

§ 5 Bestehende Exklusivitätseinschränkungen im Urheberrecht

A. Einleitung

Eine Einordnung der EKL im Spannungsfeld zwischen Exklusivität und Einschränkung erfordert nicht nur eine Bestimmung über den Inhalt der Ausschließlichkeit, sondern auch eine Präzisierung über die Begrenzung derselben. Für die folgende Untersuchung soll zunächst eine *abstrakte Betrachtung* des Verhältnisses zwischen Ausschließlichkeit und Ausschließlichkeitsbegrenzung versucht werden. Dabei wird zugrunde gelegt, dass der gesetzlich statuierten Exklusivität in Form von Ausschließlichkeitsrechten *eine komplementäre Seite* als „Gegenpol“ entgegengesetzt werden kann, welche die Exklusivität berührt bzw. beschränkt.⁵⁸³

In einem ersten Schritt ist es daher notwendig, einen *adäquaten Begriff* zu finden, der sich für die theoretischen Überlegungen der „anderen Seite der Exklusivität“ eignet. Kann eine passende Bezeichnung weder im nationalen noch im europäischen oder internationalen Recht gefunden werden, muss notfalls ein eigener neutraler Begriff überlegt und definiert werden. In einem zweiten Schritt werden *verschiedene Formen und Grade* einer solchen „Exklusivitätsberührung“ herausgearbeitet und in der gebotenen Kürze ihre Voraussetzungen, Anwendungsbereiche sowie ihre Zulässigkeit mit höherrangigem Recht vorgestellt und diskutiert. Danach dürfte einer eingehenden Analyse der EKL der Boden bereitet sein.

583 TRUMPKE, NIR 2012, 270. Außen vor bei der nachfolgenden Untersuchung bleibt die Frage der *Rechtsnatur solcher Begrenzungen*, also die Überlegung, ob diese ein Recht des Nutzers begründen oder dem Rechteinhaber lediglich bestimmte Nutzungshandlungen entziehen; zur dieser Frage umfassend STIEPER, *Schranken*, S. 99 ff.

B. Die Exklusivitätseinschränkung

I. Terminologische Schwierigkeiten

1. Diversität im nationalen, internationalen und europäischen Recht

Exklusivitätsbegrenzungen, d.h. Regelungen, die das Ausschließlichkeitsrecht in seiner Wirkung in irgendeiner Weise beschränken, lassen sich schwerlich unter einen Oberbegriff fassen.

In der Tat bestehen nicht nur in der sprachlichen Ausformung,⁵⁸⁴ sondern auch in der Reichweite von Exklusivitätsgrenzen bereits erhebliche Unterschiede zwischen den nationalen Rechtsordnungen,⁵⁸⁵ was freilich kaum verwundern dürfte, wenn man bedenkt, dass sich die nationalen Urheberrechte selbständig und auf ihr jeweiliges Territorium bezogen entwickelt haben⁵⁸⁶. Demgegenüber war die Zusammenarbeit auf internationaler Ebene von der Idee geprägt, ein gewisses Schutzniveau zu etablieren, um eine Anerkennung des Urheberrechts in anderen Ländern der Welt zu erreichen.⁵⁸⁷ An eine Harmonisierung der nationalen Rechtssysteme war nicht zu denken, schon gar nicht bei den Begrenzungen des Exklusivitätsrechts.⁵⁸⁸ Hier war allein von Bedeutung, in dieser Frage Gestaltungsfreiheit zu bewahren und bis zu einem gewissen Grad seine nationalen Regeln beibehalten zu können.⁵⁸⁹ Durchaus geben die völkerrechtlichen Verträge im Bereich des Urheberrechts zwar punktuell einen Rahmen für bestimmte Exklusivitätsbegrenzungen vor, doch harmonisieren diese kaum

584 So wird im *deutschen* Recht eine typische „Schranke“ oftmals mit „Zulässig ist...“ eingeleitet und bestimmte Handlungen aufgezählt, die unter gewissen Voraussetzungen zulässig sind (Bsp.: §§ 45, 48 oder 51 UrhG), wohingegen in *Großbritannien* bestimmte Exklusivitätsgrenzen mit „Acts permitted in relation to copyright works“ umschrieben werden und dabei Nutzungshandlungen erfassen, die erlaubt sind, denn das Urheberrecht ist „not infringed“ (Bsp.: Sec. 32 (1) CDPA). In *Frankreich* wiederum werden zulässige Nutzungen als Handlungen verstanden, die „l'auteur ne peut interdire“ (Art. L 122-5 CPI).

585 Siehe SIRINELLI, *Exceptions and Limits*, S. 2.

586 REHBINDER/PEUKERT, *Urheberrecht*, Rn. 54; SIRINELLI, *Exceptions and Limits*, S. 3.

587 Siehe v. LEWINSKI, *International Copyright Law & Policy*, S. 5 ff.; v. ECHOUD ET AL. (Hg.), *Harmonizing European Copyright Law*, S. 97.

588 GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts*, S. 2.

589 Vgl. SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 47 ff., 81 f.

miteinander⁵⁹⁰ und lassen auch einen gehörigen Spielraum für die *inhaltliche Ausgestaltung* der jeweiligen Begrenzung offen.⁵⁹¹ Vor diesem Hintergrund erscheint eine Einordnung oder gar systematische Erfassung kaum zu bewältigen.⁵⁹²

Ähnliches gilt auch für die Länder der EU, auch wenn man annehmen könnte, dass die Harmonisierungsbestrebungen über kurz oder lang zu einer parallelen Ausformung von Exklusivitätsbegrenzungen geführt haben sollten. Zwar sind die in Art. 5 InfoSoc-RL aufgeführten „Beschränkungen und Ausnahmen“ abschließend aufgezählt, sodass die Mitgliedstaaten keine weiteren – nicht von dieser Liste erfassten – Ausschließlichkeitsbegrenzungen in ihr nationales Recht einführen dürfen,⁵⁹³ gleichzeitig wurde aber die Umsetzung der einzelnen Begrenzungen in die nationalen Rechtsordnungen beinahe ausschließlich *optional* ausgestaltet.⁵⁹⁴ Dies hatte zur Folge, dass die Mitgliedstaaten mal diese oder jene Regelung umsetzten⁵⁹⁵ und so ein buntes Stückwerk an Ausschließlichkeitsbegrenzungen im nationalen Recht be- bzw. entstehen ließen. Selbst auf europäischer Ebene haben die Harmonisierungsbestrebungen also keineswegs zu einer Vereinheitlichung von (bestimmten) Ausschließlichkeitsbegrenzungen geführt.

2. Diversität in Wissenschaft und Forschung

Auch ein Blick in die Wissenschaft, der in solchen Fällen die Aufgabe einer Systematisierung zukommen mag, fällt ernüchternd aus. Werden Ausschließlichkeitsbegrenzungen diskutiert, so steht zumeist der Begriff

590 Siehe REHBINDER, in: FS Berner Übereinkunft und die Schweiz, S. 357, mit Bezug auf die Beschränkungen der RBÜ: „(...) systemlos in der Gesamtregelung verstreut, wenig durchdacht und kaum aufeinander abgestimmt“.

591 SIRINELLI, *Exceptions and Limits*, S. 3.

592 XALABARDER, *WIPO Study on Limitations and Exceptions*, S. 40.

593 Der Vollständigkeit halber sei noch Art. 5 (3) lit. o) InfoSoc-RL zu erwähnen, der unter sehr engen Voraussetzungen weitere „Beschränkungen und Ausnahmen“ erlaubt, sofern sie von „geringer Bedeutung“ sind und bereits in „einzelstaatlichen Rechtsvorschriften“ vorgesehen waren.

594 Mit Ausnahme von Art. 5 (1) InfoSoc-RL („vorübergehende Vervielfältigungshandlungen“).

595 Im Sinne eines „pick and choose at will“, siehe v. ECHOUDET ET AL. (HG.), *Harmonizing European Copyright Law*, S. 104.

der „Beschränkung und Ausnahme“, wie er dem Drei-Stufen-Test zugrunde liegt, im Mittelpunkt der Betrachtung.⁵⁹⁶ Nur selten finden sich davon losgelöste theoretische Überlegungen darüber, wie Exklusivitätsbegrenzungen als solche zu begreifen und zu beschreiben sind.⁵⁹⁷ Einigkeit besteht einzig in der Feststellung, dass es an einer einheitlichen Terminologie mangelt.⁵⁹⁸

Ricketson/Ginsburg etwa sprechen ganz allgemein von „restrictions“ und unterscheiden dabei zwischen Ausschließlichkeitsbegrenzungen, die eine bestimmte Kategorie von Werken ganz vom Schutz ausnehmen (*subject matter protection*), Begrenzungen, die die Haftung für eine bestimmte Benutzung aufheben (*use limitations* oder auch *permitted use*) und Begrenzungen, die bestimmte Nutzungen gegen eine Vergütung erlauben (*use limitations requiring compensation*).⁵⁹⁹

Demgegenüber unterscheidet *Christie* zwischen Begrenzungen, die die Grenze des jeweiligen Schutzrechts festlegen („limitations“), und Begrenzungen, die innerhalb des Schutzrechts Teile von ihm „ausschneiden“ („exceptions“), sei es vergütungspflichtig oder -frei.⁶⁰⁰

596 Siehe etwa KUR, in: Kur/Levin (Hg.), *IPR in a Fair World Trade System*, S. 208 ff.; HUGENHOLTZ/OKEDIJI, *Limitations and Exceptions*, S. 6 ff.; GEIGER/GRIF-FITHS/HILTY, *IC 2008*, 707 ff.; CHRISTIE, in: Kur/Mizaras (Hg.), *The Structure of IP Law*, S. 121 ff.; RICKETSON, *WIPO Study on Limitations and Exceptions*, S. 3 ff.; SPOOR, in: Baulch/Green/Wyburn (Hg.), *The Boundaries of Copyright*, S. 27 ff.

597 KUR, in: Kur/Levin (Hg.), *IPR in a Fair World Trade System*, S. 210 ff.; CHRISTIE, in: Kur/Mizaras (Hg.), *The Structure of IP Law*, S. 122 ff.

598 CHRISTIE, in: Kur/Mizaras (Hg.), *The Structure of IP Law*, S. 122; SIRINELLI, *Exceptions and Limits*, S. 2 f.; HUGENHOLTZ/OKEDIJI, *Limitations and Exceptions*, S. 19; KUR, *Of Oceans, Islands, and Inland Water*, S. 5; v. LEWINSKI, *International Copyright Law & Policy*, Rn. 1.150.

599 RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights (Vol. I)*, Rn. 13.01. Im späteren Verlauf sprechen sie aber von „restriction“ und „exception“ gleichermaßen; siehe RICKETSON/GINSBURG, *ibid.*, Rn. 13.03 ff.

600 CHRISTIE, in: Kur/Mizaras (Hg.), *The Structure of IP Law*, S. 122 ff. In diesem Sinne auch KUR, in: Kur/Levin (Hg.), *IPR in a Fair World Trade System*, S. 210 ff., die zunächst zwischen „limitation“ und „exception“ unterscheidet und unter letzterem Regelungen versteht, die die Immunität gegen eine prinzipiell bestehende Haftung aufheben (wie das Zitatrecht) im Sinne einer „defence“. Weiter sollen als „exclusion“ jene Regelungen umschrieben sein, die bestimmte Gegenstände vom Schutzbereich von Beginn an ausschließen. Ihre Untersuchung konzentriert sich auf das „haftungsbefreiende Modell“ an Begrenzungen, für deren Beschreibung sie aber im weiteren Verlauf „limitation“ und „exception“ synonym

Reinbothe/v. Lewinski schließlich verstehen – bezogen auf den Drei-Stufen-Test – die Begriffe „exception“ und „limitation“ gerade umgekehrt: Bei einer „exception“ soll das Recht schon nicht mehr existieren, während unter „limitation“ eine bloße „Beschränkung des bestehenden Rechts“ zu verstehen sei.⁶⁰¹ Oftmals findet sich bei vielen Untersuchungen – wohl aus Praktikabilitätsgründen – auch eine synonyme Verwendung beider Begriffe.⁶⁰²

3. Konnotation mit urheberrechtlichen Rechtfertigungsansätzen

Schließlich kann bereits der Gebrauch der gängigen Begriffe wie „Beschränkung“ und „Ausnahme“ nicht unproblematisch sein, mögen doch damit verbundene Konnotationen gleichzeitig in grundlegende Rechtfertigungsansätze des Urheberrechts hineinspielen.⁶⁰³ So scheint mit dem Wort „Ausnahme“ etwas „außerhalb des Geregelteten“, „des Grundsätzlichen“ und damit vorab eine Art „Rangverhältnis“ impliziert zu sein,⁶⁰⁴ während eine „Beschränkung“ (oder „Schranke“) etwas Bestehendes begrenzt und damit erst dessen Rahmen festlegt. Es scheint dadurch ein gleichrangiges

verwendet. Interessanterweise benennt auch RICKETSON, *WIPO Study on Limitations and Exceptions*, S. 3 – anders als bei *Ricketson/Ginsburg* – diese Art der Exklusivitätsbegrenzung als „exception“.

601 REINBOTHE/V. LEWINSKI, *The WIPO Treaties*, Rn. 7.10.41. SIRINELLI, *Exceptions and Limits*, S. 2 ff., unterscheidet ebenfalls zwischen „limitations“ und „exceptions“ und versteht diese Begriffe im Sinne *Christies*, obwohl er zugibt, dass ein umgekehrtes Verständnis (also wie *Reinbothe/v. Lewinski*) „more accurate“ wäre, wenn man eine präzisere Terminologie zugrunde legen würde.

602 So etwa KUR, in: Kur/Levin (Hg.), *IPR in a Fair World Trade System*, S. 212; COHEN JEHORAM, in: FS Schrickler (2005), S. 249 ff., der daneben auch „restriction“ als Synonym verwendet; SPOOR, in: Baulch/Green/Wyburn (Hg.), *The Boundaries of Copyright*, S. 27 ff., wiederum führt für die Umschreibung von „derogations from copyright“ die Begriffe „limitations, restrictions or exceptions“ an, entscheidet sich aber im weiteren Verlauf seiner Untersuchung für die Verwendung des Begriffs „exception“.

603 GEIGER, GRUR Int. 2004, 816 ff.; KUR, *Of Oceans, Islands, and Inland Water*, S. 5 ff.; BURRELL/COLEMAN, *Copyright Exceptions*, S. 10.

604 GEIGER, GRUR Int. 2008, 461; DERS., GRUR Int. 2004, 818 f.; siehe auch KUR, in: Kur/Levin (Hg.), *IPR in a Fair World Trade System*, S. 212 ff.

Verhältnis zwischen der „Beschränkung“ und dem „zu Beschränkenden“ zu bestehen. Der Begriff beinhaltet also eine grundsätzliche *Neutralität*.⁶⁰⁵

Anschaulich auf das Verhältnis „Ausschließlichkeit – Begrenzung“ übertragen wird dieser Gedanke durch eine von *Geiger* entwickelte „Inselmetapher“: Bei einer Ausnahme handele es sich um eine „Insel von Freiheit in einem Meer von Exklusivität“, während man bei einer „Beschränkung“ eher an eine „Insel von Exklusivität in einem Meer von Freiheit“ denke.⁶⁰⁶

Bedenklich wird es nun, wenn man in dem Begriff „Ausnahme“ eine die Begrenzung immanente Pflicht zur begrenzten Anwendung erkennen will.⁶⁰⁷ Versteht man hingegen eine Ausschließlichkeitsbegrenzung als Schranke oder Beschränkung, so scheinen sich dabei zwei gleichwertige

605 GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts*, S. 16; SPOOR, in: Baulch/Green/Wyburn (Hg.), *The Boundaries of Copyright*, S. 29; KUR, in: Kur/Levin (Hg.), *IPR in a Fair World Trade System*, S. 211.

606 GEIGER, in: Hilty/Peukert (Hg.), *Interessenausgleich*, S. 150 f. (mit Verweis auf *Voorhoof*, in: Ginsburg/Besek (Hg.), *Adjuncts and Alternatives to Copyright*, S. 636); GEIGER, GRUR Int. 2004, 818 ff.; DERS., GRUR Int. 2008, 461; siehe auch KUR, in: Kur/Levin (Hg.), *IPR in a Fair World Trade System*, S. 211, und in einer früheren Version KUR, *Of Oceans, Islands, and Inland Water*, S. 6 ff. Ähnlich auch CHRISTIE, in: Kur/Mizaras (Hg.), *The Structure of IP Law*, S. 123, der fünf Ebenen hierarchisch unterteilt: Auf der ersten Ebene besteht *freier Wettbewerb*, auf der zweiten wird ein *Schutzrecht* gewährt, auf der dritten Ebene wird dieses Schutzrecht *eingeschränkt* (indem bestimmte Handlungen erlaubt werden), auf Ebene 4 wird diese „exception“ am *Drei-Stufen-Test* gespiegelt (und ggf. daran angepasst) und auf der fünften Ebene kommt es zu einer *Umsetzung* der „exception“ *ins nationale Recht* und somit erst zur praktischen Anwendung.

607 Man mag sich an dieser Stelle an die lange in der deutschen Urheberrechtswissenschaft vertretene Ansicht erinnern, wonach Schrankenbestimmungen *grundsätzlich eng auszulegen* seien (so etwa WANDTKE/BULLINGER/LÜFT, *UrhR*, Vor §§ 44a ff. Rn. 1; vgl. auch DREIER/SCHULZE/DREIER, *UrhG*, Vorbemerkung §§ 44a ff. Rn. 7; BGH, GRUR 2001, 52 – *Parfumflakon*; BGH, GRUR 2002, 605 – *Verhüllter Reichstag*; BGH, GRUR 2010, 628, 630 – *Vorschaubilder*). Mittlerweile scheint sich die – nicht wirklich neue – Erkenntnis durchzusetzen, dass die Auslegung von Schrankenbestimmungen weder breit noch schmal, sondern – wie jede andere Norm – *nach Sinn und Zweck* vorzunehmen ist; siehe nur HILTY, FS Schrickler (2005), S. 326 ff.; DERS., GRUR 2005, 823 ff.; GEIGER, GRUR Int. 2008, 459 ff.; KUR, in: Kur/Levin (Hg.), *IPR in a Fair World Trade System*, S. 213; STIEPER, *Schranken*, S. 63 ff.; LOEWENHEIM/GÖTTING, *HB UhrR*, § 30 (B); BGH, MMR 2002, 739 ff. – *Elektronischer Pressespiegel*; BGH, MMR 2009, 665 ff. – *Kopienversanddienst*; BGH, GRUR 2005, 670, 671 f. – *Wirtschaftswoche*; BVERFG, NJW 2001, 598 ff. – *Germania III*.

Rechtsgüter gegenüberzustehen: die Beschränkung und die (begrenzte) Ausschließlichkeit.⁶⁰⁸

4. Fazit

Eine geeignete Terminologie „der anderen Seite“ der Ausschließlichkeit konnte wegen der Verschiedenartigkeit des nationalen, europäischen und internationalen Rechts nicht gefunden werden. Es wurde die Gefahr deutlich, wie schnell gewisse Überlegungen bei der Verwendung des einen oder anderen Begriffs „gefärbt“ sein können, was eine (möglichst) neutrale und unvoreingenommene Gesamtschau auf das Verhältnis von Exklusivität und Exklusivitätsbegrenzung unmöglich macht. Notwendig erscheint es daher, einen – für die weiteren Untersuchungen – eigenen, möglichst neutralen Begriff zu definieren.

608 GEIGER, GRUR Int. 2004, 819. Dass diese Überlegungen nicht nur reine Gedankenspiele sind, zeigt eine Diskussion, die im Rahmen der schwed. Gesetzesrevisi- on aufgekommen war. Im schwed. UrhG ist das Kapitel bestimmter Exklusivi- tätsbegrenzungen (ähnlich den deutschen „Schranken“ unter der Überschrift „In- skränkningar i upphovsrätten“ gefasst. Während den Vorarbeiten zur Gesetzesre- vision wurde erwogen, den Begriff der „inskränkningar“ durch jenen der „be- gränsningar“ zu ersetzen und damit das Schranken-Kapitel mit „Begränsningar i upphovsrätten“ zu überschreiben. Das Motiv für diesen Vorschlag war hauptsäch- lich, das Verständnis zu erleichtern. Der Unterschied zwischen beiden Begriffen erscheint marginal. Im Deutschen – natürlich unter Vorbehalt sprachlicher Unge- nauigkeiten – impliziert „inskränking“ „Einschränkung“, „Schmälerung“, „Re- duzierung“ während sich „begränsning“ mit „Begrenzung“, „Zügelung“ oder „Drosselung“ übersetzen lässt (siehe PARSENOW, *Fachwörterbuch für Recht und Wirtschaft*, bei *inskränking* (S. 107) und bei *begränsa* (S. 27)). Auch im Schwedischen scheint ein tiefgreifender Bedeutungsunterschied nicht gegeben zu sein. Und doch erfuhr der Änderungsvorschlag Kritik, vordergründig, weil ein neuer Begriff, der sich von der internationalen Terminologie unterscheidet, nur Verwir- rung stiften würde, tatsächlich aber wohl, weil man befürchtete, dass eine im Wort „inskränking“ immanente Pflicht zur schmalen und begrenzten Anwen- dung bei dem Begriff „begränsning“ verloren gehen könnte. Dazu *SOU 2011:32*, S. 168 ff. Trotz ausführlicher Begründung im Kommissionsvorschlag wurde im endgültigen Gesetzesentwurf von einer Änderung abgesehen (siehe *Prop. 2012/13:141*, S. 75).

II. Suche nach einem neutralen Begriff: Die „Exklusivitätseinschränkung“

1. Abschichtung: Äußere und innere Schutzgrenzen

Zu suchen ist damit nach einem Begriff, der die korrespondierende „Seite der Exklusivität“ ausreichend auszufüllen vermag und der dadurch geeignet ist, eine bestimmte Art von Exklusivitätsbegrenzungen für die weitere Untersuchung zu umschreiben.

Zunächst würde sich – ausgehend vom deutschen Recht – der Begriff der „Schranke“ aufdrängen. Aufgrund seiner spezifischen Verwendung für die Nutzungen nach §§ 44a ff. UrhG ist er aber in gewisser Weise „verbraucht“.⁶⁰⁹ Ebenso erscheint der bereits erwähnte Begriff der „Beschränkung und Ausnahme“ ungeeignet,⁶¹⁰ zumal eine erstaunliche Uneinigkeit darüber besteht, was darunter eigentlich zu verstehen ist.⁶¹¹

Bei den meisten Analysen ist immerhin die Tendenz spürbar, eine irgendwie geartete Grenzziehung vorzunehmen, indem versucht wird, zwischen Regeln zu unterscheiden, welche Bedingungen festlegen, nach denen ein Schutzrecht *entsteht und besteht*, und solchen, welche die Nutzung des geschützten Gutes unter bestimmten Voraussetzungen erlauben, obwohl sie grundsätzlich von der *Ausschließlichkeit erfasst* sind.⁶¹² Die Regelungen der ersten Art können *gegenstandsspezifischer, tatbestandsspezifischer und handlungsspezifischer* bzw. *zeitlicher* Natur sein. *Gegen-*

609 Der Begriff der „Schranke“ wurde erstmals mit dem UrhG von 1965 für den VI. Abschnitt unter „Schranken des Urheberrechts“ eingeführt, wo er sich bis heute befindet. Zuvor hatte etwa das KUG solche Begrenzungen unter „Befugnisse“ geregelt, das LUG hingegen sprach in §§ 23, 24 von „Ausnahmen“ bzw. „Ausnahmen im öffentlichen Interesse“. In der wissenschaftlichen Literatur war bereits zuvor der Begriff der „Schranke“ verwendet worden; siehe etwa ULMER, *Urheber- und Verlagsrecht*, 1. Auflage, S. 138, 165 ff.

610 Art. 13 TRIPS; Art. 10 WCT; Art. 16 WPPT; Art. 5 (5) InfoSoc-RL.

611 Siehe HUGENHOLTZ/OKEDIJI, *Limitations and Exceptions*, S. 20. Ausführlich dazu unten, bei § 8 C II 2.

612 Treffend KUR, in: Kur/Levin (Hg.), *IPR in a Fair World Trade System*, S. 211; deutlicher noch in der früheren Version bei KUR, *Of Oceans, Islands, and Inland Water*, S. 4 ff.; siehe auch CHRISTIE, in: Kur/Mizaras (Hg.), *The Structure of IP Law*, S. 123 f., 125; SPOOR, in: Baulch/Green/Wyburn, *The Boundaries of Copyright*, S. 28; SIRINELLI, *Exceptions and Limits*, S. 2; GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts*, S. 17 f.; ähnlich auch COHEN JEHORAM, in: FS Schrickler (2005), S. 250.

standsspezifische Regelungen sind solche, die festlegen, welche „Gegenstände“ (Kategorien oder Materialien von Werken) überhaupt in den Schutzbereich des Schutzrechts fallen sollen.⁶¹³ Ein Beispiel wäre etwa das amtliche Werk, welches – obwohl Schriftwerk – sich außerhalb des urheberrechtlichen Schutzbereichs befindet.⁶¹⁴ Unter *tatbestandsspezifische* Bestimmungen lassen sich alle Vorschriften fassen, die die Schutzgewährung an bestimmte Voraussetzungen knüpfen, so wie etwa ein Werk grundsätzlich nur dann als urheberrechtliches Werk geschützt wird, wenn es einen geistigen Inhalt, eine Ausdrucksform und Individualität (Originalität) aufweist.⁶¹⁵ Schließlich erfassen Grenzen *handlungsspezifischer bzw. zeitlicher* Natur jede Regelung, die den Schutz nur bis zum Vollzug einer bestimmten Handlung (wie etwa bei der „Erschöpfung“)⁶¹⁶ oder bis zum Ablauf einer Frist gewähren.⁶¹⁷ Die Ausschließlichkeit löst sich also nach Eintritt einer bestimmten Bedingung auf. Gegenstands-, tatbestands- und handlungsspezifische bzw. zeitliche Regelungen legen den *äußeren Rahmen* eines Schutzrechts fest. Sie sollen daher als „äußere Schutzgrenzen“ bezeichnet werden.

Auf der anderen Seite stehen Vorschriften, welche die Nutzung eines Werkes in bestimmten Situationen und unter bestimmten Voraussetzungen erlauben, *obwohl* diese grundsätzlich in der Sphäre des Ausschließlichkeitsrechts liegt.⁶¹⁸ Solche Regelungen haben gemeinsam, dass sie gewis-

613 KUR, in: Kur/Levin (Hg.), IPR in a Fair World Trade System, S. 212, benennt diese Kategorie darum „exclusions“; RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights (Vol. I)*, Rn. 13.01, bezeichnen sie als „subject matter limitations“; siehe auch GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts*, S. 15.

614 Siehe § 5 (1) UrhG; Art. 2 (4) RBÜ. Vgl. auch Art. 9 (2) TRIPS („Ideen, Verfahren, Arbeitsweisen oder mathematische Konzepte als solche“).

615 REHBINDER/PEUKERT, *Urheberrecht*, Rn. 210 ff.

616 §§ 17 (2), 69c Nr. 3 S. 2, 87b (2) UrhG; vgl. auch Art. 4 (2) InfoSoc-RL.

617 Bspw. §§ 64, 72 (2), 87 (3) UrhG. Vgl. auch Art. 7 RBÜ; Art. 12 TRIPS.

618 KUR, in: Kur/Levin (Hg.), IPR in a Fair World Trade System, S. 209, umschreibt sie daher als „defence against the right holder’s basically valid claim“; siehe ebenso KUR, *Of Oceans, Islands, and Inland Water*, S. 5 ff. Ähnlich auch CHRISTIE, in: Kur/Mizaras (Hg.), *The Structure of IP Law*, S. 125 („(...) removing liability for infringement for undertaking certain acts that would, but for the exception, be within the scope of the IP right-holder’s exclusive rights.“); RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights (Vol. I)*, Rn. 13.01, bezeichnen diese Regelungen als „use limitations“, die „immunity from infringement proceedings“ gewähren.

se Handlungen – trotz Ausschließlichkeit – gestatten, indem eine Haftung wegen Verletzung nicht eintritt, womit sie gedanklich erst *nach* der erst genannten Gruppe ansetzen.⁶¹⁹

Diese Bestimmungen, die erst innerhalb des bereits existierenden Ausschließlichkeitsrechts ihre Wirkung entfalten, sollen darum mit „innere Schutzgrenzen“ umschrieben werden.

2. Begriff der „Exklusivitätseinschränkung“

Mit Blick auf die Ausgangsfrage nach der *Begrenzung bestehender Ausschließlichkeitsrechte* können vorliegend nur die „inneren Schutzgrenzen“ von Relevanz sein, denn nur sie berühren die bereits entstandene Exklusivität auf spezifische Weise, während die „äußeren Schutzgrenzen“ den äußeren Rahmen des Schutzrechts festlegen. Für die weiteren Überlegungen ist daher eine Bezeichnung erforderlich, die diese „inneren Schutzgrenzen“ beschreibt. Hierbei mag sich der Begriff der „Einschränkung“ anbieten, der zwar auch nicht völlig unverbraucht,⁶²⁰ aber doch letztlich recht neutral erscheint, wird er doch gerade im Zusammenhang mit der Exklusivität als „Einschränkung des Ausschließlichkeitsrechts“ oder „Ausschließlichkeitseinschränkung“ praktisch nicht verwendet.

619 KUR, in: Kur/Levin (Hg.), IPR in a Fair World Trade System, S. 212, bezeichnet diese Art der Regelung mit Blick auf das Zitatrecht als „quotation type of rule“; vgl. auch KUR, *Of Oceans, Islands, and Inland Water*, S. 5.

620 So findet sich der Begriff „Einschränkung des Urheberrechts“ etwa in der amtlichen Begründung zum deutschen UrhG von 1965 (*BT-Drs. IV/270*, S. 63); siehe auch HOEREN/SIEBER/HOLZNAGEL/RAUE/HEGEMANN, *HB Multimedia-Recht*, Teil 7.3. Rn. 3 ff., wo die „Einschränkungen des Urheberrechts“ ähnlich wie hier als „Eingriffe in das Ausschließlichkeitsrecht“ verstanden werden. Oft wird der Begriff aber auch synonym zu den „Schranken“ (§§ 44a ff. UrhG) verwendet (so etwa SPINDLER/SCHUSTER/WIEBE, *Recht der elektronischen Medien*, Vorbemerkung zu §§ 44a ff., Rn. 1). Im Urheberrechtsgesetz taucht der Begriff der „Einschränkung“ (immerhin, aber eben doch nur) an *drei Stellen* auf, namentlich in § 5 (2) (bestimmte Einschränkungen bei der Anwendung von Absatz 1 auf „andere amtliche Werke“), § 90 (Einschränkung von Rechten bei Filmwerken) und § 31 (5) S. 2 (Zweckeinräumungsregel). In den ersten beiden Fällen hat das Wort „Einschränkung“ dann auch eher eine sprachlogische denn eine eigenständige juristische Bedeutung. Bei § 31 (5) S. 2 UrhG geht es unter Anwendung der Auslegungsregel um die Ermittlung von „inhaltlichen, räumlichen, oder zeitlichen Beschränkungen“ bei der Einräumung eines Nutzungsrechts; siehe WANDTKE/BULLINGER/WANDTKE/GRUNERT, *UrhR*, § 31 Rn. 59.

3. Definition der „Exklusivitätseinschränkung“

Hergeleitet aus den „inneren Schutzgrenzen“ ist unter dem Begriff der „Exklusivitätseinschränkung“ im Folgenden jede gesetzliche Regelung (1) zu verstehen, die in irgendeiner Weise bestimmte aus der gewährten Exklusivität fließende Befugnisse berührt (2) und dadurch unmittelbar oder mittelbar bestimmte Handlungen Dritter erlaubt, die grundsätzlich von der Rechtsmacht des Ausschließlichkeitsrechts erfasst wären (3).

Jede urheberrechtliche gesetzliche Regelung meint dabei, dass es aufgrund einer gesetzlichen Anordnung zu einer Einschränkung der Befugnisse des Rechteinhabers kommt. Damit fallen solche Exklusivitätsberührungen nicht darunter, die dem willentlich freien Entschluss des Rechteinhabers entspringen. Die Freiheit, über die Art und Weise der Ausübung (dem *Wie*) zu entscheiden, stellt gerade ein Element des Ausschließlichkeitsrechts dar. Eine freiwillige (vertragliche) Lizenzerteilung an Dritte ist daher gerade keine *Einschränkung* in dem hier definierten Sinne. Gleichzeitig sollen außerhalb des Schutzrechts liegende Maßnahmen, die *im Nachhinein* zu einer Begrenzung der Ausschließlichkeit führen, nicht von dem Begriff der „Exklusivitätseinschränkung“ erfasst sein,⁶²¹ mithin geht es um *urheberrechtsspezifische Einschränkungen*, die originär in diesem Schutzrechtsregime liegen und dort statuiert sind.⁶²²

In irgendeiner Weise bestimmte aus der gewährten Exklusivität fließende Befugnisse berühren leisten solche Regelungen, welche die Befugnis des Rechteinhabers, die Nutzung seines Werkes zu verbieten (Nein) oder zu erlauben (Ja) und dabei die Bedingungen auszuhandeln (Wie), auf ir-

621 Ein typischer Fall wäre etwa die Anwendung des *Kartellrechts* bei einer Lizenzverweigerung oder einer Lizenzerteilung zu unangemessenen Bedingungen (siehe EuGH, Urteil v. 06.04.1995, Verbundene Rechtssachen C-241/91 P und C 242/91 P (GRUR 1995, 490 ff.) – *Magill*; EuGH, Urteil v. 29.04.2004, Rs. C-418/01 (GRUR 2004, 524 ff.) – *IMS Health*; EuG, Urteil v. 17.09.2007, Rs. T-201/04 (Slg. 2007, II-3601) – *Microsoft/Kommission*).

622 Ebenso sollen mögliche Begrenzungen, die sich aus der *Definition einzelner Tatbestandsmerkmale* von Befugnissen ergeben (wie etwa der „Vervielfältigung“ oder der „Öffentlichkeit“) nicht vom hier entwickelten Begriff der „Einschränkung“ erfasst sein. Ebenfalls außen vor bleiben Regeln, die die Reichweite des Exklusivitätsrechts reduzieren, in dem die *Durchsetzung des Rechte* beschränkt wird (Bsp.: § 98 (4) UrhG). Auch andere Formen der Begrenzung der Ausschließlichkeit – wie etwa allgemeine Rechtfertigungsgründe – sind nicht Gegenstand der weiteren Analyse; siehe dazu WANDTKE/BULLINGER/LÜFT, *UrhR*, Vor §§ 44a ff. Rn. 4.

gendeine Weise beschneidet oder gar aufhebt. Anschaulich lässt sich dies etwa am *Zitat* nach § 51 UrhG zeigen: Grundsätzlich gewährt das Ausschließlichkeitsrecht dem Rechteinhaber die Befugnis, jede Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe seines Werkes zu untersagen oder zu erlauben. Nutzt ein Dritter nun einen Satz aus seinem Werk in Form eines *Zitats*, so ist eine vorherige Einholung der Erlaubnis des Rechteinhabers nicht erforderlich. Das Ausschließlichkeitsrecht ist *berührt und somit eingeschränkt*, da der Rechteinhaber es gerade nicht mehr verhindern kann, dass Teile seines Werkes vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich wiedergegeben werden.

Dadurch werden *unmittelbar oder mittelbar bestimmte Handlungen Dritter erlaubt, die grundsätzlich von der Rechtsmacht des Ausschließlichkeitsrechts erfasst wären*. Am Beispiel des *Zitats* bedeutet das: Liegt der *Zitatzweck* vor (sind also die Voraussetzungen des § 51 UrhG erfüllt), so darf ein Dritter das Werk zu diesen Zwecken nutzen, *obwohl* eine solche Handlung *grundsätzlich* im Bereich der Ausschließlichkeit des Rechteinhabers läge, also von dessen „Werkherrschaft“ erfasst wäre.

4. Konsequenzen

Ein eigenständiger Begriff, wie er hier definiert wurde, hilft, sich von bestehenden Bezeichnungen, Einordnungen und Konnotationen zu lösen und bietet damit im Gegensatz zu anderen Begriffen entscheidende Vorteile. Denn die „Exklusivitätseinschränkung“ belässt es zunächst bei einer rein *theoretischen Betrachtungsweise*, mit der sich der *Gegenpol zur Ausschließlichkeit* abstrakt konstituieren lässt, mithin wird der Begriff der „Einschränkung“ dadurch viel weiter verstanden und erfasst damit jede Exklusivitätsberührung im oben definierten Sinne und zwar *unabhängig von ihrer Vereinbarkeit mit dem nationalen, europäischen oder internationalen Urheberrecht*.⁶²³ Das heißt natürlich nicht, dass die Frage der Ver-

623 Wenn nun dem Wortlaut nach „Beschränkungen und Ausnahmen“ den Maßstab des internationalen Rechts bilden, welche Exklusivitätsbegrenzungen noch zulässig sind und welche nicht, dann muss dies zwangsläufig mit dem hier zugrunde gelegten Verständnis heißen, dass jede „Beschränkung und Ausnahme“ eine „Einschränkung der Ausschließlichkeit“, aber nicht jede „Einschränkung“ gleichzeitig eine „Beschränkung und Ausnahme“ im Sinne des europäischen und internationalen Rechts darstellt.

einbarkeit verschiedener Ausschließlichkeitseinschränkungen mit höherrangigem Recht nicht im Raum stünde – im Gegenteil. Ein solcher Ansatz soll gerade dabei helfen, eine Prüfung an höherrangigem Recht vornehmen zu können. Nur so lassen sich zwei verschiedene Verhältnisse aufdecken: zum einen das Verhältnis zwischen *Exklusivität und Einschränkung*, zum anderen die Beziehung von *Exklusivitätseinschränkungen mit höherrangigem Recht*.

C. Kategorisierung

Es finden sich im Urheberrecht verschiedene Formen der hier definierten Ausschließlichkeitseinschränkung, die sich anhand unterschiedlicher Merkmale kategorisieren lassen. Keine der möglichen Kriterien vermag es allerdings für sich beanspruchen, eine wirklich sinnvolle, halbwegs erschöpfende und überschneidungsfreie Einteilung zu bewältigen.⁶²⁴ Vorliegend sollen daher nur zwei Aspekte, namentlich die *Art und Weise der Gesetzeskonzeption* und die *Intensität*, mit der das Ausschließlichkeitsrecht *eingeschränkt* wird, als Referenzpunkte einer solchen Systematisierung dienen. Kriterien wie der Schutzzweck, die involvierten geschützten Interessen,⁶²⁵ die rechtspolitischen Ziele⁶²⁶ oder die dahinterstehenden Problemstellungen⁶²⁷ werden bei der Kategorisierung zunächst nicht berücksichtigt.

Mit der genannten Differenzierung ist es möglich, bestehende Exklusivitätseinschränkungen anhand ihrer jeweiligen *Einschränkungsintensität* voneinander abzugrenzen.⁶²⁸ Dabei können – ohne selbstverständlich den Anspruch auf eine erschöpfende Darstellung zu erheben – vier mögliche

624 Denkt man an den „Schranken katalog“ des deutschen UrhG, so lässt sich dann eher von einem „Konglomerat von verschiedenen rechtspolitischen Zielen“ sprechen; siehe LOEWENHEIM/GÖTTING, *HB UrhR*, § 30 Rn. 5; siehe auch HILTY, *Urheberrecht*, Rn. 214, kritisch zu „dogmatischen Abgrenzungsbemühungen“, die letztlich nur „relativen Wert“ hätten, zumal das Gesetz eine logische Einteilung gar nicht erst vorgebe.

625 Siehe SCHRICKER/LOEWENHEIM/MELICHAR, *UrhR*, Vor §§ 44a ff. Rn. 4 ff.

626 So etwa LOEWENHEIM/GÖTTING, *HB UrhR*, § 30 Rn. 5 ff.

627 Siehe die rein „didaktische“ Einteilung bei HILTY, *Urheberrecht*, Rn. 217 ff.

628 Ähnlich schon SCHRICKER/LOEWENHEIM/MELICHAR, *UrhR*, Vor §§ 44a ff. Rn. 6; LOEWENHEIM/GÖTTING, *HB UrhR*, § 30 Rn. 14; DREIER/SCHULZE/DREIER, *UrhG*, Vorbemerkung §§ 44a ff. Rn. 10, 11.

Formen von Exklusivitätseinschränkungen aufgezeigt werden, namentlich die *vergütungsfreie gesetzliche Lizenz*, die *vergütungspflichtige gesetzliche Lizenz*, die *Zwangslizenz* und die *Verwertungsgesellschaftspflicht*.⁶²⁹ Alle vier Exklusivitätseinschränkungen weisen nicht nur eine besondere Gestalt in ihrer gesetzlichen Konzeption auf, sondern unterscheiden sich auch in der Art und Weise, *auf welche Weise* und *wie stark* sie das Ausschließlichkeitsrecht berühren. Die Verwertungsgesellschaftspflicht tritt dabei zwar regelmäßig im Zusammenhang mit einer (vergütungspflichtigen) gesetzlichen Lizenz auf, wodurch insoweit ein Gleichlauf in Art und Wirkung besteht, der eine sinnvolle Abgrenzung zwischen beiden „Figuren“ nahezu unmöglich macht. Als „besonderes“ Instrument der kollektiven Rechteinahmewahrnehmung, das gerade für die anschließende Untersuchung der EKL von wesentlicher Bedeutung ist, erscheint eine eigenständige Betrachtung der Verwertungsgesellschaftspflicht aber gleichwohl gerechtfertigt.

Im Folgenden sollen nun die genannten Einschränkungen vorgestellt, ihr Verhältnis zur Ausschließlichkeit aufgezeigt und ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht in der gebotenen Kürze diskutiert werden.

D. Vergütungsfreie Gesetzliche Lizenz

I. Terminologie und Definition

Unter einer *vergütungsfreien gesetzlichen Lizenz* (häufig auch als „Freistellung“, „Gratislizenz“⁶³⁰, „Freie Werknutzung“⁶³¹ oder schlicht als „Ausnahme“⁶³² bezeichnet) wird eine gesetzliche Bestimmung verstanden,

629 Ähnlich GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts*, S. 20; DREIER/SCHULZE/DREIER, *UrhG*, Vorbemerkung §§ 44a ff. Rn. 11 ff.; LOEWENHEIM/GÖTTING, *HB UrhR*, § 30 Rn. 14 ff.; KLEINEMENKE, *Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?*, S. 61 ff.

630 So etwa REHBINDER, in: FS 100 Jahre URG, S. 354; SCHRICKER/LOEWENHEIM/MELICHAR, *UrhR*, Vor §§ 44a ff. Rn. 6. Der Begriff „Gratislizenz“ mag insoweit unpräzise sein, weil damit ein grundsätzliches Vergütungselement der Lizenz impliziert zu sein scheint. Lizenzen können aber auch vergütungsfrei eingeräumt werden, wenn nicht sogar „gegenleistungsfrei“. Wenn man überhaupt von „Lizenz“ sprechen will (auch dies mag schon zweifelhaft sein), so muss man (neben den gängigen (vergütungspflichtigen) gesetzlichen Lizenzen) konsequenterweise auch hier von einer „gesetzlichen Lizenz“ sprechen (da beide zustimmungsfrei), jene aber eben vergütungsfrei ausgestaltet ist; so zu Recht HILTY, in: FS Schrickler

die eine bestimmte Handlung, die grundsätzlich in den Bereich des Ausschließlichkeitsrechts fällt, unter bestimmten Voraussetzungen *ohne Zustimmung* des Rechteinhabers *vergütungsfrei erlaubt*.⁶³³

II. Einschränkungsförm und -grad

Im Falle der vergütungsfreien gesetzlichen Lizenz sind positive wie negative Seite der Ausschließlichkeit aufgehoben,⁶³⁴ denn der Rechteinhaber ist nicht mehr in der Lage, die Nutzung seines Werkes zu verbieten, zu erlauben oder die Bedingungen der Nutzung auszuhandeln. Voraussetzungen und Rechtsfolge der Nutzung ergeben sich direkt aus dem Gesetz, mithin tritt die Wirkung automatisch ein, sobald die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Es handelt sich damit um die *stärkstmögliche Exklusivitätseinschränkung*.⁶³⁵

III. Anwendungsbereich

Obwohl die vergütungsfreie gesetzliche Lizenz die Ausschließlichkeit am stärksten einschränkt und daher nur in Ausnahmefällen für zulässig erachtet wird,⁶³⁶ kennt etwa das deutsche Urheberrechtsgesetz momentan bis zu fünfzehn verschiedene Anwendungsbereiche.⁶³⁷

(2005), S. 333 f. Außerhalb des deutschen Sprachraums wird diese Art der Exklusivitätseinschränkung eher mit „exception“ oder „exemption“ umschrieben; vgl. GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts*, S. 21.

631 Kritisch zum Begriff: SCHRICKER/LOEWENHEIM/MELICHAR, *UrhR*, Vor §§ 44a ff. Rn. 6.

632 RIKLIN, *Das Urheberrecht als individuelles Herrschaftsrecht*, S. 94.

633 HILTY, *Urheberrecht*, Rn. 211; SCHRICKER/LOEWENHEIM/MELICHAR, *UrhR*, Vor §§ 44a ff. Rn. 6.

634 LOEWENHEIM/GÖTTING, *HB UrhR*, § 30 Rn. 16; DREIER/SCHULZE/DREIER, *UrhG*, Vorbemerkung §§ 44a ff. Rn. 11, 15.

635 Treffend GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts*, S. 21: „(...) the most serious encroachment upon the copyright owner’s exclusive rights“.

636 DREIER/SCHULZE/DREIER, *UrhG*, Vorbemerkung §§ 44a ff. Rn. 15.

637 §§ 44a, 45, 47, 48, 50, 51, teilw. 45a, 52 und 53 sowie 55-60 UrhG (ausgenommen §§ 55a, 69d und 69e UrhG). In *Schweden* finden sich bis zu achtzehn verschiedene zustimmungs- und vergütungsfreie Exklusivitätseinschränkungen, ausgenommen der Regelungen für Computerprogramme (konkret handelt es sich da-

IV. Vorgaben des höherrangigen Rechts

1. Internationales Recht

Der spärlichen Ausgestaltung an Exklusivitätseinschränkungen auf internationaler Ebene ist es geschuldet, dass sich solche, wenn sie überhaupt vorgesehen sind, auf die Gewährung eines gewissen Spielraumes zur Ausgestaltung durch die Staaten beschränken.⁶³⁸ Einzig das Zitatrecht ist in Art. 10 (1) RBÜ unmittelbar als *zwingende* und (unmittelbar wirkende)⁶³⁹ Einschränkung etabliert.⁶⁴⁰ Voraussetzung ist, dass die Nutzung durch den Zitat Zweck gerechtfertigt ist und „anständigen Gepflogenheiten“ entspricht. Daneben finden sich mögliche zustimmungs- und vergütungsfreie Einschränkungen in Art. 2bis (2), Art. 10 (2), 10bis (1)⁶⁴¹, 10bis (2) und 11bis (3) RBÜ⁶⁴², bei denen die Verbandsstaaten vergütungsfreie ge-

bei um §§ 11a, 12, 14, 16, 17 (teilw.), 18 – 26, 26a (teilw.), 26b, 26c, 26e UrhG-S). In Skandinavien wird die Nutzung zum privaten Gebrauch – trotz der Vergütungspflicht von Herstellern und Importeuren von Vervielfältigungsgeräten und Speichermedien – zur vergütungsfreien Nutzung gezählt; siehe ROGNSTAD, *Opphavsrett*, S. 241.

638 DREIER/SCHULZE/DREIER, *UrhG*, Vorbemerkung §§ 44a ff. Rn. 20.

639 Grundsätzlich bedürfen völkerrechtliche Verträge der Umsetzung in nationales Recht (für Deutschland: Art. 59 (2) GG); siehe DREIER/SCHULZE/DREIER, *UrhG*, Vor §§ 120 ff. Rn. 23. Ist dies geschehen, können Rechtssätze dann unmittelbare Anwendung erlangen, wenn sie inhaltlich bestimmt genug sind, um von den Gerichten auf einen konkreten Sachverhalt zwischen Privatpersonen angewandt werden zu können (siehe RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights (Vol. I)*, Rn. 5.09).

640 RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights (Vol. I)*, Rn. 13.42; HUGENHOLTZ/OKEDIJI, *Limitations and Exceptions*, S. 15. Fraglich ist allerdings, ob eine Pflicht zur Umsetzung durch die Verbandstaaten abgesehen von den „Mindestrechten“ auch für „Ausschließlichkeitseinschränkungen“ besteht, das Zitatrecht damit tatsächlich „zwingend“ eingeräumt werden muss, wenn die RBÜ gleichzeitig ein höheres Schutzniveau nicht verbietet (vgl. Art. 19, 20 RBÜ); zweifelnd etwa v. LEWINSKI, *International Copyright Law & Policy*, Rn. 5.154, 5.163.

641 Interessanterweise war Art. 10bis (1) RBÜ in seiner ursprünglichen Fassung – ähnlich wie Art. 10 (1) RBÜ – als zwingende Ausnahme vorgesehen gewesen; ausführlich dazu RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights (Vol. I)*, Rn. 13.47 ff., 13.53.

642 Weitere Exklusivitätseinschränkungen können sich auch aus den sog. *ungeschriebenen Ausnahmen* („implied exceptions“) der RBÜ ergeben. Diese betreffen zum einen „kleine Ausnahmen“ („minor reservations“) zu den in Art. 11, 11bis, 11ter,

setzliche Lizenzen einführen, aber ebenso gut auch eine Vergütungspflicht oder überhaupt keine Einschränkungen vorsehen können.⁶⁴³

Sucht man – neben den speziellen in der RBÜ festgelegten – nach *weiteren* zustimmungs- und vergütungsfreien Exklusivitätseinschränkungen, so stößt man unweigerlich auf den *Drei-Stufen-Test*,⁶⁴⁴ dem freilich nicht entnommen werden kann, dass zustimmungs- und vergütungsfreie Exklusivitätseinschränkungen *per se* seine Anforderungen nicht erfüllen würden.⁶⁴⁵

2. Europäisches Recht

Die InfoSoc-RL sieht erstaunlicherweise in ihrem Katalog der überwiegend fakultativen „Beschränkungen und Ausnahmen“ bei achtzehn (!) von 21 Exklusivitätseinschränkungen eine Vergütungspflicht *grundsätzlich nicht* vor.⁶⁴⁶ Zwar können die Mitgliedstaaten einen gerechten Ausgleich auch in Fällen vorsehen, „in denen sie die fakultativen Bestimmungen über die Ausnahmen und Beschränkungen, die einen derartigen Ausgleich nicht vorschreiben, anwenden“⁶⁴⁷; daraus folgt aber nicht, dass die RL *grundsätzlich* eine solche Vergütungspflicht erfordern würde bzw. höhere Anforderungen an die Zulässigkeit bei einem Wegfall der Vergü-

13 und 14 RBÜ gewährten Rechten, vorausgesetzt, die wirtschaftliche Bedeutung der Nutzung ist nur marginal. Zum anderen finden alle in der RBÜ statuierten Schranken – mit Ausnahme der Art. 11bis (2) und Art. 13 RBÜ – auch Anwendung auf das Übersetzungsrecht (Art. 8 RBÜ). Zum Ganzen: RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights (Vol. I)*, Rn. 13.78 ff.

643 RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights (Vol. I)*, Rn. 13.53 (8), 13.76.

644 Ausführlich zum Drei-Stufen-Test unten, bei § 8 C.

645 SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 237 f.; HUGENHOLTZ/OKEDJII, *Limitations and Exceptions*, S. 52 f.; ähnlich v. LEWINSKI, *International Copyright Law & Policy*, Rn. 5.185; RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights (Vol. I)*, Rn. 13.25. Vgl. auch WIPO, *Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm (Vol. II)*, S. 1145: „If it is not considered that reproduction does not conflict with the normal exploitation of the work, the next step would be to consider whether it does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author. Only if such is not the case would it be possible in certain special cases to introduce a compulsory license, or to provide for use without payment [Hervorhebung durch Verf].“

646 Art. 5 (1), Art. 5 (2) lit. c) und d), Art. 5 (3) lit. a) - o) InfoSoc-RL.

647 Erwägungsgrund (38) InfoSoc-RL.

tungspflicht zu stellen sind.⁶⁴⁸ Sonst wäre es entbehrlich gewesen zu betonen, dass in „bestimmten Fällen von Ausnahmen und Beschränkungen“⁶⁴⁹ Rechteinhaber einen gerechten Ausgleich erhalten sollen. Folglich sieht die InfoSoc-RL außer in Fällen, in denen eine Vergütungspflicht zwingend angeordnet ist, grundsätzlich zustimmungs- und vergütungsfreie Exklusivitätseinschränkungen vor.⁶⁵⁰

Die jüngst verabschiedete RL 2012/28/EU (OW-RL)⁶⁵¹ kennt schließlich in Art. 6 (1) eine vergütungsfreie gesetzliche Lizenz für die Nutzung *verwaister Werke*. Zwar erhalten Rechteinhaber, die den Waisenstatus ihrer Werke oder sonstiger Schutzgegenstände beenden, gem. Art. 6 (5) OW-RL einen gerechten Ausgleich für die vergangene Nutzung. Doch wird dieser Anspruch erst im Nachhinein fällig und hindert damit nicht an der zunächst vergütungsfreien Nutzung durch die privilegierte Einrichtung. Taucht der Rechteinhaber nicht auf oder beendet er den Zustand des verwaisten Werkes nicht, so wird die Vergütung schon gar nicht fällig. Die Rechtmäßigkeit der Nutzung ist damit nicht von dem zu zahlenden Ausgleich abhängig; letzteres stellt vielmehr eine Art „Entschädigung“ für die vorherige (zustimmungsfreie) Nutzung dar.

E. Vergütungspflichtige Gesetzliche Lizenz

I. Terminologie und Definition

Ähnlich der vergütungsfreien gesetzlichen Lizenz erlaubt auch die *vergütungspflichtige* gesetzliche Lizenz die Nutzung eines Werkes *ohne die Zustimmung* des Rechteinhabers, freilich mit dem entscheidenden Unterschied, dass dem Rechteinhaber *ein Anspruch auf Vergütung* für die er-

648 So aber SCHRICKER/LOEWENHEIM/MELICHAR, *UrhR*, Vor §§ 44a ff. Rn. 13; WANDTKE/BULLINGER/JANI, *UrhR*, § 52b Rn. 36.

649 Erwägungsgrund (35) InfoSoc-RL.

650 So auch WALTER/V. LEWINSKI/V. LEWINSKI/WALTER, *European Copyright Law*, Rn. 11.5.23. Zu berücksichtigen ist wieder der Drei-Stufen-Test, der über Art. 5 (5) InfoSoc-RL auch explizit Einzug in das europäische Recht gefunden hat.

651 *Richtlinie 2012/28/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 über bestimmte zulässige Formen der Nutzung verwaister Werke* (im Folgenden: OW-RL).

folgte Nutzung eingeräumt wird.⁶⁵² Liegen die Voraussetzungen einer vergütungspflichtigen gesetzlichen Lizenz vor, wird im Moment der Nutzung ein *gesetzliches Schuldverhältnis* begründet. Die Höhe der zu zahlenden Vergütung kann sich direkt aus dem Gesetz⁶⁵³, aus einer Vereinbarung der involvierten Parteien⁶⁵⁴ oder aber aus der Festsetzung durch eine bestimmte Stelle⁶⁵⁵ ergeben.

II. Einschränkungform und -grad

Bei der vergütungspflichtigen gesetzlichen Lizenz kann der Rechteinhaber die Nutzung seines Werkes weder verbieten noch erlauben oder die Bedingungen der Nutzung aushandeln – positive und negative Seite der Exklusivität sind von vornherein aufgehoben. Da dem Rechteinhaber – im Unterschied zur vergütungsfreien gesetzlichen Lizenz – ein Anspruch auf Vergütung für die vergangene Nutzung eingeräumt wird,⁶⁵⁶ stellt sie eine *we-*

652 HILTY, in: FS Schricke (2005), S. 334; ULMER, *Urheber- und Verlagsrecht*, S. 293; RIKLIN, *Das Urheberrecht als individuelles Herrschaftsrecht*, S. 99 f.

653 So im Fall der privaten Nutzung in Dänemark (§§ 12 i.V.m. 39 ff. UrhG-D) oder Schweden (§ 12 i.V.m. § 26k, 26l UrhG-S); so auch die frühere Rechtslage in Deutschland (§ 54d (1) UrhG a.F. i.V.m. Anlage UrhG a.F.).

654 So etwa im Falle von §§ 13a 17a, 18, 23 (2), 23a, 45 UrhG-N, §§ 17 (3), 18, 68 UrhG-D und §§ 17, 18, 26a, 47 UrhG-S. Falls eine Einigung über die Höhe nicht zustande kommt, kann in Norwegen die Vergütung gem. § 35 UrhG-N vom norwegischen Kulturministerium oder durch das *Vergütungsschiedsgericht*, in Dänemark gem. § 47 UrhG-D vom *Urheberrechtslizenztibunal* (Ophavsretslicensnævnet) und in Schweden gem. § 58 UrhG-S durch das *Bezirksgericht Stockholm* festgesetzt werden. Werden die Vergütungsansprüche, die auf gesetzlichen vergütungspflichtigen Lizenzen beruhen, über die kollektive Rechtswahrnehmung realisiert, wie dies überwiegend in Deutschland der Fall ist, so stellen auch die von Verwertungsgesellschaften mit Nutzerverbänden geschlossenen *Gesamtverträge* eine solche Vereinbarung über die Vergütungshöhe dar.

655 In Norwegen wird die Kompensation für die Vielfältigung zum privaten Gebrauch über den Staatshaushalt finanziert (§ 12 UrhG-N). Ähnlich ist die Situation auch in den USA, wo die Vergütungssätze zur Herstellung und Verbreitung von Tonträgern (17 U.S.C. § 115) staatlich festgelegt werden.

656 Es ist umstritten, ob der Vergütungsanspruch als eine abgeschwächte Form des ursprünglichen Ausschließlichkeitsrechts (minus) (so etwa REHBINDER, UFITA 1974 (71), 53, 59 ff.; SCHACK, ZUM 1989, 267, 270 ff.; zum ganzen Meinungsstreit ausführlich STÖHR, *Gesetzliche Vergütungsansprüche*, S. 70 ff.) oder als ein eigenständiger, von der Exklusivität losgelöster Anspruch (aliud) anzusehen ist, der bereits im Moment der Werkschöpfung entsteht (so die h.M.; siehe SCHRI-

niger starke Einschränkung der Exklusivität dar, denn sie lässt den Rechteinhaber immerhin an der Werknutzung finanziell partizipieren,⁶⁵⁷ wenn auch mit kaum individuellem Einfluss auf die Vergütungshöhe.

III. Anwendungsbereich

Das (deutsche) Urheberrechtsgesetz kennt drei unterschiedliche Arten von gesetzlichen Vergütungsansprüchen, von denen aber nur zwei als Bestandteil von vergütungspflichtigen gesetzlichen Lizenzen gewertet werden können. Zum einen finden sich Regelungen, bei denen die Werknutzung *unmittelbar* zur Entstehung eines Vergütungsanspruchs führt.⁶⁵⁸ Zum anderen finden sich „Mischformen“ von vergütungsfreier und vergütungspflichtiger gesetzlicher Lizenz. So kann eine Nutzung zunächst unter bestimmten Voraussetzungen zustimmungs- und vergütungsfrei sein; werden aber gewisse Voraussetzungen nicht eingehalten, entspringt unmittelbar ein Vergütungsanspruch.⁶⁵⁹ Umgekehrt kann auch eine Vergütungspflicht für die Nutzung angeordnet sein, die unter bestimmten Umständen entfällt.⁶⁶⁰ Rechtstechnisch handelt es sich sowohl um eine vergütungsfreie als auch um eine vergütungspflichtige gesetzliche Lizenz.⁶⁶¹ Der Wechsel zur Vergütungspflicht bzw. -freiheit hängt letztlich davon ab, ob bestimmte „andere“ Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind oder eben nicht.⁶⁶² Davon zu trennen sind „reine“ Vergütungsansprüche, die *zusätzlich* bzw. *nachträglich* zum Ausschließlichkeitsrecht erwachsen können.⁶⁶³

CKER/LOEWENHEIM/MELICHAR, *UrhR*, Vor §§ 44a ff. Rn. 24 ff.; DREIER/SCHULZE/DREIER, *UrhG*, Vorbemerkung §§ 44a ff. Rn. 17; MELICHAR, *Die Wahrnehmung von Urheberrechten*, S. 13 ff.).

657 GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts*, S. 22 ff.

658 HILTY, in: FS Schricker (2005), S. 334. So erlaubt § 52b UrhG etwa bestimmten privilegierten Einrichtungen die öffentliche Zugänglichmachung veröffentlichter Werke an elektronischen Leseplätzen und ordnet gleichzeitig einen Anspruch auf angemessene Vergütung für diese Zugänglichmachung an (S. 3).

659 Wie im Fall des § 47 UrhG.

660 So etwa §§ 45a (2) (1) 2. HS, 49 (1) (2), 52 (1) (3) UrhG.

661 STÖHR, *Gesetzliche Vergütungsansprüche*, S. 45.

662 HILTY, in: FS Schricker (2005), S. 334 f.; STÖHR, *Gesetzliche Vergütungsansprüche*, S. 44 f.

663 So §§ 20b (2) (1) UrhG, 27 (1) sowie §§ 27 (2) S. 1, 26 (1) UrhG; siehe STÖHR, *Gesetzliche Vergütungsansprüche*, S. 51 ff.

Eine besondere Form der vergütungspflichtigen gesetzlichen Lizenz – obwohl oftmals als geradezu exemplarisch für diese Art der Exklusivitätseinschränkung angeführt⁶⁶⁴ – stellt die *Nutzung zum privaten Gebrauch* dar, da in diesem Falle Nutzungsberechtigter und Anspruchsgegner nicht in einer Person zusammenfallen. Während § 53 (1) UrhG einzelne Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch durch eine natürliche Person gestattet, ordnen die §§ 54 ff. UrhG an, dass dem Urheber ein Anspruch gegen den Hersteller und Importeur von Geräten und Speichermedien zusteht. Diese – auf Praktikabilitätsgründen beruhende – Regelung stellt streng genommen keine gesetzliche Lizenz im eigentlichen Sinne dar.⁶⁶⁵ Denn im Grunde handelt es sich eher um eine „vergütungsfreie gesetzliche Lizenz“,⁶⁶⁶ verbunden mit einer Vergütungspflicht der Hersteller und Importeure von Geräten und Speichermedien.

In *Skandinavien* finden sich in einigen Bereichen sog. „tvångslicenser“ (schwed.), welche auf den ersten Blick an die sogleich besprochene „Zwangslizenz“ denken lassen, da zunächst die Parteien versuchen, eine Einigung über die Vergütungshöhe zu erzielen. Mit dem hier angelegten Differenzierungskriterium in dem Sinne, dass eine Nutzung schon zulässig ist, bevor eine Einigung erzielt bzw. eine Vergütung gezahlt wird, da sich die Erlaubnis direkt aus dem Gesetz ergibt, müssen die „skandinavischen Zwangslizenzen“ aber richtigerweise als „gesetzliche vergütungspflichtige Lizenzen“ eingeordnet werden.⁶⁶⁷

664 Als „Magna Charta“ der gesetzlichen Lizenzen bezeichnend: HOEREN, in: Lehmann (Hg.), *Internet- und Multimediarecht*, S. 104.

665 Ähnlich HILTY, in: FS Schricker (2005), S. 335.

666 Zumal bereits § 15 (2) LUG und § 18 (1) KUG die vergütungsfreie Vervielfältigung zum privaten Gebrauch erlaubten. Eine Inanspruchnahme der Hersteller und Importeure von Kopier- und Speichermedien wurde erst 1965 eingeführt (nach BGH, GRUR 1955, 492 – *Grundig-Reporter*; BGH, GRUR 1955, 544 – *Fotokopie*). An der „vergütungsfreien“ Nutzung zum privaten Gebrauch änderte dies aber im Grunde nichts. Zur Entstehungsgeschichte SCHRICKER/LOEWENHEIM/LOEWENHEIM, *UrhR*, § 53 Rn. 4 ff.

667 Zwar wird die Vergütung – wenn keine Einigung zwischen den Parteien erzielt werden kann – durch ein spezielles Gremium oder die Regierung festgelegt; die Rechtmäßigkeit der Nutzung scheint aber nicht von der Entscheidung über die Vergütungshöhe abzuhängen, folglich ist eine Nutzung *vor* Einigung grundsätzlich *zulässig*; siehe *Prop. 1979/80:132*, S. 76; *Bet. Nr. 912/1981*, S. 35; ROGNSTAD, *Opphavsrett*, S. 216 f., 272; SCHÖNNING, *Ophavsretsloven*, S. 444. Allerdings besteht in einigen Fällen die Möglichkeit, dass bei Ausbleiben der Vergütungszah-

IV. Vorgaben des höherrangigen Rechts

1. Internationales Recht

Dem internationalen Recht lassen sich gerade einmal zwei Regelungen entnehmen, die eine erlaubte Nutzung ausdrücklich einer Vergütungspflicht unterwerfen.⁶⁶⁸ So erlaubt einerseits Art. 11bis (2) RBÜ den Verbandsländern, die Ausübung der Rechte aus Art. 11bis (1) unter bestimmten Voraussetzungen zu regeln, andererseits ermöglicht es Art. 13 (1) RBÜ, Vorbehalte und Voraussetzungen festzulegen für das „ausschließliche Recht des Urhebers eines musikalischen Werkes und des Urhebers eines Textes, dessen Aufnahme auf einen Tonträger zusammen mit dem musikalischen Werk dieser Urheber bereits gestattet hat, die Aufnahme des musikalischen Werkes und gegebenenfalls des Textes auf Tonträger zu erlauben“. In beiden Fällen darf der Anspruch des Urhebers auf eine „angemessene Vergütung nicht beeinträchtigt“ werden, die mangels gütlicher Einigung durch die zuständige Behörde festgesetzt wird. Daraus könnte man schließen, dass eine gütliche Einigung zwischen den Parteien grundsätzlich Vorrang zu gesetzlich festgesetzten bzw. pauschalierten Tarifen genießt.⁶⁶⁹ Da die Ausgestaltung der Regelung aber den Verbandsländern überlassen bleibt, können diese die Art und Weise der Vergütung selbst festlegen. Entscheidend ist, dass ein *hoheitlicher Mechanismus* etabliert ist, der dem Urheber eine Vergütung sichert. Darunter fällt eine gesetzliche festgelegte Vergütung ebenso wie ein durch eine Verwertungsgesellschaft aufgestellter Tarif.⁶⁷⁰

lung die weitere Nutzung durch das Ministerium *verboten* werden kann; siehe § 35 S. 2 UrhG-N, § 68 (5) UrhG-D.

668 Interessanterweise wäre allein im Falle des Zitatrechts nach Art. 10 (1) RBÜ – als einzig zwingende Ausschließlichkeitsrechtseinschränkung des internationalen Rechts – eine nationale Umsetzung, die die Nutzung eines Werkes zum Zwecke des Zitats einer Vergütungspflicht unterwirft, konventionsrechtlich unzulässig.

669 Vgl. HILTY, GRUR 2009, 641.

670 Dementsprechend sind oder waren in vielen Ländern vergütungspflichtige gesetzliche Lizenzen nach Art. 11bis (2) und Art. 13 (1) RBÜ vorgesehen: Für das Senderecht (Art. 11bis RBÜ) etwa in *Ungarn* (Art. 27 UrhG Ungarn), wobei diese in Form von Verträgen zwischen Verwertungsgesellschaft und Nutzer realisiert werden soll, und ehemals in *Polen* (Art. 21 a.F.; heute einer Verwertungsgesellschaftspflicht unterworfen; näher dazu BADOWSKI, GRUR Int. 2001, 296 f.). In *Deutschland* werden die Senderechte überwiegend kollektiv wahrgenommen, insofern bestand und besteht kein Bedürfnis nach einer Ausschließlichkeitsein-

Wie bereits gesehen, schließt der *Drei-Stufen-Test* eine Einführung von gesetzlichen Lizenzen per se nicht aus.⁶⁷¹ Gespiegelt an der Intensität der Exklusivitätseinschränkung dürfte dabei gelten, dass die Vorgaben des Tests bei einer Einschränkung mit einer verbundenen Vergütung *eher* erfüllt sein dürften als bei einer vergütungsfreien Nutzungserlaubnis.⁶⁷²

2. Europäisches Recht

Gerade einmal drei der in Art. 5 der InfoSoc-RL aufgeführten „Beschränkungen und Ausnahmen“ sehen zwingend vor, dass die Rechteinhaber „einen gerechten Ausgleich erhalten“ sollen, womit nur diese als vergütungspflichtige gesetzliche Lizenzen einzuordnen sind.⁶⁷³

F. Zwangslizenz

I. Terminologie und Definition

Während man in Deutschland eine mehr oder weniger klare Linie zwischen Zwangslizenz und gesetzlicher Lizenz zu ziehen vermag,⁶⁷⁴ legt

schränkung. In *Skandinavien* wird die Einräumung durch Verwertungsgesellschaften mittels EKL unterstützt. Eine eigene Form der gesetzlichen Lizenz für die phonographische Industrie (Art. 13 RBÜ) sieht heute noch die USA in 17 U.S.C. § 115 vor. Zwar muss zunächst die Intention zur Tonträgerherstellung bei der *Harry Fox Agency* oder beim *US Copyright Office* angezeigt und somit *vorab* die Zustimmung eingeholt werden, doch wird die zu zahlende Vergütung in Form von Tarifen – und damit ohne Einfluss des Rechteinhabers und Nutzers – durch das *US Copyright Office* bestimmt (siehe US COPYRIGHT OFFICE, *Mechanical License Royalty Rates*). Eine gesetzliche Lizenz zur Tonträgerherstellung von musikalischen Werken sah auch noch das Urheberrecht des Vereinigten Königreichs von 1956 vor (Part I § 8 *Copyright Act 1956 (UK)* (Special exception in respect of records of musical works); vgl. auch ULMER, *Urheber- und Verlagsrecht*, S. 294.

671 Siehe oben, bei § 5 D IV 1.

672 GERVAIS, UOLTJ 2008, S. 29 f.; HUGENHOLTZ/OKEDJI, *Limitations and Exceptions*, S. 24 f.

673 Art. 5 (2) lit. a), Art. 5 (2) lit. b), Art. 5 (2) lit. e) InfoSoc-RL.

674 Siehe u.a. REHBINDER/PEUKERT, *Urheberrecht*, Rn. 594 ff.; ULMER, *Urheber- und Verlagsrecht*, S. 292 ff.; DREIER/SCHULZE/SCHULZE, *UrhG*, § 42a Rn. 1 f.; SCHRIEKER/LOEWENHEIM/MELICHAR, *UrhR*, Vor §§ 44a ff. Rn. 6; WOLFF, *Zwangslizenzen*

man im internationalen Kontext mit dem entsprechenden Begriff der „compulsory license“ kein einheitliches Verständnis zugrunde. Stattdessen werden mit „compulsory license“ (bzw. seltener mit „statutory license“) häufig sowohl Zwangslizenzen als auch gesetzliche Lizenzen bezeichnet,⁶⁷⁵ wobei die Unschärfen noch dadurch verstärkt werden, dass gewisse Formen der hierzulande bekannten „Schranken“ im angloamerikanischen Recht schon gar nicht anzutreffen sind.

Für die vorliegende Untersuchung soll in Abgrenzung zu den vergütungspflichtigen gesetzlichen Lizenzen unter „Zwangslizenz“ eine Exklusivitätseinschränkung verstanden werden, die den Rechteinhaber verpflichtet, unter bestimmten Voraussetzungen *jedem Dritten eine Lizenz zu angemessenen Bedingungen einzuräumen*.⁶⁷⁶ Die Zwangslizenz unterwirft den Rechteinhaber damit einem *Kontrahierungszwang*, gewährt also dem Dritten einen schuldrechtlichen Anspruch auf die Einräumung einer Lizenz. Während die Nutzungserlaubnis damit vom Gesetz erzwungen wird, sind die Bedingungen der Nutzung zwischen den Parteien *auszuhandeln*.⁶⁷⁷ Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass – solange keine Einigung zwischen Rechteinhaber und Nutzer erzielt wurde – eine Nutzung vorab

im Immaterialgüterrecht, S. 21 f.; beide Begriffe synonym verwendend etwa DEMARET, GRUR Int. 1987, 3 f.; ebenso RIKLIN, *Das Urheberrecht als individuelles Herrschaftsrecht*, S. 100, der allerdings zuvor richtig differenziert.

675 GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts*, S. 25; NOEL, RIDA 1981 (108), 51 ff.

676 In diesem Sinne SCHRICKER/LOEWENHEIM/MELICHAR, *UrhR*, Vor §§ 44a f. Rn. 36, 37; HILTY, GRUR 2009, 639 f.; HANSEN, GRUR Int. 2005, 383; GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts*, S. 25 f.; DAVIES, *Copyright and the Public Interest*, S. 284 ff.; KOSKINEN-OLSSON, *Collective Management in Reprography*, S. 20 f.; LIECHTI, in: FS Berner Übereinkunft und die Schweiz, S. 378 f.; REHBINDER, in: FS 100 Jahre URG, S. 354, 356.

677 Die in den USA üblichen „Compulsory Licenses“ oder „Statutory Licenses“ weisen sowohl Merkmale der gesetzlichen Lizenz wie auch der Zwangslizenz im hier definierten Sinne auf. Während in einigen Bereichen eine beabsichtigte Nutzung dem Rechteinhaber (oder beim US Copyright Office) angezeigt werden muss (17 U.S.C. §§ 112, 114, 115, 118, 1003), ist in anderen Fällen eine bloße Vergütung zu zahlen (17 U.S.C. §§ 111, 119 betrifft). Damit ähnelt der erste Fall der Zwangslizenz nur insoweit, dass der Nutzer vor der Nutzung aktiv werden muss, der zweite Fall weist gewisse Parallelen zur gesetzlichen Lizenz dadurch auf, dass die vorherige Zahlung einer Vergütung letztlich nicht zur Bedingung einer rechtmäßigen Nutzung gemacht wird. Im Unterschied aber zu der hier definierten Form der Zwangslizenz kommt es grundsätzlich zu einer staatlichen Aufstellung von Tarifen, selbst wenn sich in einigen Bereichen Rechteinhaber und

eine Urheberrechtsverletzung darstellt.⁶⁷⁸ Einigen sich Rechteinhaber und Nutzer nicht auf die Bedingungen der Nutzung, kann der Nutzer die Einräumung des Nutzungsrechts über den Rechtsweg verlangen; das Urteil ersetzt die fehlende Einwilligung.⁶⁷⁹

II. Einschränkungform und -grad

1. Die Zwangslizenz als bloße Ausübungsregelung?

War die Einordnung als Exklusivitätseinschränkung bei den zuvor besprochenen gesetzlichen Lizenzen problemlos zu bejahen, so scheint bei der Zwangslizenz möglicherweise eine besondere Rechtfertigung erforderlich. Denn blickt man etwa auf die deutsche Zwangslizenzregelung gem. § 42a UrhG, so fällt auf, dass die Bestimmung nicht innerhalb der „Schranken des Urheberrechts“ (Kapitel 6), sondern unter „Rechtsverkehr im Urheberrecht“ (Kapitel 5) aufgeführt wird, was für sich genommen freilich wenig besagt.

Zieht man nun die Gesetzesbegründung hinzu, so findet sich dort die Feststellung, die Zwangslizenz „greift in das jeweilige Ausschließlichkeitsrecht selbst nicht ein, sondern regelt ausschließlich Teilfragen bezüglich dessen Ausübung“.⁶⁸⁰ Weiter wird erklärt, dass die Zwangslizenz nicht als eine „Ausnahme oder Schranke der Ausschließlichkeitsrechte im Sinne von Art. 5 Abs. 1 bis 3 der Richtlinie“ (= InfoSoc-RL) anzusehen sei.⁶⁸¹ Der Wille des Richtliniengebers sei auch in Erwägungsgrund (28) der SatKab-RL verdeutlicht, wonach die sog. Verwertungsgesellschaftspflicht das Verbotsrecht erhalte, lediglich die Art seiner Ausübung in bestimmtem Umfang geregelt würde.⁶⁸² In der Literatur scheint man sich der Sichtweise eines „Nichteingriffs“ in das Ausschließlichkeitsrecht beinahe

Nutzer auf die Konditionen einigen; siehe MAGGS, in: Hilty/Nérissou (Hg.), *Balancing Copyright*, S. 1078 f. Siehe auch oben, bei Fn. 670.

678 So deutlich auch BGH, GRUR 2002, 248, 252 – *Spiegel-CD-ROM*.

679 DREIER/SCHULZE/SCHULZE, *UrhG*, § 42a Rn. 19.

680 *BT-Drs. 15/38*, S. 17.

681 *BT-Drs. 15/38*, S. 17.

682 *BT-Drs. 15/38*, S. 17.

nahtlos anzuschließen,⁶⁸³ was um so mehr verwundert, wenn man sich an die frühere Einordnung dieser Zwangslizenz erinnert.

2. Rückblick: § 61 UrhG a.F.

Tatsächlich war die ursprüngliche Regelung der Zwangslizenz zur Herstellung von Tonträgern im Urheberrechtsgesetz von 1965 in § 61 UrhG a.F. und damit innerhalb des Kapitels der Schranken geregelt gewesen. Im Zuge der Umsetzung der InfoSoc-RL wurde ihr Regelungsbereich mit einer neuen Ordnungsnummer (§ 42a UrhG) wortgleich gefasst und dabei in das fünfte Kapitel „Rechtsverkehr im Urheberrecht“ übertragen.⁶⁸⁴ Die frühere Einordnung in § 61 UrhG a.F. spiegelte die damals einhellige Ansicht wider, wonach es sich bei einer Zwangslizenz um eine *Schranke des Ausschließlichkeitsrechts* handele.⁶⁸⁵

3. Stellungnahme

Im Rahmen der Umsetzung der InfoSoc-RL in das deutsche Recht wurden Zweifel laut, ob § 61 UrhG a.F. noch im Einklang mit den Vorgaben der RL stehen würde.⁶⁸⁶ Denn im Katalog der „Ausnahmen und Beschränkun-

683 Siehe WANDTKE/BULLINGER/BULLINGER, *UrhR*, § 42a Rn. 1, wo einer möglichen Begründung aus dem Weg gegangen wird, indem es schlicht heißt: „Bei der Bestimmung handelt es sich systematisch nicht um eine Schranke oder Ausnahme zu den vom Urheberrecht gewährten Ausschließlichkeitsrechten, sondern um eine Regelung zur Ausübung der Rechte.“. Siehe auch REHBINDER/PEUKERT, *Urheberrecht*, Rn. 597; WOLFF, *Zwangslizenzen im Immaterialgüterrecht*, S. 21 f. Differenzierend und die „beschränkende Wirkung“ anerkennend: SCHRICKER/LOEWENHEIM/MELICHAR, *UrhR*, Vor §§ 44a ff. Rn. 36, § 42a Rn. 4; ähnlich, aber an der Europarechtskonformität zumindest zweifelnd: MEINBERG, *Zwangslizenzen im Patent- und Urheberrecht*, S. 72; am Deutlichsten wohl DREYER/KOTTHOFF/MECKEL/DREYER, *UrhR*, § 42a Rn. 4. Ausführlich zum Ganzen KRAFT, § 42a – *Zwangslizenz*, S. 43 ff.

684 Mit *Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft Vom 10. September 2003*, BGBl. 2003-I Nr. 46, S. 1774 ff.

685 SCHRICKER/MELICHAR, *UrhR*, 2. Aufl. 1999, § 61 Rn. 1; MÖHRING/NICOLINI/GASS, *UrhG*, 2. Aufl., § 61 Rn. 4. Siehe auch OLG DRESDEN, GRUR 2003, 603; KRAFT, § 42a – *Zwangslizenz*, S. 34 ff.

686 *BMJ – Referentenentwurf UrhG 2002*, S. 37.

gen“ des Art. 5 der RL findet sich keine Schranke zugunsten von Tonträgerherstellern. Während des Gesetzgebungsprozesses kam man schließlich zu dem Ergebnis, dass die Zwangslizenz eben keine „Ausnahme und Beschränkung“ im Sinne der RL sei.⁶⁸⁷ Unterstrichen wurde diese Sichtweise durch die neue systematische Einordnung der Zwangslizenz in das Fünfte Kapitel des UrhG.

Eine solche künstliche „Umwandlung“ kann kaum eine Beurteilung darüber zulassen, ob die Zwangslizenz tatsächlich in das Ausschließlichkeitsrecht eingreift oder nicht. Die in der Gesetzesbegründung vorgebrachten Argumente sind denn auch eher spärlich. Zunächst wird festgehalten, dass die Zwangslizenz nur „Teilfragen“ bzgl. der Ausübung des Ausschließlichkeitsrechts regelt. Der Begriff der „Ausübung“ wird aber nicht näher ausgeführt. Er findet sich auch kaum in anderen Zusammenhängen im Urheberrecht.⁶⁸⁸ Versteht man unter „Ausübung“ *jedes Element aktiver Befugnis* eines Rechts,⁶⁸⁹ so bilden positive und negative Seite des Ausschließlichkeitsrechts ebenfalls Elemente der Ausübung. Denn der Rechteinhaber kann erlauben und die Bedingungen aushandeln oder er kann eben verbieten. Erlauben und verbieten stellen die zwei aktiven Elemente der Ausübung dar. So gesehen stellt der Kontrahierungszwang bei der Zwangslizenz eine bestimmte Form der Ausübung dar. Denn er muss jedem Dritten zu angemessenen Bedingungen eine Lizenz einräumen. Mit diesem Verständnis ließe sich allerdings auch die gesetzliche vergütungspflichtige Lizenz als eine solche Ausübungsregel verstehen, denn der Rechteinhaber darf sein Ausschließlichkeitsrecht nicht in dem Sinne ausüben, dass er positive und negative Seite geltend machen kann.⁶⁹⁰ Stattdessen beschränkt sich die Ausübung auf die Geltendmachung des gesetz-

687 Siehe BUNDESREGIERUNG, *Gesetzesentwurf zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft*, S. 40 f.

688 Ausführlich KRAFT, § 42a – *Zwangslizenz*, S. 46 ff., der anhand Gesetzesrezeption, Gerichtsurteile und Literatur den Begriff der „Ausübung“ vergeblich näher zu fassen versucht. Dabei legt er anhand der Gesetzesbegründung die Prämisse zugrunde, dass „Ausübung“ und „Schranke“ sich gegenseitig ausschließen müssten, was er aber zutreffend widerlegt. Die Ausführungen der Gesetzesbegründung sind aber so dürftig, dass bereits zweifelhaft ist, ob ihnen tatsächlich ein Abschlussverhältnis zwischen Schranke und Ausübung zu entnehmen ist.

689 Ähnlich insoweit KRAFT, § 42a – *Zwangslizenz*, S. 47 ff., der generell unter Ausübung die „Wahrnehmung einer Rechtsposition“ versteht.

690 Im Ergebnis zutreffend KRAFT, § 42a – *Zwangslizenz*, S. 47 f.

lichen Vergütungsanspruchs.⁶⁹¹ Dies zeigt, dass ein Hantieren mit dem Begriff des „Ausübens“ für die Frage der dogmatischen Einordnung der Zwangslizenz kaum weiterhilft.⁶⁹²

Mit dem Verweis auf Erwägungsgrund (28) SatKab-RL wird in der Gesetzesbegründung übersehen, dass es sich bei der SatKab-RL um eine völlig getrennte Regelungsmaterie handelt.⁶⁹³ Die darin enthaltene Feststellung wurde mit Bezug auf die *Verwertungsgesellschaftspflicht* getroffen, nicht aber im Zusammenhang mit der Zwangslizenz.⁶⁹⁴

Tatsächlich ist vorliegend nur interessant, ob die Zwangslizenz die Exklusivität in dem Sinne berührt, dass sie als eine *Exklusivitätseinschränkung* eingeordnet werden muss. Aufgrund des Kontrahierungszwangs kann der Rechteinhaber eine Nutzung letzten Endes nicht verbieten, er behält aber die Befugnis, über Dauer und Umfang der Lizenzeinräumung und über die Höhe der Gegenleistung zu verhandeln. Damit ist ihm die Entscheidung des „Ob“ genommen, nicht aber jene des „Wie“. Die positive Seite der Ausschließlichkeit bleibt somit bis zu einem gewissen Grad

691 Allenfalls bei der vergütungsfreien gesetzlichen Lizenz ließe sich argumentieren, dass dem Rechteinhaber kein Element der Ausübung mehr verbleibt.

692 Zwar erinnert der Begriff des Ausübens an die vom EuGH in ständiger Rechtsprechung lange Zeit vorgebrachte Unterscheidung zwischen „Bestand und Ausübung“, die er für die Frage des Verhältnisses von nationalen Schutzrechten und Gemeinschaftsrecht, ursprünglich auf Grundlage einer Anwendung kartellrechtlicher Regelungen, einst entwickelt hatte (EuGH, Urteil v. 13.07.1966, Rs. 56/64 und 58/64 (GRUR Ausl. 1966, 580 ff.) – *Grundig/Consten*; EuGH, Urteil v. 18.02.1971, Rs. 40/70 (GRUR Int. 1971, 279, 280) – *Sirena/Novimpex*; ausführlich LOEWENHEIM/LEHMANN, *HB UrhR*, § 55 Rn. 2 ff.). Insofern könnte man an eine Übertragung des Gedankens der „Bestand-Ausübung“ Differenzierung denken und erwägen, dass eine Einschränkung dann vorliegt, wenn der Bestand der Ausschließlichkeit berührt ist, nicht hingegen, wenn die bloße Ausübung des Rechts tangiert ist. Nun ist es insbesondere im Urheberrecht bis heute nicht gelungen, wohl auch aufgrund der divergierenden nationalen Schutzrechtsausgestaltungen, eine einheitliche Definition des „spezifischen Gegenstandes“ im Urheberrecht zu filtern, sodass die Unterscheidung zwischen „Bestand und Ausübung“ weder bei der Frage hilft, was unter „Ausübung“ zu verstehen ist, noch einen Rückschluss für die Einordnung der Zwangslizenz zulässt. Siehe vertieft KRAFT, § 42a – *Zwangslizenz*, S. 49 ff., 54 ff.

693 Während die SatKab-RL auf die „Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung“ abzielt, liegt der horizontale Ansatz der InfoSoc-RL auf der „Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft“.

694 KRAFT, § 42a – *Zwangslizenz*, S. 61.

erhalten. Mit Blick auf die negative Seite kann sich der Rechteinhaber einer Lizenzeinräumung (die notfalls gerichtlich durchgesetzt werden kann) nicht erwehren. Ihm ist die Befugnis entzogen, den Vertragspartner selbst zu wählen. Gleichzeitig darf das Werk ohne Einwilligung des Rechteinhabers selbst bei einer ungerechtfertigten Verweigerung (zunächst) nicht genutzt werden.⁶⁹⁵ Es steht außer Zweifel, dass die Zwangslizenz die Exklusivität einschränkt.⁶⁹⁶ Festzuhalten bleibt aber auch, dass die Zwangslizenz einen *deutlich geringeren Eingriff* in das Ausschließlichkeitsrecht des Rechteinhabers darstellt als eine (vergütungsfreie oder -pflichtige) gesetzliche Lizenz.⁶⁹⁷ Denn der Rechteinhaber unterliegt bei der Zwangslizenz einem bloßen „Kontrahierungszwang“, im Gegensatz zu

695 BGH, GRUR 2002, 248, 252 – *Spiegel-CD-ROM*; BGH, GRUR 1998, 376, 378 – *Coverversion*; OLG DRESDEN, ZUM 2003, 231, 234.

696 Ähnlich KRAFT, § 42a – *Zwangslizenz*, S. 59 ff., 64 f.; DREYER/KOTTHOFF/MECKEL/DREYER, *UrhR*, § 42a Rn. 4; MEINBERG, *Zwangslizenzen im Patent- und Urheberrecht*, S. 71; wohl auch DREIER/SCHULZE/SCHULZE, *UrhG*, § 42a Rn. 2. Zum gleichen Ergebnis kommt man auch mit Blick auf die Beurteilung des EUGH bei der – allerdings aus dem Kartellrecht abgeleiteten – Zwangslizenz. In der Entscheidung v. 05.10.1988, Rs. 238/87 (GRUR Int. 1990, 141, 142) – *Volvo/Veng*, führte der EUGH – bezogen auf das Geschmacksmusterrecht – aus, dass „die Befugnis des Inhabers eines geschützten Musters, Dritte an der Herstellung und dem Verkauf oder der Einfuhr der das Muster verkörpernden Erzeugnisse ohne seine Zustimmung zu hindern, gerade die Substanz seines ausschließlichen Rechts darstellt. Daraus folgt, daß eine dem Inhaber (...) auferlegte Verpflichtung, Dritten eine Lizenz (...) zu erteilen, diesem Inhaber selbst dann, wenn dies gegen angemessene Vergütung erfolgen würde, die Substanz seines ausschließlichen Rechts nehmen würde (...)“; siehe auch EUGH, Urteil v. 06.04.1995, Verbundene Rechts-sachen C-241/91 P und C 242/91 P (GRUR 1995, 490 ff.) – *Magill*; EUGH, Urteil v. 29.04.2004, Rs. C-418/01 (GRUR 2004, 524 ff.) – *IMS Health*. Allerdings ist zu beachten, dass es in den genannten Fällen um die Frage einer Zwangslizenz aufgrund des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung ging, mithin aus einer kartellrechtlichen Beurteilung die Zwangslizenz als ein Eingriff in die Substanz des Schutzrechts gewertet wurde, was gleichzeitig einer Übertragung auf die urheberrechtliche Zwangslizenz zwar nicht völlig entgegensteht, aber eben doch mit Vorsicht zu genießen ist. Nicht differenzierend KRAFT, § 42a – *Zwangslizenz*, S. 62 ff.

697 SCHRICKER/LOEWENHEIM/MELICHAR, *UrhR*, Vor §§ 44a ff. Rn. 6; DREIER/SCHULZE/DREIER, *UrhG*, Vorbemerkung §§ 44a ff. Rn. 11; SCHACK, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, Rn. 480, 897; LOEWENHEIM/GÖTTING, *HB UrhR*, § 31 Rn. 18; KÜBEL, *Zwangslizenzen im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, S. 164. Ungenau insoweit KRAFT, § 42a – *Zwangslizenz*, S. 40, wonach bei Zwangslizenz und gesetzlicher Lizenz „die Belastung der urheberrechtlichen Position bei beiden im Ergebnis gleich“ bleibe, da in beiden Fällen „das Ausschließlichkeitsrecht deutlich

einem gesetzlichen Vergütungsanspruchs bleibt seine individuelle Verhandlungsposition gewahrt.⁶⁹⁸

III. Anwendungsbereich

1. Aktuell

Das *deutsche Urheberrecht* kennt aktuell zwei Zwangslizenzbestimmungen:⁶⁹⁹ Neben § 5 (3) UrhG im Fall privater Normwerke⁷⁰⁰ sieht insbesondere der bereits genannte § 42a UrhG eine Zwangslizenz zugunsten von Tonträgerherstellern für das ausschließliche Vervielfältigungsrecht (eingeschränkt“ werde. Sehr kritisch, da als „Aushöhlung des Kerns“ der Ausschließlichkeit ansehend: HIRSCH BALLIN, UFITA 1955 (20), 280.

eingeschränkt“ werde. Sehr kritisch, da als „Aushöhlung des Kerns“ der Ausschließlichkeit ansehend: HIRSCH BALLIN, UFITA 1955 (20), 280.

698 HILTY, GRUR 2009, 639; SCHACK, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, Rn. 481; ähnlich LIECHTI, in: FS Berner Übereinkunft und die Schweiz, S. 378 f.

699 Gelegentlich wird auch die für Sendeunternehmen und Kabelunternehmen in § 87 (5) UrhG statuierte Verpflichtung zum Vertragsabschluss als eine „Zwangslizenz“ angesehen (siehe etwa OLG DRESDEN, ZUM 2003, 490, 492 ff.; WOLFF, *Zwangslizenzen im Immaterialgüterrecht*, S. 90 ff.). Richtig daran ist, dass ein Kontrahierungszwang angeordnet wird, der die Einräumung bestimmter Rechte (konkret: die eigenen (und die ihnen übertragenen) Senderechte der Sendeunternehmen) an einen Dritten (d.h. einem Kabelunternehmen) vorsieht. Solange eine Einigung nicht erreicht ist, stellt die Weiterleitung der Programme eine Urheberrechtsverletzung dar. Im Unterschied zu den (herkömmlichen) Zwangslizenzen trifft die Verpflichtung zum Vertragsschluss allerdings beide Parteien gleichermaßen (SCHRICKER/LOEWENHEIM/v. UNGERN-STERNBERG, *UrhR*, § 87 Rn. 50). Eine Ablehnung zum Vertragsschluss ist auch dann möglich, wenn ein sachlich gerechtfertigter Grund besteht. Schließlich findet vor einer möglichen Klageerhebung ein Vorverfahren bei der Schiedsstelle statt, welches durch Anruf beider Parteien in Gang gesetzt werden kann (§§ 14 (1) Nr. 2, 14d UrhWG). Ein solches – dem Klageweg vorgeschaltetes – Verfahren ist bei einer Zwangslizenz momentan nicht vorgesehen. Aus diesen Gründen sollte die in § 87 (5) S. 1 UrhG vorgesehene Verpflichtung zum Vertragsschluss als ein spezieller – von der Figur der Zwangslizenz zu trennender – Kontrahierungszwang verstanden werden (im Gesetzesentwurf sowie in der Literatur wird der Begriff der „Zwangslizenz“ im Zusammenhang mit § 87 (5) UrhG überwiegend nicht verwendet; siehe *BT-Drs. 13/4796*, S. 14 f. („Kontrahierungszwang“ und „Pflicht zum Abschluss eines Vertrages“); siehe auch DREIER/SCHULZE/DREIER, *UrhG*, § 87 Rn. 26).

700 Ausführlich zu Entstehung und Problematik des Schutzes privater Normwerke KÜBEL, *Zwangslizenzen im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, S. 134 ff., 172 ff.

schlossen das Recht, das Werk auf einen Tonträger zu übertragen) sowie für das ausschließliche Verbreitungsrecht eines Werkes der Musik vor.⁷⁰¹ Dazu muss der Urheber zuvor einem anderen Tonträgerhersteller ein Nutzungsrecht an dem Werk eingeräumt haben.⁷⁰² In der Regel wird der Urheber die Nutzungsrechte einem Dritten (etwa einem Verleger) ausschließlich eingeräumt haben, sodass der Kontrahierungszwang gegenüber weiteren Tonträgerherstellern meist den Dritten verpflichtet wird.⁷⁰³ Kommt es zu keiner Einigung zwischen den Parteien, so kann der lizenzersuchende Tonträgerhersteller auf die Einräumung eines Nutzungsrechts klagen.⁷⁰⁴

Nach § 42a Abs. 1 S. 1 2. HS UrhG besteht kein Anspruch auf eine Zwangslizenz, wenn die erforderlichen Nutzungsrechte von einer Verwertungsgesellschaft wahrgenommen werden.⁷⁰⁵ In Deutschland (wie auch in den meisten europäischen Ländern) werden die mechanischen Vervielfältigungsrechte seit jeher kollektiv wahrgenommen, sodass die praktische Relevanz der Zwangslizenzbestimmung als gering einzustufen ist, da über die Lizenzierung durch Verwertungsgesellschaften, sofern diese ihrerseits einem Kontrahierungszwang unterliegen, die mit der Zwangslizenz verfolgten Ziele – namentlich die Verhinderung von Monopolstellungen – auf ähnliche Weise erreicht werden. Es dürfte jedoch unbestritten sein, dass der Zwangslizenz eine nicht unerhebliche „mittelbare“ Wirkung zukommt.⁷⁰⁶ Denn die mechanischen Rechte werden auch deshalb innerhalb

701 SCHRICKER/LOEWENHEIM/MELICHAR, *UrhR*, § 42a Rn. 1. Eine ähnliche Regelung kennt etwa auch das Schweizer Urheberrecht (konkret: Art 23 URG); näher HILTY, *Urheberrecht*, Rn. 249. Für eine (analoge) Anwendung der Zwangslizenzregelung auf das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung plädierend: WOLFF, *Zwangslizenzen im Immaterialgüterrecht*, S. 71 ff.

702 Keine Anwendung findet die Zwangslizenz grundsätzlich auf die verwandten Schutzrechte des Tonträgerherstellers und des ausübenden Künstlers.

703 SCHRICKER/LOEWENHEIM/MELICHAR, *UrhR*, § 42a Rn. 10.

704 Die erforderliche Einwilligung des Rechteinhabers wird dabei durch das Urteil des Gerichts ersetzt (§ 894 ZPO). Ebenso entscheidet das Gericht über die Angemessenheit der Gegenleistung (§ 287 (2) ZPO); siehe WANDTKE/BULLINGER/BULLINGER, *UrhR*, § 42a Rn. 15.

705 Oder „wenn das Werk der Überzeugung des Urhebers nicht mehr entspricht, ihm deshalb die Verwertung des Werkes nicht mehr zugemutet werden kann und er ein etwa bestehendes Nutzungsrecht aus diesem Grunde zurückgerufen hat“ (§ 42a (1) S. 1 2 HS. UrhG).

706 DREIER/SCHULZE/SCHULZE, *UrhG*, § 42a Rn. 3; SCHACK, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, Rn. 899; KRAFT, § 42a – Zwangslizenz, S. 29.

des Konstrukts der kollektiven Wahrnehmung belassen, da andernfalls ein individueller Kontrahierungszwang drohen würde.⁷⁰⁷

In *Skandinavien*⁷⁰⁸ finden sich keine Regelungen der hier besprochenen Zwangslizenz.⁷⁰⁹

2. In Zukunft

In den letzten Jahren ist – überwiegend in Deutschland – die Einführung einer Zwangslizenz im Bereich der wissenschaftlichen Publikationen vorgeschlagen worden,⁷¹⁰ um einer Situation zu begegnen, in der für Wissenschaft und Forschung relevante Informationen aufgrund des Urheberrechts monopolisiert zu werden drohen.⁷¹¹ Das Potential, das die Zwangslizenz in solchen Bereichen fehlenden Wettbewerbs entwickeln könnte, scheint gerade erst erkannt zu werden.⁷¹² Sicher dürfte es jedenfalls sein, dass die Bedeutung der Zwangslizenz – auch wenn immer wieder angezweifelt⁷¹³ – in Zukunft wohl keinesfalls schwinden wird.⁷¹⁴

707 Siehe etwa SCHRICKER/LOEWENHEIM/MELICHAR, *UrhR*, § 42a Rn. 2, der eine Aufhebung der Zwangslizenz für „kulturpolitisch höchst bedenklich hält“, da die Gefahr bestünde, dass den Verwertungsgesellschaften die mechanischen Rechte von großen Musikkonzernen entzogen würden, die dadurch ihre „Hits“ zu „monopolisieren“ in der Lage wären.

708 Für einen Überblick zu Ländern, die ebenfalls das Modell der Zwangslizenz in ihrem nationalen Recht vorsehen, siehe HILTY/NÉRISSON, in: Hilty/Nérisson (Hg.), *Balancing Copyright*, S. 20 f., 54 ff.

709 ROGNSTAD, in: Hilty/Nérisson (Hg.), *Balancing Copyright*, S. 857.

710 HILTY, in: FS Loewenheim, S. 119 ff.; DERS., GRUR 2009, 633 ff.; HANSEN, GRUR Int. 2005, 378, 383; KRUIJATZ, *Open Access*, S. 261 ff., 279 ff.

711 Zu dieser Entwicklung HILTY, J. Copyright Soc'y U.S.A. (2005-2006), 103, 119 ff.

712 Siehe etwa DREIER/SCHULZE/SCHULZE, *UrhG*, § 42a Rn. 2.

713 Eine Streichung befürwortend etwa DREIER, in: Schricker (Hg.), *Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft*, S. 145, 173; UCHTENHAGEN, in: FS Kreile, S. 779 ff. Auch im Vorfeld der WIPO-Verträge wurde eine Abschaffung erwogen (siehe REINBOTHE/V. LEWINSKI, *The WIPO Treaties*, Rn. 10.0.2).

714 HILTY, *Urheberrecht*, Rn. 248; siehe auch UCHTENHAGEN, in: FS Kreile, S. 779 ff., 787, der einen Vorteil der Zwangslizenz darin sieht, dass sie die Marktmechanismen unangetastet lasse und insoweit dem „Marktgeschehen“ entspreche.

IV. Vorgaben des höherrangigen Rechts

1. Internationales Recht

Art. 11bis (2) und Art. 13 (1) RBÜ erlauben neben vergütungspflichtigen gesetzlichen Lizenzen auch die Einführung von Zwangslizenzen.⁷¹⁵ Interessanterweise basiert Art. 13 (1) RBÜ (und darauf aufbauend auch Art. 11 bis (2) RBÜ)⁷¹⁶ ursprünglich auf dem Modell der Zwangslizenz und nicht auf der gesetzlichen Lizenz in heutigem (und oben definiertem) Sinne.⁷¹⁷ Der Vorschlag, eine Zwangslizenz zugunsten von Tonträgerherstellern einzuführen, wurde erstmals auf der Revisionskonferenz in Berlin 1908 vorgebracht.⁷¹⁸ Für eine explizite Aufnahme in die Übereinkunft trat insbesondere die deutsche Delegation ein⁷¹⁹ und nahm dabei die im Patentrecht

715 ULMER, *Urheber- und Verlagsrecht*, S. 293 ff.; LIECHTI, in: FS Berner Übereinkunft und die Schweiz, S. 379 ff.; MASOUYÉ, *Kommentar zur Berner Übereinkunft*, Rn. 13.6; SCHRICKER/LOEWENHEIM/v. UNGERN-STERNBERG, *UrhR*, Vor §§ 20ff. Rn. 41. Die RBÜ sieht ferner in ihrem Anhang die (zum Teil sehr begrenzte) Möglichkeit für Entwicklungsländer vor, das Übersetzungsrecht (Art. II – Anhang) und das Vervielfältigungsrecht (Art. III – Anhang) durch ein System von „nicht ausschließlichen und unübertragbaren Lizenzen“ zu ersetzen; näher dazu RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights (Vol. II)*, Rn. 14.60 ff., 14.78 ff. Eine Zwangslizenz für das Übersetzungsrecht von Werken findet sich auch in Art. 5 WUA.

716 Art. 11bis (2) RBÜ wurde erst bei der Revision in Rom (1928) eingeführt.

717 HILTY, GRUR 2009, 641 ff.; UCHTENHAGEN, in: FS Kreile, S. 780 ff.; unpräzise daher MEINBERG, *Zwangslizenzen im Patent- und Urheberrecht*, S. 74, der behauptet, in internationalen Regelungen fänden sich „keine Bestimmungen hinsichtlich einer urheberrechtlichen Zwangslizenz“.

718 Ausgangspunkt war, das ausschließliche Recht des Urhebers auch auf die Herstellung von Tonträgern auszuweiten, was letztlich unter Rücksicht auf die bereits stark florierende Tonträgerindustrie in dem Kompromiss mündete, den Verbandsländern gleichzeitig die Einführung einer Zwangslizenz zu gestatten; siehe UCHTENHAGEN, in: FS Kreile, S. 780 ff.

719 Ausführlich zur Entstehung RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights (Vol. I)*, Rn. 13.59 ff. Deutschland führte dann auch kurze Zeit später eine solche Bestimmung in das nationale Recht ein (mit *Gesetz zur Ausführung der revidierten Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst (vom 13. November 1908) vom 22. Mai 1910 (RGBl 793)*). Siehe § 22 LUG (in der Fassung v. 22. Mai 1910).

bestehende Zwangslizenz zum Vorbild.⁷²⁰ Auch wenn der Vorschlag später keine Zustimmung fand und letztlich (mit einigen Änderungen) auf die bloße Möglichkeit für die Verbandsstaaten reduziert wurde, „Vorbehalte und Voraussetzungen“ für die betreffenden Ausschließlichkeitsrechte festzulegen, so blieb der Gedanke der Zwangslizenz weiterhin erhalten, jedenfalls insoweit, dass sie nur dann zulässig sei, wenn der Urheber zuvor die Aufnahme des Werkes auf einen Tonträger einmal gestattet habe.⁷²¹ Deutlich wird dies auch an der Vorgabe in Art. 11bis (2) und Art. 13 (1) RBÜ, wonach der Anspruch auf eine angemessene Vergütung, „die mangels gütlicher Einigung durch die zuständige Behörde festgesetzt wird“, nicht beeinträchtigt werden dürfe, auch wenn jede Form einer Vergütungsfestlegung und damit auch feste Tarife – wie sie bei gesetzlichen Lizenzen üblich sind – darunterfallen.⁷²²

Neben diesen beiden Bestimmungen in der RBÜ⁷²³ steht wiederum für die Einführung von neuen Zwangslizenzen die Frage der Vereinbarkeit mit dem *Drei-Stufen-Test* im Raum.

Abgesehen von der durchaus berechtigten Frage, ob die Zwangslizenz als eine „Beschränkung und Ausnahme“ im Sinne des Drei-Stufen-Tests

720 WIPO, *Actes de la Conférence réunie à Berlin 1908*, S. 260, 261. Näher zur Entwicklung der patentrechtlichen Zwangslizenz RAUDA, *Die Zwangslizenz im Urheberrecht*, S. 102 ff.

721 Siehe RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights (Vol. I)*, Rn. 13.59, 13.60, 13.62.

722 HILTY, GRUR 2009, 641.

723 Selbst die RBÜ scheint der Einführung weiterer Zwangslizenzen nicht entgegenzustehen. Denn während den Revisionsverhandlungen in Rom (1928) und Brüssel (1948) wurden insbesondere von der britischen Delegation Bedenken über mögliche Missbräuche durch die gewährten Ausschließlichkeitsrechte laut, etwa durch Lizenzverweigerungen oder durch zu hohe Lizenzgebühren von Verwertungsgesellschaften (siehe WIPO, *Actes de la Conférence réunie à Rome 1928*, S. 258 ff.). Diese Bedenken mündeten letztlich in einer Erklärung zu Art. 11 RBÜ, mit der eine ganze Reihe von Ländern es sich vorbehielt, Maßnahmen gegen solche Missbräuche nach nationalem Recht treffen zu können (siehe WIPO, *Documents de la conférence réunie à Bruxelles 1948*, S. 82). Auch wenn diese Erklärung nicht in die revidierten Fassungen aufgenommen wurde, scheint doch unbestritten zu sein, dass die Verbandsländer Maßnahmen gegen eine missbräuchliche Ausnutzung von Monopolstellungen vorsehen dürfen – dies auch in Form von Zwangslizenzen. Siehe zum Ganzen RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights (Vol. I)*, Rn. 13.91, 13.92.

verstanden werden muss,⁷²⁴ kann wohl auch hier festgehalten werden, dass die Vorgaben des Tests der Einführung von Zwangslizenzen im nationalen Recht zumindest nicht grundsätzlich entgegenstehen.⁷²⁵

2. Europäisches Recht

a) Zwangslizenz vs. Art. 5 InfoSoc-RL

Im Europäischen Recht finden sich nahezu keine expliziten Bestimmungen zur Zwangslizenz.⁷²⁶ Insbesondere im Rahmen der InfoSoc-RL dürfte fraglich sein, ob die „Zwangslizenz“ als eine „Ausnahme und Beschränkung“ im Sinne der RL aufgefasst werden muss.

Die Relevanz der Frage wäre freilich gering, wenn die Zwangslizenzregelungen im UrhG sowieso von Art. 5 InfoSoc-RL gedeckt wären.⁷²⁷ Die Zwangslizenz nach § 42a UrhG berührt die ausschließlichen Rechte der

724 Zweifelnd insoweit HILTY, GRUR 2009, 642, der aber dann doch mit einer Parallele zum Patentrecht von einer Anwendung des Drei-Stufen-Tests auch bei der urheberrechtlichen Zwangslizenz ausgeht; ähnlich auch KRUIJATZ, *Open Access*, S. 305 f.

725 HILTY, GRUR 2009, 642.

726 Zu erwähnen ist Art. 10 (2) S. 2 der RL 2006/115/EG zum Vermietrecht und Verleihrecht, der mit Bezug auf „Beschränkungen“ der Rechte von ausübenden Künstlern, Tonträgerherstellern, Sendeunternehmen und Herstellern der erstmaligen Aufzeichnungen von Filmen bestimmt, dass Zwangslizenzen „nur insoweit vorgesehen werden“ können, „als sie mit den Bestimmungen des Rom-Abkommens vereinbar sind“. Das Rom-Abkommen wiederum erlaubt Zwangslizenzen gem. Art. 15 (2) S. 2 nur mit Bezug auf das Vervielfältigungs- und Senderecht von ausübenden Künstlern (Art. 7 (2)) und mit Bezug auf das Recht der öffentlichen Wiedergabe von Sendeunternehmen (Art. 13d); siehe WALTER/V. LEWINSKI/V. LEWINSKI, *European Copyright Law*, Rn. 6.10.8.

727 Nach Erwägungsgrund (30) können die von der RL „umfassten Rechte“ unbeschadet der „einschlägigen einzelstaatlichen Rechtsvorschriften über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte übertragen oder abgetreten werden oder Gegenstand vertraglicher Lizenzen sein“. Man könnte eine Zwangslizenz als eine solche „vertragliche Lizenz“ ansehen, womit sie sich bereits nicht im Anwendungsbereich der RL befände. Tatsächlich handelt es sich bei der Zwangslizenz im Grunde um eine vertragliche Lizenz, denn die Lizenzeinräumung wird gerade durch eine Vereinbarung realisiert. Nur in Ausnahmefällen liegt die Entscheidung beim Gericht. Allerdings finden sich keine Anhaltspunkte, weder im Zusammenhang mit Erwägungsgrund (30) noch bei der Umsetzung der RL ins deutsche Recht, dass die Zwangslizenz als eine „vertragliche Lizenz“ im Sinne

Übertragung, Vervielfältigung und Verbreitung.⁷²⁸ Für eine Begrenzung des Vervielfältigungsrechts käme allenfalls Art. 5 (3) lit. o) InfoSoc-RL in Betracht, der aber auf analoge Nutzungen beschränkt ist, während § 42a UrhG auch die digitale Vervielfältigung im Rahmen der Tonträgerherstellung erlaubt.⁷²⁹ Folglich ist § 42a UrhG nicht von Art. 5 InfoSoc-RL gedeckt.

b) Zwangslizenz als „Ausnahme und Beschränkung“ im Sinne der InfoSoc-RL?

Der Begriff der „Beschränkung und Ausnahme“ taucht in der InfoSoc-RL in einigen Erwägungsgründen sowie in Art. 5 auf. Eine Definition findet sich jedoch nicht.

Will die RL alle bestehenden nationalstaatlichen Regelungen unter den Begriff der „Ausnahme und Beschränkung“ fassen, die – so oder auf andere Weise bezeichnet – im nationalen Urheberrecht zur Zeit des Richtlinienerlasses in den Mitgliedstaaten vorlagen, so würde dies – mit Blick auf Deutschland – bedeuten, dass die „Schranken“ als „Ausnahmen und Beschränkungen“ zu verstehen sind.⁷³⁰ Im Umkehrschluss hieße dies, dass auch die Zwangslizenz eine „Ausnahme und Beschränkung“ ist, da sie zur Zeit des Richtlinienerlasses als § 61 UrhG a.F. im Kapitel der Schranken aufgeführt war. Damit wäre aber die neue Systematisierung durch den deutschen Gesetzgeber ohne Bedeutung. Zwangslizenzregelungen, die nicht von Art. 5 gedeckt sind, wären damit europarechtswidrig.⁷³¹ Dies wäre jedoch nur der Fall, wenn sich der InfoSoc-RL ein so weites Ver-

der RL zu verstehen sei, mithin Erwägungsgrund (30) zumindest auch ein Modell wie jenes der Zwangslizenz im Auge hatte.

728 Geht man davon aus, dass § 42a UrhG auch auf die Onlinenutzung anwendbar ist, dann wäre auch das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nach Art. 3 (1) InfoSoc-RL betroffen.

729 Siehe schon *BMJ – Referentenentwurf UrhG 2002*, S. 37. Nichts anderes gilt für die Zwangslizenz für private Normwerke nach § 5 (3) UrhG. Auch hier finden sich keine Tatbestände in Art. 5 der InfoSoc-RL, die die Einführung oder Beibehaltung einer derartigen Einschränkung erlauben würden.

730 So wohl WALTER/WALTER/v. LEWINSKI, *European Copyright Law, Implementation in Member States (Germany)*, S. 1109; KRAFT, § 42a – *Zwangslizenz*, S. 57.

731 So explizit KRAFT, § 42a – *Zwangslizenz*, S. 65 ff.; DREYER/KOTTHOFF/MECKEL/DREYER, *UrhR*, § 42a Rn. 5; a.A. SCHRICKER/LOEWENHEIM/MELICHAR, *UrhR*, § 42a Rn. 4.

ständnis der „Ausnahmen und Beschränkungen“ auch wirklich entnehmen lässt. Zwar wird teilweise unter Verweis auf Erwägungsgrund (31) angenommen, dass der RL ein „weiter Begriff der Ausnahme und Beschränkung“ zugrunde liege, worunter „jeder Rechts- und Interessenausgleich zwischen den Rechteinhabern und den Nutzern, der in Bezug auf eine an sich zustimmungsbedürftige Handlung erfolgt“ zu verstehen sei.⁷³² Eine solche Lesart kann dem Erwägungsgrund aber kaum gegeben werden. Denn zunächst sagt Erwägungsgrund (30), dass ein „angemessener Rechts- und Interessenausgleich“ gefunden und die von „den Mitgliedstaaten festgelegten Ausnahmen und Beschränkungen in Bezug auf Schutzrechte“ neu bewertet werden müssten. Und schließlich wirkten sich bestehende Unterschiede bei den „Ausnahmen und Beschränkungen in Bezug auf bestimmte zustimmungsbedürftige Handlungen“ negativ aus. Der letzte Satz ist nun so zu verstehen, dass bestehende Unterschiede von „Ausnahmen und Beschränkungen“, die sich auf *bestimmte* zustimmungsbedürftige Handlungen beziehen, gerade im Zentrum der RL stehen, während andere „Ausnahmen und Beschränkungen“, die sich auf *andere* zustimmungsbedürftige Handlungen beziehen, keiner Anpassung bedürfen, da sie sich eben *nicht negativ auf den Binnenmarkt* auswirken. Nur diese den Binnenmarkt beeinträchtigenden „Ausnahmen und Beschränkungen“ sollen „einheitlicher definiert“ werden.⁷³³ Und nur diese werden von Art. 5 InfoSoc-RL erschöpfend aufgezählt. Selbst wenn man einer solchen Auslegung nicht folgt, kann aus den Erwägungsgründen kaum geschlossen werden, dass die RL einen weiten Begriff der „Ausnahmen und Beschränkungen“ zugrunde legt und damit alle möglichen „Schranken“ bzw. Exklusivitätseinschränkungen des nationalen Rechts umfassend regulieren wollte.⁷³⁴

732 DREYER/KOTTHOFF/MECKEL/DREYER, *UrhR*, § 42a Rn. 4; ebenso KRAFT, § 42a – *Zwangslizenz*, S. 57, 65 ff.

733 Vgl. Erwägungsgrund (31) Satz 4 InfoSoc-RL: „Um ein reibungsloses Funktionieren des Binnenmarktes zu gewährleisten, sollten diese Ausnahmen und Beschränkungen einheitlicher definiert werden.“

734 Siehe v. ECHOUDE ET AL. (HG.), *Harmonizing European Copyright Law*, S. 103, die bereits in Art. 5 (3) lit. o) InfoSoc-RL einen Hinweis dafür sehen, dass eine erschöpfende Auszählung von „Ausnahmen und Beschränkungen“ Art. 5 gerade nicht entnommen werden könne. Ebenfalls kann aus der angestrebten Harmonisierung nicht auf ein weites Verständnis der Schranken geschlossen werden, insbesondere vor dem Hintergrund, dass beinahe alle der in Art. 5 aufgeführten

c) Fazit

Folglich war das Vorgehen des deutschen Gesetzgebers legitim, die „Zwangslizenz“ nicht (mehr) als „Schranke“ einzuordnen. Denn ein bestimmtes zulässiges „Maß an Einschränkung der Ausschließlichkeit“ ist der RL eben nicht zu entnehmen. Ob man nun den Verständniswandel als „juristischen Kunstgriff“⁷³⁵ deklarieren mag oder nicht, die InfoSoc-RL *hindert* jedenfalls *grundsätzlich nicht* an der Einführung neuer Zwangslizenzen in das nationale Recht.⁷³⁶

G. Die Verwertungsgesellschaftspflicht

I. Terminologie und Definition

Die „Verwertungsgesellschaftspflicht“ bzw. die „zwingende kollektive Rechtewahrnehmung“ stellt eine Exklusivitätseinschränkung dar, bei der der Rechteinhaber verpflichtet wird, sein Recht *ausschließlich kollektiv* wahrzunehmen. Eine individuelle Wahrnehmung ist grundsätzlich ausgeschlossen. Die nachfolgenden Überlegungen beschränken sich dabei auf die *Verwertungsgesellschaftspflicht von Ausschließlichkeitsrechten*.

II. Einschränkungform und -grad

Vor Beantwortung der Frage, auf welche Weise und wie stark die Verwertungsgesellschaftspflicht die Ausschließlichkeit einschränkt, ist zunächst zu untersuchen, inwieweit bei der kollektiven Rechtewahrnehmung ein Einfluss auf das Ausschließlichkeitsrecht *überhaupt* gegeben ist. In einem zweiten Schritt ist dann zu fragen, welche Bedeutung dem *Zwang* zukommt, die Rechte *ausschließlich kollektiv* wahrnehmen zu lassen.

„Ausnahmen und Beschränkungen“ optionalen Charakter haben (dies übersieht KRAFT, § 42a – *Zwangslizenz*, S. 57).

735 DREYER/KOTTHOFF/MECKEL/DREYER, *UrhR*, § 42a Rn. 3.

736 Ähnlich auch KRUIJATZ, *Open Access*, S. 303.

1. Kollektive Rechtewahrnehmung und Ausschließlichkeit

Räumt ein Rechteinhaber einer Verwertungsgesellschaft seine Rechte zur Wahrnehmung ein,⁷³⁷ so kann er – im Falle einer umfassenden Rechtseineräumung – gegenüber einem Nutzer mit Bezug auf diese Rechte die Nutzung seines Werkes weder verbieten noch erlauben und damit positive wie negative Seite der Ausschließlichkeit nicht mehr geltend machen. Drastisch gesprochen bedeutet dies, dass „between the author and his collecting society the main feature of copyright gets lost: the exclusivity, the right to refuse“⁷³⁸. Von seiner ursprünglichen Exklusivität verbleibt dem Rechteinhaber lediglich ein Anspruch auf Vergütung.⁷³⁹

Mit Übertragung des Rechts an eine Verwertungsgesellschaft löst sich das Ausschließlichkeitsrecht aber nicht auf. Stattdessen wird die Exklusivität auf eine andere Ebene – *auf eine kollektive Stufe* – übertragen. Diese Übertragung unterscheidet sich von anderen Formen der Rechtseineräumung. Denn der Wahrnehmungsvertrag begründet eine Pflicht der Verwertungsgesellschaft *zur Wahrnehmung* der eingeräumten Rechte, insbesondere zum Inkasso, zur Kontrolle und zur Verteilung der Vergütung.⁷⁴⁰ In Deutschland geht man von einer *treuhänderischen Bindung* zwischen Rechteinhaber und Verwertungsgesellschaft aus,⁷⁴¹ die über den Wahrnehmungsvertrag manifestiert ist.⁷⁴² Die Verwertungsgesellschaft wird damit zwar selbst, aber letztlich *für die einzelnen Rechteinhaber* tätig.⁷⁴³

737 Diese Einräumung kann durch Gesetz oder durch Vertrag mit dem Rechteinhaber erfolgen; siehe GERVAIS, in: Gervais (Hg.), *Collective Management*, S. 6.

738 COHEN JEHORAM, *COPYRIGHT* 1990, 216.

739 Siehe RIIS/SCHOVSBO, IIC 2012, 930, 933 („(...) the exclusive right is typically transformed into a right of remuneration when the author joins a collecting society (...)“); siehe auch SCHOVSBO, in: Rosén (Hg.), *Individualism and Collectiveness*, S. 169.

740 LOEWENHEIM/MELICHAR, *HB UrhR*, Rn. 6 ff.

741 Ausführlich HAUPTMANN, *Die Vergesellschaftung*, S. 50 ff. In Frankreich geht man ebenfalls von einer treuhänderischen Übertragung aus („cession fiduciaire“); siehe POLLAUD-DULIAN, *GRUR Int.* 1995, 370.

742 Man mag sich in Deutschland unter Zugrundelegung des monistischen Prinzips leichter tun, ein fortdauerndes bestehendes Band zwischen Verwertungsgesellschaft und Urheber zu begründen. Doch kann sich eine Wahrnehmung im Interesse des Rechteinhabers schon aus der typischen Funktion der Verwertungsgesellschaft bzw. ihrer Rechtsform herleiten; vgl. etwa Kap. 1 – § 1 des schwed. – auf Verwertungsgesellschaften anwendbaren – Gesetzes über wirtschaftliche Vereinigungen (*Lag (1987:667) om ekonomiska föreningar*).

Mit Übertragung der Ausschließlichkeit auf eine kollektive Ebene wird das Exklusivitätsrecht in seinem Inhalt vielmehr „modifiziert“.⁷⁴⁴ Zunächst kommt es bei der kollektiven Wahrnehmung zu einer *Aufspaltung der Vertragsverhältnisse*.⁷⁴⁵ Nicht Rechteinhaber und Nutzer, sondern Rechteinhaber und Verwertungsgesellschaft sowie Verwertungsgesellschaft und Nutzer stehen sich bei der kollektiven Rechtswahrnehmung gegenüber. Aus Praktikabilitätsgründen nimmt die Verwertungsgesellschaft die ihr eingeräumten Rechte gewöhnlich *zusammen* wahr, d.h., sie räumt die Rechte einem Nutzer oftmals im Bündel ein, erhält eine Gegenleistung und verteilt wiederum die Vergütung anhand bestimmt festgelegter Verteilungsschlüssel.⁷⁴⁶ Viele Elemente der Wahrnehmung werden somit „standardisiert“ oder auch „kollektiviert“.⁷⁴⁷

743 GERVAIS, in: Gervais (Hg.), *Collective Management*, S. 6; POLLAUD-DULIAN, GRUR Int. 1995, 370.

744 HAUPTMANN, *Die Vergesellschaftung*, S. 58, spricht dabei von einer teilweisen „Entindividualisierung“ des ausschließlichen Rechts; siehe auch FICSOR, COPY-RIGHT 1985, 341.

745 HAUPTMANN, *Die Vergesellschaftung*, S. 58.

746 Bei einer kollektiv-individuellen oder zentral-individuellen Wahrnehmung wäre die Modifikation des ursprünglichen Ausschließlichkeitsrechts geringer, denn der einzelne Rechteinhaber lässt sein Ausschließlichkeitsrecht dabei über die Verwertungsgesellschaft in individueller Form verwerten. Die Verwertungsgesellschaft fungiert als reiner „Vermittler“ zwischen dem individuellen Rechteinhaber und dem einzelnen Nutzer. Näher HAUPTMANN, *Die Vergesellschaftung*, S. 58 f.; PLATE, *Die Verwertungsgesellschaftspflicht*, S. 74 ff., 94, 184; siehe auch RIKLIN, *Das Urheberrecht als individuelles Herrschaftsrecht*, S. 180 f., 200. In der Praxis findet die kollektiv-individuelle Wahrnehmung allerdings – dies jedenfalls im Rahmen der kontinentaleuropäischen Verwertungsgesellschaften – kaum statt. Ein Beispiel einer kollektiv-individuellen Wahrnehmung bietet das US-amerikanische *Copyright Clearance Center* (CCC), welches als zentrale Stelle die Lizenzierung der Vervielfältigung von Schriftwerken organisiert. Die einzelnen Rechteinhaber melden ihre Werke dem CCC und legen gleichzeitig ihre Lizenzbedingungen fest, anhand derer ein Nutzer die Vervielfältigung vornehmen darf. Da das CCC weder Lizenzbedingungen noch Tarife für die Nutzung festsetzt, handelt es sich weniger um eine Verwertungsgesellschaft im üblichen Sinne als vielmehr um eine zentrale Stelle der Rechteinhaber („collecting agent of the copyright owner“); siehe LUNNEY, in: Gervais (Hg.), *Collective Management*, S. 341.

747 FICSOR, in: Gervais (Hg.), *Collective Management*, S. 41; DERS., COPY-RIGHT 1985, 344 f.; kritisch hierzu RIKLIN, *Das Urheberrecht als individuelles Herrschaftsrecht*, S. 194 ff., 245 f. Zum Begriff der Kollektivierung siehe oben, bei § 1 A III.

Eine weitere Modifikation liegt auch in dem *Fehlen individueller Vereinbarungen* mit den Nutzern. Häufig werden Gesamtverträge mit Nutzergruppen geschlossen oder es kommt gar zu einer festen Tarifaufstellung, die ein individuelles Aushandeln zwischen Verwertungsgesellschaft und Nutzer entbehrlich machen. Schließlich ist die Verwertungsgesellschaft in der Regel verpflichtet, jedem Nutzer auf Verlangen eine Lizenz zu angemessenen Bedingungen einzuräumen. Im Vergleich zur individuellen Wahrnehmung tritt also ein *spezieller Kontrahierungszwang* hinzu, der sich entweder aus einer gesetzlichen Vorgabe ergibt⁷⁴⁸ oder bereits aus dem allgemeinen Kartellrecht folgt.⁷⁴⁹

Der Transfer der Ausschließlichkeit kann die Gestalt des ursprünglichen Exklusivitätsrechts aber nur dann bewahren, wenn die *individuelle Komponente* des Rechts in Grundzügen bestehen bleibt, wie es in der Person des Rechteinhabers ursprünglich entstanden ist. Möglich wird dies durch eine Umwandlung der individuellen Befugnisse in ein *Mitwirkungs- und Einwirkungsrecht* innerhalb der Verwertungsgesellschaft.⁷⁵⁰ Eine Mitwirkung des Rechteinhabers an der kollektiven Verwaltung seiner Ausschließlichkeitsrechte sollte daher in einem gewissen Umfang gesichert

748 Vgl. § 11 (1) UrhWG.

749 GEIGER, *The Role of the Three-Step Test*, S. 10 f.; KEA, *The Collective Management of Rights in Europe*, S. 75. Das Ausschließlichkeitsrecht wird durch den Abschlusszwang – anders wie bei der Zwangslizenz – nicht beeinträchtigt (a.A. aber HUBMANN, UFITA 1966 (48), 35 ff.; MELICHAR, *Die Wahrnehmung von Urheberrechten*, S. 37 f.; COHEN JEHORAM, COPYRIGHT 1990, 215 f.; differenzierend RIKLIN, *Das Urheberrecht als individuelles Herrschaftsrecht*, S. 212 ff.). Denn das fortbestehende Ausschließlichkeitsrecht auf kollektiver Ebene unterliegt gewissen Besonderheiten (PLATE, *Die Verwertungsgesellschaftspflicht*, S. 189 f.): Durch die Bündelung urheberrechtlicher Werke bei einer Verwertungsgesellschaft soll die Verbreitung der Werke als Wirtschaftsgut auf dem Markt und als Kulturgut an die Allgemeinheit nicht verhindert werden können (SCHRICKER/LOEWENHEIM/REINBOthe, *UrhR*, § 11 UrhWG Rn. 2; im Ergebnis übereinstimmend HAUPTMANN, *Die Vergesellschaftung*, S. 64). Damit resultiert der Kontrahierungszwang schon aus dem *Wesen der kollektiven Rechtswahrnehmung*; so auch RIKLIN, *Das Urheberrecht als individuelles Herrschaftsrecht*, S. 214; kritisch HUBMANN, UFITA 1966 (48), 38 f. Auch ein „weitergehender“ spezieller Kontrahierungszwang (wie etwa §§ 11 (1) UrhWG) wird aus Gründen des umfassenden Repertoires, das eine Verwertungsgesellschaft wahrnimmt, und der damit verbundenen Gefahr einer Verhinderung der Verbreitung von Werken an die Allgemeinheit überwiegend für zulässig erachtet; näher LOEWENHEIM/MELICHAR, *HB UrhR*, § 48 Rn. 9, 10.

750 HAUPTMANN, *Die Vergesellschaftung*, S. 61 f.; PLATE, *Die Verwertungsgesellschaftspflicht*, S. 186; GEIGER, *The Role of the Three-Step Test*, S. 10.

sein. Sie kann aufgrund der Vielzahl von möglichen wahrnehmungsberechtigten Rechteinhabern allenfalls *indirekt* erfolgen,⁷⁵¹ etwa in Form von Mitspracherechten bei der Rechteverwaltung.⁷⁵² Nur wenn solche Mitwirkungsmöglichkeiten in ausreichendem Maße vorhanden sind, bleibt das Ausschließlichkeitsrecht in seiner – wenn auch modifizierten – Form erhalten.⁷⁵³

2. Freiwillige kollektive Rechtewahrnehmung

Soweit das Ausschließlichkeitsrecht bei der kollektiven Wahrnehmung in modifizierter Form erhalten bleibt, muss dies dem freien Willen des Rechteinhabers entspringen,⁷⁵⁴ was bei der kollektiven Wahrnehmung gewöhnlich der Fall ist. Denn Verwertungsgesellschaften wurzeln gerade in dem freien Entschluss der Rechteinhaber – sie sind durch ihre gemeinsame Übereinkunft erst entstanden. Die Entscheidung eines Rechteinhabers, sein Recht kollektiv wahrnehmen zu lassen und damit sein individuelles Verwertungsrecht – positive und negative Seite der Ausschließlichkeit – aus der Hand zu geben, ist ebenfalls Teil der ihm gewährten individuellen

751 HAUPTMANN, *Die Vergesellschaftung*, S. 60 f.; SCHOVSBO, in: Rosén (Hg.), *Individualism and Collectiveness*, S. 178.

752 Vgl. etwa § 6 (2) UrhWG, der die Bildung einer gemeinsamen Vertretung der wahrnehmungsberechtigten Nichtmitglieder vorschreibt. In der Praxis wählen diese unter sich Delegierte, die wiederum auf der Mitgliederversammlung Einfluss nehmen können. In diesem Fall besteht also gerade noch eine *repräsentative* indirekte Einflussmöglichkeit. Nach POLLAUD-DULIAN, GRUR Int. 1995, 372, bleibe der Grundsatz der Ausschließlichkeit nur gewahrt, wenn kein Zwang zu einer Mitgliedschaft in der Verwertungsgesellschaft besteht.

753 FICSOR, *Collective Management*, Rn. 22; DERS., COPYRIGHT 1985, 350; ähnlich KARNELL, COPYRIGHT 1986, 52. Daneben können weitere Schutzbestimmungen treten wie etwa die gesetzliche Verpflichtung einer Verwertungsgesellschaft, Rechte und Ansprüche der Rechteinhaber auf Verlangen zu angemessenen Bedingungen wahrzunehmen (vgl. § 6 (1) S. 1 UrhWG), bestimmte Kontroll- und Teilhaberechte des Rechteinhabers sowie bestimmte Eingriffsbefugnisse einer hoheitlichen Institution, welche die Eigenständigkeit der einzelnen Ausschließlichkeitsrechte gewährleisten und die Beziehung des einzelnen Rechteinhabers zu seinem Ausschließlichkeitsrecht bewahren; siehe dazu HAUPTMANN, *Die Vergesellschaftung*, S. 62 f.

754 Kritisch hingegen COHEN JEHORAM, COPYRIGHT 1990, 216, der von „voluntary compulsory licenses“ spricht.

Ausschließlichkeit⁷⁵⁵. Ein Rechteinhaber tut im Prinzip also nichts anderes als sich seiner aus der Exklusivität fließenden Befugnisse zu bedienen.⁷⁵⁶

3. Zwingende kollektive Rechtewahrnehmung

Hingegen verhindert eine gesetzliche Bestimmung, die den Rechteinhaber *verpflichtet*, sein Ausschließlichkeitsrecht kollektiv auszuüben, die Möglichkeit einer individuellen Wahrnehmung. Denn der Rechteinhaber hat es nicht mehr in der Hand zu entscheiden, ob er seine Rechte individuell oder kollektiv wahrnehmen lassen möchte. Damit scheint ein Element der Ausschließlichkeitsbefugnis genommen. Fraglich ist allerdings, was genau dieses Element der Entscheidung über die Art der Wahrnehmung konkret konstituiert und ob dies für eine Einordnung der Verwertungsgesellschaftspflicht als Exklusivitätseinschränkung ausreichend ist.

a) Wahrnehmung als Teil der Ausschließlichkeit?

Tatsächlich könnte man überlegen, ob es sich bei der Art der Wahrnehmung überhaupt um eine Komponente der Ausschließlichkeit handelt oder nicht vielmehr um ein von der Ausschließlichkeit losgelöstes, zu trennendes Element.⁷⁵⁷ Die Verwertungsgesellschaftspflicht ließe so das Exklusivitätsrecht unberührt und eine Einordnung als Ausschließlichkeitseinschränkung wäre demnach zu verneinen.

Allerdings sind *individuelle Ausschließlichkeitsrechte* Ausgangspunkt urheberrechtlichen Schutzes.⁷⁵⁸ Entsteht ein solches Recht in einer Person, dann hängt jede weitere Entscheidung über dieses Recht von der Zustimmung

755 FICSOR, *Collective Management at a Triple Crossroads*, S. 8; COLIN, *Faisabilité des licences autorisant le peer-to-peer – Rapport final*, S. 19.

756 TRUMPKE, NIR 2012, 272 f.; ähnlich MENTHA, UFITA 1965 (45), 66 f., der allerdings in diesem Fall von einer „Erschöpfung“ des ausschließlichen Rechts ausgeht.

757 In diese Richtung wohl v. LEWINSKI, *Mandatory Collective Administration*, S. 5; GEIGER, *The Role of the Three-Step Test*, S. 10.

758 Siehe FICSOR, *Collective Management*, Rn. 16: „It goes without saying that an exclusive right may be enjoyed, to the fullest possible extent, if it is exercised individually by the owner of the right himself.“; DERS., in: Gervais (Hg.), *Collective Management*, S. 40.

mung des Rechteinhabers ab. Darunter fällt eben auch die Befugnis zu entscheiden, *auf welche Weise* er sein Recht wahrnehmen möchte, individuell oder kollektiv.⁷⁵⁹ Eine gesetzliche Reduzierung auf eines der beiden Wahrnehmungsmöglichkeiten muss daher als eine *Einschränkung des Ausschließlichkeitsrechts* angesehen werden.⁷⁶⁰

b) Einschränkungsggrad

Geht man davon aus, dass dem Rechteinhaber nur insoweit die Befugnis genommen wird zu entscheiden, ob er seine Rechte individuell oder kollektiv wahrnehmen möchte, das Ausschließlichkeitsrecht also „unbelastet“ auf kollektiver Ebene weiterlebt, dann erscheint die Verwertungsgesellschaftspflicht gegenüber der gesetzlichen Lizenz auf den ersten Blick als eine deutlich geringere Einschränkung. Als Konstrukt der kollektiven Rechtswahrnehmung, die „von selbst“ durch die Rechteinhaber erfunden wurde, ist die Verwertungsgesellschaftspflicht eng mit den bestehenden Marktgegebenheiten verknüpft, indem sie sich gewöhnlich die schon bestehenden Strukturen einer kollektiven Wahrnehmung zunutze macht.⁷⁶¹ Daher wird die Verwertungsgesellschaftspflicht in ihrer Einschränkungsinintensität oftmals sogar geringer eingestuft als die Zwangslizenz.⁷⁶²

759 FICSOR, in: Gervais (Hg.), *Collective Management*, S. 44.

760 FICSOR, *Collective Management*, Rn. 372; DERS., in: Gervais (Hg.), *Collective Management*, S. 58; vom Grundsatz her auch RIKLIN, *Das Urheberrecht als individuelles Herrschaftsrecht*, S. 239; siehe auch KARNELL, EIPR 1991, 432; im Ergebnis zutreffend PLATE, *Die Verwertungsgesellschaftspflicht*, S. 190 ff., der allerdings die Frage der Ausschließlichkeitseinschränkung nicht auf die Beschränkung der Wahlfreiheit zwischen individueller und kollektiver Wahrnehmung reduziert, sondern sie mit dem Abschlusszwang der Verwertungsgesellschaft nach § 11 UrhWG verknüpft. Wenn Plate bei der kollektiven Wahrnehmung mit der h.M. ebenfalls von einer Modifikation des Ausschließlichkeitsrechts ausgeht, die einen Abschlusszwang impliziert und gleichzeitig rechtfertigt, dann kann der Kontrahierungszwang bei der Frage der zwingenden kollektiven Rechtswahrnehmung nicht erneut herangezogen werden. Übrig bleibt allein die Frage, ob die Aufhebung der Wahrnehmungsfreiheit eine Einschränkung des Ausschließlichkeitsrechts darstellt.

761 Je dichter auf einem Markt ein bestimmtes Ausschließlichkeitsrecht bereits kollektiv wahrgenommen wird, desto geringer erscheint die beschränkende Wirkung der Verwertungsgesellschaftspflicht.

762 So etwa LOEWENHEIM/GÖTTING, *HB UrhR*, § 30 Rn. 19; siehe auch TRUMPKE, NIR 2012, 268 ff., 271 f.

Auf der anderen Seite kann die Verwertungsgesellschaft die Nutzung ohne sachlichen Grund *nicht verbieten*. Vom ursprünglichen Ausschließlichkeitsrecht verbleibt dem Rechteinhaber letztlich nur ein *Vergütungsanspruch* gegen die Verwertungsgesellschaft.⁷⁶³ Bei Lichte betrachtet stellt sich die Verwertungsgesellschaftspflicht damit faktisch als eine Form der *vergütungspflichtigen gesetzlichen Lizenz* dar.⁷⁶⁴

III. Anwendungsbereich

In *Deutschland* existiert eine zwingende kollektive Wahrnehmung von Ausschließlichkeitsrechten nur in dem durch die SatKab-RL europaweit harmonisierten Bereich der Kabelweitersendung,⁷⁶⁵ namentlich in § 20b (1) UrhG.⁷⁶⁶

763 PLATE, *Die Verwertungsgesellschaftspflicht*, S. 198 f.

764 Vgl. in diesem Zusammenhang die Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts, wonach die Verwertungsgesellschaftspflicht nach Art. 22 (1) URG als eine vergütungspflichtige gesetzliche Lizenz zu verstehen sei (BGE 133 III 568, E 4 ff., E 5.6. – *GGA-Maur/BBC*); dazu HILTY, *Urheberrecht*, Rn. 179, 211, 238.

765 Bis vor einigen Jahren hatte *Ungarn* die öffentliche Aufführung von veröffentlichten und musikalischen Werken, die terrestrische Sendung und die Satellitensendung, die erstmalige Übermittlung über Kabel und bemerkenswerterweise auch das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung einer zwingenden kollektiven Rechtswahrnehmung unterworfen (*Gesetz Nr. LXXVI von 1999 zum Urheberrecht*); siehe ausführlich v. LEWINSKI, *Mandatory Collective Administration*. Nachdem Zweifel an der Vereinbarkeit mit internationalem und europäischem Recht laut geworden waren, wurden die meisten Bestimmungen nun dahingehend abgeändert, dass der Urheber trotz der grundsätzlich vorgesehenen Wahrnehmung über Verwertungsgesellschaften sein Recht der Verwertungsgesellschaft entziehen und stattdessen individuell wahrnehmen kann (Art. 27 (2) (b), (3) i.V.m. Art. 87 (3) UrhG-U). Über eine „reine“ Verwertungsgesellschaftspflicht geregelt sind daher nur noch das klassische Senderecht sowie das Recht der Kabelweitersendung (Art. 27 (1) und Art. 28 (2), (3) UrhG-U). In *Frankreich* kennt man die Verwertungsgesellschaftspflicht neben dem Bereich der Kabelweitersendung (Art. L 132-20-1 CPI bzw. Art. L 217-2 CPI (Rechte von ausübenden Künstlern und Produzenten)) auch für das Photokopieren von Werken zu nichtgewerblichen Zwecken (Art. L 122-10 CPI). Rechtstechnisch handelt es sich allerdings um eine gesetzlich angeordnete (automatische) Rechtseinräumung an eine Verwertungsgesellschaft; COLIN, *Faisabilité des licences autorisant le peer-to-peer – Rapport final*, S. 25. In großem Umfang sieht schließlich die *Schweiz* eine Verwertungsgesellschaftspflicht für die Weitersenderechte (Art. 22 (1) URG), für das Vervielfältigungsrecht zum Zwecke der Sendung durch Sendeunternehmen

Die *nordischen Länder* kennen diese Form der Exklusivitätseinschränkung auch und gerade wegen des Modells der EKL *nicht*.

IV. Vorgaben des höherrangigen Rechts

Weder dem internationalen noch dem europäischen Recht ist explizit zu entnehmen, ob und unter welchen Voraussetzungen die Verwertungsgesellschaftspflicht eine zulässige Exklusivitätseinschränkung darstellt.⁷⁶⁷

1. Internationales Recht

a) Verwertungsgesellschaftspflicht als „Schranke“ im Sinne der RBÜ?

Von zentraler Bedeutung ist zunächst die Frage, ob die Verwertungsgesellschaftspflicht eine einschränkende Wirkung auf die in der RBÜ vorgesehenen Ausschließlichkeitsrechte entfaltet, die nur über eine ausdrückliche oder implizite Schranke der RBÜ gerechtfertigt werden kann.

Von den Fällen abgesehen, in denen die RBÜ zustimmungs- und vergütungsfreie Einschränkungen erlaubt, richtet sich die Zulässigkeit nach Art. 9 (2), 11bis (2) und Art. 13 (1) RBÜ. Während es Art. 11bis (2) gestattet, „die Voraussetzungen für die Ausübung der in Absatz 1 erwähnten Rechte festzulegen“,⁷⁶⁸ bestimmt Art. 13 (1), dass die Verbandsländer „Vorbehalte und Voraussetzungen“ für das ausschließliche Recht des Ur-

(Art. 24b URG), für die Nutzung von Archivwerken durch Sendeunternehmen (Art. 22a URG), die Rechte an verwaisten Werken (Art. 22b URG) und das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung von nichttheatralischen Werken durch Radio- und Fernsehunternehmen (Art. 22c URG) vor.

766 Die zwingende kollektive Ausübung gilt für ausübende Künstler (§ 78 (4) UrhG) und Filmproduzenten (§ 94 (4) UrhG) entsprechend. Davon ausgenommen sind die Leistungsschutzrechte der Sendeunternehmen (§ 20b (1) S. 2 UrhG), vgl. aber auch § 87 (5) UrhG.

767 v. LEWINSKI, *Mandatory Collective Administration*, S. 3; GEIGER, *The Role of the Three-Step Test*, S. 9.

768 Vgl. auch die englische („(...) determine the conditions under which the rights mentioned in the preceding paragraph may be exercised (...)“) und die französische Fassung („(...) régle les conditions d'exercice des droits (...)“).

hebers festlegen können.⁷⁶⁹ Fraglich ist, ob auch die Verwertungsgesellschaftspflicht als eine solche „Voraussetzung“ bzw. „Bedingung“ verstanden werden muss.⁷⁷⁰

aa) Literaturmeinungen

Nach einer Ansicht benenne Art. 11bis (2) RBÜ explizit die „Voraussetzungen für die Ausübung“ des Rechts, worunter unzweifelhaft auch die „Bedingung“ falle, ob der Rechteinhaber sein Recht individuell oder kollektiv ausüben müsse.⁷⁷¹ „Bedingung“ meine dabei *jede* Bedingung („any condition“), was die Verwertungsgesellschaftspflicht in Art. 11bis (2) (und Art. 13 (1)) einschlieÙe. Demnach soll die Statuierung einer Verwertungsgesellschaftspflicht nur in Fällen möglich sein (*e contrario*), in denen es ausdrücklich vom internationalen Recht gestattet werde, die Bedingungen (für die Ausübung des Rechts) festzulegen bzw. die Reduzierung des Ausschließlichkeitsrechts auf einen bloÙen Vergütungsanspruch vorzunehmen.⁷⁷²

Nach einer anderen Ansicht sei die Zulässigkeit einer Verwertungsgesellschaftspflicht nicht auf die ausdrücklich erlaubten Fälle beschränkt, denn sie belasse das Verbotsrecht vollständig und regele nur dessen Ausübung.⁷⁷³ Darüber hinaus ziele Art. 11bis (2) RBÜ gerade auf das Verhältnis zwischen Urheber (bzw. die ihn vertretende Verwertungsgesellschaft) und Nutzer (Sendeunternehmen) ab, wohingegen bei der Verwertungsgesellschaftspflicht die Beziehung zwischen *Autor und Verwertungsgesell-*

769 Vgl. auch die englische („(...) impose for itself reservations and conditions on the exclusive right (...)“) und die französische Fassung („(...) établir des réserves et conditions relatives au droit exclusif (...)“).

770 Der deutsche Text verwendet zwar das Wort „Voraussetzung“; treffender wäre hingegen das an das Englische „condition“ bzw. Französische „condition“ angelehnte Wort der „Bedingung“. Zur sprachlichen Eindeutigkeit wird im Folgenden der Begriff der „Bedingung“ synonym mit jenem der „Voraussetzung“ verwendet.

771 FICSOR, *Collective Management*, Rn. 371 ff.; DERS., in: Gervais (Hg.), *Collective Management*, S. 48 ff.

772 FICSOR, in: Gervais (Hg.), *Collective Management*, S. 51 f., 53, 59; KARNELL, in: *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. XIV-6, Rn. 6-7.

773 v. LEWINSKI, *Mandatory Collective Administration*, S. 5; BERNAULT/LEBOIS, *Study Peer-to-Peer File Sharing*, S. 52, 54 ff.

schaft im Vordergrund stehe.⁷⁷⁴ Folglich seien die „Voraussetzungen für die Ausübung“ auf die Bedingungen beschränkt, die zugunsten von Sendunternehmen (allgemein: von Nutzern) ausgerichtet sind, nicht hingegen auf solche Bedingungen, die das Verhältnis zwischen Autor und Verwertungsgesellschaft auf eine bestimmte Weise regeln. Damit läge die (zwingende) kollektive Wahrnehmung *außerhalb* des Anliegens der RBÜ und könne daher nicht als eine Schranke der darin aufgeführten Ausschließlichkeitsrechte aufgefasst werden.

bb) Stellungnahme

Zunächst fällt auf, dass Art. 11bis (2) und Art. 13 (1) RBÜ keinesfalls die gleichen Formulierungen aufweisen. Während Art. 11bis (2) von „Voraussetzungen für die Ausübung der erwähnten Rechte“ („conditions under which the rights (...) may be exercised“) spricht, können die Verbandsländer nach Art. 13 (1) „Vorbehalte und Voraussetzungen“ („reservations and conditions“) festlegen. Näher scheint der Verwertungsgesellschaftspflicht auf den ersten Blick Art. 11bis(2) RBÜ zu stehen, da man unter „Ausübung“ ebenfalls die „Wahrnehmung“ fassen könnte.⁷⁷⁵ Der Zwang, die Rechte kollektiv wahrnehmen zu müssen, könnte als eine solche „Bedingung“ („condition“) für die Ausübung der Rechte verstanden werden. Andererseits könnten in Art. 11bis (2) RBÜ auch nur *bestimmte Bedingungen* gemeint sein; die Art der Wahrnehmung müsste gerade nicht als eine solche „Bedingung“ verstanden werden.⁷⁷⁶ Noch deutlicher dürfte dies für Art. 13 (1) RBÜ gelten, bei dem lediglich von „Vorbehalten und Voraussetzungen“ und nicht von „Ausübung“ die Rede ist.

Der Blick in die Entstehungsgeschichte mag dies insofern bestätigen, zumal das Modell der Verwertungsgesellschaftspflicht in der Zeit der Einführung von Art. 11bis (2) und Art. 13 RBÜ nicht bekannt gewesen sein

774 v. LEWINSKI, *Mandatory Collective Administration*, S. 5 f.

775 v. LEWINSKI, *Mandatory Collective Administration*, S. 5; LOEWENHEIM/GÖTTING, *HB UrhR*, sieht daher in der Verwertungsgesellschaftspflicht eine „Ausübungsbestimmung im Sinne von Art. 11bis Abs. 2 RBÜ“.

776 Dies gesteht auch FICSOR, *Collective Management*, Rn. 375, indirekt ein, wenn er sagt, dass die Verwertungsgesellschaftspflicht nicht nur in den Fällen eingeführt werden dürfe, wo die RBÜ explizit von „determine the conditions“ spreche.

dürfte.⁷⁷⁷ Tatsächlich lässt sich auch nicht widerlegen, dass die Schranken der RBÜ auf das Verhältnis zwischen *Urheber und Nutzer* ausgerichtet sind, wohingegen die kollektive Wahrnehmung, welche die Beziehung zwischen Urheber und Verwertungsgesellschaft betrifft, in keiner Weise von der RBÜ tangiert sein mag.⁷⁷⁸

Schließlich bestimmt auch Art. 36 (1) RBÜ, dass jedes Vertragsland verpflichtet ist, „die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um die Anwendung dieser Übereinkunft zu gewährleisten“. Eine Verwertungsgesellschaftspflicht kann demnach sogar *erforderlich* sein, um den in der RBÜ gewährten Rechten Geltung zu verschaffen.⁷⁷⁹ Macht man sich bewusst, dass Ausgangspunkt der RBÜ der Schutz des Urhebers ist, dieser aber häufig als schwächere Vertragspartei gegenüber seinen Vertragspartnern schutzbedürftig ist, so erscheint die Verpflichtung des Urhebers, seine Rechte kollektiv wahrnehmen zu lassen, weniger eine Einschränkung als vielmehr eine *Form des Schutzes*, da sie ihm immerhin noch eine Vergütung sichert.⁷⁸⁰ Folglich stellt die zwingende kollektive Wahrnehmung *keine Schranke im Sinne der RBÜ* dar, mit der Folge, dass eine einschränkende und damit unzulässige Wirkung auf die in der RBÜ vorgesehenen Ausschließlichkeitsrechte nicht besteht.⁷⁸¹

Eine andere Frage ist die mögliche Anwendung des *Drei-Stufen-Tests*. Auch wenn eine Prüfung schon daher entbehrlich sein könnte, weil die „Verwertungsgesellschaftspflicht“ nicht als eine „Schranke“ im Sinne der RBÜ eingestuft wurde und sich möglicherweise daraus der Schluss ziehen lässt, dass sie auch keine „Beschränkung und Ausnahme“ im Sinne des Drei-Stufen-Tests ist,⁷⁸² so sei doch der Vollständigkeit halber angemerkt,

777 Tatsächlich kannte man zur damaligen Zeit eine ganze Bandbreite an verschiedenen Einschränkungen in den Verbandsländern für Art. 11bis (2) RBÜ (siehe RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights (Vol. I)*, Rn. 13.68), während Art. 13 (1) RBÜ ihren Ursprung im Modell der Zwangslizenz hat (siehe oben, bei § 5 F IV 1).

778 v. LEWINSKI, *Mandatory Collective Administration*, S. 5 f.

779 In diese Richtung, aber wohl beschränkt auf verwertungsgesellschaftspflichtige Vergütungsansprüche: LOEWENHEIM/MELICHAR, *HB UrhR*, § 45 Rn. 3.

780 v. LEWINSKI, *Mandatory Collective Administration*, S. 8; GEIGER, *The Role of the Three-Step Test*, S. 11 f.

781 So GEIGER, *The Role of the Three-Step Test*, S. 12; v. LEWINSKI, *Mandatory Collective Administration*, S. 10; wohl auch HUGENHOLTZ/OKEDIJ, *Limitations and Exceptions*, S. 19.

782 So jedenfalls v. LEWINSKI, *Mandatory Collective Administration*, S. 10. Dies erscheint zwar nicht zwingend, soll aber an dieser Stelle nicht weiter vertieft wer-

dass die Vorgaben des Tests der Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit eines Ausschließlichkeitsrechts jedenfalls keineswegs entgegenstehen.⁷⁸³

b) Inländergleichbehandlung

Auf den ersten Blick problematisch könnte die Verwertungsgesellschaftspflicht auch mit Bezug auf Art. 5 (1) RBÜ sein, wonach die Urheber in allen Verbandsstaaten – mit Ausnahme des Ursprungslandes des Werkes – die Rechte genießen, die die einschlägigen Gesetze den inländischen Urhebern gewähren oder gewähren werden.⁷⁸⁴ Denn ausländische Urheber könnten möglicherweise nicht in gleicher Weise wie inländische Urheber auf die Wahrnehmung ihrer Rechte Einfluss nehmen. Bei der Verwertungsgesellschaftspflicht sind allerdings die Rechte von Ausländern und Inländern *gleichermaßen betroffen*, da beide ihre Rechte nur kollektiv wahrnehmen können. Die Verwertungsgesellschaft muss dabei Mitgliedern (bzw. die durch Wahrnehmungsvertrag verbundenen Urheber) und Nichtmitgliedern die gleichen Rechte mit Bezug auf das verwertungsgesellschaftspflichtige Recht einräumen.⁷⁸⁵ Erforderlich ist also die *Gleichbehandlung von Mitgliedern und Nichtmitgliedern* durch die Verwertungsgesellschaft, um einen Verstoß gegen Art. 5 (1) RBÜ zu vermeiden.⁷⁸⁶

den, sondern stattdessen bei der Untersuchung der EKL berücksichtigt werden (siehe unten, bei § 8 C II 2).

783 Unverständlich ist es daher, wenn FICSOR, in: Gervais (Hg.), *Collective Management*, S. 59 f., den Drei-Stufen-Test nicht etwa für das Recht der öffentlichen Wiedergabe (making available right) nach Art. 8 WCT bemüht (ist dieses Recht doch gar nicht im Anwendungsbereich der RBÜ; wobei sich die Frage des Drei-Stufen-Tests auch bei dem Recht der Vervielfältigung gem. Art. 9 RBÜ gestellt hätte), sondern in diesem Fall schlicht zu einer Unvereinbarkeit gelangt.

784 Siehe zum Grundsatz der Inländergleichbehandlung auch unten, bei § 8 B I.

785 Vgl. § 13c (4) UrhWG. Darüber hinaus können Ausländer (wie Inländer) grundsätzlich Mitglied bei der Verwertungsgesellschaft werden. Im Falle der Mitgliedschaft erhöht sich die Einflussmöglichkeit auf die Verwaltung des Rechts (Wahrnehmung, Nutzungsbedingung und Ausschüttung), was sowohl Ausländern wie Inländern zugutekommen kann; siehe v. LEWINSKI, *Mandatory Collective Administration*, S. 12.

786 Siehe FICSOR, *Collective Management*, Rn. 432 (Nr. 25); DERS., in: Gervais (Hg.), *Collective Management*, S. 74.

c) Formalitätenverbot

Eine andere Frage ergibt sich mit Blick auf Art. 5 (2) RBÜ, wonach die Verbandsstaaten den Genuss und die Ausübung der Rechte, die in einem Land für die Werke anderer Verbandsländer gewährt werden, nicht von der „Erfüllung irgendwelcher Förmlichkeiten“ abhängig machen dürfen.⁷⁸⁷ Die Verwertungsgesellschaftspflicht könnte, da sie den Rechteinhaber letztlich dazu zwingt, einen Wahrnehmungsvertrag mit der Verwertungsgesellschaft zu schließen, eine solche Förmlichkeit darstellen.⁷⁸⁸

Unproblematisch dürfte die Frage mit Bezug auf den *Genuss der Rechte* („enjoyment of rights“) zu beantworten sein, denn die Verwertungsgesellschaftspflicht lässt die Entstehung des Rechts völlig unberührt. Dieses entsteht in der Person des Urhebers, ohne dass es der Erfüllung einer Förmlichkeit oder den Einbezug einer Verwertungsgesellschaft bedarf.

Aber auch mit Bezug auf die zweite Alternative, bei der *Ausübung der Rechte* („exercise of rights“), scheidet ein Verstoß aus, denn der Urheber ist bei der Ausübung seines Rechts an keinerlei Förmlichkeiten gebunden.⁷⁸⁹ Er kann sein Recht problemlos ausüben und durchsetzen – nur eben über eine Verwertungsgesellschaft. Er muss dazu im Prinzip auch kein Mitglied der Verwertungsgesellschaft werden,⁷⁹⁰ denn die Organisation ist oftmals per Gesetz berechtigt und verpflichtet, die Rechte der Nichtmitglieder wahrzunehmen.⁷⁹¹ Folglich verstößt die Verwertungsgesellschaftspflicht nicht gegen Art. 5 (2) RBÜ.⁷⁹²

787 Zum Formalitätenverbot siehe auch unten, bei § 8 B II.

788 Siehe BAPPERT/WAGNER, *Internationales Urheberrecht*, Art. 4 RBÜ Rn. 19; a.A. NORDEMANN/VINCK/HERTIN, *International Copyright*, Art. 5 BC, Rn. 7; zweifelnd MENTHA, UFITA 1965 (45), 64; HUBMANN, UFITA 1966 (48), 32 ff., der allerdings eine Unvereinbarkeit aus der Anwendung des UrhWG herleitet, da die Verwertungsgesellschaft zur Tätigkeit einer staatlichen Erlaubnis bedürfe, womit der Verwertungsgesellschaft „Bedingungen und Beschränkungen“ auferlegt würden. Siehe auch v. GOMPEL, *Formalities*, S. 207 f.

789 So auch v. LEWINSKI, *Mandatory Collective Administration*, S. 11.

790 v. LEWINSKI, *Mandatory Collective Administration*, S. 11.

791 Vgl. etwa für das Recht der Kabelweiterleitung § 13c (3) UrhWG.

792 So auch v. LEWINSKI, *Mandatory Collective Administration*, S. 11; v. GOMPEL, *Formalities*, S. 208; BERNAULT/LEBOIS, *Study Peer-to-Peer File Sharing*, S. 55 f.; RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights (Vol. I)*, Rn. 6.105 (dort Fn. 322) (a.A. aber noch in der früheren Auflage: RICKETSON, *The Berne Convention*, Rn 16.33); NORDEMANN/VINCK/HERTIN, *International Copyright*, Art. 5 Rn. 7.

2. Europäisches Recht

a) SatKab-RL (RL 93/83/EWG)

Mit Verabschiedung der SatKab-RL wurde erstmals in Europa die Verwertungsgesellschaftspflicht für ein ausschließliches Recht eingeführt und für alle Mitgliedstaaten vorgeschrieben. So bestimmt Art. 9 (1) SatKab-RL, dass „das Recht der Urheberrechtsinhaber und der Inhaber verwandter Schutzrechte, einem Kabelunternehmen die Erlaubnis zur Kabelweiterverbreitung zu erteilen oder zu verweigern, *nur durch Verwertungsgesellschaften* geltend gemacht werden kann“.⁷⁹³ Mit der zwingenden kollektiven Wahrnehmung des Kabelweitersenderechts und der damit verbundenen Entscheidung einer vertraglichen Einräumung der Rechte war es den Mitgliedstaaten nicht mehr gestattet, andere Ausschließlichkeitseinschränkungen einzuführen oder beizubehalten, auch wenn das internationale Recht dem keineswegs entgegengestanden wäre.⁷⁹⁴

Für das *Recht der Satellitensendung* geht die RL grundsätzlich von einer vertraglichen Einräumung aus (Art. 3 (1) SatKab-RL). Zwar ermöglicht es Art. 3 (2) SatKab-RL, einen Vertrag, den eine Verwertungsgesellschaft mit einem Sendeunternehmen geschlossen hat, unter bestimmten Voraussetzungen auf Außenseiter *auszudehnen*. Doch müssen die nicht vertretenen Rechteinhaber die Möglichkeit haben, eine solche Ausdehnung zu beenden und zu entscheiden, ob sie die Rechte kollektiv oder individuell wahrnehmen lassen. Eine Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit des Rechts der Satellitensendung wäre daher *europarechtswidrig*.⁷⁹⁵

793 Ein Rechteinhaber ist dabei nicht gezwungen, sein Recht einer Verwertungsgesellschaft einzuräumen, sondern kann es stattdessen einem Sendeunternehmen einräumen, das wiederum mit dem Kabelnetzbetreiber über die Einräumung der Kabelweitersenderechte verhandelt, zumal die (originären und eingeräumten) Rechte von Sendeunternehmen nicht der zwingenden kollektiven Wahrnehmung unterworfen sind (Art. 10 SatKab-RL).

794 Siehe Art. 11bis (2) RBÜ; siehe auch FICSOR, in: Gervais (Hg.), *Collective Management*, S. 47.

795 So auch v. LEWINSKI, *Mandatory Collective Administration*, S. 12 f.

b) InfoSoc-RL (RL 2001/29/EG)

Wiederum ist zu überlegen, ob die Verwertungsgesellschaftspflicht in den abgeschlossenen Schrankenatalog des Art. 5 InfoSoc-RL fällt, mithin, ob sie eine „Ausnahme und Beschränkung“ im Sinne des europäischen Rechts darstellt.⁷⁹⁶ Nach der vorstehenden Analyse, wonach die Verwertungsgesellschaftspflicht nicht als „Beschränkung und Ausnahme“ im Sinne des internationalen Rechts verstanden wurde, läge der Schluss nahe, dass eine „Ausnahme und Beschränkung“ *nach europäischem Recht* ebenfalls nicht vorliegt.⁷⁹⁷ Eine Indizwirkung könnte dabei *Erwägungsgrund (28)* der SatKab-RL zukommen, wonach bei der zwingenden kollektiven Rechtswahrnehmung das *Verbotsrecht als solches erhalten* bleibe,⁷⁹⁸ lediglich die Art seiner Ausübung in bestimmtem Umfang geregelt werde.⁷⁹⁹ Es ist daher anzunehmen, dass die Verwertungsgesellschaftspflicht

796 So etwa FICSOR, in: Gervais (Hg.), *Collective Management*, S. 45 f.

797 Ein interessantes Argument bringt v. LEWINSKI, *Mandatory Collective Administration*, S. 13 f., mit Verweis auf das deutsche Urheberrecht und die Zwangslizenz, die ja ebenfalls nicht als „Ausnahme und Beschränkung“ im Sinne des Art. 5 InfoSoc-RL verstanden wird: Wenn das Ausschließlichkeitsrecht über einen Kontrahierungszwang eingeschränkt werden dürfe, dann müsse dies erst Recht für die Verwertungsgesellschaftspflicht gelten, wo lediglich eine Pflicht des Rechteinhabers zur kollektiven Ausübung seines Rechts statuiert werde.

798 Auffallend ist, dass die RL zwischen „Verbotsrecht“ („authorization right“, „droit d'autorisation“ bzw. „rättigheterna att ge tillstånd“ (schwed.)) in Erwägungsgrund (28) und „Exklusivitätsrecht“ (Art. 2 SatKab-RL spricht vom „ausschließlichen Recht“ bzw. „exclusive right“, „droit exclusif“, „ensamrätt“ (schwed.)) zu differenzieren scheint. Man könnte annehmen, dass nach der RL nur *ein bestimmter eigenständiger Teil des Ausschließlichkeitsrechts* (hier benannt als „Verbotsrecht“) von der Verwertungsgesellschaftspflicht unberührt bleibt. Allerdings ist fraglich, ob eine solche Differenzierung von dem Richtliniengeber tatsächlich gewollt war. Wahrscheinlicher dürfte es sein, dass die unterschiedliche Formulierung nur der Betonung des speziellen Verhältnisses zwischen Ausschließlichkeitsrecht und Verwertungsgesellschaftspflicht geschuldet ist. Im Übrigen besagt Art. 9 (1) SatKab-RL ausdrücklich, dass das Recht, „die Erlaubnis der Kabelweiterverbreitung zu erteilen oder zu verweigern“ nur über eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden kann, mithin beide Teile der Ausschließlichkeit (positive wie negative Seite) erfasst sind; vgl. WALTER/V. LEWINSKI/DREIER, *European Copyright Law*, Rn. 7.9.4.

799 Einen weiteres Argument lässt sich Erwägungsgrund (18) InfoSoc-RL entnehmen, wonach die RL keine Regelungen der Mitgliedstaaten „für die Verwaltung von Rechten“ berührt. Auch die Verwertungsgesellschaftspflicht stellt eine solche Regelung für die „Verwaltung von Rechten“ dar, denn sie legt fest, auf welche

nicht in den Anwendungsbereich der RL fällt und damit auch keine „Ausnahme und Beschränkung“ im Sinne des europäischen Rechts darstellt.

V. Erkenntnisse

Es wurde festgestellt, dass die Verwertungsgesellschaftspflicht zwar eine Exklusivitätseinschränkung in dem hier definierten Sinne darstellt, gleichzeitig aber nicht als eine Schranke im Sinne der RBÜ und damit auch nicht als eine „Beschränkung und Ausnahme“ im Sinne des internationalen und europäischen Rechts anzusehen ist.

Dieses Ergebnis mag auf den ersten Blick widersprüchlich erscheinen. Tatsächlich bedeutet es zunächst einmal nur, dass das internationale und europäische Recht – wenn die Wahrnehmung des Ausschließlichkeitsrechts nicht von ihm tangiert ist – das Ausschließlichkeitsrecht nur *in einem engeren Sinne* schützt. Die „Art der Wahrnehmung“ liegt dagegen außerhalb dieses (geschützten) Rahmens der Ausschließlichkeit. Bestätigt wird damit eine Vermutung, die sich bereits bei der Analyse der Zwangslizenz abgezeichnet hat: Es scheint eine gewisse Diskrepanz zwischen einer rein theoretisch-abstrakten Betrachtung und einer Prüfung am internationalen und europäischen Recht mit Bezug auf das Verhältnis von Ausschließlichkeitsrecht und Einschränkung zu bestehen.

Exkurs: Fair Use

Abgesehen von den bisher besprochenen Exklusivitätseinschränkungen kennt das angloamerikanische Urheberrecht noch eine weitere Form einer Begrenzung der Ausschließlichkeit: Das sog. *Fair Use*, die wohl bedeutendste Ausschließlichkeitseinschränkung in den USA⁸⁰⁰ bzw. das dem *Fair Use* in Ansätzen ähnliche, aber im Anwendungsbereich viel „schmalere“ *Fair Dealing* in Großbritannien,⁸⁰¹ sind generalklauselartig formulierte Tatbestände, die unter bestimmten Voraussetzungen die Nutzung ei-

Weise Rechteinhaber ihre Rechte wahrnehmen müssen bzw. ihre Rechte verwaltet werden (nämlich kollektiv).

800 GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts*, S. 19.

801 Dazu DAVIES, *Copyright and the Public Interest*, S. 56 ff., 283 f.; FÖRSTER, *Fair Use*, S. 36 f.

nes urheberrechtlich geschützten Gutes vergütungsfrei erlauben.⁸⁰² Eher konstruiert als eine Verteidigungsklausel gegen den Vorwurf der Urheberrechtsverletzung besagt 17 U.S.C. § 107, dass „the fair use of a copyrighted work (...) is not an infringement of copyright“. Aufgrund ihrer offenen Formulierung kann das *Fair Use* in einer *Vielzahl von Fällen* herangezogen werden. Betroffen können dabei alle Ausschließlichkeitsrechte sein. Gleichzeitig obliegt es den Gerichten, den Einwand des *Fair Use* den Umständen des Einzelfalls entsprechend für zulässig zu erachten.⁸⁰³

Im Unterschied zu den bisher besprochenen Exklusivitätseinschränkungen lässt sich dem *Fair Use* keine generelle Aussage entnehmen, auf welche Weise und wie stark die Ausschließlichkeit berührt ist, weil sich dies von Einzelfall zu Einzelfall *graduell unterscheiden* kann.⁸⁰⁴ Darüber hinaus fehlt dem *Fair Use* im Gegensatz zu fast allen anderen Exklusivitätseinschränkungen das „kompensatorische Element“: Eine Vergütung des Rechteinhabers für die über die *Fair Use Doktrin* erlaubten Nutzungshandlungen erfolgt gerade nicht.⁸⁰⁵

Dies dürfte wohl mitunter ein Grund dafür sein, dass eine Vereinbarkeit des *Fair Use* mit dem Drei-Stufen-Test bisweilen in Zweifel gezogen wird.⁸⁰⁶ Denn trotz seiner „Offenheit“ für neue Situationen mangelt es diesem Instrument – durch das Fehlen jeglicher Vergütungsmöglichkeit – an einer gewissen Flexibilität, um den notwendigen Interessenausgleich zu gewährleisten.⁸⁰⁷

802 Zur Entstehungsgeschichte siehe FÖRSTER, *Fair Use*, S. 17 ff.; KLEINEMENKE, *Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?*, S. 99 ff.

803 Bestimmte Faktoren werden beispielhaft in 17 U.S.C. § 107 genannt, die bei der Beurteilung heranzuziehen sind, aber nicht immer gleichsam angewandt werden: der Zweck und die Art der Nutzung, die Art des geschützten Werkes, Umfang und Bedeutung des genutzten Teils im Verhältnis zum gesamten Werk und die Auswirkung der Nutzung auf Wert und Verwertung des Werkes. Siehe vertieft hierzu FÖRSTER, *Fair Use*, S. 37 ff.

804 Siehe FÖRSTER, *Fair Use*, S. 23 f.; GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts*, S. 20.

805 KLEINEMENKE, *Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?*, S. 125 f.

806 Siehe etwa SENFTLEBEN, *Three-Step Test*, S. 162 ff.; FÖRSTER, *Fair Use*, S. 196 ff.

807 KLEINEMENKE, *Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?*, S. 125.

Mit Blick auf das europäische Recht ist festzuhalten, dass die Einführung einer dem US-amerikanischen Recht angelehnten *Fair Use Bestimmung* aufgrund des abgeschlossenen Katalogs des Art. 5 der InfoSoc-RL momentan wohl nicht im Einklang mit europäischem Recht stünde.⁸⁰⁸

808 FÖRSTER, *Fair Use*, S. 207 ff.; siehe auch HUGENHOLTZ/SENFLEBEN, *Fair Use in Europe*, S. 17, schon im Hinblick auf eine „semi-open norm“. Für eine modifizierte, mit einer zusätzlichen Vergütungspflicht ergänzte *Fair Use-Klausel* für Europa KLEINEMENKE, *Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?*, S. 523 ff.