

§ 7 Die Erweiterte Kollektive Lizenz vs. Europäisches Recht

Nachfolgend soll die Vereinbarkeit des nordischen Modells mit höherrangigen Vorgaben geprüft werden. Anders als bei den vorherigen Ausschließlichkeitseinschränkungen werden zunächst das europäische Primär- und Sekundärrecht und daran anschließend das internationale Recht betrachtet (§ 8). Dies erscheint deshalb angezeigt, da sich zum einen dem europäischen Recht einige offenkundige Bezugspunkte zur EKL entnehmen lassen, zum anderen die Stellung der EKL im europäischen Recht ihre Beurteilung vor dem Hintergrund der Vorgaben des internationalen Rechts in gewisser Weise zu beeinflussen scheint.

A. Art. 18 AEUV

Nach Art. 18 AEUV ist im Anwendungsbereich des AEUV jede *Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit* verboten.

Mit Blick auf die EKL stand im Fokus des Art. 18 AEUV lange Zeit das noch früher in den skandinavischen Urheberrechtsgesetzen vorgesehene Kriterium, wonach eine Verwertungsgesellschaft eine substantielle Anzahl *an nationalen Rechteinhaber* zu vertreten hatte, um zum Abschluss einer EKL-Vereinbarung berechtigt zu sein. Dadurch wurden jene Organisationen bevorzugt, die überwiegend nationale Rechteinhaber vertraten, womit andere nichtskandinavische Verwertungsgesellschaften gehindert waren, ebenfalls das Repräsentativitätskriterium zu erfüllen.¹³⁰³

Nachdem die Europäische Kommission die dänischen Bestimmungen als Verstoß gegen Art. 18 AEUV gewertet hatte,¹³⁰⁴ änderten Dänemark, dann auch Norwegen, Finnland und zuletzt Schweden dementsprechend das Kriterium in eine *neutrale, nicht an die Nationalität anknüpfende Form* um: Entscheidend für die Repräsentativität und damit die Berechtigung der Verwertungsgesellschaft ist nun die substantielle Anzahl von Rechteinhabern, deren Werke in dem Land *genutzt* werden.¹³⁰⁵ Einzig Is-

1303 Riis/SCHOVSBO, Col. J. of Law & the Arts 2010, 490; ROGNSTAD, NIR 2012, 625.

1304 Die Kommission hielt zudem die Gefahr eines Verstoßes gegen die Dienstleistungs-RL für gegeben; siehe Riis/SCHOVSBO, Col. J. of Law & the Arts 2010, 490; Prop. 2012/13:141, S. 32.

1305 Siehe oben, bei § 6 A I 2 b aa.

land hat bis heute eine Anpassung noch nicht vorgenommen;¹³⁰⁶ ein Verstoß gegen Art. 18 AEUV in Form einer unmittelbaren Diskriminierung ist damit gegeben.¹³⁰⁷

B. SatKab-RL (RL 93/83/EWG)

Zu beiden betroffenen Regelungsbereichen der im Jahre 1993 verabschiedeten *SatKab-RL*, namentlich des Satellitenrundfunks und der Kabelweiterleitung, weist die EKL sehr enge Bezüge auf.

I. Satellitenrundfunk

Nach Art. 2 *SatKab-RL* haben die Mitgliedstaaten für den Urheber das ausschließliche Recht vorzusehen, „die öffentliche Wiedergabe von urheberrechtlich geschützten Werken über Satellit zu erlauben“. Gleichzeitig schreibt die RL vor, dass die Erlaubnis der öffentlichen Wiedergabe über Satellit nur *vertraglich* erworben werden kann (Art. 3 (1)). Den Mitgliedstaaten ist es damit nicht (mehr) gestattet, für das Recht der Satellitensendung eine Zwangslizenz oder eine gesetzliche Lizenz vorzusehen.¹³⁰⁸ Der Anbieter einer Satellitensendung muss folglich die Erlaubnis eines Urhebers oder Leistungsschutzberechtigten einholen, bevor er ein urheberrechtlich geschütztes Werk über Satellit verbreiten darf.

Allerdings führt Art. 3 *SatKab-RL* in Absatz 2 weiter aus, dass ein Mitgliedstaat *vorsehen kann*, dass „ein kollektiver Vertrag, den eine Verwertungsgesellschaft mit einem Sendeunternehmen für eine bestimmte Gruppe von Werken geschlossen hat, auf Rechteinhaber derselben Gruppe, die

1306 Siehe etwa § 15a UrhG-I.

1307 Das gemeinschaftliche Diskriminierungsverbot entfaltet auch unmittelbare Wirkung in den Ländern des EWR; siehe WALTER/V. LEWINSKI/WALTER/RIEDE, *European Copyright Law*, Rn. 2.0.10 ff. Weitere mögliche Problemstellungen des EKL-Modells, die in einen Verstoß gegen das von Art. 18 AEUV statuierte europäische Diskriminierungsverbot münden könnten, werden im Rahmen des dazu korrelierenden *Inländergleichbehandlungsgrundsatzes* nach Art. 5 (1) RBÜ erörtert, der ebenfalls ein Diskriminierungsverbot vorsieht, dieses allerdings bezogen auf die Verbandsländer der RBÜ; siehe dazu unten, bei § 8 B I.

1308 Siehe Erwägungsgrund (21) *SatKab-RL*. Siehe auch ROSEN, in: Stamatoudi/Torremans (Hg.), *EU Copyright Law*, Rn. 7.37.

nicht durch die Verwertungsgesellschaft vertreten sind (...) ausgedehnt werden kann“.¹³⁰⁹ Voraussetzung für eine richtlinienkonforme Anwendung ist allerdings, dass gleichzeitig mit der Wiedergabe über Satellit „von demselben Sendeunternehmen über erdgebundene Systeme gesendet wird“ und dass „der nicht vertretene Rechteinhaber jederzeit die Ausdehnung des kollektiven Vertrags auf seine Werke ausschließen und seine Rechte entweder individuell oder kollektiv wahrnehmen“ lassen kann.

Es zeigt sich, dass der Vorschrift damit *das gleiche Prinzip* wie der EKL in Skandinavien zugrunde liegt.¹³¹⁰ Die RL gewährt die Möglichkeit einer Regelung, die eine gesetzliche *Erweiterung von Kollektivverträgen* über die Rechte betreffend der Wiedergabe über Satellit auf die Rechte von Außenseitern erlaubt. Weiter wird auch ein zwingendes *Vetorecht* für einen außenstehenden Rechteinhaber vorgeschrieben.¹³¹¹ Im Unterschied zur nordischen EKL bestimmt Art. 3 (2) der SatKab-RL jedoch nicht, dass die Verwertungsgesellschaft auch *repräsentativ* in ihrem Bereich agieren muss.¹³¹² Ebenso ist weder eine ausdrückliche Gleichbehandlung der außenstehenden Rechteinhaber mit den Mitgliedern der Verwertungsgesellschaft vorgeschrieben¹³¹³ noch wird den Nichtmitgliedern ein individuelles Vergütungsrecht eingeräumt.

Die doch recht deutlichen Parallelen mit dem nordischen Modell dürfen kaum verwundern, wenn man sich die Entstehungsgeschichte der Re-

1309 Vgl. auch Art. 4 (2) der *Europäischen Konvention über urheber- und leistungsschutzrechtliche Fragen im Bereich des grenzüberschreitenden Satellitenrundfunks* des Europarates v. 11. Mai 1994.

1310 ROSÉN, in: Lidgard (Hg.), *National Developments*, S. 156; DERS., in: Stamatoudi/Torremans (Hg.), *EU Copyright Law*, Rn. 7.40, 7.41.

1311 Nach Art. 3 (4) der SatKab-RL hat ein Mitgliedstaat, der von der Regelung des Absatzes 2 in seinem nationalen Recht Gebrauch machen möchte, der Kommission mitzuteilen, welche Sendeunternehmen diese Rechtsvorschriften in Anspruch nehmen.

1312 Dieses für das Modell der EKL wesentliche Kriterium scheinen AXHAMN/GUIBAULT, *Cross-border extended collective licensing*, S. 53 f., wohl zu übersehen, wenn sie in Art. 3 (2) Sat/Kab-RL bereits alle notwendigen Elemente des EKL-Modells ausmachen wollen.

1313 Dies erscheint insofern erstaunlich, da eine Gleichbehandlung der außenstehenden Rechteinhaber mit den Mitgliedern bei einem irgendwie gearteten Einbezug der Rechte von Außenseitern aufgrund internationaler Vorgaben zwingend erforderlich ist (vgl. Art. 5 (1) RBÜ). Explizit angeordnet wird dies von der RL denn auch in Art. 9 (2) S. 3 mit Bezug auf die Verwertungsgesellschaftspflicht des Rechts an der Kabelweitersendung.

gelung in Erinnerung ruft. Tatsächlich war Art. 3 (2) der SatKab-RL bewusst *zugunsten der skandinavischen Länder* in die RL mit aufgenommen worden.¹³¹⁴ Denn die skandinavischen Länder (was zur damaligen Zeit nur Dänemark als Mitglied der Europäischen Gemeinschaft betraf) sahen und sehen bis heute eine Anwendung der EKL für die *Erstsendung* von Werken vor.¹³¹⁵ Hätte die RL die Möglichkeit einer Erweiterung von Kollektivverträgen nicht mehr gestattet – so wie es der frühere Entwurf der RL noch vorgesehen hatte¹³¹⁶ – und es damit ausgeschlossen, die Rechte für die erstmalige Sendung über Satellit bestimmten Einschränkungen zu unterwerfen, wäre – so die Befürchtung – das System der EKL auch *für die terrestrische Sendung* womöglich nicht mehr aufrecht zu erhalten gewesen.¹³¹⁷ Die nordischen Länder durften damit ihre EKL-Bestimmungen *auch auf Satellitensendungen* unter der Voraussetzung anwenden, dass bei der Sendung über Satellit auch gleichzeitig eine Sendung über ein erdgebundenes Netz erfolgt.¹³¹⁸

Diese bis heute nur in den skandinavischen Länder praktizierte Möglichkeit¹³¹⁹ führt nicht gerade zur Entstehung von europaweiten Satellitensendungen, wie von der RL eigentlich als Ziel vorgesehen war, sondern stellt eine Art „Bestandschutz“¹³²⁰ für die skandinavischen Länder dar, EKL-Vereinbarungen zwar auch über das Recht zur Satellitensendung zu

1314 Siehe EUROPÄISCHE KOMMISSION, *RL-Vorschlag Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung*, Begründung Rn. 17, 18. Siehe auch ROSÉN, in: Stamatoudi/Torremans (Hg.), *EU Copyright Law*, Rn. 7.41.

1315 Siehe oben, bei § 2 A III 4.

1316 Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, *RL-Vorschlag Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung*, Art. 3 (2), wonach eine in den Mitgliedstaaten vorgesehene Erstreckung eines Vertrags, den eine Verwertungsgesellschaft mit einem Sendeunternehmen geschlossen hat, auf von dieser Verwertungsgesellschaft nicht vertretene Rechteinhaber noch bis zum 31. Dezember 1997 zulässig gewesen wäre.

1317 WALTER/V. LEWINSKI/DREIER, *European Copyright Law*, Rn. 7.3.10.

1318 Siehe Art. 30 (5) UrhG-D; § 42e (3) UrhG-S; § 30 (2) UrhG-N; § 25f (5) UrhG-F; eingehend zu diesem Erfordernis: LUND, in: FS Lassen, S. 695 ff. Die *Europäische Kommission* schlug in ihrem *Bericht über die Anwendung der Richtlinie 93/83/EWG* (*ebd.*, Rn. 4.1.) sogar eine Änderung der RL dahingehend vor, dass eine Erweiterung von Kollektivverträgen betreffend der Satellitensendung auch *ohne* gleichzeitige terrestrische Sendung möglich sein solle. Von Seiten der Mitgliedstaaten wurde dahingehend allerdings noch kein Bedürfnis geäußert; siehe WALTER/V. LEWINSKI/DREIER, *European Copyright Law*, Rn. 7.3.11.

1319 EUROPÄISCHE KOMMISSION, *Bericht über die Anwendung der Richtlinie 93/83/EWG*, Rn. 2.2.1.

1320 WALTER/DREIER, *Europäisches Urheberrecht*, Satelliten- und Kabel-RL Rn. 11.

schließen, die Nutzung aber mit einer gleichzeitigen erdgebundenen Sendung und so mit einem hauptsächlich auf nationale Sendungen ausgerichteten Programm zu verknüpfen.¹³²¹

Die Tatsache, dass es bis heute kaum zu einem Angebot europäischer Satellitensendungen gekommen ist, dürfte freilich weniger an der besonderen Anwendung durch die skandinavischen Länder liegen als vielmehr daran, dass sich eine generelle Bereitschaft von Seiten der Rechteinhaber, europäische Satellitensendungen anzubieten, aber auch von Seiten der Nutzer, diese zu konsumieren, bisher nicht in dem erhofften Ausmaß entwickelt hat.¹³²²

II. Kabelweiterleitung

Für den Bereich der Kabelweitersendung bestimmt Art. 9 (1) der SatKab-RL, dass das Recht der Urheber und Leistungsschutzberechtigten, „einem Kabelunternehmen die Erlaubnis der Kabelweiterverbreitung zu erteilen oder zu verweigern, nur durch Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden kann“. Die Mitgliedstaaten sind daher verpflichtet, für das Recht der Kabelweitersendung eine *Verwertungsgesellschaftspflicht* vorzusehen.

Die nordischen Länder haben das Recht der Kabelweitersendung allerdings nicht einer Verwertungsgesellschaftspflicht, sondern einer EKL unterworfen.¹³²³ Fraglich ist, ob dies noch im Einklang mit der RL steht. Daran könnte man zunächst zweifeln, denn die EKL stellt nur *eine* Möglich-

1321 Zu den Gründen dieser Begrenzung siehe auch unten, bei § 14 C I 2 b.

1322 So zeigte sich die EUROPÄISCHE KOMMISSION in ihrem *Bericht über die Anwendung der Richtlinie 93/83/EWG* (*ebd.*, Rn. 5) besorgt „ob der Schwierigkeiten des Zugangs der Bürger zu außerhalb ihres Wohnsitzstaates ausgestrahlten Satellitenprogrammen, wodurch nicht nur ein Grundprinzip der Richtlinie 93/83/EWG in Frage gestellt wird, sondern auch der freie Verkehr von Personen und Dienstleistungen nicht vollständig ausgeübt werden kann und es weder möglich ist, den Erwartungen der Fernsehzuschauer gerecht zu werden noch die durch den Binnenmarkt gebotenen kulturellen und wirtschaftlichen Möglichkeiten zu nutzen“.

1323 § 42f UrhG-S; § 35 UrhG-D; § 34 UrhG-N; § 23h UrhG-F; § 23a UrhG-I. Vor Umsetzung der RL hatten nicht alle nordischen Länder eine EKL für die Kabelweiterleitung vorgesehen. In Dänemark etwa war für das Recht eine gesetzliche Lizenz statuiert gewesen; siehe SCHÖNNING, *Ophavsretsloven*, S. 395. Schon früh war eine EKL für den Bereich der Kabelweitersendung vorgeschlagen worden, siehe KARNELL, NIR 1983, 29, 46 ff.

keit der Rechtsausübung dar. Solange keine Vereinbarung zustande gekommen ist, kann ein Urheber seine Rechte auch *individuell wahrnehmen*. In einigen Bereichen kann er sogar von seinem Vetorecht Gebrauch machen und so – selbst wenn eine EKL-Vereinbarung wirksam geschlossen wurde – seine Rechte wieder individuell ausüben.

Ein Rechteinhaber ist zwar auch nach der RL nicht verpflichtet, seine Rechte einer Verwertungsgesellschaft oder einem Sendeunternehmen einzuräumen.¹³²⁴ Gleichwohl *gilt* die Verwertungsgesellschaft nach Art. 9 (2) S. 1 als ermächtigt, die Rechte, die nicht ihr (oder dem Sendeunternehmen) eingeräumt wurden, wahrzunehmen. Diese „Bevollmächtigung“ der Verwertungsgesellschaft, für die Rechte von Außenseitern tätig zu werden, konnte von den Mitgliedstaaten *anhand ihrer jeweiligen Rechtstradition entsprechend* umgesetzt werden.¹³²⁵ Im Falle der nordischen Länder wurde dies über die EKL verwirklicht. Denn auch hier wird eine Verwertungsgesellschaft für die Rechte von Außenseitern tätig. Mit der Gewährung eines Vetorechts würden allerdings die Vorgaben der RL wieder konterkariert. Denn die RL zielte gerade darauf ab, dass „ein reibungsloses Funktionieren vertraglicher Vereinbarungen nicht durch den Einspruch von Außenseitern, die Rechte an einzelnen Programmteilen innehaben, in Frage gestellt werden kann“¹³²⁶, mithin auf einen lückenlosen Rechteerwerb für die Kabelweiterleitung durch den Kabelnetzbetreiber. Aus diesem Grunde ist in Skandinavien ein Vetorecht für die EKL zur Kabelweiterleitung gerade *nicht* vorgesehen.¹³²⁷ Ebenfalls haben die nordischen Länder die

1324 WALTER/V. LEWINSKI/DREIER, *European Copyright Law*, Rn. 7.9.7. Ein Urheber kann seine Rechte auch einem Sendeunternehmen einräumen. Das Sendeunternehmen ist mit Bezug auf die ihm übertragenen Rechte und auf seine eigenen Leistungsschutzrechte nicht verpflichtet, diese bei einer Verwertungsgesellschaft einzubringen (Art. 10 SatKab-RL). Folglich lässt auch die RL einer individuellen Wahrnehmung einen – wenn auch kleinen – Spielraum.

1325 WALTER/V. LEWINSKI/DREIER, *European Copyright Law*, Rn. 7.9.8.

1326 Erwägungsgrund (28) S. 1 SatKab-RL.

1327 Zwar besteht bei der EKL die Gefahr, dass keine Vereinbarung zustande kommt und damit die Erstreckung auf Außenseiter nicht wirksam wird (während etwa bei einer gesetzlichen Wahrnehmungsfiktion die Verwertungsgesellschaft von Beginn an als berechtigt gilt, die Rechte der Nichtmitglieder wahrzunehmen). Doch dürften sich praktisch keine Unterschiede in der Praxis ergeben, da in beiden Fällen ein Kabelunternehmen zunächst eine Vereinbarung mit der betreffenden Verwertungsgesellschaft über die Kabelweiterleitung treffen muss. Ausdrücklich sieht darum auch das norw. Recht – wohlgemerkt als einziges der skandinavischen Länder – in § 34 (2) UrhG-N den Grundsatz vor, dass das

Voraussetzung der *Repräsentativität* für die entsprechende Verwertungsgesellschaft beibehalten, was die RL zwar nicht vorsieht, aber eben auch nicht ausschließt.¹³²⁸

Demnach ist das Modell mit den Vorgaben der SatKab-RL zur Kabelweiterleitung *vereinbar*.¹³²⁹ Bestätigt wird dies schließlich auch durch die Gesetzgebungsgeschichte der SatKab-RL: Tatsächlich erwog die *Europäische Kommission* zunächst, den Mitgliedstaaten *freizustellen*, das Recht einer Verwertungsgesellschaftspflicht zu unterwerfen *oder* eine Erstreckung von Verträgen zwischen Verwertungsgesellschaft und Kabelunternehmen vorzusehen. In ihrem Diskussionspapier „Broadcasting and Copyright in the Internal Market“ von 1990 führte sie explizit aus, dass neben der Einführung einer Verwertungsgesellschaftspflicht „existing collective agreements concluded by users of works with recognized representative collecting societies or organizations of right owners could be extended to non-represented right owners“¹³³⁰. Die Wahl zwischen beiden Modellen sollte den Mitgliedstaaten überlassen bleiben.¹³³¹ Dass diese Alternative in den späteren Richtlinienentwürfen und dann in der RL selbst nicht mehr auftauchte, sondern nur noch eine Verwertungsgesellschaftspflicht aufgeführt war, bedeutet nicht, dass die EKL damit unzulässig geworden wäre. Vielmehr war die zwingende kollektive Wahrnehmung vornehmlich als

Recht der Kabelweitersendung nur durch eine genehmigte Verwertungsgesellschaft ausgeübt werden kann. Schließlich dürften jene Maßnahmen, die für den Abschluss einer EKL-Vereinbarung über die Kabelweiterleitung vorgesehen sind und teilweise stärker als die vertragsfördernden Klauseln hierzulande wirken (wie etwa § 87 (5) UrhG), dafür sorgen, dass eine Vereinbarung möglichst bald zustande kommt bzw. der Kabelnetzbetreiber umgehend die Einspeisung der Programme in die Kabelnetze vornehmen darf. Siehe auch KARNELL, EIPR 1991, 434.

1328 Ein Vorteil ist, dass so das Problem einer Mehrzahl berechtigter Verwertungsgesellschaften reduziert wird (vgl. Art. 9 (2) S. 2 SatKab-RL). Andererseits kann das Kriterium der Repräsentativität für eine reibungslose Lizenzierung hinderlich sein, insbesondere wenn in Frage steht, ob die betreffende Verwertungsgesellschaft *tatsächlich repräsentativ* ist (so wie es im *Norwaco-Fall* geschehen war; zu dem Fall siehe oben, bei § 6 A I 3 c).

1329 So auch KARNELL, EIPR 1991, 432; VERRONEN, J. Copyright Soc'y U.S.A. 2002, 1154.

1330 EUROPÄISCHE KOMMISSION, *Broadcasting and Copyright in the Internal Market*, Rn. 5.2.5 (ähnlich auch Rn. 4.2.13).

1331 EUROPÄISCHE KOMMISSION, *Broadcasting and Copyright in the Internal Market*, Rn. 4.2.17.

Lösung in der RL vorgesehen – gleichwohl blieb die EKL aber als *richtlinienkonformes Lösungsmodell bestehen*.¹³³²

Deutlich wird damit auch, dass die EKL eine *Alternative zur Verwertungsgesellschaftspflicht* darstellen kann, sogar austauschbar erscheint.¹³³³ Folglich vermag auch die EKL immer dort, wo die zwingende kollektive Wahrnehmung eines Ausschließlichkeitsrechts angeordnet wird, mit gewissen Modifikationen die gleichen Resultate zu erzielen.¹³³⁴ Umgekehrt kann diese Aussage allerdings nicht getroffen werden: Das Modell der EKL kann nicht (bzw. nur unter einer ganz bestimmten Ausgestaltung) durch eine Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit des Rechts ersetzt werden.

C. InfoSoc-RL (RL 2001/29/EG)

In Art. 5 InfoSoc-RL, der die zulässigen „Ausnahmen und Beschränkungen“ zu den Verwertungsrechten nach Art. 2–4 der RL erschöpfend aufzählt,¹³³⁵ wird das Modell der EKL nicht genannt. Fraglich ist daher, ob die EKL, welches als eine Einschränkung des Ausschließlichkeitsrechts klassifiziert wurde, noch im Einklang mit den Vorgaben der InfoSoc-RL steht.

1332 KARNELL, EIPR 1991, 432 f.

1333 Unpräzise, da beide Rechtsfiguren vermengend DILLENZ, GRUR Int. 1997, 321. Ausführlich zu den Unterschieden und Gemeinsamkeiten beider Modelle KARNELL, EIPR 1991, 434 ff.

1334 Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, *Broadcasting and Copyright in the Internal Market*, Rn. 4.2.16: „As far as the outsider problem is concerned both solutions produce the same result: in both cases the outsider is no longer free to exercise his right of authorization individually against the actual user of the work, but is confined to a claim for remuneration against the collecting society or organization of right owners.“

1335 Erwägungsgrund (32) InfoSoc-RL.

I. EKL-Bestimmungen vs. Art. 5 InfoSoc-RL

Eine Antwort wäre schnell gegeben, wenn die existierenden EKL-Bestimmungen in Skandinavien von Art. 5 InfoSoc-RL gedeckt wären.¹³³⁶ Dazu müssten die Nutzungen, die über die EKL-Bestimmungen erlaubt werden, von dem abgeschlossenen Katalog des Art. 5 InfoSoc-RL tatsächlich vorgesehen sein.¹³³⁷

Die EKL zur Vervielfältigung von Werken in Bildungseinrichtungen mag – selbst wenn sie eine digitale Nutzung und sogar eine öffentliche Zugänglichmachung gestattet (wie § 13b UrhG-N) – in den Anwendungsbereich des Art. 5 (3) lit. a) InfoSoc-RL fallen.¹³³⁸ Strenger liegen die Voraussetzungen für die EKL zur Nutzung von Werken in Unternehmen und Einrichtungen. Während analoge Vervielfältigungen von Art. 5 (2) lit. a) der RL gestattet sind (§ 14 UrhG-D), dürften EKL-Bestimmungen, die auch eine digitale Nutzung vorsehen (wie etwa 14 UrhG-N bzw. § 42b UrhG-S), nicht mehr im Einklang mit der RL stehen.

Bibliotheken, Museen und Archive werden von der RL nur mit Bezug auf bestimmte Vervielfältigungshandlungen gem. Art. 5 (2) lit. c) und mit Bezug auf eine Zugänglichmachung von Werken an eigens eingerichteten Terminals innerhalb ihrer Räumlichkeiten nach Art. 5 (3) lit. n) privilegiert. Diese Bestimmungen geben keinen rechtmäßigen Rahmen für die breiten Nutzungshandlungen, die über die nordischen EKL-Bestimmungen erlaubt werden. Denn die Einrichtungen sind über die EKL berechtigt, die Werke ihrer Sammlungen umfassend zu digitalisieren und der Allgemeinheit zugänglich zu machen (§ 16a UrhG-N; § 42d UrhG-S).

1336 Man könnte zuvor die Frage aufwerfen, ob es sich bei der EKL überhaupt um eine „Ausnahme und Beschränkung“ „in Bezug auf bestimmte zustimmungsbedürftige Handlungen“ (vgl. Erwägungsgrund (31) S. 2 InfoSoc-RL) handelt, denn die Lizenzierung erfolgt aufgrund der Zustimmung der Verwertungsgesellschaft bzw. ihrer Mitglieder. Doch stellen diese *nur einen Teil* der involvierten Rechteinhaber dar. Die Werke außenstehender Rechteinhaber werden ohne deren Zustimmung, stattdessen nur aufgrund einer gesetzlichen Erstreckung der Verträge einer Nutzung zugeführt. Demnach werden durch die EKL Nutzungen erlaubt, die in der Entscheidung des Rechteinhabers liegen, und damit von der RL als „zustimmungsbedürftige Handlungen“ und somit als „Ausnahmen und Beschränkungen“ eingestuft werden können. Folglich steht die EKL *nicht grundsätzlich* der Struktur der „Ausnahmen und Beschränkungen“ entgegen. Ähnlich RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 94.

1337 In diesem Sinne auch RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 95 f.

1338 RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 95 f.

Unvereinbar mit der RL sind schließlich auch überwiegend die EKL-Bestimmungen zugunsten von Sendeunternehmen. Zwar greifen für die Bereiche der Satellitensendung und der Kabelweitersendung die speziellen Regelungen der SatKab-RL, doch findet sich bereits für die EKL-Bestimmung zur terrestrischen originären Sendung kein entsprechendes Pendant einer „Ausnahme und Beschränkung“ in Art. 5 der InfoSoc-RL mehr.¹³³⁹ Dies mag verwundern, da die Sendung als Teil der öffentlichen Wiedergabe von Art. 3 der RL erfasst ist,¹³⁴⁰ eine Begrenzung des Senderechts gleichwohl – aus internationaler Sicht – gestattet wäre.¹³⁴¹

Erlauben die EKL-Bestimmungen den Sendeunternehmen neben der klassischen Sendung auch die öffentliche Zugänglichmachung der Programme (§ 42e UrhG-S), so lässt sich eine solche Nutzung ebenfalls nicht mehr unter Art. 5 InfoSoc-RL subsumieren. Mit Bezug auf Sendeunternehmen erlaubt einzig Art. 5 (2) lit. d) der RL die Anfertigung von sog. ephemeren Aufnahmen, was sich aber als viel zu schmal erweist, insbesondere im Hinblick auf die Archiv-EKL, die es Rundfunkunternehmen ermöglicht, ihre Sammlungen zu digitalisieren und öffentlich zugänglich zu machen (§ 42g UrhG-S; § 30a UrhG-D; § 32 UrhG-N).

Schließlich wäre auch die General-EKL (§ 50 (2) UrhG-D; § 42h UrhG-S) von Art. 5 der InfoSoc-RL nicht mehr gedeckt, da sie – ähnlich wie die Fair Use Klausel – Nutzungen einer nicht näher bestimmten Werkkategorie auf eine nicht näher bestimmte Art und Weise unter gewissen Voraussetzungen gestattet.

II. Die EKL als „Ausnahme und Beschränkung“ im Sinne der InfoSoc-RL?

Eine Unvereinbarkeit der genannten EKL-Bestimmungen mit der InfoSoc-RL wäre aber nur dann gegeben, wenn der Anwendungsbereich des Art. 5 überhaupt eröffnet und die EKL damit als eine „Ausnahme und Beschränkung“ im Sinne der RL einzustufen ist.

1339 Für Norwegen: RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 96.

1340 WALTER/V. LEWINSKI/V. LEWINSKI/WALTER, *European Copyright Law*, Rn. 11.3.22.

1341 Vgl. Art. 11bis (2) RBÜ.

1. Erwägungsgrund (30): EKL als „vertragliche Lizenz“

Nach Erwägungsgrund (30) InfoSoc-RL können die von der RL erfassten Rechte unbeschadet der einschlägigen einzelstaatlichen Rechtsvorschriften „übertragen oder abgetreten werden oder *Gegenstand vertraglicher Lizenzen* sein“. Interessanterweise findet sich in der dänischen Fassung nicht der eigentlich näher liegende Begriff im Dänischen für den Ausdruck „vertragliche Lizenzen“, sondern die dänische Bezeichnung für die EKL („aftalelicenser“).¹³⁴² Daraus könnte man schließen, dass die EKL unbeschadet der RL bzw. des Art. 5 gleichwohl zulässig wäre, wenn die in Art. 2–4 statuierten Rechte Gegenstand vertraglicher Lizenzen – also von EKL-Vereinbarungen – sind. Hingegen ist in der schwedischen Fassung in Erwägungsgrund (30) nicht von „avtalslicenser“ die Rede, sondern von „avtalade licenser“. Auch die anderen Sprachfassungen belegen, dass die RL zwischen „vertraglichen Lizenzen“ und „Erweiterten Kollektiven Lizenzen“ unterscheidet, zumal Erwägungsgrund (18) denn auch ausdrücklich von „erweiterten kollektiven Lizenzen“ spricht.¹³⁴³

Die Abweichung in der dänischen Fassung ist daher als ein *Redaktionsversehen* zu werten.¹³⁴⁴ Damit kann Erwägungsgrund (30) nicht als möglicher Anknüpfungspunkt für die Frage dienen, ob die EKL überhaupt im Anwendungsbereich der InfoSoc-RL steht.

2. Erwägungsgrund (18): EKL als „Regelung für die Verwaltung von Rechten“

a) EKL – keine „Ausnahme und Beschränkung“ im Sinne des europäischen Rechts?

Anders scheint es sich hingegen mit dem bereits erwähnten Erwägungsgrund (18) InfoSoc-RL zu verhalten, wonach die Regelungen der betroffe-

1342 Riis/SCHOVSBO, Col. J. of Law & the Arts 2010, 478 (dort Fn. 27).

1343 Vgl. die norw. („avtalte lisenser“ bzw. „kollektive avtalelisenser“), die englische („contractual licences“ bzw. „extended collective licences“) und die französische Fassung („licence contractuelle“ bzw. „licences collectives étendues“); siehe auch Riis/SCHOVSBO, Col. J. of Law & the Arts 2010, 478 (dort Fn. 27).

1344 Zu Recht daher Riis/SCHOVSBO, Col. J. of Law & the Arts 2010, 478 (dort Fn. 27).

nen Mitgliedstaaten „für die Verwaltung von Rechten, beispielsweise der erweiterten kollektiven Lizenzen“ von der RL nicht berührt werden. Hier scheint die EKL von der RL *ausdrücklich benannt* und als eine Regelung „für die Verwaltung von Rechten“ verstanden zu werden und damit von der RL nicht tangiert zu sein.¹³⁴⁵ Somit könnte die EKL gänzlich aus dem Anwendungsbereich der RL herausfallen. Man könnte sogar noch einen Schritt weiter gehen und argumentieren, dass durch die Bezeichnung der EKL als bloße „Regelung für die Verwaltung von Rechten“ das Modell keine „Ausnahme und Beschränkung“ nicht nur nach der InfoSoc-RL, sondern generell im Sinne des europäischen Rechts darstellt.¹³⁴⁶

b) Stellungnahme

Zunächst ist fraglich, ob und in welchem Umfang sich dem Erwägungsgrund einer RL eine solche Auslegung tatsächlich entnehmen lässt. Denn Erwägungsgründe haben selbst *keinen operativen Charakter*,¹³⁴⁷ sie entfalten keine rechtliche Verbindlichkeit und sind, falls sie im Widerspruch zu den Bestimmungen der RL stehen, zu vernachlässigen.¹³⁴⁸ Gleichwohl stellen sie ein *elementares Instrument* bei der Auslegung und Anwendung einer RL dar.¹³⁴⁹

Die InfoSoc-RL benennt die EKL weder in Art. 5 noch in ihren anderen Bestimmungen. Damit ist dem operativen Text der RL nicht zu entnehmen, ob das nordische Modell als „Ausnahme und Beschränkung“ angesehen werden muss oder nicht. Anders als etwa im Falle der Zwangslizenz, bei der die InfoSoc-RL hinsichtlich der Frage schweigt, ob diese Rechtsfigur als eine „Ausnahme und Beschränkung“ zu verstehen ist,¹³⁵⁰ scheint

1345 Bemerkenswert erscheint zudem, dass die deutsche Version von „Regelungen“ spricht (ähnlich auch die schwed. („bestämmelser“) und dän. („ordningerne“) Fassung), während im Englischen von „arrangements“, im Französischen von „aux modalités“ die Rede ist.

1346 So wohl VUOPALA, *Extended Collective Licensing*, S. 23 f.; vgl. auch KARNELL, RIDA 2005 (206), 209 f.

1347 WALTER/v. LEWINSKI/v. LEWINSKI, *European Copyright Law*, Rn. 1.0.48.

1348 Siehe nur EUGH, Urteil vom 24.11.2005, Rs. C-136/04, Rn. 32 (Slg. 2005, I-10095) – *Deutsches Milch-Kontor*.

1349 Siehe GRUNDMANN, *Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den Europäischen Gerichtshof*, S. 258 ff.

1350 Siehe oben, bei § 5 F IV 2.

sich bei der EKL immerhin eine *ausdrückliche Erwähnung* in einem Erwägungsgrund zu finden.

aa) Wortlaut

Der Erwägungsgrund gibt keine näheren Erklärungen darüber, was unter „erweiterte kollektive Lizenzen“ zu verstehen ist. Es wird nur gesagt, dass „erweiterte kollektive Lizenzen“ eine von mehreren möglichen Regelungen für die Verwaltung von Rechten darstellt, die von der RL nicht berührt werden. Aus der deutschen Fassung kann nicht viel gewonnen werden, da der Begriff „erweiterte kollektive Lizenzen“ eben erst durch die InfoSoc-RL Eingang in die rechtswissenschaftliche Terminologie gefunden hat.¹³⁵¹ Im Englischen war der Begriff der „extended collective license“ schon vorher durchaus gängig – nicht selten als Bezeichnung des skandinavischen Modells.¹³⁵² Allerdings wird dieser Begriff selbst heute weder allein für die EKL verwendet noch wird die EKL im Englischen ausschließlich mit „extended collective license“ beschrieben.¹³⁵³

Die skandinavischen Fassungen der RL scheinen hingegen an dem Verständnis der EKL keinen Zweifel aufkommen zu lassen. Die dänische Version spricht von „aftalelicenser“ (das norwegische Recht noch präziser von „kollektive avtalelisenser“) und verwendet somit eben jene Begriffe, die sich in den nordischen Ländern als Bezeichnung der EKL herausgebildet haben.¹³⁵⁴ Noch deutlicher ist schließlich der Wortlaut im *Schwedischen*: Die Rechtsfigur wird nicht in ihrer heute verwendeten – verkürzten – Bezeichnung beschrieben („avtalslicens“), sondern präziser in ihrer *ursprünglichen Form* bezeichnet, die den erweiterten Effekt noch ausdrücklich betont („kollektiva avtalslicenser *med utsträckt verkan*“).

1351 Erstmals wohl ROSÉN, GRUR Int. 2002, 202.

1352 So ursprünglich KARNELL, Col. J. of Law & the Arts (1985-1986), 73 ff.

1353 Siehe GERVAIS, in: Gervais (Hg.), Collective Management, S. 21 ff., spricht etwa von „extended repertoire system“; LANG, NY Law School Law Review (2010/11), 117 ff., verwendet generell die Bezeichnung „extended collective management“.

1354 Interessant demgegenüber die fin. Fassung: Obwohl im nationalen Recht die EKL mit „sopimuslisenssi“ bezeichnet wird, verwendet die RL den an die englische Fassung angelehnten Begriff der „extended collective licenses“ („laajennettuihin kollektiivisiin lupiin“).

Ein Verständnis der „erweiterten kollektiven Lizenzen“ könnte also aus Sicht des nordischen Urheberrechts gegeben sein, was insofern nicht verwundern dürfte, da sie die einzigen Mitgliedstaaten waren, die das Modell zur Zeit der InfoSoc-RL in ihrem nationalen Recht kannten. Nicht klar dürfte dann aber sein, *in welchem Umfang* die EKL vom europäischen Recht gestattet wird. Durften die skandinavischen Länder die EKL-Bestimmungen lediglich beibehalten, die sie zum Zeitpunkt der Verabschiedung der RL in ihrem nationalen Recht vorsahen oder auch neue EKL-Bestimmungen einführen?¹³⁵⁵

Überhaupt erscheint fraglich, ob das skandinavische Verständnis der EKL die europäische Auslegung der „erweiterten kollektiven Lizenzen“ auszufüllen vermag.¹³⁵⁶ Denn das Verständnis der EKL war zur Zeit des RL-Erlasses nur den skandinavischen Staaten bekannt. Mit der Übernahme in das europäische Recht könnte sich aber „die Bestimmung von ihrem nationalen Hintergrund“¹³⁵⁷ gelöst haben; sie müsste somit als *autonomer Begriff* in ihrem *neuen Kontext des Gemeinschaftsrechts* ausgelegt werden.¹³⁵⁸

Tatsächlich kann aus Sicht eines nicht-skandinavischen Landes unter „erweiterte kollektive Lizenzen“ nur geschlossen werden, dass es sich um ein Modell handeln muss, bei dem eine (Lizenz-)Vereinbarung geschlossen wird, mithin um eine vertragliche Ausgestaltung über urheberrechtlich geschützte Güter. Weiter handelt es nicht um eine individuelle, sondern um eine „kollektive Lizenz“. Daraus ließe sich folgern, dass bestimmte Schutzzinhalte gebündelt lizenziert werden. Der Gedanke an die Lizenzierung durch Verwertungsgesellschaften mag sich hier durchaus aufdrängen.

1355 Zweifelnd schon ROSEN, GRUR Int. 2002, 202; siehe auch FOGED, EIPR 2010, 26; eingehend KARNELL, in: FS Koumantos, S. 396 ff. Auffällig ist, dass nach der französischen Fassung offenbar nur „bestehende Regelungen“ in den Mitgliedstaaten zulässig sein sollen („aux modalités qui existent dans les États membres“). Da dies den anderen Versionen nicht zu entnehmen ist, muss wohl von einem Übertragungsfehler ausgegangen werden.

1356 Skeptisch ROGNSTAD, NIR 2004, 157; RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 95; KYST, NIR 2009, 53; RIIS/SCHOVSBO, Col. J. of Law & the Arts 2010, 478 f.; mit Blick auf die finnischen Gesetzgebungsbegründungen VILANKA, in: Riis/Dinwoodie (Hg.), *In Search of New IP Regimes*, S. 145 (dort Fn. 55).

1357 EVERLING, ZGR 1992, 386; siehe auch BLECKMANN, ZGR 1992, 367.

1358 RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 96 f.; vgl. auch EUGH, Urteil v. 6.10.1982, Rs. 283/81, Rn. 18, 19 (Slg. 1982, 03415) – *C.I.L.F.I.T.*; siehe auch EVERLING, ZGR 1992, 386.

Schließlich geht es um eine „erweiterte“ Lizenz, also um eine irgendwie geartete *Erstreckung* auf Schutzgüter, die von der gewöhnlichen Lizenzvereinbarung nicht erfasst sind.¹³⁵⁹ Zwar lassen sich diese Tatbestandsmerkmale auch bei der (skandinavischen) EKL wiederfinden, doch können dem Erwägungsgrund sonst keine weiteren Voraussetzungen entnommen werden.¹³⁶⁰ Es ist damit nicht klar, ob diese „erweiterten kollektiven Lizenzen“ eine Repräsentativität der Verwertungsgesellschaft voraussetzen, eine Gleichbehandlung zwischen Mitgliedern und Nichtmitgliedern erfordern oder ein individuelles Vergütungsrecht bzw. ein Vetorecht für außenstehende Rechteinhaber vorsehen müssten.¹³⁶¹ Mithin kann die Auslegung des Wortlauts für sich genommen noch keine Antwort präsentieren, ob die EKL tatsächlich außerhalb des Anwendungsbereiches der RL steht.

bb) Systematik

Jede Vorschrift des europäischen Rechts ist allerdings *im Lichte des gesamten Gemeinschaftsrechts* und *unter Berücksichtigung ihrer Ziele*, die mit der Regelung verfolgt werden, auszulegen.¹³⁶² Die jeweilige Bestimmung muss sich *widerspruchsfrei* in den Kontext des europäischen Rechts einfügen.¹³⁶³

1359 RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 97.

1360 Subsumiert werden können dann auch auf den ersten Blick Vermutungsregelungen oder eine gesetzliche Wahrnehmungsermächtigung zugunsten der Verwertungsgesellschaft, wenn nicht gar eine zwingende kollektive Rechtswahrnehmung. Sehr weitgehend insoweit v. ECHOUDET ET AL. (Hg.), *Harmonizing European Copyright Law*, S. 123 f., wonach Mitgliedstaaten weitere Schranken entgegen Art. 5 InfoSoc-RL einführen dürften, solange sie als „Regelung für die Verwaltung von Rechten“ im Sinne des Erwägungsgrundes (18) ausgestaltet seien.

1361 Siehe auch RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 95, 97; ROGNSTAD, NIR 2004, 157; zweifelnd auch FICSOR, in: Gervais (Hg.), *Collective Management*, S. 63.

1362 EuGH, Urteil v. 07.12.2006, Rs. C-306/05, Rn. 34 (GRUR 2007, 225, 226 f.) – *SGAE/Rafael*; EuGH, Urteil v. 15.04.2010, Rs. C-518/08, Rn. 25 (GRUR 2010, 526, 528) – *Fundación Gala-Salvador Dalí, VEGAP u.a.*; EuGH, Urteil v. 06.10.1982, Rs. 283/81, Rn. 20 (Slg. 1982, 03415) – *C.I.L.F.I.T.*

1363 WALTER/V. LEWINSKI/V. LEWINSKI, *European Copyright Law*, Rn. 1.0.44.

Tatsächlich findet sich im europäischen Recht bereits eine Regelung einer erweiterten kollektiven Lizenz. Namentlich Art. 3 (2) SatKab-RL erlaubt die Erstreckung eines kollektiven Vertrages zwischen einem Sendunternehmen und einer Verwertungsgesellschaft auf Rechteinhaber, die nicht der Verwertungsgesellschaft angehören. Folglich erklärt die SatKab-RL die Voraussetzungen eines EKL-Modells, benennt es aber nicht, während die InfoSoc-RL das Modell benennt, aber seine Voraussetzungen nicht näher erklärt. Aufgrund dieser Korrelation könnte man schließen, dass die „erweiterten kollektiven Lizenzen“ des Erwägungsgrundes (18) der InfoSoc-RL im Lichte des Art. 3 (2) der SatKab-RL zu verstehen sind.¹³⁶⁴ Die Folge wäre, dass darunter alle Vereinbarungen zwischen einem Nutzer und einer Verwertungsgesellschaft für eine bestimmte Gruppe von Werken fallen, die auf außenstehende Rechteinhaber derselben Gruppe erstreckt werden. Da Art. 3 (2) SatKab-RL die Einräumung eines Vetorechts zwingend vorschreibt, wäre ein solches damit auch mit Blick auf den Regelungsbereich der InfoSoc-RL erforderlich.¹³⁶⁵

Eine solche Korrelation erscheint allerdings aus mehreren Gründen zweifelhaft. Zunächst stehen sich nicht zwei Bestimmungen des sekundären Gemeinschaftsrechts gegenüber, die sich im Sinne einer einheitlichen Auslegung widerspruchsfrei zusammenfügen müssten.¹³⁶⁶ Stattdessen handelt es sich um eine Bestimmung einer RL und um einen Erwägungsgrund (einer anderen RL). Letzterer hat aber im Unterschied zu Art. 3 (2) SatKab-RL keinen operativen Charakter, sondern hilft „lediglich“ bei Auslegung und Anwendung der RL, derer er vorangestellt wurde. Demnach wäre zu überlegen, ob eine EKL-Bestimmung, wenn sie nicht von Art. 5 InfoSoc-RL erfasst zu werden scheint, den Anforderungen des Art. 3 (2) SatKab-RL genügen muss. Die Konstruktion des Art. 3 (2) SatKab-RL weist zwar gewisse Ähnlichkeiten zur EKL auf und auch lässt sich, wenn nicht aus der RL direkt, aber dann doch aus früheren Veröffentlichungen schließen, dass Art. 3 (2) gerade zugunsten der nordischen Länder und ihres Modells eingeführt worden war.¹³⁶⁷ Doch ist das europäi-

1364 So AXHAMN/GUIBAULT, *Cross-border extended collective licensing*, S. 53; FICSOR, in: Gervais (Hg.), *Collective Management*, S. 64; ähnlich wohl auch RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 97 ff.

1365 RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 99; AXHAMN/GUIBAULT, *Cross-border extended collective licensing*, S. 54; ähnlich auch KYST, NIR 2009, 53.

1366 Generell dazu BLECKMANN, ZGR 1992, 369.

1367 Siehe oben, bei § 7 B I.

sche Recht *autonom* auszulegen.¹³⁶⁸ Die SatKab-RL bezweckt die Harmonisierung des *abgrenzbaren Regelungsbereiches* der Satellitensendung und der Kabelweiterleitung.¹³⁶⁹ Eine Angleichung war folglich nur insoweit vorgesehen, wie dies „zur Erfüllung des Handlungsbedarfes auf Gemeinschaftsebene als unbedingt notwendig“ erschien¹³⁷⁰. Hingegen sollten „nationale urheberrechtliche Konzepte der Mitgliedstaaten“ von der RL „so weit wie möglich unberührt“ bleiben und nur dort, „wo der Zweck der vorgeschlagenen Richtlinie dies erfordert“ die Mitgliedstaaten verpflichtet werden, „harmonisierte Regelungen zu verabschieden“.¹³⁷¹ Folglich konnten die skandinavischen Länder die Anwendung der EKL für den Bereich der Satellitensendungen nur unter den engen Voraussetzungen des Art. 3 (2) SatKab-RL weiterhin vorsehen. Für alle anderen Bereiche der EKL, wie die terrestrische Sendung oder die Vervielfältigung in Bildungseinrichtungen, trifft die RL keinerlei Vorgaben.

Überhaupt ist fraglich, ob Art. 3 (2) SatKab-RL tatsächlich das Modell der EKL mehr oder weniger abschließend regelt. Stattdessen tauchen in der Bestimmung *nur einige typische Elemente* der EKL auf. Sie lässt aber keine Aussage darüber zu, ob eine Verwertungsgesellschaft eine substantielle Anzahl an Rechteinhabern zu vertreten hat. Sie schweigt ebenso zu dem Erfordernis der Gleichbehandlung und dem Anspruch auf individuelle Vergütung. Art. 3 (2) SatKab-RL nennt – abgesehen von einer spezifisch dem europäischen Satellitenrundfunk geschuldeten Voraussetzung – einzig das Vetorecht als zwingende Vorgabe. Bei einer solchen Auslegung wären dann einige EKL-Bestimmungen in Skandinavien nicht mehr (Info-Soc-) richtlinienkonform.¹³⁷² Das Vetorecht stellt aber gerade *kein typisches Element der EKL* dar, wenn man sich seine heterogene Anwendung in Skandinavien vor Augen führt. Wieso allein das Vetorecht aber das ent-

1368 Siehe EuGH, Urteil v. 16.07.2009, Rs. C-5/08, Rn. 27 (GRUR Int. 2010, 35 ff.) – *Infopaq*.

1369 KARNELL, in: FS Koumantos, S. 396 ff.; RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 98 f.

1370 EUROPÄISCHE KOMMISSION, *RL-Vorschlag Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung*, Begründung Rn. 44.

1371 EUROPÄISCHE KOMMISSION, *RL-Vorschlag Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung*, Begründung Rn. 45.

1372 Bezeichnenderweise ist eine solche Auslegung auch mitunter von einem Autor des Landes vorgeschlagen worden, welches ein Vetorecht für alle EKL-Bestimmungen vorsieht, nämlich Schweden (AXHAMN/GUIBAULT, *Cross-border extended collective licensing*, S. 54).

scheidende Differenzierungskriterium der „erweiterten kollektiven Lizenzen“ des Erwägungsgrundes (18) InfoSoc-RL darstellen soll, vermag nicht so recht einzuleuchten.

Richtig ist zwar, dass die SatKab-RL das Recht, die öffentliche Wiedergabe von urheberrechtlich geschützten Werken über Satellit zu erlauben, in ihrer Ausschließlichkeit *grundsätzlich unangetastet* lassen will.¹³⁷³ So wäre auch eine Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit dieses Rechts mit den Vorgaben der RL unvereinbar.¹³⁷⁴ Einzig die Ausdehnung von kollektiven Verträgen bleibt nach Art. 3 (2) SatKab-RL erlaubt. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass der Erweiterung von Kollektivverträgen wie beim Modell der EKL oder auch der Verwertungsgesellschaftspflicht aus Sicht des europäischen Rechts *grundsätzlich ein Ausnahmeharakter* mit Bezug auf das Ausschließlichkeitsrecht zukommen soll.¹³⁷⁵ Denn bereits bei der Kabelweitersendung trifft die RL dann auch eine differenzierte Einschätzung, wenn sie in Erwägungsgrund (28) S. 2 klarstellt, dass bei der zwingenden kollektiven Wahrnehmung „das Verbotsrecht als solches erhalten bleibt, lediglich die Art seiner Ausübung wird in bestimmten Umfang geregelt“.

Dementsprechend muss Art. 3 (2) SatKab-RL in *seinem Sachzusammenhang* gesehen werden. Für das Recht der Satellitensendung sollte das materielle Recht harmonisiert werden und zu diesem Zweck ist dieses Recht uneingeschränkt vorzusehen, mithin kann die Erlaubnis nur noch auf vertraglichem Wege erlangt werden. Über das europäische Recht wurde so der Spielraum, den das internationale Recht in dieser Hinsicht gewährt, für den Bereich der Satellitensendung *begrenzt*.¹³⁷⁶ Das von der RL eingeführte Ursprungslandprinzip erforderte gerade für ein gemeinschaftsweites Schutzniveau zwingend die Angleichung des Schutzes der Mitgliedstaaten und damit ein Verbot von Einschränkungen dieses

1373 ROSÉN, in: Lidgard (Hg.), National Developments, S. 156.

1374 v. LEWINSKI, *Mandatory Collective Administration*, S. 12 f.

1375 So aber FICSOR, in: Gervais (Hg.), *Collective Management*, S. 63, der gerade in der expliziten Statuierung der EKL in Art. 3 (2) SatKab-RL erkennen will, dass das Modell mit Bezug auf andere Ausschließlichkeitsrechte, die vom europäischen Recht gewährt werden, nicht angewandt werden dürfe. *Ficsor* übersieht dabei den limitierten Regelungsbereich der RL, von der eben „nur“ der Bereich der Satellitensendung (und der Kabelweitersendung) harmonisiert worden ist.

1376 Nach Art. 11bis (2) RBÜ können die Staaten mit Bezug auf die Ausübung des Senderechts Einschränkungen vorsehen, die allerdings nur Wirkung für das (eigene) nationale Territorium entfalten können.

Rechts.¹³⁷⁷ Damit die Harmonisierungsbestrebungen dabei nicht drohten, unterlaufen zu werden, wurde einzig die Möglichkeit einer gesetzlichen Erweiterung von kollektiven Verträgen gestattet (vgl. Art. 3 (2): „Ein Mitgliedstaat *kann* vorsehen...“). Eben diesem spezifischen Regelungsbereich ist Art. 3 (2) SatKab-RL geschuldet.

Aber auch die InfoSoc-RL regelt *nota bene* nur *bestimmte Aspekte* des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte. Eine einheitliche gemeinschaftsweite Auslegung ist nur insoweit möglich, wie bestimmte Bereiche tatsächlich harmonisiert wurden. Zwar verfolgt die InfoSoc-RL einen „horizontalen“ Ansatz, doch vermag ein Rückgriff auf Art. 3 (2) SatKab-RL gerade wegen der speziellen Konzeption der RL und der fragmentarischen Harmonisierung des Urheberrechts für die Auslegung von Erwägungsgrund (18) der InfoSoc-RL nicht zu überzeugen.¹³⁷⁸

cc) Telos

Mit der InfoSoc-RL wurde das Ziel verfolgt, eine Harmonisierung gewisser Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten im Bereich des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte zu erreichen. Dazu sollten die erheblichen Unterschiede im Rechtsschutz und die dadurch verursachten Beschränkungen des freien Verkehrs von Dienstleistungen und Produkten mit urheberrechtlichem Gehalt beseitigt werden.¹³⁷⁹ Ein Angleichung der nationalen Regelungen war nur insoweit vorzusehen, „soweit dies für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich“ war.¹³⁸⁰ Im Fokus standen also Regelungen, die sich von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat erheblich unterschieden oder eine derartige Rechtsunsicherheit bewirkten, dass der Binnenmarkt in seine Funktionsfähigkeit beeinträchtigt war. Hingegen sollten Unterschiede, die das Funktionieren des Binnenmarkts *nicht* beeinträchtigten, *nicht beseitigt oder verhindert werden*.¹³⁸¹ Mit Bezug auf die „Ausnahmen und Beschränkungen“ hatten *bestimmte*

1377 WALTER/V. LEWINSKI/DREIER, *European Copyright Law*, Rn. 7.3.1, 7.3.9.

1378 Im Ergebnis so wohl auch KARNELL, in: FS Koumantos, S. 396 ff.; a.A. FICSOR, in: Gervais (Hg.), *Collective Management*, S. 63.

1379 Erwägungsgrund (6) S. 1 InfoSoc-RL.

1380 Erwägungsgrund (7) S. 1 InfoSoc-RL.

1381 Erwägungsgrund (7) S. 2 InfoSoc-RL.

zustimmungsbedürftige Handlungen unmittelbare negative Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarktes.¹³⁸²

Unter dieser Maßgabe erscheinen die in Erwägungsgrund (18) genannten Vorschriften für die Verwaltung von Rechten wie die „erweiterten kollektiven Lizenzen“, da sie selbst nicht von der RL berührt werden, als mögliche Regelungen, die das Funktionieren des Binnenmarktes *nicht beeinträchtigen*.¹³⁸³ Für die nordischen EKL-Bestimmungen bedeutet dies, dass sie jedenfalls dann zulässig und als „erweiterte kollektive Lizenzen“ anzusehen wären, soweit und solange sie nicht zu Beschränkungen des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs mit urheberrechtlichem Gehalt und somit zu einer Zersplitterung des Binnenmarktes führen.

Daran ließe sich nun zweifeln, wenn man überlegt, dass ein Rechteinhaber in einem Mitgliedstaat sein Ausschließlichkeitsrecht mit Blick auf eine bestimmte Nutzung vollumfänglich geltend machen kann (da die Einführung einer „Ausnahme und Beschränkung“ aufgrund des abgeschlossenen Katalogs des Art. 5 InfoSoc-RL nicht gestattet wäre), während in einem skandinavischen Land die Nutzung seines Werkes aufgrund einer EKL-Vereinbarung erlaubt ist und er nur noch eine Vergütung für die Nutzung erhält.

Allerdings regeln die EKL-Bestimmungen Bereiche, in denen es ohne die EKL-Vereinbarung häufig zu keiner Nutzung oder jedenfalls zu keiner rechtmäßigen Nutzung kommen würde.¹³⁸⁴

Die Zweistufigkeit des Modells, die neben der EKL-Bestimmung eine EKL-Vereinbarung voraussetzt, verdeutlicht, dass das Modell nur zur Anwendung gelangt, wenn Rechteinhaber und Nutzer ein Bedürfnis für eine

1382 Erwägungsgrund (31) S. 2 InfoSoc-RL.

1383 KARNELL, in: FS Koumantos, S. 395.

1384 Interessant insoweit RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 100 f., der die Rechtfertigung der EKL darin sieht, dass sie Bereiche reguliert, in denen es ohne die EKL zu keiner oder nur zu einer unrechtmäßigen Nutzung von Werken käme, mithin ein „Marktversagen“ bestünde, und dies als das Hauptargument versteht, weshalb die EKL nicht im Widerspruch zu den in Art. 2–4 der RL gewährten Rechten stehen soll. Zwar muss er eingestehen, dass der RL nicht das ausdrückliche Ziel entnommen werden könne, ein solches Marktversagen gezielt zu verhindern. Dennoch könne ein hohes Schutzniveau, wie es von der RL bezweckt wird (Erwägungsgrund (9)), in diesen Situationen keine Anreize mehr zu neuen Kreationen schaffen, womit der gewährte Schutz in Form von Ausschließlichkeitsrechten geradezu widersinnig sei. Zu dem Begriff des „Marktversagens“ im Kontext der EKL siehe auch unten, bei § 8 C III 2 b cc sowie § 11.

vertragliche Vereinbarung sehen.¹³⁸⁵ Bedeutung erlangt dieser Aspekt insbesondere bei der General-EKL.¹³⁸⁶ Die Notwendigkeit einer rechtmäßigen Nutzung zeigt sich gerade an der Vielzahl geschlossener EKL-Vereinbarungen.

Denkt man etwa an die täglichen Nutzungshandlungen innerhalb von Einrichtungen und Unternehmen oder auch in Bildungseinrichtungen, wären rechtmäßige digitale Nutzungshandlungen von Werken über den Katalog des Art. 5 InfoSoc-RL ohne die EKL nicht möglich. Ebenso wenig könnten Sendeunternehmen, aber auch Museen, Archive und Bibliotheken ihre Bestände nicht digitalisieren und öffentlich zugänglich machen.¹³⁸⁷ Der Binnenmarkt erscheint zwar durch das skandinavische Modell auf den ersten Blick zersplittert, da die nordischen Länder – losgelöst von Art. 5 InfoSoc-RL – gewisse Freiheiten durch die Anwendung der EKL genießen. Aus der Nähe betrachtet dürfte allerdings eher das Gegenteil der Fall sein. Die RL selbst stammt aus dem Jahre 2001. Ihre Regelungen erscheinen aufgrund der rasanten technologischen Entwicklung seit langem schon nicht mehr sachgerecht.¹³⁸⁸ Die Europäische Kommission hat jüngst mehrfach betont, dass eine Anpassung der RL erforderlich sei und angekündigt, alsbald einen Vorschlag hierzu zu unterbreiten.¹³⁸⁹ Unterstrichen wurde diese Einsicht insbesondere durch die Verabschiedung der OW-RL, bei der gerade der abgeschlossene Katalog des Art. 5 der InfoSoc-RL wieder „geöffnet“ wurde, um eine Nutzung von „verwaisten Werken“ zu ermöglichen.

1385 Siehe auch KARNELL, in: FS Koumantos, S. 399.

1386 Siehe dazu FOGED, EIPR 2010, 28.

1387 Man könnte mit Blick auf Erwägungsgrund (22) einwenden, dass die Verbreitung der Kultur nicht mit einem Verzicht auf den Schutz der Urheberrechte erreicht werden soll. Allerdings geht es bei der EKL eben nicht um einen „Verzicht“ auf den Urheberrechtsschutz, sondern um die Realisierung einer rechtmäßigen Nutzung der Werke überhaupt, verbunden mit einer entsprechenden Vergütung, mithin um einen in diesen Situationen bestmöglichen Schutz. Siehe auch RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 101.

1388 Siehe EUROPÄISCHE KOMMISSION, *Mitteilung: Ein Binnenmarkt für Rechte des geistigen Eigentums*, S. 12 ff.

1389 EUROPÄISCHE KOMMISSION, *Mitteilung: Ein kohärenter Rahmen zur Stärkung des Vertrauens in den digitalen Binnenmarkt für elektronischen Handel und Online-Dienste*, S. 8; EUROPÄISCHE KOMMISSION, *Mitteilung: Ein Binnenmarkt für Rechte des geistigen Eigentums*, S. 14; EUROPÄISCHE KOMMISSION, *Grünbuch: Online-Vertrieb audiovisuelle Werke*, S. 14.

Tatsächlich scheint die EKL weniger das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes zu beeinträchtigen als vielmehr die Nutzung von urheberrechtlich geschützten Werken zu fördern, den technischen Herausforderungen auf sehr flexible Weise Rechnung zu tragen und dadurch gerade „die Erzielung von Größenvorteilen für neue Produkte und Dienstleistungen mit urheber- und leistungsschutzrechtlichem Gehalt“¹³⁹⁰ zu begünstigen. Dabei sieht die EKL eine Vergütung von Rechteinhabern vor, die in anderen Fällen wohl selten eine Vergütung erhalten würden. Sie stellt damit eine angemessene Vergütung für Urheber und ausübende Künstler für die Nutzung ihrer Werke sicher und ermöglicht so einen angemessenen Interessensausgleich.¹³⁹¹

Vor diesem Hintergrund mag sich die EKL als ein Modell erweisen, welches seit Verabschiedung der InfoSoc-RL deren Ziele *besser zu erreichen scheint als es die RL selbst vermag* (bzw. *vermochte*). In der Tat lässt sich kaum leugnen, dass die InfoSoc-RL – jedenfalls aus heutiger Sicht – eine Zersplitterung des gemeinsamen Marktes nicht in dem Maße behoben hat wie ursprünglich erhofft.¹³⁹² Mögen zwar gewisse Ausschließlichkeitsrechte in zufriedenstellendem Maße harmonisiert worden sein,¹³⁹³ so blieben die Unterschiede der Rechtsvorschriften in den Mitgliedstaaten mit Bezug auf die „Ausnahmen und Beschränkungen“ aufgrund ihres überwiegend optionalen Charakters bestehen. Denn die Mitgliedstaaten konnten aus zwanzig der einundzwanzig „Ausnahmen und Beschränkungen“ wählen, ob sie diese in das nationale Recht umsetzen wollten oder nicht, wodurch die angestrebte Harmonisierung in deutlichem Maße erschwert, wenn nicht gar unmöglich wurde.¹³⁹⁴ Es wäre vor diesem Hintergrund geradezu absurd, in dem Modell der EKL eine Beeinträchtigung des Binnenmarktes sehen zu wollen.¹³⁹⁵ Will man gleichwohl gewisse Harmonisie-

1390 Erwägungsgrund (6) S. 4 InfoSoc-RL.

1391 Vgl. Erwägungsgründe (10), (31), (35), (36) InfoSoc-RL. Siehe auch RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 101.

1392 Siehe *IViR-Study – Implementation*, S. 166; *IViR-Study – The Recasting of Copyright*, S. 211 ff.

1393 *IViR-Study – Implementation*, S. 166; siehe aber auch v. EECHOU ET AL. (HG.), *Harmonizing European Copyright Law*, S. 73 ff.

1394 *IViR-Study – Implementation*, S. 166; GEIGER, IPQ 2010, 5 („harmonisation in the field of limitations and exceptions has in fact been a failure“); v. EECHOU ET AL. (HG.), *Harmonizing European Copyright Law*, S. 94, 104 ff.; HILTY, GRUR 2005, 819; DERS., IIC 2004, 765 f.

1395 Ähnlich auch RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 95, 102.

rungsbemühungen in dem abgeschlossenen Katalog des Art. 5 InfoSoc-RL erblicken, der es den Mitgliedstaaten nicht gestattet, *weitere* „Ausnahmen und Beschränkungen“ in das nationale Recht einzuführen,¹³⁹⁶ so müsste man dann auch konsequent fragen, warum gerade die „erweiterten kollektiven Lizenzen“ nicht in Art. 5 aufgeführt sind. Denn es mag nicht recht einleuchten, warum etwa bei einer „Ausnahme und Beschränkung“, die im nationalen Recht die Digitalisierung und Zugänglichmachung von Werken durch Bibliotheken erlaubt, der Binnenmarkt eher beeinträchtigt zu werden droht als wenn die gleiche Nutzung über eine EKL lizenziert würde. In beiden Fällen mag eine solche Einschränkung der Ausschließlichkeitsrechte gerechtfertigt sein; in beiden Fällen wird dem Rechteinhaber nicht die volle Wahrnehmung seines ausschließlichen Rechts gestattet, sondern ein Anspruch auf Vergütung eingeräumt.

Schließlich dürfte auch nicht das Argument durchschlagen, dass es in den skandinavischen Ländern durch die regionale Anwendung verstärkt zu einer territorialen Zersplitterung des gemeinsamen Marktes komme. Denn die Gefahr besteht bereits aufgrund der in Art. 5 optionalen „Ausnahmen und Beschränkungen“ (was etwa im Fall der Privatkopie und dem damit verbundenen Vergütungssystem beobachtet werden kann¹³⁹⁷). Die EKL verhindert zudem eine Partizipation von ausländischen Rechteinhabern nicht. Die nationalen skandinavischen Verwertungsgesellschaften bemühen sich um eine Verteilung an die relevanten Rechteinhaber. Dabei wird durch die nationale Anwendung auch ein gewisser Druck auf ausländische Rechteinhaber gelegt, sich direkt oder indirekt über die nationale Verwertungsgesellschaft um eine Wahrnehmung ihrer Rechte zu bemühen. Im Übrigen wären auch ausländische Mitgliedstaaten nicht gehindert, selbst das Modell in ihr nationales Recht einzuführen.

Das eben Gesagte gilt vornehmlich für die Verwertungen von urheberrechtlich geschützten Gütern, die sich innerhalb eines nationalen Territoriums abspielen. Was hingegen die grenzüberschreitende – paneuropäische – Verwertung dieser Güter betrifft, so trägt die EKL als ein hauptsächlich in Skandinavien praktiziertes Modell durchaus auch zu einer *Zersplitte-*

1396 So etwa WALTER/v. LEWINSKI/v. LEWINSKI/WALTER, *European Copyright Law*, Rn. 11.5.9.

1397 Siehe nur VITORINO, *Recommendations resulting from the Mediation on Private Copying and Reprography Levies*, S. 9 ff.

zung des gemeinsamen Marktes bei.¹³⁹⁸ Solche Behinderungen des Binnenmarktes resultieren aber nicht unbedingt aus einer Anwendung des nordischen Modells, sondern entspringen der nach wie vor bestehenden territorialen Anwendung der nationalen Urheberrechte, mithin dem Fehlen eines Unionsurheberrechts.

3. Folgerungen

Wenn die EKL also keine Beeinträchtigung für den Binnenmarkt darstellt, dann ist daraus zu schließen, dass das Modell *außerhalb des Anwendungsbereiches der RL* steht und damit auch *keine „Ausnahme und Beschränkung“ im Sinne der InfoSoc-RL* darstellt.¹³⁹⁹ Dies gilt sowohl für die früheren als auch für die jüngst oder bald eingeführten EKL-Regelungen.¹⁴⁰⁰

Damit kann ein Rückschluss auf die Frage gewagt werden, was der Begriff der „erweiterten kollektiven Lizenzen“ des Erwägungsgrundes (18) denn nun eigentlich inhaltlich umfasst.

Der Grundsatz der einheitlichen und autonomen Auslegung des Gemeinschaftsrechts verbietet es, einzig das Verständnis einer bestimmten nationalen Rechtsordnung der Auslegung eines gemeinschaftsweiten Begriffes zugrunde zu legen. Wenn allerdings bei der Auslegung die gemeinsamen Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten zu berücksichtigen sind, dann muss, wenn nur einige Mitgliedstaaten eine bestimmte Regelung vorsehen, eben ein Blick auf die Rechtsordnungen jener Staaten geworfen werden.¹⁴⁰¹ Dies gilt umso mehr, wenn bereits die Vorgeschichte des jeweiligen Begriffs es vermuten lässt, dass gerade jene Rechtsordnungen für ihn als Vorbild fungierten. Auch wenn ein Einbezug der Gesetzgebungsgeschichte für den EuGH nicht das primäre Mittel der Auslegung dar-

1398 Siehe dazu ausführlich unten, bei § 14 B II; siehe auch RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 102.

1399 Richtig daher *SOU 2010:24*, S. 244 („Systemet med avtalslicenser anses inte utgöra inskränkningar i direktivets mening [Hervorhebung durch Verf.]“); *Prop. 2012/13:141*, S. 28 f.; siehe auch *Ds 2003:35*, S. 278; RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 102 f.; VERRONEN, J. Copyright Soc’y U.S.A. 2002, 1156; VUOPALA, *Extended Collective Licensing*, S. 24; differenzierend: AXHAMN/GUIBAULT, *Cross-border extended collective licensing*, S. 54.

1400 *Ds 2003:35*, S. 278; *Prop. 2004/05:110*, S. 245. So wohl auch KARNELL, in: FS Koumantos, S. 396.

1401 Siehe BLECKMANN, ZGR 1992, 365 f., 367.

stellt,¹⁴⁰² kann im vorliegenden Fall die *Entstehungsgeschichte von Erwägungsgrund (18)* auch nicht einfach ignoriert werden.

In den ersten Entwürfen der InfoSoc-RL war der besagte Erwägungsgrund noch gar nicht aufgeführt gewesen.¹⁴⁰³ Im Laufe der Verhandlungen wurde von Seiten der skandinavischen Länder Bedenken geäußert, dass das Modell möglicherweise von dem abgeschlossenen Katalog des Art. 5 erfasst sein könnte.¹⁴⁰⁴ Dadurch hätten die nordischen Länder einige ihrer EKL-Bestimmungen nicht mehr beibehalten können. Aus diesem Grunde wollten sie klargestellt haben, dass es sich bei der EKL nicht um eine „Ausnahme und Beschränkung“ handelt, sondern „nur“ die Verwaltung der Rechte betrifft.¹⁴⁰⁵ Ein entsprechender Erwägungsgrund wurde dann in einem späteren Stadium der Verhandlungen in den Entwurf eingefügt.¹⁴⁰⁶

Sehr wohl stand also die skandinavische EKL für Erwägungsgrund (18) InfoSoc-RL Modell.¹⁴⁰⁷ Entpuppt sich der Erwägungsgrund somit zwar als eine „grandfathering clause“ für die skandinavischen Länder, so ist seine inhaltliche Verbindung zu dem nordischen Modell doch nicht von der Hand zu weisen. Die „erweiterten kollektiven Lizenzen“ des Erwägungsgrundes (18) müssen somit *im Lichte der skandinavischen EKL* verstanden werden.¹⁴⁰⁸ Damit dürften solche Modelle zulässig sein, die die gleichen Elemente beinhalten, wie sie die EKL in den skandinavischen Ländern zu

1402 WALTER/V. LEWINSKI/V. LEWINSKI, *European Copyright Law*, Rn. 1.0.42.

1403 Vgl. etwa EUROPÄISCHE KOMMISSION, *Vorschlag für eine Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft*, KOM(1997) 0628 endg.

1404 *Ds 2003:35*, S. 278; *Prop. 2004/05:110*, S. 245.

1405 Siehe RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 96. Dass man sich während den Verhandlungen zur InfoSoc-RL tatsächlich von allen Seiten in dieser Betrachtung einig war, dürfte allerdings zu bezweifeln sein. Eher muss man wohl davon ausgehen, dass der nordische Vorstoß aufgrund der regionalen Anwendung des Modells bei den Vertretern der anderen Mitgliedstaaten ein eher überschaubares, wenn nicht gar gleichgültiges Interesse fand.

1406 Siehe Erwägungsgrund (18) der *Common Position (EC) No 48/2000 of 28 September 2000 adopted by the Council*.

1407 RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 96.

1408 In diesem Sinne wohl auch RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 103 f., der allerdings anhand des Ausmaßes eines bestehenden Marktversagens unterschiedliche Ausformungen der EKL für zulässig erachtet: Je stärker das Marktversagen, desto geringer sei etwa die Notwendigkeit, ein Vetorecht vorzusehen oder eine individuelle Vergütung an die einzelnen Urheber vorzunehmen.

dem Zeitpunkt der Verabschiedung der RL aufwies.¹⁴⁰⁹ Dementsprechend muss es sich um eine Vereinbarung handeln, die eine Verwertungsgesellschaft, welche eine substanzielle Anzahl an Rechteinhabern vertritt, mit einem Nutzer über die Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke schließt. Diese Vereinbarung wird auf Rechteinhaber derselben Kategorie von Werken per Gesetz erstreckt. Ein außenstehender Rechteinhaber hat die gleichen Rechte und Pflichten wie die Rechteinhaber, die der Verwertungsgesellschaft angehören. Darüber hinaus muss ihm auch ein Recht auf individuelle Vergütung eingeräumt werden. Voraussetzung ist auch, dass das jeweilige EKL-Modell *auch sonst im Einklang mit europäischem Recht* – wie etwa mit Art. 18 AEUV –,¹⁴¹⁰ aber auch mit den *Vorgaben des internationalen Rechts* steht.¹⁴¹¹ Nicht erforderlich erscheinen hingegen die gesetzliche Einräumung eines Vetorechts¹⁴¹² sowie die Gewährung von bestimmten vertragsfördernden Maßnahmen¹⁴¹³, da beide Elemente

-
- 1409 Zu erwägen wäre schließlich noch, ob die fortgesetzte Beibehaltung und Ausweitung des EKL-Modells in den nordischen Ländern nach Verabschiedung der InfoSoc-RL nicht eine sog. *spätere Praxis der Mitgliedstaaten* darstellt, welche wiederum Einfluss auf die Auslegung der RL haben könnte. In diesem Fall erschien die EKL und ihre Anwendung in Skandinavien ebenfalls von Erwägungsgrund (18) gedeckt. Allerdings ist die Auslegungsmethode der „späteren“ bzw. „nachfolgenden Praxis“ durch den EuGH bisher nur zurückhaltend angewandt worden, sodass ihr wohl allenfalls ein – wie hier – unterstützender, nicht aber ein auslegungsentscheidender Wert beigemessen werden kann. Siehe hierzu generell BLECKMANN, NJW 1982, 1177, 1179; siehe auch v. LEWINSKI/WALTER/v. LEWINSKI, *European Copyright Law*, Rn. 1.0.52.
- 1410 RIIS/SCHOVSBO, Col. J. of Law & the Arts 2010, 479; siehe auch BLECKMANN, ZGR 1992, 365.
- 1411 EUGH, Urteil v. 10.09.1996, C-61/94, Rn. 52 (Slg. 1996, I-03989) – *Kommission/Deutschland*.
- 1412 Anders hingegen AXHAMN/GUIBAULT, *Cross-border extended collective licensing*, S. 54; RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 103, wonach das Vetorecht aufgrund seiner den einschränkenden Charakter der EKL entschärfenden Wirkung und der Erwähnung in Art. 3 (2) SatKab-RL wohl zwingend vorzusehen sei. Die einzige EKL-Bestimmung im norw. Recht, die bei Verabschiedung der RL nicht von Art. 5 erfasst gewesen sei, hätte eben gerade ein solches Vetorecht vorgesehen (§ 30 UrhG-N). Allerdings finden sich mittlerweile auch andere EKL-Bestimmungen, die sich nicht mehr in den Grenzen des Art. 5 bewegen, gleichwohl aber kein Vetorecht vorsehen (vgl. § 14 UrhG-N).
- 1413 Abhängig von der Stärke dieser Maßnahmen kann die Grundlage der EKL – das Schließen einer Vereinbarung unter freien Verhandlungen – auf eine Weise entzogen sein, dass wiederum der Anwendungsbereich der RL eröffnet wäre. Denn liegt die Entscheidung über die Nutzung praktisch nicht mehr in den Händen der

von den nordischen Ländern nicht in gleicher Weise vorgesehen wurden und werden.

Wenn also eine gesetzliche Regelung im Recht eines Mitgliedstaates die genannten Voraussetzungen aufweist, dann stellt dieses Modell eine „erweiterte kollektive Lizenz“ im Sinne des Erwägungsgrundes (18) dar und wird damit von der RL nicht berührt.

Fraglich ist schließlich, ob sich über Erwägungsgrund (18) InfoSoc-RL eine Aussage zu der *Vereinbarkeit der EKL mit dem europäischen Recht generell* treffen lässt. Die bisherigen Richtlinien harmonisieren den Bereich des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in den Mitgliedstaaten zwar nur fragmentarisch. Wie auch im Fall der SatKab-RL können der InfoSoc-RL grundsätzlich nur mit Bezug auf ihren Regelungsbereich gewisse Aussagen entnommen werden.

Allerdings findet sich ein recht ähnlich lautender Erwägungsgrund auch in der jüngst verabschiedeten OW-RL. Dieser bestimmt ebenfalls, dass die RL unbeschadet der Regelung „für die Verwaltung von Rechten, beispielsweise der erweiterten kollektiven Lizenzen“ gelte.¹⁴¹⁴ Mit der erneuten Aufnahme der „erweiterten kollektiven Lizenzen“ lässt sich dem europäischen Recht zumindest *ein weiteres Indiz* entnehmen, dass es „Regelungen für die Verwaltung von Rechten“ nicht als eine Beeinträchtigung für das Funktionieren des Binnenmarkts einstuft. Gleichwohl ist unter einer solchen Auslegung ebenfalls anzunehmen, dass „erweiterte kollektive Lizenzen“ in den einzelnen Mitgliedstaaten *im Lichte der nordischen EKL* ausgestaltet sein müssen, um eine mögliche Behinderung des gemeinsamen Marktes sicher auszuschließen.

Verwertungsgesellschaft, könnte die gewährte Nutzung wieder von Art. 5 erfasst sein, da die RL dem Grunde nach zwischen dem ausschließlichen Recht einerseits (Art. 2–4) und den „Ausnahmen und Beschränkungen“ (Art. 5) andererseits differenziert. Zweifelnd daher zu Recht RYDNING, *Extended Collective Licences*, S. 103. Siehe auch KARNELL, in: FS Koumantos, S. 391, wonach „the absence of any interference by any public authority in the negotiation process or with its outcome is an important characteristic“ [der EKL], was freilich nur mit Blick auf Schweden zutreffen dürfte.

1414 Erwägungsgrund (24) RL 2012/28/EU.

III. Fazit

Die vorherige Analyse hat gezeigt, dass die EKL mit den Vorgaben der InfoSoc-RL vereinbar ist. Sie stellt keine „Ausnahme und Beschränkung“ im Sinne der RL dar und fällt daher nicht in den Anwendungsbereich des Art. 5 InfoSoc-RL. Eine generelle Rechtmäßigkeit von „erweiterten kollektiven Lizenzen“ gem. Erwägungsgrund (18) besteht jedoch nicht. Zulässig erscheint grundsätzlich allein eine gesetzliche Erstreckung einer Vereinbarung, die eine repräsentative Verwertungsgesellschaft mit einem Nutzer über die Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke schließt, auf Rechteinhaber, die der Verwertungsgesellschaft nicht angehören, unter der Voraussetzung, dass diese den Mitgliedern der Verwertungsgesellschaft gleichgestellt sind und einen Anspruch auf individuelle Vergütung haben.

D. Dienstleistungs-RL (RL 2006/123/EG)

Mit RL 2006/123/EG sollten – um den grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr in der Europäischen Union zu erleichtern – Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit von Dienstleistungserbringern in den Mitgliedstaaten und Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten beseitigt werden.¹⁴¹⁵ Zu diesem Zweck regelt die RL die *Anforderungen und Voraussetzungen*, die die Mitgliedstaaten für die Aufnahme und Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit durch einen Dienstleistungserbringer vorsehen dürfen. Die RL trennt dabei zwischen Maßnahmen, welche die Niederlassungsfreiheit betreffen und Maßnahmen, welche sich auf die Dienstleistungsfreiheit beziehen, wobei die Einschränkung der letzteren höheren Restriktionen unterworfen ist.¹⁴¹⁶

1415 Allein die Anwendung der Grundfreiheiten (Art. 49 und Art. 56 AEUV) erschien nicht ausreichend bzw. effektiv genug, um die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten zu garantieren (Erwägungsgrund (6) Dienstleistungs-RL).

1416 HEINE/EISENBERG, GRUR Int. 2009, 279.

I. Verwertungsgesellschaften als Dienstleistungserbringer

Die Vorgaben der RL könnten mit dem Modell der EKL in Konflikt treten, weil über das in den meisten skandinavischen Ländern etablierte *Genehmigungssystem* die Tätigkeit der Verwertungsgesellschaft von einer staatlichen Genehmigung abhängig gemacht und damit Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit bestimmten Voraussetzungen unterworfen werden.

Da die skandinavischen Organisationen eine selbstständige Tätigkeit gegen Entgelt gem. Art. 4 Nr. 1 Dienstleistungs-RL erbringen und ihre Tätigkeit auch nicht von der Anwendung der RL nach Art. 2 (2) ausgenommen ist, sind sie als Dienstleistungserbringer im Sinne der RL (Art. 4 Nr. 2) anzusehen.¹⁴¹⁷

II. Genehmigungserfordernis als Verstoß

1. Niederlassungsfreiheit der Dienstleistungserbringer

Nach Art. 9 (1) Dienstleistungs-RL dürfen die Mitgliedstaaten die Aufnahme und Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit nur dann von einer Genehmigung abhängig machen, wenn die Genehmigungsregeln nicht diskriminierend sind (lit. a), sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden (lit. b) und kein milderes Mittel erreichbar ist (lit. c).

Die Genehmigungsregeln in Skandinavien sind nicht diskriminierend, da sie für jede Verwertungsgesellschaft gelten, die eine EKL-Vereinbarung schließen möchte.¹⁴¹⁸ Sie dürften auch gerechtfertigt sein, zumal zwingende Gründe des Allgemeininteresses – ausdrücklich des Erwägungsgrundes (40) – auch den Schutz des Geistigen Eigentums und kulturpolitische Zielsetzungen einschließen.¹⁴¹⁹ Gegenüber dem Genehmigungserfordernis dürfte kein milderes Mittel zur Verfügung stehen, das in gleicher Weise

1417 So die ganz h.M. mit Bezug auf Verwertungsgesellschaften generell: HEINE/EISENBERG, GRUR Int. 2009, 279 f.; RIIS, JIPLP 2011, 9, sowie speziell mit Bezug auf die skandinavischen Organisationen: RIIS/SCHOVSBO, Col. J. of Law & the Arts 2010, 493; AXHAMN/GUIBAULT, *Cross-border extended collective licensing*, S. 55; ROSÉN, in: Lidgard (Hg.), *National Developments*, S. 168.

1418 Vgl. § 50 (4) UrhG-D; siehe *Forslag til Lov om ændring af ophavsretsloven*, 2008/1 LSF 127, Bemærkning § 1 nr. 4.

1419 Siehe RIIS, JIPLP 2011, 9.

der Rechtssicherheit und Kontrolle des EKL-Systems dient.¹⁴²⁰ Schließlich kann davon ausgegangen werden, dass die Voraussetzungen bei einer Genehmigungserteilung nach Art. 10 Dienstleistungs-RL erfüllt sind. Ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit scheidet daher aus.

2. Freier Dienstleistungsverkehr

Nach Art. 16 (1) S. 3 Dienstleistungs-RL dürfen die Mitgliedstaaten die Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit in ihrem Hoheitsgebiet Anforderungen unterwerfen, wenn diese nicht gegen die Grundsätze der Nichtdiskriminierung (lit. a) verstoßen, erforderlich (lit. b) und verhältnismäßig (lit. c) sind.

Eine direkte oder indirekte Diskriminierung findet bei der Genehmigungserteilung an eine Verwertungsgesellschaft grundsätzlich nicht statt. Fraglich ist, ob das Genehmigungsverfahren auch *erforderlich* ist. Nach Art 16 (1) S. 3 lit. b) muss das Genehmigungserfordernis aus Gründen der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Gesundheit oder des Schutzes der Umwelt gerechtfertigt sein. Das Genehmigungssystem in den nordischen Ländern dient dazu sicherzustellen und zu kontrollieren, welche Verwertungsgesellschaft ausreichend repräsentativ und darum berechtigt ist, EKL-Vereinbarungen zu schließen. Vom Schutz der öffentlichen Ordnung dürfte dies nicht erfasst sein.¹⁴²¹ Keiner der in Art. 16 (1) S. 3 lit. b) genannten Gründe ist damit einschlägig.¹⁴²² Folglich wäre das Genehmigungserfordernis in Norwegen, Finnland, Dänemark und Island nicht mehr mit der RL vereinbar und damit *europarechtswidrig*.¹⁴²³

1420 Siehe *Forslag til Lov om ændring af ophavsretsloven*, 2008/1 LSF 127, Bemærkninger § 1 nr. 4.

1421 Vgl. Erwägungsgrund (41) Dienstleistungs-RL.

1422 RIIS/SCHOVSBO, Col. J. of Law & the Arts 2010, 494; AXHAMN/GUIBAULT, *Cross-border extended collective licensing*, S. 55 f.

1423 KYST, NIR 2009, 54.

III. Anwendbarkeit der Dienstleistungs-RL auf Verwertungsgesellschaften

Eine andere Schlussfolgerung könnte sich dann ergeben, wenn Art. 16 Dienstleistungs-RL gar nicht auf Verwertungsgesellschaften anwendbar wäre. Denn nach Art 17 (11) der RL findet Art. 16 keine Anwendung auf „die Urheberrechte, die verwandten Schutzrechte“. Da das Genehmigungsverfahren Teil des EKL-Systems und damit Gegenstand des Urheberrechts ist, erscheint Art. 17 (11) Dienstleistungs-RL einschlägig.¹⁴²⁴

Die Frage, ob Art. 17 (11) Dienstleistungs-RL die Anwendbarkeit des Art. 16 auf die Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften ausschließt, war bis vor kurzem äußerst umstritten. In ihrem *Handbuch zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie*¹⁴²⁵ betonte die Europäische Kommission noch vor einigen Jahren ausdrücklich, dass die Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften *nicht* unter die Ausnahmebestimmung des Art. 17 (11) Dienstleistungs-RL falle.¹⁴²⁶ Diese Auslegung erfuhr von vielen Seiten starke Kritik.¹⁴²⁷ Insbesondere wurde angeführt, dass die Ausnahmebestimmung des Art. 17 (11) nicht – wie von der Kommission in ihrem Handbuch dargelegt – die Rechte als solche erfasse (wie Bestehen des Rechts, Umfang und Ausnahmen, Dauer usw.), da diese Elemente selbst *keine Dienstleistungen* darstellten und somit auch nicht „ausgenommen“ werden könn-

1424 So auch die Auffassung der skandinavischen Länder bei Umsetzung der Dienstleistungs-RL; siehe etwa *Forslag til Lov om ændring af ophavsretsloven*, 2008/1 LSF 127, Bemærkning nr. 2.2.2; ROSÉN, in: Lidgard (Hg.), *National Developments*, S. 169; ROGNSTAD, NIR 2012, 629.

1425 EUROPÄISCHE KOMMISSION, *Handbuch zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie*, Luxemburg 2007.

1426 EUROPÄISCHE KOMMISSION, *Handbuch zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie*, S. 49: „Die Ausnahme in Art. 17 Ziffer 11 betreffend geistige Eigentumsrechte erfasst die Rechte als solche (Bestehen des Rechts, Umfang und Ausnahmen, Dauer usw.). Sie betrifft im Gegensatz dazu nicht mit der Verwaltung solcher Rechte verbundene Dienstleistungen, wie durch Rechteverwertungsgesellschaften oder Patentanwälte erbrachte Leistungen.“ Bestätigend auch HEINE/EISENBERG, GRUR Int. 2009, 280.

1427 In jüngerer Zeit etwa DREXL/NÉRISSON/TRUMPKE/HILTY, IIC 2013, 819 ff. (Rn. 19-24).

ten.¹⁴²⁸ Art. 17 (11) könne sich daher nur *auf die Verwaltung von Rechten* beziehen, was die kollektive Rechtswahrnehmung einschliesse.¹⁴²⁹

Gleichwohl schien die Europäische Kommission an ihrer – wenig überzeugenden – Sichtweise festhalten zu wollen.¹⁴³⁰ Noch im *RL-Vorschlag für die kollektive Wahrnehmung und die Vergabe von Mehrgebietslizenzen* wurde explizit betont: „Verwertungsgesellschaften unterliegen in ihrer Eigenschaft als Erbringer von Dienstleistungen im Zusammenhang mit der kollektiven Rechtswahrnehmung der Richtlinie 2006/123/EG“.¹⁴³¹

Diese Streitfrage dürfte nun aber seit der *OSA-Entscheidung* des EuGH aus dem Jahr 2014 ein – zumindest vorläufiges – Ende gefunden haben.¹⁴³² Denn darin stellt der EuGH klar, dass Art. 17 (11) der Dienstleis-

1428 Siehe *Forslag til Lov om ændring af ophavsretsloven*, 2008/1 LSF 127, Bemærkninger nr. 2.2.2; RIIS/SCHOVSBO, Col. J. of Law & the Arts 2010, 494; RIIS, *JiPLP* 2011, 10; LICHTENEGGER, *Verwertungsgesellschaften, Kartellverbot und Neue Medien*, S. 131 f.

1429 Teilweise wurde auch auf das Gesetzgebungsverfahren verwiesen, da in verschiedenen Phasen der Ausschluss einer Anwendung von Verwertungsgesellschaften erwogen und später auch vom Europäischen Parlament in der ersten Lesung vorgeschlagen worden war. Dass die Kommission diesen Ansatz nicht weiter verfolgt und er letztlich auch keinen Eingang in die endgültige Fassung der RL gefunden hatte, wurde einerseits als Indiz der abweichenden Meinungen der europäischen Institutionen und einer daraus bestehenden Rechtsunsicherheit gewertet (so bspw. RIIS, *JiPLP* 2011, 10; RIIS/SCHOVSBO, Col. J. of Law & the Arts 2010, 494 (dort Fn. 93)), andererseits die fehlende Aufnahme des Ausschlusses der Verwertungsgesellschaften als ausdrücklicher Wille des Richtliniengebers verstanden (so etwa HEINE/EISENBERG, *GRUR Int.* 2009, 280).

1430 So zeigte sich die Europäische Kommission noch besorgt über das Genehmigungssystem in Dänemark und forderte das dän. Ministerium auf darzulegen, inwiefern dies in Übereinstimmung mit der RL stehe; *Information auf Anfrage bei CopyDan*; siehe auch RIIS, *JiPLP* 2011, 10.

1431 *RL-Vorschlag über die kollektive Wahrnehmung und die Vergabe von Mehrgebietslizenzen*, Begründung, Punkt 1.4. (S. 5); vgl. auch Erwägungsgrund (3) S. 1 des RL-Entwurfs: „Als Dienstleister unterliegen in der Union niedergelassene Verwertungsgesellschaften den einzelstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung der Richtlinie 2006/123/EG (...)“.

1432 EuGH, Urteil vom 27.02.2014, Rs. C-351/12 (GRUR Int. 2014, 396 ff.) – *OSA*. Der der Entscheidung zugrundeliegende Sachverhalt betraf zum einen die Frage, ob die Wiedergabe von geschützten Werken über Fernseh- oder Radiogeräte in den Zimmern einer tschechischen Kureinrichtung die vorherige Zustimmung der Urheber erforderlich mache (woraus sich eine Gebührenpflicht an die für die Rechte an Musikwerken zuständige tschechische Verwertungsgesellschaft OSA ergeben hätte), zum anderen die Frage der Vereinbarkeit eines Gebietsmonopols der Verwertungsgesellschaft mit dem freien Dienstleistungsverkehr. Der EuGH

tungs-RL dahingehend auszulegen ist, dass er die von einer Verwertungsgesellschaft vermittelten Dienstleistungen (im konkreten Fall: die Vergabe von Lizenzen an Nutzer von urheberrechtlich geschützten Werken gegen Zahlung einer Gebühr) vom Anwendungsbereich des Art. 16 ausschließt.¹⁴³³ Damit dürfte nun feststehen, dass die Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften von dem Ausschluss des Art. 17 (11) erfasst wird.¹⁴³⁴ Folglich ist das in einigen skandinavischen Ländern vorgesehene Genehmigungsverfahren mit der Dienstleistungs-RL vereinbar.

Die ganze Diskussion um die Anwendung des Art. 17 (11) Dienstleistungs-RL muss aber auch vor dem Hintergrund der europäischen Entwicklungen der kollektiven Wahrnehmung gesehen werden.¹⁴³⁵ Durch das Genehmigungsverfahren in Skandinavien wird gewährleistet, dass *nur eine* Verwertungsgesellschaft für einen bestimmten Bereich berechtigt ist, EKL-Vereinbarungen zu schließen.¹⁴³⁶ Eine gleichzeitige Tätigkeit von mehreren Verwertungsgesellschaften kann – sofern diese nicht zusammenwirken – in einem EKL-System nicht funktionieren, da andernfalls die über die EKL gewonnen Bündelungseffekte für eine umfassende Lizenzierung verloren gingen.¹⁴³⁷ Soweit nun der Wettbewerbsansatz bei Verwer-

bejahte die Gebührenpflicht der Kureinrichtung und stellte fest, dass das Gebietsmonopol von OSA, das ihr durch das tschechische Recht eingeräumt wird, mit dem freien Dienstleistungsverkehr vereinbar sei. Sofern die Verwertungsgesellschaft aber Tarife erhebe, die erheblich höher seien als die in anderen Mitgliedstaaten angewandten Tarife, könne dies als Anzeichen für einen Missbrauch einer beherrschenden Stellung zu werten sein. Siehe eingehend NÉRIS-SON, EIPR 2015, 399 ff.

1433 EuGH, Urteil vom 27.02.2014, Rs. C-351/12, Rn. 64-66 (GRUR Int. 2014, 400) – OSA.

1434 In diesem Sinne wohl DREXL, in: Purnhagen/Rott (Hg.), *Varieties*, S. 460 f.; NÉRIS-SON, EIPR 2015, 403 f.; STAATS, ZUM 2014, 472; TRYGGVADÓTTIR, *Auteurs & Media* 2014, 318. Zweifelnd, ob damit Verwertungsgesellschaften mit sämtlichen ihrer Dienstleistungen vollständig der Anwendung der Dienstleistungs-RL entzogen sind LICHTENEGGER, *Verwertungsgesellschaften, Kartellverbot und Neue Medien*, S. 129. Im Ergebnis geht *Lichtenegger* aber dann auch von einer Nichtanwendung des Art. 16 Dienstleistungs-RL auf die entgeltliche Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften aus (LICHTENEGGER, *ebd.*, S. 136 f.).

1435 RIIS/SCHOVSBO, *Col. J. of Law & the Arts* 2010, 495.

1436 Siehe *Forslag til Lov om ændring af ophavsretsloven*, 2007/2 LSF 58, nr. 13 (§ 50) stk. 4.

1437 Zu erwarten mag dies weniger in den etablierten Bereichen des EKL-Systems sein; dies zeigt das Beispiel Schwedens, wo überhaupt kein Genehmigungsverfahren für Verwertungsgesellschaften vorgesehen ist. Es erscheint aber keines-

tungsgesellschaften im Kontext ihrer grenzüberschreitenden Tätigkeit, der in gewisser Weise auch in der Wahrnehmungs-RL sichtbar wird, auf andere Bereiche der kollektiven Wahrnehmung übertragen wird, dürfte dies früher oder später auch die EKL tangieren.¹⁴³⁸

IV. Fazit

Seit der OSA-Entscheidung ist nun (vorerst) klagestellt, dass die Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften von der Ausnahmebestimmung nach Art. 17 (11) Dienstleistungs-RL gedeckt ist. Damit ist das Genehmigungserfordernis der nordischen Verwertungsgesellschaften mit der Dienstleistungs-RL vereinbar.

E. OW-RL (RL 2012/28/EU)

I. Regelungsgehalt

Die *Richtlinie über bestimmte zulässige Formen der Nutzung verwaister Werke (OW-RL)* ermöglicht die Digitalisierung und öffentliche Zugänglichmachung von sog. *verwaisten Werken*, also Werken, deren Rechteinhaber nicht mehr ermittelbar oder – falls ermittelbar – nicht mehr auffindbar sind, durch bestimmte privilegierter Einrichtungen wie öffentlich zugängliche Bibliotheken, Bildungseinrichtungen, Museen, Archive und öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten.

Dazu schreibt die RL den Mitgliedstaaten die Einführung einer zwingenden Schranke in das nationale Recht vor, die es den genannten Einrichtungen nach Durchführung einer sorgfältigen Suche erlaubt, verwaiste Werke zu digitalisieren und der Allgemeinheit zugänglich zu machen (Art. 6 OW-RL). Informationen über die einzelnen verwaisten Werke werden zentral in einer Onlinedatenbank des *Amtes der Europäischen Union für Geistiges Eigentum* (ehemals: Harmonisierungsamt für den Binnen-

falls sicher, dass in neuen Bereichen – welche nun über die neue Generalklausel erschlossen werden können – immer nur eine Verwertungsgesellschaft in Frage kommt. Siehe RUS, *JIPLP* 2011, 11.

1438 Ähnlich auch RUS/SCHOVSBO, *Col. J. of Law & the Arts* 2010, 494 f. Näher zu den möglichen Konsequenzen unten, bei § 14 B II 2 b.

markt) erfasst (Art. 3 (6) OW-RL). Ein Werk kann, wenn es als verwaist eingestuft wurde, durch die gegenseitige Anerkennung der Mitgliedstaaten, von jeder Einrichtung innerhalb der EU genutzt und damit der Allgemeinheit zugänglich gemacht werden (vgl. Art. 4 OW-RL). Ein später auftauchender Rechteinhaber eines verwaisten Werkes kann gem. Art. 5 jederzeit den Waisenstatus beenden. Er hat einen Anspruch auf einen gerechten Ausgleich für die vergangene Nutzung (Art. 6 (5)).

Die RL erlaubt damit zum einen die Einführung einer zusätzlichen „Ausnahme und Beschränkung“ für das Recht der Vervielfältigung und das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung und öffnet damit den ursprünglich abgeschlossenen Katalog des Art. 5 InfoSoc-RL; zum anderen wird erstmals über die zwingende Statuierung einer Schranke verbunden mit einer gegenseitigen Anerkennung des Waisenstatus eine gleichlaufende rechtmäßige Nutzung in allen Mitgliedstaaten – in einem *paneuropäischen Sinne* – ermöglicht.

II. Erwägungsgrund (24)

Nach Erwägungsgrund (24) OW-RL gilt die RL „unbeschadet der in den Mitgliedstaaten bestehenden Regelungen für die Verwaltung von Rechten, beispielsweise der erweiterten kollektiven Lizenzen (...) oder ähnliche Regelungen oder einer Kombination dieser Elemente, einschließlich ihrer Anwendung auf Massendigitalisierungen“.¹⁴³⁹

Es hat wiederum den Anschein, als sei das Modell der EKL – ähnlich wie im Fall der InfoSoc-RL – außerhalb des Anwendungsbereiches der RL. Damit wäre die EKL in einer skandinavischen Ausgestaltung mit den Vorgaben der RL vereinbar.¹⁴⁴⁰

1439 Darüber hinaus bestimmt Art. 1 (5) OW-RL, dass die RL „jegliche Regelungen über die Verwaltung von Rechten auf nationaler Ebene unberührt“ lasse.

1440 Siehe auch *Prop. 2012/13:141*, S. 29. Es fällt auf, dass die deutsche Fassung von „*bestehenden* Regelungen“ spricht und insofern es nicht gestatten würde, *neue* Regelungen einzuführen, die die Nutzung von verwaisten Werken vorsehen. Bei den anderen Sprachfassungen fehlt eine solche Begrenzung auf „*bestehende* Regelungen“. Da die früheren Entwürfe der RL dagegen alle auf „*bestehende* Regelungen“ reduziert waren, dies aber später abgeändert wurde, muss man bei der deutschen Fassung von einem Redaktionsversehen ausgehen.

III. Würdigung

Im Zusammenhang mit der Frage einer rechtmäßigen Nutzung von verwaisten Werken wurde die EKL in den vergangenen Jahren immer wieder als ein, wenn nicht sogar als *das* Lösungsmodell ins Spiel gebracht. Die Europäische Kommission hatte selbst „extended collective online licensing“ als eine von mehreren Optionen für einen späteren Regelungsentwurf erwogen.¹⁴⁴¹ Zeitweise kursierte auch ein Vorentwurf der RL, der neben einer möglichen Schrankenregelung auch ein fakultatives EKL-Modell ausdrücklich vorsah.¹⁴⁴²

Die EKL mag in diesem Kontext so reizvoll erscheinen, weil sie das Problem der verwaisten Werke gerade *nicht spezifisch löst*.¹⁴⁴³ Tatsächlich stellt sich bei einem EKL-System die Frage einer rechtmäßigen Nutzung von verwaisten Werken überhaupt nicht. Denn über die Erstreckung einer kollektiven Vereinbarung werden *alle Werke* von Rechteinhabern eingezogen und damit auch von jenen, die nicht zu ermitteln oder auffindbar sind.¹⁴⁴⁴

Folglich erwuchs in den skandinavischen Ländern kaum eine ernsthafte Besorgnis um die Nutzung verwaister Werke.¹⁴⁴⁵ Es mag daher auf den ersten Blick einleuchten, die Anwendung der EKL in diesen Mitgliedstaaten weiterhin zu gestatten bzw. nicht durch die europäischen Vorgaben zu beeinträchtigen.

Zweifelhaft ist allerdings, ob die *mit der RL verfolgten Ziele* auf diese Weise wirklich zu erreichen sind. Denn die OW-RL sieht vor, dass die Mitgliedstaaten eine „Ausnahme und Beschränkung“ für die Nutzung verwaister Werke durch bestimmte Einrichtungen *vorsehen müssen*. Es ist ihnen wohl nicht freigestellt, ob sie von der Schranke Gebrauch machen oder nicht. Ein Werk, welches nach einer sorgfältigen Suche als „verwaist“ eingestuft und in die Online-Datenbank des Amtes der Europä-

1441 Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, *Commission Staff Working Paper (Orphan Works)*, S. 27 ff.; siehe auch VUOPALA, *Assessment of the Orphan works issue*, S. 37 f.; LÜDER, GRUR Int. 2010, 681 f.

1442 Siehe ROSÉN, in: Axhamn (Hg.), *Copyright in a Borderless Online Environment*, S. 84 (dort Fn. 45).

1443 Näher dazu RINGNALDA, *Orphan Works*, S. 8 ff.; VUOPALA, *Extended Collective Licensing*, S. 31. Siehe ausführlich hierzu unten, bei § 12 A.

1444 Siehe JUSTITIEDEPARTEMENTET, *Faktapromemoria 2010/11:FPM138: Direktiv om anonyma verk*, S. 7 f.; VUOPALA, *Extended Collective Licensing*, S. 33 f.

1445 VUOPALA, *Extended Collective Licensing*, S. 30 f.

ischen Union für Geistiges Eigentum eingetragen wurde, kann und soll von jeder privilegierten Einrichtung in ganz Europa genutzt werden. Bei einer EKL hingegen darf nur der Nutzer, etwa eine Bibliothek, die eine EKL-Vereinbarung geschlossen hat, die Werke nutzen, während dies anderen Einrichtungen, solange sie keine Vereinbarung geschlossen haben, nicht gestattet ist. Eine *paneuropäische Nutzung* ist über eine EKL ebenfalls ausgeschlossen. Eine Bibliothek kann unter einem EKL-Modell verwaiste Werke nur der Allgemeinheit innerhalb des jeweiligen skandinavischen Territoriums, nicht aber in ganz Europa zugänglich machen.¹⁴⁴⁶

Die EKL ist somit in ihrer Wirkung sehr viel schmäler als es die RL eigentlich vorsieht; was hingegen die Nutzungsinhalte betrifft, ist sie deutlich breiter, weil sie eben nicht nur die Nutzung von verwaisten Werken, sondern *von allen Werken* in einem bestimmten Bereich (Weltrepertoire) gestattet.¹⁴⁴⁷ Während also die OW-RL einen engeren Ansatz wählt, diesen aber *erstmalig paneuropäisch ausweitet*, sieht die EKL einen viel breiteren Konzept vor, das allerdings nur *territorial Anwendung* findet.

Mithin ist zu befürchten, dass die skandinavischen Länder schon gar nicht willens sein werden, eine spezifische Schranke in ihr nationales Recht einzuführen, weil sie schlicht keinen Bedarf dafür haben. Und selbst, wenn man Art. 6 (1) OW-RL dahingehend auslegt, dass die Mitgliedstaaten in der Tat *verpflichtet* sind, eine Schranke im nationalen Recht vorzusehen,¹⁴⁴⁸ ist zu erwarten, dass von der Schranke nur in überschaubarem Ausmaß Gebrauch gemacht wird. Überhaupt dürfte die praktische Umsetzung, also ein paralleles Bestehen von Schranke und EKL-Vereinbarung, fraglich sein. Da die RL grundsätzlich eine vergütungsfreie Nutzung vorsieht, wäre eine Anpassung der bestehenden Tarife ein möglicher, aber schwer gangbarer Weg. Wählen die privilegierten Einrichtungen den Weg über eine EKL, dann dürfte es für sie aber kaum genügend An-

1446 EUROPÄISCHE KOMMISSION, *Commission Staff Working Paper (Orphan Works)*, S. 27, 29, 36.

1447 RINGNALDA, *Orphan Works*, S. 8 ff. Hinzu kommt, dass von der RL nur solche Werke und Schutzgegenstände erfasst sind, die „urheberrechtlich oder durch verwandte Schutzrechte geschützt sind und zuerst in einem Mitgliedstaat veröffentlicht oder, wenn sie nicht veröffentlicht wurden, gesendet wurden“ (Art. 1 (2) OW-RL), wodurch solche Werke und Schutzgegenstände als verwaiste Werke ausscheiden, die nicht zuerst in einem Mitgliedstaat veröffentlicht oder gesendet wurden. Dazu schon kritisch ROSÉN, in: Axhamn (Hg.), *Copyright in a Borderless Online Environment*, S. 70.

1448 JANSSENS/TRYGGVADÓTTIR, *Facilitating access*, S. 24.

reize geben, darüber hinaus in ihren Sammlungen nach verwaisten Werken zu suchen und eine sorgfältige Suche nach den Rechteinhabern durchzuführen, um diese Werke dann als verwaist einstufen zu können, wenn jene Werke über die EKL sowieso lizenziert werden.¹⁴⁴⁹ Stützt sich die Einrichtung hingegen nur auf die Schranke und macht damit einzig verwaiste Werke der (europäischen) Allgemeinheit zugänglich, dann bliebe das Potenzial der EKL in diesen Bereichen völlig ungenutzt.

Es ist daher zu befürchten, dass die nordischen Länder Werke aus den Sammlungen ihrer Gedächtniseinrichtungen nicht in dem erhofften Ausmaß als verwaist deklarieren und damit einer paneuropäischen Nutzung zuführen werden. Dadurch können aber die angestrebten Ziele der RL nur teilweise erreicht werden.¹⁴⁵⁰ Man mag insofern dem Richtlinienggeber die Schuld geben, der einen nur auf verwaiste Werke bezogenen Ansatz gewählt hat anstatt für die „Bewahrung und Verbreitung des europäischen Kulturerbes“¹⁴⁵¹ eine breitere Lösung vorzusehen.¹⁴⁵² Gleichzeitig führt dieses Beispiel anschaulich vor Augen, dass nationale Sonderwege, die unbeschadet der RL gelten, sich nicht nur positiv – wie im Fall der Info-Soc-RL –, sondern *auch negativ auf den Binnenmarkt auszuwirken* imstande sind.¹⁴⁵³

1449 Siehe schon EUROPÄISCHE KOMMISSION, *Commission Staff Working Paper (Orphan Works)*, S. 28.

1450 Bereits in EUROPÄISCHE KOMMISSION, *Commission Staff Working Paper (Orphan Works)*, S. 27 ff., wo „extended collective online licensing“ noch als eine mögliche Option für die Nutzung verwaister Werke diskutiert wurde, wird ausdrücklich festgestellt, „this option does not allow for the positive determination of an orphan works status or the mutual recognition thereof across Europe“ (*ebd.*, S. 12) und „Consumers’ ability to remotely access digital libraries from anywhere in the EU would not develop under this purely national model. Digital libraries would only be accessible on a national basis.“ (*ebd.*, S. 29). Vor diesem Hintergrund erscheint Erwägungsgrund (24) OW-RL wenig verständlich.

1451 Erwägungsgrund (1) OW-RL.

1452 Siehe schon HILTY/KÖKLÜ/NÉRISSON/TRUMPKE, GRUR Int. 2011, 818 (Rn. 1); kritisch auch RINGNALDA, *Orphan Works*, S. 6 ff.

1453 Die Ursache dafür liegt nun gerade darin, dass erstmals eine bestimmte Schranke in den Mitgliedstaaten durch eine zwingende Vorgabe tatsächlich harmonisiert und damit in allen nationalen Rechtsordnungen den gleichen Voraussetzungen unterworfen wurde. Verbunden mit einer gegenseitigen Anerkennung des Waisenstatus konnte so eine territoriale Anwendung verschiedener Schrankenbestimmungen überwunden werden.

Mag die EKL dennoch im Einklang mit den Vorgaben der RL stehen, so dürfte das Modell nach Umsetzung der OW-RL womöglich für die erhofften Effekte einer raschen paneuropäischen Verbreitung und Nutzung von verwaisten Werken sogar recht *hinderlich* sein. Freilich muss die ganze Diskussion in Abhängigkeit zur tatsächlichen Relevanz verwaister Werke gesehen werden, über die bisher allenfalls Mutmaßungen angestellt werden konnten.¹⁴⁵⁴ In welchem Ausmaß eine mögliche unvollständige bzw. verzögerte paneuropäische Zugänglichmachung von verwaisten Werken seine Ursache tatsächlich in dem nordischen Modell finden wird, bleibt daher abzuwarten.

F. Wahrnehmungs-RL (RL 2014/26/EU)

I. Regelungsgehalt

Die *Richtlinie über die kollektive Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten und die Vergabe von Mehrgebietslizenzen für Rechte an Musikwerken für die Online-Nutzung im Binnenmarkt* (Wahrnehmungs-RL) zielt im Kern auf eine „verbesserte Kontrolle der Tätigkeiten von Organisationen für die kollektive Rechtswahrnehmung durch deren Mitglieder, die Gewähr eines hinreichenden Maßes an Transparenz und verbesserte länderübergreifende Lizenzierungsmöglichkeiten von Urheberrechten an Musikwerken für die Online-Nutzung“¹⁴⁵⁵. Dazu legt die Wahrnehmungs-RL zum einen bestimmte Standards für Leistungsstrukturen, Finanzmanagement, Transparenz und Berichtswesen fest, die Organisationen für die kollektive Wahrnehmung im Rahmen ihrer Tätigkeit in Europa gegenüber Rechteinhabern und Nutzern erfüllen müssen.¹⁴⁵⁶ Zum anderen sieht die Wahrnehmungs-RL einen Regelungsrahmen vor, der die Vergabe von Mehrgebietslizenzen für Online-Rechte an Musikwerken erleichtern soll, indem Verwertungsgesellschaften unter bestimmten Voraus-

1454 Siehe dazu VUOPALA, *Assessment of the Orphan works issue*, S. 16 ff. Alle bisherigen Zahlen bezüglich der Anzahl von verwaisten Werken in europäischen Kultureinrichtungen beruhen auf Annahmen und Hochrechnungen. Tatsächlich wird sich wohl erst in ein paar Jahren zeigen, wie viele Werke in den Sammlungen tatsächlich verwaist sind.

1455 Erwägungsgrund (55) Wahrnehmungs-RL. Siehe näher GUIBAULT, in: Stamatou-di/Torremans (Hg.), *EU Copyright Law*, Rn. 14.05.

1456 Erwägungsgrund (9) Wahrnehmungs-RL.

setzungen nicht nur Mehrgebietslizenzen vergeben können, sondern auch verpflichtet sind, das Repertoire einer anderen Verwertungsgesellschaft zum Zwecke der Mehrgebietslizenzierung wahrzunehmen. Die Mitgliedstaaten haben die RL bis zum 10. April 2016 in das nationale Recht umzusetzen.¹⁴⁵⁷

II. Erwägungsgrund (12)

Nach Erwägungsgrund (12) der Wahrnehmungs-RL lässt die RL „Regelungen für die Wahrnehmung von Rechten in den Mitgliedstaaten, wie die (...) erweiterte Geltung eines Vertrags zwischen einer repräsentativen Organisation für die kollektive Rechtswahrnehmung und einem Nutzer, das heißt erweiterte kollektive Lizenzen“ unberührt. Wiederum scheint die EKL mittels „grandfathering clause“ dem Anwendungsbereich einer Richtlinie entzogen zu sein.

III. Würdigung

Zunächst ist festzuhalten, dass die Vorgaben der Wahrnehmungs-RL das nordische EKL-Modell nicht unerheblich tangieren. Zum einen fallen die skandinavischen Organisationen unter die Definition „Organisation für die kollektive Rechtswahrnehmung“ (Art. 3 lit. a) Wahrnehmungs-RL), zum anderen ist unter dem Begriff des „Rechteinhabers“ nach Art. 3 lit. c) Wahrnehmungs-RL „jede natürliche oder juristische Person (...), die Inhaber eines Urheber- oder eines verwandten Schutzrechts ist oder die aufgrund eines Rechtsverwertungsvertrags oder gesetzlich Anspruch auf einen Anteil an den Einnahmen aus den Rechten hat“ zu verstehen, was sowohl Mitglieder als auch außenstehende Rechteinhaber einschließen dürfte.¹⁴⁵⁸

Erwägungsgrund (12) kann dabei nur punktuell darüber hinweghelfen, eine Vereinbarkeit der europäischen Vorgaben mit dem nordischen EKL-Regime sicherzustellen. Denn die Regelungen der Wahrnehmungs-RL berühren viele Aspekte der EKL und erfordern daher einen nicht geringen Anpassungsbedarf der nationalen Verwertungsgesellschaften, mag auch

1457 Art. 43 (2) Wahrnehmungs-RL.

1458 *SOU 2015:47*, S. 120, 134.

die Arbeitsweise der skandinavischen Organisationen schon vor Verabschiedung der Wahrnehmungs-RL zu den sorgfältigsten und transparentesten in Europa gezählt haben.

Um dem Umfang der erforderlichen Anpassungen im nationalen Recht gerecht zu werden, ist in Schweden im Zuge der Umsetzung der Wahrnehmungs-RL ein neues *Gesetz über die kollektive Verwaltung im Bereich des Urheberrechts* vorgeschlagen worden.¹⁴⁵⁹ Darüber hinaus sind weitere Änderungen, insbesondere hinsichtlich der EKL-Bestimmungen, angedacht. Dabei möchte man weder inhaltlich noch mit Bezug auf die Detailliertheit über das hinausgehen, was die europäischen Vorgaben erfordern.¹⁴⁶⁰

1. Definition „Verwertungsgesellschaft“

Die Wahrnehmungs-RL definiert eine Organisation für die kollektive Rechtswahrnehmung, also eine Verwertungsgesellschaft, in Art. 3 lit. a) als „jede Organisation, die gesetzlich oder auf der Grundlage einer Abtretungs-, Lizenz- oder sonstigen vertraglichen Vereinbarung berechtigt ist und deren ausschließlicher oder hauptsächlicher Zweck es ist, Urheber- oder verwandte Schutzrechte im Namen mehrerer Rechteinhaber zu deren kollektivem Nutzen wahrzunehmen“ und dabei im Eigentum ihrer Mitglieder steht oder von ihren Mitgliedern beherrscht wird und bzw. oder nicht auf Gewinnerzielung ausgerichtet ist.

Da es im skandinavischen Recht bisher keine generellen Regelungen zur kollektiven Wahrnehmung gibt, fehlt es auch an einer entsprechenden Definition der „Verwertungsgesellschaft“. Soweit die Urheberrechtsgesetze punktuell von Verwertungsgesellschaften sprechen, handelt es sich zumeist um Bestimmungen zur EKL.

Einen Gleichlauf der Organisationen, die berechtigt sind, EKL-Vereinbarungen abzuschließen, mit jenen von der RL tangierten kollektiven Organisationen herzustellen, scheint nach den Vorgaben der RL freilich nicht zwingend.¹⁴⁶¹ Da Erwägungsgrund (12) Wahrnehmungs-RL bestimmt,

1459 *SOU 2015:47. Kollektiv rättighetsförvaltning på upphovsrättsområdet*, Stockholm 2015.

1460 *SOU 2015:47*, S. 114.

1461 Interessanterweise war bereits im Zusammenhang mit dem Vorschlag zur Wahrnehmungs-RL nicht ganz klar gewesen, welche Formen von kollektiven Organi-

dass die RL „erweiterte kollektive Lizenzen“ explizit unberührt lässt, betrifft die Definition der „Verwertungsgesellschaft“ in Art. 3 lit. a) Wahrnehmungs-RL im Grunde nicht die Organisationen im Rahmen einer EKL-Vereinbarung. Insofern sind die skandinavischen Länder nicht zur Einschränkung verpflichtet, den Abschluss von EKL-Vereinbarungen nur durch solche Organisationen zu gestatten, welche auch eine „Organisation für die kollektive Rechtswahrnehmung“ im Sinne der RL sind.¹⁴⁶²

Die Folge wäre allerdings, dass sich in Skandinavien zwei verschiedene Formen an kollektiven Organisationen entwickeln könnten, die unterschiedlichen rechtlichen Voraussetzungen unterworfen sind: Verwertungsgesellschaften im Sinne des europäischen Rechts und Verwertungsgesellschaften, die nach nationalem (skandinavischem) Recht ebenfalls die Voraussetzungen erfüllen, EKL-Vereinbarungen zu schließen.

Man könnte berechtigterweise Zweifel daran erheben, ob es tatsächlich noch Sinn und Zweck der Wahrnehmungs-RL ist, weitere (eigene) kollektive Organisationen im Recht der Mitgliedstaaten zuzulassen. Dies widerspricht bereits dem eigentlichen Ziel der RL, die nationalen Regelungen über die Funktionsweise von Organisationen für die kollektive Wahrnehmung zu harmonisieren.¹⁴⁶³ Die Erreichung dieses Ziels dürfte nämlich erheblich erschwert – wenn nicht gar konterkariert – werden, wenn man eine weitere Form kollektiver Organisationen, welche die Urheber- und ver-

sationen überhaupt in den Anwendungsbereich der RL fallen sollten. Gem. Art. 3 a) *RL-Vorschlag über die kollektive Wahrnehmung und die Vergabe von Mehrgebietslizenzen* war eine Verwertungsgesellschaft definiert als „jede Organisation, die im Eigentum ihrer Mitglieder steht oder die von ihren Mitgliedern beherrscht wird und die gesetzlich oder auf der Grundlage eines Abtretungs-, Lizenz- oder sonstigen vertraglichen Vereinbarung von mehr als einem Rechteinhaber beauftragt ist, ausschließlich oder hauptsächlich Urheber- oder verwandte Schutzrechte wahrzunehmen“. So schienen die skandinavischen Umbrella-Organisationen, deren Mitglieder keiner Rechteinhaber, sondern Berufs- und Interessenverbände und klassische Verwertungsgesellschaften sind, nicht unter die Definition zu fallen; so auch die Ansicht von KLYS & COPYSWEDE, *Synpunkter 2012*, S. 4; BONUS, *Yttrande 2012*, S. 4; siehe auch JUSTITIEDEPARTEMENTET, *Faktapromemoria 2011/12:FPM175: Direktiv om kollektiv rättighetsförvaltning*, S. 7.

1462 Ähnlich auch *SOU 2015:47*, S. 342 f.; siehe auch die zum Gesetzesentwurf abweichenden Ansichten von WILÖF und LINDBLOM CURMAN, in: *SOU 2015:47*, S. 585 ff. und S. 589 ff.

1463 Siehe Erwägungsgründe (5), (8) und (9) Wahrnehmungs-RL. Ähnlich auch, aber mit Bezug auf Erwägungsgrund (12) Wahrnehmungs-RL: *SOU 2015:47*, S. 344.

wandten Schutzrechte im Namen mehrerer Rechteinhaber wahrnehmen, neben jenen Organisationen im Sinne der RL in den Mitgliedstaaten gestatten würde.

Es ist daher zu begrüßen, dass sich der schwedische Gesetzesentwurf insoweit für eine *Anpassung* des EKL-Modells an die Vorgaben der Wahrnehmungs-RL entscheidet.¹⁴⁶⁴ Dazu wird zum einen die in Art. 3 lit. a) Wahrnehmungs-RL enthaltene Definition wörtlich in das neue *Gesetz über die kollektive Verwaltung im Bereich des Urheberrechts* übernommen.¹⁴⁶⁵ Zum anderen werden die entsprechenden Bestimmungen des schwed. Urheberrechtsgesetzes, in denen von Verwertungsgesellschaften die Rede ist, insbesondere alle Bestimmungen zur EKL, um den Zusatz ergänzt, dass es sich um eine Organisation handeln muss, die eine kollektive Verwaltungsorganisation nach dem *Gesetz über die kollektive Verwaltung im Bereich des Urheberrechts* ist.¹⁴⁶⁶ Eine Konsequenz dieser Anpassung wird freilich sein, dass es einen nicht unerheblichen Anpassungsbedarf für eine Reihe von kollektiven Organisationen in Skandinavien – insbesondere bei Interessen- und Berufsverbänden – erforderlich machen wird.¹⁴⁶⁷

2. Rechte der Rechteinhaber

Nicht im Einklang mit der EKL scheinen auf den ersten Blick die Vorgaben des Art. 5 Wahrnehmungs-RL zu stehen, welche die Rechte der Rechteinhaber festlegen. Danach haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass Rechteinhaber das Recht haben, eine Organisation ihrer Wahl für die kollektive Rechtswahrnehmung mit der Wahrnehmung ihrer Rechte zu beauftragen (Art. 5 (2) Wahrnehmungs-RL). Im Fall der EKL haben außenstehende Rechteinhaber nun gerade nicht das Recht, eine Organisation ihrer Wahl zu bestimmen, da ihre Rechte ohne ihre Zustimmung von einer Verwertungsgesellschaft wahrgenommen werden.

Darüber hinaus normiert Art. 5 (7) Wahrnehmungs-RL, dass ein Rechteinhaber ausdrücklich „für jedes Recht oder jede Kategorie von Rechten oder jede Art von Werken und jeden sonstigen Schutzgegenstand seine

1464 Zu den Gründen *SOU 2015:47*, S. 343 ff.

1465 *SOU 2015:47*, S. 32 f.

1466 *SOU 2015:47*, S. 62 ff., 341 ff.

1467 Sehr kritisch hierzu die zum Gesetzesentwurf abweichenden Ansichten von WILÖF und LINDBLOM CURMAN, in: *SOU 2015:47*, S. 587 f. und S. 591 ff.

Zustimmung zur Wahrnehmung“ erteilen muss. Bei einer EKL geschieht dies mit Blick auf außenstehende Rechteinhaber nun gerade nicht.¹⁴⁶⁸

Allerdings dürften sich die in Art. 5 Wahrnehmungs-RL niedergelegten Rechte nur auf Situationen beziehen, in denen Rechte *nicht aufgrund gesetzlicher Bestimmungen* wahrgenommen werden.¹⁴⁶⁹ Eine solche Auslegung wird auch durch Erwägungsgrund (12) Wahrnehmungs-RL bestätigt, der neben der EKL eben auch die „verpflichtende kollektive Wahrnehmung und die gesetzlichen Vermutungen in Bezug auf die Vertretung und Übertragung von Rechten“ an Verwertungsgesellschaften unberührt lässt.¹⁴⁷⁰ Ferner statuiert Art. 5 (7) Wahrnehmungs-RL die Pflicht zur ausdrücklichen Zustimmung nur, soweit ein Rechteinhaber eine Organisation für die kollektive Rechtswahrnehmung „beauftragt“. ¹⁴⁷¹ Eine Beauftragung findet bei der EKL von Seiten der außenstehenden Rechteinhaber gerade nicht statt.

Um keinen Zweifel an einer solchen Auslegung aufkommen zu lassen, ist im schwedischen Gesetzesvorschlag explizit eine Bestimmung vorgesehen, wonach die Regelungen, soweit sie die Rechte der Rechteinhaber betreffen, die EKL unberührt lassen.¹⁴⁷²

3. Rechte der Nichtmitglieder

Die Wahrnehmungs-RL behandelt nur an einer Stelle die Rechte von Rechteinhabern, die nicht Mitglieder einer Verwertungsgesellschaft sind. Nach Art. 7 Wahrnehmungs-RL müssen Verwertungsgesellschaften bestimmte Pflichten auch gegenüber Rechteinhabern befolgen, die „gesetzlich oder auf der Grundlage einer Abtretungs-, Lizenz- oder sonstigen vertraglichen Vereinbarung in einem unmittelbaren Rechtsverhältnis zu ihnen stehen, jedoch nicht ihre Mitglieder sind“. ¹⁴⁷³ Diese Pflichten betreffen die Möglichkeit der Kommunikation auf elektronischem Weg (Art. 6 (4) Wahrnehmungs-RL), die Erteilung bestimmter Informationen (Art. 20

1468 Ähnlich GUIBAULT, in: Stamatoudi/Torremans (Hg.), EU Copyright Law, Rn. 14.36.

1469 *SOU 2015:47*, S. 147 f.

1470 *SOU 2015:47*, S. 148.

1471 *SOU 2015:47*, S. 155.

1472 *SOU 2015:47*, S. 36, 146.

1473 Siehe auch Erwägungsgrund (21) Wahrnehmungs-RL. Eingehend hierzu GUIBAULT, in: Stamatoudi/Torremans (Hg.), EU Copyright Law, Rn. 14.38 ff.

Wahrnehmungs-RL), die Erteilung bestimmter Informationen im Kontext einer grenzüberschreitenden Lizenzierung (Art. 29 (2) Wahrnehmungs-RL) sowie das Beschwerdeverfahren (Art. 33 Wahrnehmungs-RL). Nach Art. 7 (2) Wahrnehmungs-RL sind die Mitgliedstaaten insoweit berechtigt, weitere Bestimmungen der RL auf Nichtmitglieder anzuwenden.

Die Pflichten, die nach Art. 7 (1) der RL auch mit Bezug auf Nichtmitglieder vorzusehen sind, betreffen auch die in eine EKL involvierten Verwertungsgesellschaften. Denn die außenstehenden Rechteinhaber stehen im Sinne des Art. 7 (1) Wahrnehmungs-RL gesetzlich in einem unmittelbaren Rechtsverhältnis zu einer Verwertungsgesellschaft, sowohl durch die gesetzliche Erstreckung der Kollektivvereinbarung als auch durch die zu ihren Gunsten vorgesehenen Rechte (Vergütungs- und Vetorecht).¹⁴⁷⁴

Zu Recht sieht der schwedische Gesetzesvorschlag darum die Erweiterung der genannten Pflichten auch mit Bezug auf außenstehende Rechteinhaber vor.¹⁴⁷⁵ Von der Möglichkeit, weitere Bestimmungen auf Nichtmitglieder anzuwenden, wurde im Rahmen des Gesetzesentwurfs hingegen kein Gebrauch gemacht.¹⁴⁷⁶

4. Verwaltung der Einnahmen

Art. 11–13 Wahrnehmungs-RL regeln die Voraussetzungen der Einziehung und Verwendung der Einnahmen aus den Rechten der Rechteinhaber, die Zulässigkeit von möglichen Abzügen – zu Verwaltungszwecken oder für soziale, kulturelle und Bildungsleistungen – sowie die Grundsätze für die Verteilung an die Rechteinhaber.

Diese Vorgaben könnten insbesondere im Hinblick auf § 42a (3) S. 3 UrhG-S problematisch sein. Denn danach ist ein außenstehender Rechteinhaber nicht nur mit Bezug auf die Vergütung, die aus der Vereinbarung folgt, sondern auch mit Bezug auf andere Vorteile, die im Wesentlichen als Vergütung ausgezahlt werden, mit den Mitgliedern der Verwertungsgesellschaft gleichzustellen.¹⁴⁷⁷ Auf andere Leistungen seitens der Verwertungsgesellschaft hat der Außenstehende keinen Anspruch, sofern diese *im Wesentlichen auf anderen Mitteln* beruhen als auf der aus der EKL fließenden

1474 So auch *SOU 2015:47*, S. 186.

1475 *SOU 2015:47*, S. 38.

1476 *SOU 2015:47*, S. 187.

1477 Siehe oben, bei § 6 A VI 3.

Vergütung. Dies bedeutet, eine Gleichbehandlung ist dann nicht erforderlich, soweit es sich um Vorteile handelt, welche *nicht* wesentlich auf der aus einer EKL fließenden Vergütung beruhen.¹⁴⁷⁸ Warum ein außenstehender Rechteinhaber in einem solchen Fall nicht in den Genuss der Gelder kommen sollte, die ihm eigentlich zustehen, ist nicht nachvollziehbar. Nach Art. 11 (4) Wahrnehmungs-RL dürfen die Einnahmen schon grundsätzlich nicht für andere Zwecke als zur Verteilung an die Rechteinhaber verwendet werden.¹⁴⁷⁹ Ein solcher Abzug wäre auch nicht mehr im Verhältnis zu den von der Verwertungsgesellschaft erbrachten Leistungen angemessen und anhand von objektiven Kriterien festgelegt (Art. 12 (2) Wahrnehmungs-RL).¹⁴⁸⁰ Abzüge zu sozialen, kulturellen oder Bildungsleistungen würden so kaum auf der Grundlage fairer Kriterien erbracht (Art. 12 (4) Wahrnehmungs-RL).

Insofern erscheint es angezeigt, das Gleichstellungskriterium uneingeschränkt geltend zu lassen. Der schwed. Gesetzesvorschlag sieht aus diesen Gründen die Streichung dieser Einschränkung vor.¹⁴⁸¹

5. Überwachung der Tätigkeit durch zuständige Behörden

Nach Art. 36 Wahrnehmungs-RL haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass die Einhaltung der in der RL vorgesehenen Bestimmungen durch zu diesem Zweck benannte zuständige Behörden überwacht wird. Im schwed. Gesetzesentwurf wird hierfür das schwedische Patent- und Registerwerk (*Patent- och registreringsverket*) vorgeschlagen.¹⁴⁸²

6. Registrierungs- und Genehmigungspflicht

Auch wenn die RL eine irgendwie geartete Pflicht zur Registrierung von Verwertungsgesellschaften nicht vorsieht, soll in Schweden künftig eine solche Registrierungsspflicht bestehen, damit auf diese Weise entsprechende Informationen über Verwertungsgesellschaften für Dritte besser zu-

1478 *SOU 2015:47*, S. 264.

1479 *SOU 2015:47*, S. 347.

1480 Ähnlich *SOU 2015:47*, S. 270, 347.

1481 *SOU 2015:47*, S. 64, 346 f.

1482 *SOU 2015:47*, S. 447 ff.

gänglich sind.¹⁴⁸³ Dies stellt ein *Novum* im schwedischen Recht dar, waren doch Verwertungsgesellschaften bei Aufnahme und Ausübung ihrer Tätigkeit grundsätzlich an keine Vorgaben gebunden.¹⁴⁸⁴ Demgegenüber wird aber auf eine Genehmigungspflicht der Verwertungsgesellschaft explizit verzichtet.¹⁴⁸⁵ Daher werden Verwertungsgesellschaften in Schweden auch weiterhin keine Genehmigung benötigen, wenn sie EKL-Vereinbarungen abschließen möchten.

1483 *SOU 2015:47*, S. 445 ff.

1484 *SOU 2015:47*, S. 443.

1485 *SOU 2015:47*, S. 446.