vermögen ausschließlich auf naturrechtlichen Argumenten beruhende Überlegungen kaum mehr den entscheidenden Begründungsansatz für den Schutz schöpferischer Leistung zu bieten. Eine zu eingeeengte Sichtweise, welche die wahren Zusammenhänge und Interessenlagen nur unzureichend berücksichtigt, droht sogar zu einem „Missbrauch des Systems“²⁰²⁸ zu führen. Tatsächlich dürfte die primäre Funktion des Urheberrechts heute unter einem ökonomischen Blickwinkel zu sehen sein,²⁰²⁹ woraus letztlich die für das Urheberrecht entscheidende Frage resultiert, wie in einer Gesellschaft, die auf einer Wirtschaftsordnung beruht, welche durch die Freiheit des Marktes und durch einen freien und unverfälschten Wettbewerb gekennzeichnet ist, der Rahmen für eine bestmögliche Förderung und Verbreitung von Kreationen auszugestalten ist.

2027 Nach den Zahlen der WIPO, *Guide on Surveying the Economic Contribution of the Copyright Industries* (ebd., S. 13 ff.) beträgt der Beitrag der Urheberrechtsindustrien zum nationalen Bruttoinlandsprodukt (BIP) eine Höhe von durchschnittlich 5,48 %, mit Spitzenwerten etwa bei den USA von über 11 % des BIP, und der Beitrag zur nationalen Erwerbstätigkeit eine Höhe von durchschnittlich 5,34 % (Stand: 2015).

2028 HILTY, *Urheberrecht*, Rn. 52.

2029 ZECH, in: Hilty/Jaeger/Lamping (Hg.), *Herausforderung Innovation*, S. 84; siehe auch OHLY, in: Depenheuer/Peifer (Hg.), *Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel?*, S. 141 ff.; SCHÄFER/OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, S. 667; HANSEN, *Warum Urheberrecht?*, S. 295 f.

III. Eingrenzung

1. Marktversagen

Unter einem rein wirtschaftswissenschaftlichen Verständnis beschreibt der Begriff „Marktversagen“ eine Situation, in dem die Marktmechanismen aus Angebot und Nachfrage nicht oder nicht mehr wie gewünscht greifen, der Markt also nicht in optimaler Weise im Sinne einer effizienten Güter- und Dienstleistungsallokation funktioniert und so nicht die erhofften Resultate zu vollbringen vermag.²⁰³⁰ Ausformungen eines solchen Marktversagens finden sich etwa bei Vorliegen von Marktmacht, im Falle von öffentlichen Gütern, asymmetrischen Informationen oder bei externen Effekten.²⁰³¹

Im Zusammenhang mit immateriellen Gütern kann ein solches Marktversagen in zwei Konstellationen auftreten: Im Fall *fehlender* Ausschließlichkeitsrechte und im Fall *bestehender* Ausschließlichkeitsrechte.

2. Im Fall fehlender Ausschließlichkeitsrechte

Immaterielle Güter sind dadurch gekennzeichnet, dass sie an verschiedenen Orten der Welt zu gleicher Zeit genutzt werden können – sie sind *ubiquitär*, ohne dass sich dabei einzelne Nutzungsvorgänge ausschließen. Aufgrund dieser Nichtexklusivität bzw. Nichtrivalität, die zwar eine optimale Nutzung von Informationen ermöglicht, ist anzunehmen, dass ein Marktteilnehmer, sei es der Kreative, sei es der spätere Werkmittler, nicht genügend Anreize haben dürfte, solche „öffentlichen Güter“ in bestmöglichem Maße zu produzieren und zu verbreiten, da er sich nach einer erfolgten Investition immer möglichen Nachahmern ausgesetzt sehen müsste.²⁰³² Die Folge des fehlenden Anreizes ist letztlich eine „Unterproduktion“ an Kreationen, folglich ein sog. *Marktversagen*.²⁰³³ Diesem Marktver-

2030 Den Begriff des „Marktversagens“ als Erster verwendend wohl BATOR, *The Quarterly Journal of Economics* 1958, 351 ff.

2031 SCHÄFER/OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, S. 79 ff.

2032 SCHÄFER/OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, S. 667 ff.; GORDON, in: Ott/Schäfer (Hg.), *Ökonomische Analyse*, S. 329 f.; LANDES/POSNER, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, S. 37 ff.; POSNER, *Economic Analysis of Law*, S. 48 ff.; STIEPER, *Schranken*, S. 75 ff.

2033 ZECH, in: Hilty/Jaeger/Lamping (Hg.), *Herausforderung Innovation*, S. 84.

sagen wird nun bekanntlich durch die Schaffung von Schutzrechten, d.h. mit einer Zuordnung absoluter subjektiver Rechte an den Einzelnen begegnet.²⁰³⁴ Mit dieser künstlich geschaffenen Ausschließlichkeit immaterieller Güter wird der Rechteinhaber in die Lage versetzt, seine Investitionskosten zu amortisieren und auch Gewinne zu erwirtschaften, womit wiederum die erhofften Anreize bereitgestellt sind, neue Kreationen zu schaffen und zu verbreiten.²⁰³⁵

3. Im Fall bestehender Ausschließlichkeitsrechte

Es leuchtet ein, dass mit der Schaffung von Monopolrechten von außen in den Markt eingegriffen wird, indem bestimmte Güter der ausschließlichen Befugnis eines Einzelnen zugeordnet werden.²⁰³⁶ Kommt es dabei zu einer verstärkten Schaffung von Werken, nicht aber zu einer damit komplementären *Verbreitung dieser Werke*, so führen letztlich die Maßnahmen gegen eine unerwünschte Unterproduktion zu einer (ebenfalls ungewünschten) *Unternutzung* von Werken (und damit schließlich wieder zu einer Abnahme an Kreationen).²⁰³⁷

Notwendig ist es daher, die aus der Ausschließlichkeit fließenden Wirkungen wieder insoweit zu *begrenzen*, wie es zu einer optimalen Schaffung und Verbreitung von geistigen Schöpfungen erforderlich ist.²⁰³⁸ In

2034 REICH, *Die ökonomische Analyse des Urheberrechts*, S. 94 f.; COOTER/ULEN, *Law & Economics*, S. 122 ff.; siehe auch STIEPER, *Schranken*, S. 78 ff.

2035 GORDON, in: Ott/Schäfer (Hg.), *Ökonomische Analyse*, S. 331 f; HILTY, *Urheberrecht*, Rn. 56.

2036 REICH, *Die ökonomische Analyse des Urheberrechts*, S. 95 ff.

2037 WIEBE/WIEBE, *Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht*, S. 22; POSNER, *Economic Analysis of Law*, S. 53 ff.; LANDES/POSNER, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, S. 66 ff.; COOTER/ULEN, *Law & Economics*, S. 122; STIEPER, *Schranken*, S. 81 f. Denn es darf freilich nicht vergessen werden, dass neue Werke immer auf bereits existierenden Kreationen beruhen und damit jede Schaffung von geistigen Schöpfungen zunächst den Zugang zu bestehenden Werken erfordert; siehe dazu etwa TREIGER-BAR-AM, in: Macmillan (Hg.), *New Directions in Copyright Law*, Volume 6, S. 359 ff.

2038 Notwendig ist also ein „optimaler Umfang der Ausschließlichkeitsrechte“; siehe DREIER/SCHULZE/DREIER, *UrhG*, Einleitung Rn. 14; siehe auch LANDES/POSNER, *The Journal of Legal Studies* 1989, 326; WIEBE/WIEBE, *Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht*, S. 22.

diesem Fall lässt sich ebenfalls von einem „Marktversagen“ sprechen und nur um diese Form soll es im Folgenden gehen.

IV. Kollektive Rechtewahrnehmung und Marktversagen

Ein solches Marktversagen, welches bei Bestehen individueller Ausschließlichkeitsrechte auftritt, kann zunächst durch bestimmte Maßnahmen der Marktteilnehmer *selbst* behoben werden. Ein gutes Beispiel hierfür bietet die *kollektive Rechtewahrnehmung*. Ein Hauptmotiv für den Zusammenschluss von Rechteinhabern zur kollektiven Wahrnehmung in eine Verwertungsgesellschaft liegt – ökonomisch gesprochen – in einer *Senkung der Transaktionskosten*.²⁰³⁹ Denn in vielen Fällen ist eine individuelle Wahrnehmung praktisch nicht möglich, da der einzelne Rechteinhaber nicht jeden Nutzungsvorgang kontrollieren und lizenzieren kann. Die Folge wäre, dass kein Zugang zur Werknutzung (jedenfalls nicht auf rechtmäßige Weise) besteht und der Rechteinhaber die Möglichkeit einer Werkverwertung verliert. Durch die kollektive Wahrnehmung können die *Transaktionskosten*, also Kosten, die für Suche und Information, für die Verhandlung und die Überwachung und Durchsetzung im Rahmen einer Lizenzierung anfallen, erheblich reduziert werden.²⁰⁴⁰ Für einen Nutzer wird die Rechteklärung bei einer zentralen Anlaufstelle vereinfacht und dem einzelnen Rechteinhaber wird es möglich, eine Gegenleistung für die Werknutzung zu erhalten. Folglich zielt die kollektive Rechtewahrnehmung selbst schon auf die Aufhebung eines Marktversagens ab.²⁰⁴¹

2039 Siehe HANDKE/TOWSE, IIC 2007, 938 ff.; HANSEN/SCHMIDT-BISCHOFFSHAUSEN, GRUR Int. 2007, 466 ff.; siehe auch oben, bei § 1 A II 4.

2040 Ausführlich HANSEN/SCHMIDT-BISCHOFFSHAUSEN, GRUR Int. 2007, 469 ff.

2041 SCHOVSBO, in: Rosén (Hg.), *Individualism and Collectiveness*, S. 179 ff., diskutiert in diesem Zusammenhang die *Risiken*, die mit einer solchen Kollektivierung einhergehen können: Zum einen entstünden *Innovationsgefahren*, wenn es durch die Kollektivierung zu einer Berücksichtigung von (externen) Faktoren komme, die nicht mehr unmittelbar im Zusammenhang mit der Funktion des Urheberrechts, namentlich der Förderung von Kreationen, stünden. Zum anderen existierten *kulturelle Gefahren* dahingehend, dass ein Autor mit Eintritt in eine Verwertungsgesellschaft den Schutz seiner individuellen, sozialen und wirtschaftlichen Interessen verlustig gehe. Zwar könne hier das Wettbewerbsrecht punktuell eine Antwort bieten, dies geschehe aber nicht in einer direkten und befriedigenden Weise (SCHOVSBO, *ebd.*, S. 187 ff.).

Da die EKL in der kollektiven Rechtswahrnehmung wurzelt, ist zu vermuten, dass insoweit gewisse Überschneidungen in den Funktionen zwischen dem skandinavischen Modell und der kollektiven Rechtswahrnehmung allgemein bestehen dürften.

V. Marktversagen als Rechtfertigung für die Einführung von Ausschließlichkeitseinschränkungen

Wenn der Markt trotz Gewährung von Ausschließlichkeitsrechten nicht funktioniert und damit versagt, kann eine Korrektur des Marktversagens und damit ein Eingriff in Form von Ausschließlichkeitseinschränkungen – letztlich im Interesse der Allgemeinheit – gerechtfertigt sein.²⁰⁴²

Ein Beispiel einer Ausschließlichkeitseinschränkung, die gerade wegen des sonst bestehenden Marktversagens gerechtfertigt ist, stellt die Schranke zur Privatkopie dar (§§ 53 ff. UrhG). Eine Erlaubnis durch den Rechteinhaber wäre durch die Vielzahl an erforderlichen individuellen Nutzungsverträgen überhaupt nicht rentabel und eine Durchsetzung aufgrund eines Eingriffs in die Privatsphäre kaum zu rechtfertigen,²⁰⁴³ mit der Folge, dass es entweder zu keiner oder zu einer überwiegend rechtswidrigen Werknutzung im privaten Bereich kommen würde.

Kann also die Einführung von Ausschließlichkeitseinschränkungen zur Korrektur eines Marktversagens notwendig sein, so bedeutet dies mit Blick auf die EKL, dass trotz der kollektiven Rechtswahrnehmung in ihrer gewöhnlichen und möglichst unregulierten Form ein *Marktversagen weiterhin bestehen kann, welches die Erstreckung einer Kollektivvereinbarung auf außenstehende Rechteinhaber rechtfertigt*. Vor diesem Hintergrund soll der Begriff des Marktversagens ganz allgemein dahingehend verstanden werden, dass er jedes Versagen des Marktes erfasst, bei dem es nicht zu einer optimalen Förderung von Kreationen und zu einer optimalen Verbreitung von Werken kommt, sei es, weil von einer Nutzung bzw. Lizenzierung ganz oder teilweise abgesehen würde, sei es, weil es sonst zu

2042 HILTY, GRUR 2005, 822 f.; STIEPER, *Schranken*, S. 82 ff.; siehe auch DREIER/SCHULZE/DREIER, *UrhG*, Vorbemerkung §§ 44a ff. Rn. 4.

2043 DREIER/SCHULZE/DREIER, *UrhG*, § 53 Rn. 1; siehe auch BGH, GRUR 1965, 107 ff. – *Personalausweise*.

einer unrechtmäßigen Nutzung käme,²⁰⁴⁴ wobei mit dem Begriff nicht nur ein rein wirtschaftliches Verständnis einhergehen muss.²⁰⁴⁵

Bezogen auf die EKL sollen nun ausgehend von den bestehenden EKL-Bestimmungen konkret die ihnen zugrundeliegenden verschiedenen Problemstellungen herausgearbeitet werden, anhand derer unterschiedliche Formen des Marktversagens und die daraus abzuleitenden Funktionen der EKL deutlich werden.

B. Die Anwendung der EKL in Fällen von Marktversagen

I. Funktionen der EKL

Die zentrale Funktion der EKL besteht in einer *unkomplizierten und schnellen Rechtelizenzierung an einem unbegrenzten Repertoire an Werken* („Weltrepertoire“), realisiert durch die Einbindung der Werke von Außenseitern unter der Vermutung, dass diese sich nicht einer Verwertung widersetzen werden, auf deren Bedingungen sich eine substanzielle Anzahl an (in einer Verwertungsgesellschaft) organisierten Rechteinhabern geeinigt hat. Damit ist klar, dass die EKL gerade auf Bereiche abzielt, in denen es um die Nutzung und Verwertung *einer großen Anzahl von urheberrechtlich geschützten Werken oder anderer Schutzgegenstände* geht. In solchen Fällen können sich unterschiedliche Problemstellungen ergeben, die in einem Marktversagen münden. Die EKL kann dazu beitragen, bestimmte Märkte wieder *funktionsfähig* zu machen.

Selbstverständlich können hier gewisse Überschneidungen bestehen, mithin bestimmte Probleme typischerweise gemeinsam anfallen und damit auch gemeinsam gelöst werden. Dies soll im Folgenden aber nicht weiter stören, da es zunächst darum geht, jene Situationen herauszustellen, welche die Einführung einer EKL rechtfertigen könnten. Anschließend soll eine graduelle Gewichtung der einzelnen Funktionen versucht werden.

2044 Enger insoweit RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 12, der unter „Marktversagen“ einzig die faktische Situation versteht, bei der Lizenzvereinbarungen nicht geschlossen werden, obwohl ein Potenzial für solche Vereinbarungen dem Grunde nach besteht, welche aber aufgrund zu hoher Transaktionskosten am Ende ausbleiben.

2045 Vgl. HILTY, GRUR 2005, 822; DERS., in: FS Schricker (2005), S. 337.

1. Ermöglichung der Lizenzierung bei Ausschluss individueller Lizenzvereinbarungen

Nutzer, die Nutzungshandlungen vornehmen, welche gewöhnlich eine riesige Anzahl an Werken beinhalten, stehen regelmäßig vor dem Problem, dass sie selten in der Lage sind, vor der Nutzung die Zustimmung der einzelnen Rechteinhaber einzuholen. Dies kann zeitlichen Umständen oder aber der mangelnden Kenntnis über die jeweiligen Rechteinhaber geschuldet sein. Denkt man etwa an Sendeunternehmen, deren Programme sehr viele urheberrechtlich geschützte Segmente enthalten, so wird deutlich, dass sie im Grunde nur zwei Möglichkeiten haben: Die Sendung des entsprechenden Programms zu unterlassen oder das Programm trotzdem zu senden und dabei die Unrechtmäßigkeit mit möglichen Konsequenzen in Kauf zu nehmen. Keine der beiden Alternativen erscheint vertretbar. Folglich kann in diesen Fällen eine Nutzung von Werken nicht rechtmäßig geschehen, der Markt individueller Lizenzvereinbarungen versagt.

Aufgelöst wird eine solche Form des Marktversagens indes durch das *Ermöglichen der Lizenzierung*. Hier kommt der kollektiven Rechtswahrnehmung oftmals eine entscheidende Rolle zu, da über sie eine Vielzahl an Werken gebündelt an den Nutzer lizenziert werden kann. Doch selbst, wenn viele Rechteinhaber ihre Rechte kollektiv wahrnehmen lassen und damit eine gebündelte Lizenzierung möglich wird, wird es immer Werke geben, die außerhalb eines solchen Repertoires liegen, womit eine Nutzung weiterhin unterbleibt oder rechtswidrig durchgeführt wird. Genau hier setzt die EKL an: Durch die Erstreckung auf Außenseiter können automatisch alle relevanten Rechte mit einer Vereinbarung an den Nutzer lizenziert werden; gleichzeitig kann eine angemessene Vergütung für die Rechteinhaber generiert werden.²⁰⁴⁶ Dieser Gedanke spiegelt sich neben der EKL zu Sendezwecken und der EKL zur Kabelweitersendung auch in der EKL zugunsten von Museen, Archiven und Bibliotheken sowie letztlich auch in der General-EKL wider.

2046 FOGED, EIPR 2010, 21 f.

2. Legalisierung unkontrollierbarer Massennutzungen

In bestimmten Bereichen kommt es täglich zu einer Vielzahl an Nutzungshandlungen von urheberrechtlich geschützten Werken. Diese Felder sind dadurch gekennzeichnet, dass sich diese Massennutzungen nicht kontrollieren lassen, will man nicht die Verletzung anderer Rechtsgüter in Kauf nehmen. Der Rechteinhaber hat keine Möglichkeit, die Nutzung zu unterbinden oder gegen Vergütung zu lizenzieren und zu kontrollieren. Klassisches Beispiel stellt die Nutzung im privaten Bereich dar; eine solche Situation mag sich aber auch täglich in Bildungseinrichtungen oder Unternehmen, Behörden etc. ergeben. Die Folge dieser Unkontrollierbarkeit mag wiederum in ein Absehen der Nutzung münden, was allerdings dann nicht zu erwarten ist, wenn es sich um „sensible“ Bereiche handelt, in denen eine Nutzung unerlässlich ist und auch im besonderen Interesse der Allgemeinheit steht (wie etwa bei der Nutzung von Werken in Schulen). Im Unterschied zum zuvor genannten Fall einer Unmöglichkeit individueller Lizenzierung werden die Nutzungsvorgänge *trotzdem* durchgeführt werden, wenn auch rechtswidrig.

Beseitigen lässt sich dies, indem man die sowieso *stattfindenden Nutzungsvorgänge auf eine rechtmäßige Grundlage* stellt und dabei dem Rechteinhaber eine Vergütung verschafft. Mithilfe der EKL kann dem Nutzer ein umfassendes Werkrepertoire lizenziert werden, womit er von jeglicher zivil- wie strafrechtlicher Verantwortlichkeit befreit wird. Klassische Beispiele einer solchen Anwendung stellt die EKL zur Nutzung von Werken in Bildungseinrichtungen und in Unternehmen und Einrichtungen dar.²⁰⁴⁷

3. „Komplettierung“ des Repertoires von Verwertungsgesellschaften

Zweck der kollektiven Rechtewahrnehmung ist gerade die Bündelung eines großen Repertoires zur Lizenzierung an einen Nutzer, ohne eine vorherige Überprüfung oder Auflistung der zu nutzenden Werke. Tatsächlich kann eine Verwertungsgesellschaft aber nie die Rechte aller denkbaren Rechteinhaber zur Wahrnehmung ausdrücklich eingeräumt bekommen und somit lizenzieren. Selbst in Bereichen, die durch eine hohe Anzahl an Ge-

2047 Siehe *Prop. 2004/05:110*, S. 249 f.

genseitigkeitsvereinbarungen mit ausländischen Schwestergesellschaften geprägt sind, wird eine Verwertungsgesellschaft praktisch nicht imstande sein, ein „wahres Weltrepertoire“ anbieten zu können, sei es, weil in manchen Ländern ähnliche kollektive Strukturen nicht existieren, sei es, weil manche Rechteinhaber ihre Rechte keiner Verwertungsgesellschaft zur Wahrnehmung eingeräumt haben.²⁰⁴⁸ Somit sind Verwertungsgesellschaften im Grunde gar nicht berechtigt, das Weltrepertoire zu lizenzieren, womit freilich die entscheidenden Vorzüge der kollektiven Wahrnehmung gefährdet sind.²⁰⁴⁹ In der Praxis bedient man sich gewisser Hilfskonstruktionen, damit Verwertungsgesellschaften gleichwohl alle in ihren Bereich fallenden Rechte einräumen können (Bsp. Freistellungserklärung).²⁰⁵⁰

Alternativ ließe sich auch auf eine EKL zurückgreifen. Dank der EKL wird das Repertoire nicht vertraglich, sondern *per Gesetz* erweitert, womit wiederum nicht nur eine zivilrechtliche, sondern auch eine strafrechtliche Haftung ausgeschlossen ist. Über die EKL kann also das von den Verwertungsgesellschaften angebotene Repertoire *per Gesetz zu einem Weltrepertoire komplettiert* werden. Im Vergleich zu anderen Lösungen, die ähnliche Resultate erzielen mögen, erscheint die EKL doch als die pragmatischere, ja „ehrlichere“ Lösung. Im Grunde stellt die EKL eine Fortentwicklung der sonst in Lizenzverträgen mit Verwertungsgesellschaften vorgesehenen Haftungsfreistellungen dar, indem diese übliche Praxis auf eine rechtmäßige Grundlage gestellt wird.²⁰⁵¹ In diesem Zusammenhang mag sich die EKL also immer dort anbieten, wo eine Verwertungsgesellschaft bereits ein großes – auch über ausländische Verwertungsgesellschaften angereichertes – Repertoire anbietet.²⁰⁵²

4. Überwindung einer Blockade durch individuelle Verbotsrechte

Die Lizenzierung eines umfassenden (in sich abgeschlossenen) Repertoires, welches durch eine EKL realisiert werden kann, wird wiederum beeinträchtigt, wenn einzelne Rechteinhaber sich der kollektiven Lizenzie-

2048 FICSOR, in: Gervais (Hg.), *Collective Management*, S. 60 f.

2049 FICSOR, *Collective Management*, Rn. 380.

2050 Siehe oben, bei § 2 A II 2.

2051 So bereits BERGSTRÖM, *Program för upphovsrätten*, S. 76.

2052 Siehe auch WANG, EIPR 2010, 286 ff.

rung aufgrund eines *gesetzlich gewährten Vetorechts* entziehen können.²⁰⁵³ Mag die Geltendmachung individueller Ausschließlichkeitsrechte in bestimmten Fällen durchaus seine Berechtigung haben, so kann sie aber auch konträr zu den mit der EKL verfolgten Zielen stehen. Nicht nur wäre dem Nutzer eine erneute Rechtesuche und Lizenzierung aufgebürdet, also gerade das, was die EKL ursprünglich verhindern wollte,²⁰⁵⁴ auch dem einzelnen Rechteinhaber wäre es so möglich, eine viel höhere Vergütung (als jene der EKL-Vereinbarung) durchsetzen zu können.²⁰⁵⁵ Schließlich wäre der Rechteinhaber auch in der Lage, die Nutzung seines Werkes gänzlich zu verhindern, was aus kulturellen Gründen nicht unbedenklich sein kann.²⁰⁵⁶

Mithin kann die Statuierung einer EKL bei einer gleichzeitigen Einräumung eines gesetzlichen Vetorechts den Boden eines (erneuten) Marktversagens bereiten, sodass der Ausübung individueller Verbotsrechte nur mit einem *Ausschluss* des Vetorechts begegnet werden kann. Eine solche Ausgestaltung der EKL, die letztlich einen Vertragszwang etabliert, mag sich in solchen Bereichen anbieten, in denen die Durchsetzung individueller Ausschließlichkeitsrechte eine umfassende kollektive Lizenzierung zu verhindern oder zu beeinträchtigen droht. Mithin soll der einzelne Rechteinhaber nicht in der Lage sein, eine gebündelte Lizenzierung zu verhindern, wenn es mit Blick auf die involvierten Interessen *nicht gerechtfertigt* erscheint. Klassisches Beispiel einer solchen EKL in Skandinavien wäre etwa das Recht der Kabelweitersendung.²⁰⁵⁷

2053 Davon unberührt bleibt die Freiheit der Parteien, in der EKL-Vereinbarung ein solches Vetorecht vorzusehen, welches dann auch auf Außenseiter Anwendung findet. Es kann davon ausgegangen werden, dass dies nur in Übereinstimmung mit den involvierten Parteien geschieht und ein „Missbrauch“ bei der Nutzung dieses Rechts zumindest unwahrscheinlicher sein dürfte als bei einer generellen gesetzlichen Einräumung.

2054 Siehe *Prop. 1985/86:146*, S. 17; *Ot.prp. nr. 46 (2004-2005)*, S. 51.

2055 Siehe *NU 21/73*, S. 89; *NOU 1988:22*, S. 40; siehe auch *Ot.prp. nr. 46 (2004-2005)*, S. 51.

2056 Siehe *NOU 1988:22*, S. 89.

2057 Vgl. *Prop. 1985/86:146*, S. 17. Siehe auch VERRONEN, J. Copyright Soc'y U.S.A. 2002, 1157 mit Verweis auf die fin. Gesetzgebungsmaterialien.

5. Auslotung der Verwertungsmärkte

Ist eine individuelle Lizenzierung nicht oder nur schwer möglich, so kann eine solche Form des Marktversagens – wie bereits gesehen – durch die Einführung einer EKL behoben werden. Umgekehrt bedeutet dies, dass das Modell der EKL nicht gerechtfertigt erscheint, wenn eine *individuelle Lizenzierung* durch den Rechteinhaber dem Grunde nach *möglich* ist. Die Zunahme der technologischen Möglichkeiten hat nun die Hoffnung genährt, dass die bisher der kollektiven Rechtswahrnehmung unterworfenen Bereiche wieder der individuellen Kontrolle des Rechteinhabers zugeführt werden könnten.²⁰⁵⁸ Bestätigen konnten sich diese Hoffnungen bisher allerdings nicht. Stattdessen scheint die kollektive Rechtswahrnehmung auch durch die zunehmenden grenzüberschreitenden Nutzungsvorgänge momentan der vorzugswürdige Weg zu sein. Freilich ist die Entwicklung hier noch lange nicht am Ende. Jedenfalls dürfte es schwer zu bestimmen sein, welche (auch neuen) Nutzungsrechte in Zukunft den Verwertungsgesellschaften zur Wahrnehmung anvertraut werden.

Vor diesem Hintergrund erscheint das Modell der EKL mit seinem vertraglichen Charakter als eine verlockende Option. Quasi entgegengesetzt zur Problematik einer Überwindung individueller Verbotsrechte kommt hier dem *Vetorecht* eine entscheidende Bedeutung zu. Denn es gibt einem außenstehenden Rechteinhaber ein brauchbares Instrument in die Hand, den Einbezug in eine kollektive Lizenzierung zu beenden, wenn dies nicht in seinem Interesse steht. Dies wäre etwa im Fall erst entstehender (Primär-)märkte denkbar, eben immer dort, wo eine individuelle Lizenzierung (noch) keinen gangbaren Verwertungsweg für den Rechteinhaber darstellt – ob aus wirtschaftlichen oder anderen Gründen. Besonders geeignet scheint dazu die General-EKL zu sein. Denn sie wahrt einen großen Spielraum für den Abschluss von EKL-Vereinbarungen. Sollten sich die Parteien in einem bestimmten Bereich auf eine erweiterte Lizenz einigen, so kann nach einiger Zeit die vermehrte Geltendmachung des Vetorechts durch Außenseiter als ein Indiz dafür angesehen werden, dass eine kollektive Lizenzierung nicht den einzigen Verwertungsweg darstellt, woraus die Pflicht entstünde, den Anwendungsbereich entweder zu verkleinern oder aber von einer EKL-Vereinbarung ganz abzusehen.²⁰⁵⁹ Findet eine Aus-

2058 Siehe hierzu schon oben, bei § 1 F.

2059 Siehe TRUMPKE, NIR 2012, 281 (dort Fn. 124); ähnlich auch VILANKA, in: Riis/Dinwoodie (Hg.), In Search of New IP Regimes, S. 151, der zutreffend feststellt,

übung des Vetorechts in bestimmten Bereichen nicht oder in nur begrenztem Umfang statt, so dürfte dies für die Notwendigkeit und den Willen einer kollektiven Lizenzierung sprechen. Der EKL kommt damit als „Opt-Out-Modell“ auch die *Funktion einer Auslotung individueller und kollektiver Verwertungsmärkte* zu.

6. Koordination der kollektiven Rechtswahrnehmung

Eine kollektive Rechtswahrnehmung hilft freilich wenig, ein bestehendes Marktversagen aufzulösen, wenn sie nicht wirklich effizient ausgestaltet ist. Muss ein Nutzer für seine angestrebte Nutzungshandlung verschiedene Rechte unterschiedlicher Rechteinhaber einholen, was sich durch neue Technologien zunehmend komplexer gestalten kann, dann erfordert dies häufig eine Vielzahl an Lizenzen von unterschiedlichen Rechteinhabern und Verwertungsgesellschaften.²⁰⁶⁰

Die EKL – so wird oftmals in Skandinavien gesagt – wurde erst geschaffen, nachdem bereits kollektive Vereinbarungen ohne Erweiterung entstanden waren.²⁰⁶¹ Dies mag durchaus richtig sein, ist allerdings nur die eine Seite der Medaille. Denn zu der in Skandinavien bestehenden, außergewöhnlich *hohen strukturellen Infrastruktur an kollektiven Organisationen* in Form von Interessenverbänden, klassischen Verwertungsgesellschaften oder Umbrella-Organisationen dürfte auch die EKL selbst nicht unerheblich beigetragen haben. Von dem Modell scheinen damit gewisse *Koordinierungsanreize* auszugehen, die in ein überwiegend *selbstinitiiertes und selbstreguliertes Rechteclearing* münden.²⁰⁶²

Erlaubt eine EKL-Bestimmung den Abschluss einer EKL-Vereinbarung in einem bestimmten Bereich (oder auch generell), so muss sich die Verwertungsgesellschaft *um eine ausreichende Repräsentativität bemühen*. Dazu muss sie sich gegebenenfalls um die Aggregation neuer Nutzungsrechte oder auch um die Aufnahme neuer Rechteinhaber als Mitglieder

dass es eines EKL-Regimes kaum noch bedürfe, wenn die Ausübung des Vetorechts in der Praxis tatsächlich möglich und durchführbar wäre; siehe auch VERONEN, J. Copyright Soc'y U.S.A. 2002, 1160.

2060 Eingehend dazu GERVAIS, in: Gervais (Hg.), *Collective Management*, S. 10 ff.

2061 RIIS/SCHOVSBO, *Col. J. of Law & the Arts* 2010, 474.

2062 Ähnlich auch RIIS/SCHOVSBO, *Col. J. of Law & the Arts* 2010, 490, 495; AXHAMN/GUIBAULT, *Cross-border extended collective licensing*, S. 41; vgl. auch VUOPALA, *Extended Collective Licensing*, S. 15.

kümmern, damit ihr Repertoire attraktiv genug erscheint.²⁰⁶³ Gerade bei neueren Verwertungsgesellschaften dürfte die Aussicht auf die Lizenzierung eines erweiterten Repertoires die Anhäufung einer substanziellen Anzahl von Rechteinhabern fördern.²⁰⁶⁴ Denn hat die Verwertungsgesellschaft ein großes Repertoire, wird sie insoweit auch mehr Nutzer finden, denen sie ihr erweitertes Repertoire lizenzieren kann und dadurch mehr Einnahmen generieren können, was wiederum ihre Attraktivität gegenüber Nichtmitgliedern steigern dürfte.²⁰⁶⁵ Schließlich werden auch derivative Rechteinhaber oder – abhängig von der jeweiligen EKL-Bestimmung – auch die Inhaber von Leistungsschutzrechten in eine EKL-Vereinbarung miteinbezogen. Insoweit scheinen also gewisse Wechselwirkungen zwischen der Ansammlung einer substanziellen Zahl von Rechteinhabern, der Anzahl der geschlossenen EKL-Vereinbarungen und den generierten Einnahmen zu bestehen.

Das Kriterium einer ausreichenden Repräsentativität können Verwertungsgesellschaften, sofern sie – wie bisher – nur überwiegend auf nationalem Territorium tätig sind, nicht allein mit Bezug auf die nationalen Rechteinhaber erfüllen. Abhängig von der jeweiligen Nutzung müssen sie sich um die Repräsentativität von Rechteinhabern der in diesem Land gewöhnlich in diesem Bereich genutzten Werke bemühen. Dies kann auch die Wahrnehmung von Rechten ausländischer Rechteinhaber notwendig machen. Abhängig von den Strukturen in einem anderen Land kann die EKL damit zumindest mittelbar zu einem *Ausbau von Gegenseitigkeitsvereinbarungen* mit ausländischen Verwertungsgesellschaften beitragen.

Schließlich zeigt das Beispiel der skandinavischen Umbrella-Organisationen, dass die EKL nicht nur zu einzelnen, jeweils repräsentativen Organisationen, sondern auch zu einer *Bündelung der einzelnen Organisationen und Verbände* führen kann.²⁰⁶⁶ Gelegentlich werden auch die Inhaber von derivativen Rechten und die Inhaber von Leistungsschutzrechten unter dem Dach der Umbrella-Organisationen für eine gebündelte und ge-

2063 GERVAIS, *Application of an ECL Regime in Canada*, S. 6.

2064 So auch GERVAIS, *Application of an ECL Regime in Canada*, S. 6, 24.

2065 GERVAIS, *Application of an ECL Regime in Canada*, S. 24; DERS., in: Gervais (Hg.), *Collective Management*, S. 22; siehe auch WANG, EIPR 2010, 286 f.

2066 Wie die Existenz der Umbrella-Organisation *Bonus* beweist, die sich erst nach Einführung der EKL-Bestimmungen zur Vervielfältigung in Bildungseinrichtungen und zur Vervielfältigung in Unternehmen und Einrichtungen zu ihrer heutigen Gestalt entwickelt hat.

schlossene Lizenzierung zusammengefasst. Es entsteht damit ein „One-Stop Shop“, aber nicht durch ein von außen reguliertes „oktroiiertes“ System, sondern „von innen“ durch die Rechteinhaber selbst. Eine Perfektionierung erfährt dieser Aufbau schließlich dann, wenn die für die verschiedenen EKL-Vereinbarungen zuständigen Umbrella-Organisationen unter einer gemeinsamen Dachverwaltung zusammengefasst werden, wie im Fall der dänischen Organisation *Copydan*.

Ähnliche Effekte mag es freilich auch ohne EKL geben.²⁰⁶⁷ Gleichwohl scheint die EKL ein nicht zu unterschätzender Antriebsmotor für Aggregation und Koordinierung im Rahmen der kollektiven Rechtswahrnehmung zu sein, was in Zeiten, in denen eine zunehmende „Fragmentierung der Rechte“²⁰⁶⁸ beklagt wird, doch recht verlockend erscheint.²⁰⁶⁹

7. Förderung des Wettbewerbs

Ermöglicht die EKL schließlich eine einfache und zentrale Rechtelizenzierung, so ist grundsätzlich *jeder Nutzer* (bzw. der von der EKL-Bestimmung als Nutzer vorgesehen ist) berechtigt, eine EKL-Vereinbarung mit der entsprechenden Verwertungsgesellschaft zu schließen. Dieser Kontrahierungszwang seitens der Verwertungsgesellschaft gegenüber einem Nutzer, der entweder schon aus ihrer Monopolstellung oder unmittelbar aus dem Gesetz fließt, besteht gewöhnlich bei der kollektiven Rechtswahrnehmung generell: Aus Sicht und im Interesse der Rechteinhaber soll eine Verwertungsgesellschaft für möglichst zahlreiche Lizenzierungen sorgen und Einnahmen generieren, während ein unbeschränkter Zugang auf das große – aus Werken gebündelte – Repertoire im Interesse der Allgemeinheit steht.²⁰⁷⁰

Die EKL ermöglicht dazu aber den Zugriff auf das *Weltrepertoire* in einem bestimmten Bereich und kann dadurch den Wettbewerb *auf einer „tertiären“ (Verwertungs-) Stufe fördern*. Denkt man etwa an einen kommerziellen Anbieter, der eine Kategorie von Werken digitalisieren und

2067 Man denke etwa an die verschiedenen Formen der Zusammenschlüsse von Verwertungsgesellschaften; siehe LOEWENHEIM/MELICHAR, *HB UrhR*, § 46 Rn. 21 ff.; siehe auch oben, bei § 1 C V.

2068 Ausführlich GERVAIS, in: Gervais (Hg.), *Collective Management*, S. 10 ff.

2069 Siehe schon GERVAIS, in: Gervais (Hg.), *Collective Management*, S. 21.

2070 LOEWENHEIM/MELICHAR, *HB UrhR*, § 48 Rn. 10.

einer bestimmten Verwertung zuführen möchte, so kann auch ein zweiter Wettbewerber ebenfalls mit Abschluss einer EKL-Vereinbarung solche Nutzungshandlungen vornehmen.

Diese Wirkung der EKL mag sich vielleicht nicht aufs Erste aufdrängen, wenn man nur an die klassischen EKL-Bestimmungen zugunsten von Sendeunternehmen oder Bildungseinrichtungen denkt. Die Überlegung spielt vielmehr auf die wachsende Zahl von sog. *Intermediären* an, welche – überwiegend online – bestimmte *Mehrwertdienste* unter Nutzung von urheberrechtlich geschützten Gütern anbieten.²⁰⁷¹ Abzugrenzen sind sie von den Kreativen, da sie selbst zumindest primär keine schöpferischen Leistungen vollbringen. Zu trennen sind diese Marktteilnehmer aber auch von den Produzenten, die eine Werkvermittlung zwischen Kreativem und Nutzer unter wirtschaftlichem und organisatorischem Aufwand überhaupt erst ermöglichen. Schließlich sind Intermediäre auch von den Endnutzern zu unterscheiden, die das geschützte Werk „nur“ konsumieren. Intermediäre kennzeichnen sich vielmehr durch ihre Nutzung von bereits produzierten urheberrechtlich geschützten Werken unter Umsetzung eines bestimmten Mehrwertes, meist mit dem Ziel einer „Informationskoordination“²⁰⁷², aber letztlich zum Zweck einer bestimmten „Weitervermittlung“ an den (End-)Nutzer.²⁰⁷³ Dabei mag ein Mehrwert in der bloßen Schaffung eines legalen Zugangs zu Werken bestehen, aber auch in einem besonderen Ge-

2071 Der Begriff „Intermediär“ wird in verschiedenen Zusammenhängen verwendet, vornehmlich im Kontext der Haftung von Plattformbetreibern (z.B. SPINDLER, *Verantwortlichkeit von IT-Herstellern, Nutzern und Intermediären*; KITZ, in: Hilty/Jaeger/Kitz (Hg.), *Geistiges Eigentum. Herausforderung – Durchsetzung*, S. 101 ff.). WIELSCH, GRUR 2011, 665, hingegen sieht – ähnlich wie hier – das Charakteristikum eines (Online-) Intermediärs darin, dass er entweder „dezentrale Handlungen, die urheberrechtlich relevant sind“ ermöglicht wie in Form von Plattformen für kooperatives Zusammenwirken von Kreativen (Wikipedia) bzw. in Form von Informationssuchdiensten (GoogleSearch) oder selbst unter Zugang zu Werken eigene Projekte verfolgt (GoogleBookSearch). Siehe auch HILTY, in: Leistner (Hg.), *Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums*, S. 125.

2072 Zu den wachsenden Tendenzen von solchen „Informationskoordinationsprojekten“ und der Anwendbarkeit von „Opt-out-Regimen“ siehe schon SU, J. *Copyright Soc’y U.S.A.* (2008-2009), 961 ff.

2073 Siehe WIELSCH, GRUR 2011, 665 („Es handelt sich um globale Projekte der Erschließung, der Archivierung und der Erzeugung von Wissen in digitaler Form.“); HILTY, in: Stern/Peifer/Hain (Hg.), *Werkvermittlung und Rechtemanagement*, S. 88 („(...) ein dem Endverbrauchermarkt vorgelagerter Markt, ein Markt, der im Kontext des Urheberrechts um die Vermarktung von Inhalten

schäftsmodell begründet liegen, bei dem die Werknutzung nur einen Teil der Dienstleistung ausmacht.

Solche Intermediäre müssen dabei nicht notwendigerweise auf einem eigenen, dem Produzenten nachgelagerten Markt auftreten. Denkbar wären sie auch punktuell auf dem eigentlichen Markt des Produzenten, wenn letzterer nicht in genügender Weise eine Verbreitung von Werken fördert, sei es, weil er selbst noch keine ausreichenden Geschäftsmodelle entwickelt hat, sei es, weil der Markt aufgrund seiner ausgeübten Monopolstellung versagt bzw. die üblichen Mechanismen des Wettbewerbs nicht zu greifen vermögen.²⁰⁷⁴ Derlei Mehrwertdienste findet man bereits vermehrt im Musikbereich wie etwa iTunes oder Spotify.

Damit solche Marktteilnehmer in der Lage sind, überhaupt ein legales Angebot aufzustellen, müsse sie alle notwendigen Rechte für ihr Angebot klären.²⁰⁷⁵ Hier kann nicht nur der kollektiven Rechtswahrnehmung eine entscheidende Rolle zukommen,²⁰⁷⁶ sondern gerade auch der EKL. Denn sobald sich die Rechteinhaber einer Verwertungsgesellschaft auf die Lizenzierung bestimmter Nutzungsrechte verständigt haben, also eine kollektive Rechtswahrnehmung prinzipiell besteht, kann die Verwertungsgesellschaft solchen Intermediären ein geschlossenes Repertoire anbieten. Abhängig von der jeweiligen Ausgestaltung der EKL-Bestimmung lassen sich dabei nicht nur die entsprechenden Urheberrechte zusammenfassen, sondern auch mögliche Leistungsschutzrechte, ob durch ein direktes Einbringen in die kollektive Wahrnehmung oder auch nur durch eine „angebundene“ individuelle Einräumung. Dies muss nicht bedeuten (und wäre auch kaum sachgerecht), dass die Verwertungsgesellschaft bzw. Umbrella-Organisation mit einheitlichen Tarifmodellen arbeiten müsste.²⁰⁷⁷ Stattdes-

dreht, dort heute aber weitestgehend überhaupt nicht existiert.“); siehe auch KRUIJATZ, *Open Access*, S. 237 ff.

2074 Siehe auch HILTY, in: Leistner (Hg.), *Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums*, S. 143, der insoweit für eine Einschränkung der Vertragsfreiheit bei Rechteinhabern plädiert, damit mehrere unabhängige Intermediäre in der Lage sind, urheberrechtlich geschützte Werke legal zugänglich zu machen und dabei in Wettbewerb zueinander zu treten.

2075 HILTY, in: Leistner (Hg.), *Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums*, S. 125.

2076 HILTY, in: Leistner (Hg.), *Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums*, S. 131 f., 150.

2077 Siehe in diesem Zusammenhang HILTY, in: Leistner (Hg.), *Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums*, S. 144, der aufgrund der vielfältigen Angebote

sen wären auch das Aushandeln und der Abschluss von jeweils *einzelnen* EKL-Vereinbarungen mit unterschiedlichen Intermediären denkbar, abhängig von dem jeweiligen Angebot, den damit verbundenen Nutzungshandlungen und dem Umfang der involvierten Werke.

Ein Beispiel für Angebote solcher Intermediäre (freilich noch nicht im Onlinebereich) bildet etwa die Tätigkeit von *Kabelunternehmen*, die ihren Kunden neben der klassischen Kabelweitersendung auch weitere Dienste anbieten wie etwa die Möglichkeit, das laufende (weitergeleitete) Programm per digitalem Festplattenreceiver anzuhalten oder die ganze Sendung gar für einige Monate zu speichern.²⁰⁷⁸

Die ganze Überlegung mag noch mehr an Konturen gewinnen, wenn man sich das GBS in Erinnerung ruft. Bei diesem hätte Google die Berechtigung erhalten, bestimmte Kategorien von Werken zu digitalisieren und unter bestimmten Voraussetzungen zugänglich zu machen.²⁰⁷⁹ Ein weiterer Akteur hätte nicht zu Google in Wettbewerb treten können, er hätte vielmehr ein eigenes Settlement abschließen müssen. Hätte man hingegen auf eine EKL zurückgreifen können, wäre nicht nur Google in den Genuss einer erweiterten Lizenz gekommen, sondern *jeder* gewerbliche Nutzer, ob mit großem oder kleinem Marktanteil, hätte solche Nutzungshandlungen zulässigerweise vornehmen können, sobald er eine EKL-Vereinbarung mit den entsprechenden Verbänden geschlossen hätte.²⁰⁸⁰

Dies zeigt, dass die EKL durch die Verflechtung mit der kollektiven Wahrnehmung einerseits einen gewissen Wettbewerb bei der Verwertung urheberrechtlich geschützter Güter fördern, andererseits auch höhere Einnahmen für die Rechteinhaber generieren könnte. Es dürften kaum Zweifel bestehen, dass die Förderung solcher Mehrwertdienste von Intermediären, deren Hauptproblem mitunter in der mühsamen Rechteklärung liegt, mittelfristig zu einem größeren Angebot an legalen Diensten, zu einer höheren Verbreitung von Werken und letztlich zu einer höheren Vergütung

von Intermediären eine Zwangslizenz anstatt einer kollektiven Rechtswahrnehmung für vorzugswürdig hält, wobei er – sofern bestimmte Rechte schon kollektiv wahrgenommen werden – auch Zwischenwege nicht ausschließt (d.h. Verwertungsgesellschaften erteilen zwar die erforderlichen Rechte, dies aber (zumindest teilweise) gestützt auf individuelle Lizenzvereinbarungen).

2078 FOGED, EIPR 2010, 20 ff.; siehe auch oben, bei § 2 A III 11 a bb δ.

2079 Siehe oben, bei § 2 A II 4.

2080 Vgl. BECHTOLD, GRUR 2010, 288; siehe auch HILTY, in: Stern/Peifer/Hain (Hg.), Werkvermittlung und Rechtemanagement, S. 86.

der Rechteinhaber führen würde.²⁰⁸¹ Begreift man das Urheberrecht auch als ein Instrument zur „Organisation von Märkten“²⁰⁸², so können vor diesem Hintergrund die wettbewerbsfördernden Wirkungen, welche die EKL durch die Realisierung des Weltrepertoires, aber auch durch ihre Bündelungs- und Koordinationseffekte entfaltet, kaum ignoriert werden.

II. Zuordnung

1. Strukturelle Voraussetzungen

In Anbetracht dieser einzelnen Funktionen, d.h. dem Auflösen verschiedener Formen des Marktversagens durch die EKL, indem sie eine unkomplizierte und schnelle Rechtelizenzierung an einem unbegrenzten Repertoire an Werken ermöglicht, wird klar, dass die kollektive Rechtewahrnehmung *eine zwingende Voraussetzung* eines jeden EKL-Modells ist. Der jeweilige Bereich muss zwar noch nicht umfassend „kollektiv“ ausgestaltet sein; er kann auch erst im Begriff sein sich zu entwickeln, da der EKL selbst gewisse Koordinierungseffekte zukommen. Allerdings müssen die betreffenden Rechte zumindest teilweise schon von Verwertungsgesellschaften wahrgenommen werden und es muss auch die grundsätzliche Bereitschaft der Rechteinhaber bestehen, ihre Rechte kollektiv zu lizenzieren. Denn existieren gar keine Organisationen, die die entsprechenden Rechte ihrer Mitglieder kollektiv wahrnehmen, wird das Modell der EKL nicht funktionieren und sollte daher auch nicht angewandt werden.²⁰⁸³

In diesem Zusammenhang muss auch bedacht werden, dass die EKL gerade dann ihre Wirkungen am besten zu entfalten vermag, wenn tatsächlich ein *hoher Organisationsgrad unter den Rechteinhabern* existiert. Denn gerade das Zusammenwirken verschiedener Rechteinhaberorganisationen mag die Akzeptanz und Legitimität der EKL sicherstellen. Bei einer Verwertungsgesellschaft, die etwa pauschal alle Rechteinhaber von Schriftwerken vertritt, besteht die Gefahr, dass im Falle einer EKL nicht die verschiedenen Gruppen und die durchaus divergierenden Interessen

2081 Eingehend HILTY, in: Leistner (Hg.), Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, S. 125 ff., 131 ff., 164 ff.

2082 BECHTOLD, GRUR 2010, 288.

2083 So schon KARNELL, Col. J. of Law & the Arts (1985-1986), 77; auch AXHAMN/GUIBAULT, *Cross-border extended collective licensing*, S. 41.

von Rechteinhabern bei der Lizenzierung und bei der Verteilung der Einnahmen ausreichend gehört und berücksichtigt werden.

Tatsächlich dürfte gerade die sehr komplexe organisatorische Struktur zu dem langjährigen erfolgreichen Bestehen der EKL in Skandinavien beigetragen haben.²⁰⁸⁴ Denn nur, wenn sich jeder Rechteinhaber von seiner jeweiligen Organisation ausreichend repräsentativ vertreten fühlt, kann eine EKL überhaupt funktionieren. Notwendig ist also eine starke Einbeziehung der Kreativen und anderer Rechteinhaber in ein EKL-System. In Skandinavien haben diese Rolle nicht nur die klassischen Verwertungsgesellschaften übernommen, sondern es sind gerade die *Berufs- und Interessenverbände*, die eine Repräsentation der vielfältigen Interessen der einzelnen Rechteinhaber gewährleisten und ihnen dabei auch einen gewissen Status in Form einer „Verhandlungsmacht“ im Rahmen des EKL-Systems sichern.²⁰⁸⁵

Schließlich muss berücksichtigt werden, dass sich diese Strukturen in Skandinavien über lange Zeit gerade auch als Folge der EKL entwickelt haben. Insofern ist vor einer Einführung der EKL zu warnen, wenn nicht schon in Ansätzen solche Strukturen bestehen.²⁰⁸⁶ Gesetzliche Regelungen mögen zwar punktuell über solche strukturellen Mängel hinweghelfen, zu einer funktionierenden (freiwilligen) Anwendung der EKL durch die Parteien wird es am Ende aber kaum kommen. Denn die EKL gründet auf der grundsätzlichen Bereitschaft und dem freien Willen der Rechteinhaber, bestimmte Rechte kollektiv zu lizenzieren. Jede forcierte anfängliche Förderung von außen wäre dabei wohl eher kontraproduktiv.

Die obengenannten Funktionen, die der EKL unter bestimmten Gegebenheiten und unter Bestehen einer gewissen Struktur der kollektiven Wahrnehmung grundsätzlich zukommen können, lassen sich schließlich in Haupt- und Nebenfunktionen unterteilen.

2. Hauptfunktionen

Die Hauptanwendungsfälle der EKL betreffen Bereiche, in denen die EKL grundsätzlich geeignet ist, eine Form des Marktversagens aufzulösen. Dar-

2084 Riis/SCHOVSBO, Col. J. of Law & the Arts 2010, 495 f.

2085 Siehe auch WEBER, in: Stern/Peifer/Hain (Hg.), Werkvermittlung und Rechtemanagement, S. 48.

2086 So schon Riis/SCHOVSBO, Col. J. of Law & the Arts 2010, 496.

unter lassen sich zunächst Situationen fassen, in denen der Markt *individueller Lizenzierung versagt*, also eine kollektive Lizenzierung von Rechten erforderlich ist. Daneben kann die EKL auch im Fall von *unkontrollierbaren Massennutzungen* helfen, d.h. in Bereichen, in denen es zu einer Vielzahl an Nutzungshandlungen kommt, die sich im Grunde nicht verhindern oder kontrollieren lassen. Eine weitere, nicht auf den ersten Blick aufdrängende Anwendung mag auch dort bestehen, wo Verwertungsgesellschaften bereits mittels zahlreicher Gegenseitigkeitsverträge danach streben, das Weltrepertoire einzuräumen. Hier kann die EKL das scheinbar bestehende Weltrepertoire tatsächlich realisieren und *komplettieren*. Schließlich sollte auch die Funktion der EKL im Sinne einer *Sondierung individueller und kollektiver Verwertungsmärkte* nicht unterschätzt werden. Gerade sie eignet sich gut als Indikator, ob und inwieweit die kollektive Rechtswahrnehmung insbesondere bei neuen Nutzungsformen (noch oder wieder) eine gangbare, wenn nicht gar die einzige Alternative darstellt.

3. Nebenfunktionen (Reflexwirkungen)

Neben die genannten Hauptanwendungsfälle treten sog. *Nebenfunktionen*: Die EKL vermag, wenn sie einen bestimmten Hauptzweck verfolgt, weitere mögliche Problemstellungen quasi „reflexartig“ mitzulösen. Dies betrifft die beschriebenen *koordinationsfördernden Effekte* der EKL, die zu einer *Bündelung der einzelnen Rechteinhaberverbände* führen, also selbst zu einer gebündelten Lizenzierung verschiedener Rechte und Werkkategorien beitragen können. Daneben dürfte – bei Ausschluss eines individuellen Vetorechts – eine *Blockade* einer umfassenden Lizenzierung durch einzelne Rechteinhaber, die sich einer erweiterten Lizenzierung widersetzen, ausgeschlossen sein. Schließlich kann jede EKL, die eine gebündelte Lizenzierung an den Nutzer ermöglicht, zu einer gewissen *Förderung des Wettbewerbs* auf einem bestimmten nachgelagerten Markt beitragen.