

§ 10 Synthese

A. Exklusivität und Einschränkung im europäischen und internationalen Urheberrecht

I. Ausgangsfrage

Die zu Beginn aufgeworfene These betraf die Frage, ob das Modell der EKL als eine sog. „Ausschließlichkeitseinschränkung“ aufgefasst werden muss. Dazu wurde in einem ersten Schritt das Wesen der Ausschließlichkeit näher untersucht und anschließend der Begriff der „Ausschließlichkeitseinschränkung“ eingeführt und definiert.¹⁹²⁷ Die Analyse kam dabei zu dem Ergebnis, dass die EKL die urheberrechtliche Exklusivität des Rechteinhabers berührt und darum neben anderen Exklusivitätseinschränkungen, wie die (vergütungsfreie und vergütungspflichtige) gesetzliche Lizenz (einschließlich der Verwertungsgesellschaftspflicht) und die Zwangslizenz einzuordnen ist.¹⁹²⁸ In Abgrenzung zu den anderen Ausschließlichkeitseinschränkungen wurde die besondere Struktur der EKL sichtbar: Zum einen werden verschiedene Gruppen von Rechteinhabern mit Bezug auf die Einschränkung ihrer Exklusivität auf unterschiedliche Weise und in einer unterschiedlichen Eingriffstiefe tangiert. Zum anderen besteht das Modell aus zwei Komponenten, EKL-Bestimmung und EKL-Vereinbarung, die erst gemeinsam zu einer Einschränkung der Ausschließlichkeit führen.

II. Internationaler und europäischer Rahmen

Nach diesem rein dogmatischen Ansatz wurde überprüft, wie es sich hierzu mit den Vorgaben des internationalen und europäischen Rechts verhält. Deutlich wurde dabei die fehlende Konturierung, aus welchem Inhalt sich die durch das internationale (und teilweise reflexartig durch das europäische) Recht vorgesehene und *zulässige Ausschließlichkeitssphäre* des Rechteinhabers *konstituiert*. Anhand der Verwertungsgesellschaftspflicht wurde etwa sichtbar, dass das internationale Recht die Art der Wahrneh-

1927 Siehe oben, bei § 5 B.

1928 Siehe oben, bei § 6 B.

mung des Rechts nicht der Sphäre des Rechteinhabers zuordnet, mithin nur die Ausschließlichkeit in einem engeren Sinne schützt.¹⁹²⁹ Mit Bezug auf Einschränkungen des Exklusivitätsrechts finden sich im internationalen Recht zwar punktuell gewisse Regelungen; diesen lässt sich aber eine übergreifende Aussage über das Verhältnis von Ausschließlichkeit und Einschränkung kaum entnehmen.

Dies wäre für sich genommen unproblematisch, denn das internationale Urheberrecht zielt nicht auf eine umfassende übergreifende Systembildung. Mit dem Drei-Stufen-Test wurde aber eine horizontale Regelung eingeführt, die nicht nur Einfluss auf die international bestehenden Einschränkungen, sondern auch auf das europäische und nationale Recht (und sogar auf andere Schutzrechte) nimmt. Dabei mangelt es bedauerlicherweise nach wie vor an einer inhaltlichen Präzisierung, was unter einer „Beschränkung und Ausnahme“ genau zu verstehen ist und damit den Anwendungsbereich des Tests überhaupt eröffnet.¹⁹³⁰

Problematisch erscheint schließlich auch *die Verknüpfung des europäischen Rechts mit dem internationalen Recht*. So kam die vorliegende Arbeit zu dem Ergebnis, dass das Modell der EKL als eine „Beschränkung und Ausnahme“ im Sinne des internationalen Drei-Stufen-Tests anzusehen ist. Gleichzeitig wurde die EKL, sofern gewisse Voraussetzungen erfüllt sind, nicht als eine „Ausnahme und Beschränkung“ im Sinne des europäischen Rechts verstanden. Gewiss wird man den (im internationalen Recht normierten) Test bei einer Anwendung der EKL nach europäischem Recht berücksichtigen müssen, denn das europäische Recht beansprucht insofern, im Einklang mit den internationalen Konventionen zu stehen. Gleichwohl erscheint ein solch fehlender Gleichlauf nicht wirklich befriedigend.¹⁹³¹

1929 Siehe oben, bei § 5 G IV 1 a.

1930 Es böte sich an, den Schutzgedanken der RBÜ, der in den vereinzelt vorgesehenen Schranken sichtbar wird, auch auf das System der „Beschränkungen und Ausnahmen“ der späteren Fassungen des Drei-Stufen-Tests zu übertragen (so wie auch in der vorliegenden Untersuchung unternommen). Diesem Ansatz wurde bislang nicht immer gefolgt, auch und gerade wegen des unterschiedlichen Kontexts des TRIPS-Abkommens; stattdessen finden sich oftmals verschiedene Ansätze einer Definition von „Beschränkung und Ausnahme“.

1931 TRUMPKE, NIR 2012, 284, 287.

B. Exklusivität – Anfang und Ende des Urheberrechts?

I. Urheberrecht und Ausschließlichkeit

Abgesehen von diesen Unschärfen dürfte es wohl unbestritten sein, dass das Urheberrecht vornehmlich durch die Gewährung von *individuellen* Ausschließlichkeitsrechten realisiert wird. Mit Blick auf die vermögensrechtliche Komponente¹⁹³² mögen dabei zwar gewisse Abstufungen der Exklusivität existieren, abhängig etwa von den jeweiligen Akteuren, wie Kreative oder Leistungsschutzberechtigte; gleichwohl besteht eine grundsätzliche Übereinstimmung auf nationaler, supranationaler und internationaler Ebene, jene Zielsetzungen, auf die das Urheberrecht ausgerichtet ist, durch die Statuierung von Ausschließlichkeitsrechten zu erreichen.¹⁹³³ Diese Ausrichtung ist dabei durch die in den letzten Jahren vermehrte Ausbreitung des Ausschließlichkeitsprinzips verstärkt worden. Sichtbar wird dies einerseits daran, dass es in Bereichen, in denen bestimmte Nutzungshandlungen einmal in die ausschließliche Rechtsmacht des Rechteinhabers gelegt wurden, niemals wieder zu einer ganzen oder partiellen Rücknahme der Ausschließlichkeit gekommen ist.¹⁹³⁴ Andererseits wer-

1932 Im Folgenden soll wiederum nur diese im Zentrum der Ausführungen stehen. Der Schutz persönlichkeitsrechtlicher Interessen kann freilich auch über Ausschließlichkeitsrechte etabliert werden, die aber von der verwertungsrechtlichen Exklusivität zu trennen sind. Ein Schutz der persönlichen und geistigen Interessen des Urhebers lässt sich schließlich auch in anderer Form als über Ausschließlichkeitsrechte erreichen; siehe KUR/SCHOVSBO, in: Kur/Levin (Hg.), IPR in a Fair World Trade System, S. 418.

1933 Siehe KUR/SCHOVSBO, in: Kur/Levin (Hg.), IPR in a Fair World Trade System, S. 411, 418 f.; SCHOVSBO, in: Rosén (Hg.), Individualism and Collectiveness, S. 167 ff., 172.

1934 Siehe GEIGER, JETLaw 2010, 517. Als Beispiel mag etwa der durch RL 96/9/EG etablierte sui generis Schutz von Datenbanken dienen, welcher bis zur der Verabschiedung der RL in den Mitgliedstaaten keine Vorbilder hatte und auch außerhalb des internationalen Rechtsrahmens liegt. Im Jahre 2005 musste die Europäische Kommission nach einer ersten Evaluierung eingestehen, dass die RL nicht die erhofften Effekte zeigen konnte, es also nicht zu einer Förderung der europäischen Datenbankindustrie gekommen ist (EUROPÄISCHE KOMMISSION, *First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases*, S. 5). Gleichwohl ist es bis heute nicht zu einer Aufhebung des Schutzrechts bzw. eines Verbots, einen Rechtsschutz für Datenbanken in den Mitgliedstaaten vorzusehen, oder auch nur zu einer Anpassung der RL gekommen; siehe KUR, GRUR Int. 2006, 725 ff.

den dem Rechteinhaber immer neue Nutzungshandlungen zugeordnet, womit die „Exklusivitätssphäre“ – durch die Gewährung neuer Ausschließlichkeitsrechte – weiter vergrößert wird.¹⁹³⁵

Begleitet wird diese Entwicklung von einer zunehmenden „mittelbaren“ Stärkung der Ausschließlichkeit. Über den Rechtsschutz technischer Schutzmaßnahmen und die Erweiterung und Intensivierung von Durchsetzungsmechanismen werden Exklusivitätsrechte nochmals gefestigt und in ihrer Wirkung ausgeweitet.¹⁹³⁶ Mittels technischer Schutzmaßnahmen werden Bereiche, die bewusst aus dem Einfluss des Rechteinhabers herausgenommen wurden und damit der Allgemeinheit zugänglich waren, der Wirkung dieser „Schranken“ wieder entzogen.¹⁹³⁷

Das so nochmals intensivierete Ausschließlichkeitsprinzip gewinnt damit nicht nur eine *grundsätzliche Vorrangstellung* in der Ausgestaltung des Urheberrechtsschutzes, diese zu hinterfragen nicht mehr lohnenswert erscheint, da der Ausschließlichkeit als „Prinzip“ scheinbar eine Gesetzmäßigkeit zukommt¹⁹³⁸ – was etwa an der auf europäischer Ebene wiederholten Forderung nach einem „rigorosen Schutz des Urheberrechts“¹⁹³⁹ deutlich werden mag. Eine solche Entwicklung läuft auch Gefahr, die eigentlichen Ziele zu überdecken, aus denen das Urheberrecht seine eigentlichen Rechtfertigungsansätze zieht, mögen sie auch noch so verschieden sein.¹⁹⁴⁰

Insofern mag es nicht verwundern, dass in den letzten Jahren vermehrt Zweifel über die Ausweitung der urheberrechtlichen Exklusivität laut wurden und es heutzutage stark umstritten ist, ob die Ziele des Urheberrechts durch die Priorisierung von Ausschließlichkeitsrechten überhaupt noch auf

1935 Siehe bereits LESSIG, *Free Culture*, S. 139 ff.; NETANEL, *Copyright's Paradox*, S. 54 ff.; siehe auch GYERTYÁNFY, GRUR Int. 2002, 557 ff.; LADDIE, EIPR 1996, 253 ff.; HANSEN, *Warum Urheberrecht?*, S. 69 ff. Bezogen auf Immaterialgüterrechte generell siehe etwa BOYLE, *Law & Contemporary Problems* 2003, 37 ff.; DREYFUSS, *Cardozo Law Review* 2010, 1439 ff.

1936 Siehe nur LESSIG, *Free Culture*, S. 147 ff.

1937 Siehe hierzu STIEPER, *Schranken*, S. 433 f., 437 ff.; FOGED, EIPR 2002, 525 ff.; LOEWENHEIM/PEUKERT, *HB UrhR*, § 33 Rn. 4 ff. m.w.N.

1938 KATZ, BTLJ 2012, 1290 ff., spricht gar von einem „Dogma“ der „permission-first rule“ (d.h., eine Erlaubnis ist vor der Nutzung eines Werkes einzuholen – gemeint ist damit der Kern individueller Ausschließlichkeit).

1939 Vgl. etwa Erwägungsgründe (11) und (22) InfoSoc-RL; kritisch zu diesem Ansatz PEUKERT, in: FS Hilty, S. 39 ff.; SUZOR, *JETLaw* 2013, 304 ff.

1940 HANSEN, *Warum Urheberrecht?*, S. 40 ff.; SCHOVSBO, in: Rosén (Hg.), *Individualism and Collectiveness*, S. 177; PEUKERT, EIPR 2011, 67, 69 ff.

sinnvolle Weise zu erreichen sind.¹⁹⁴¹ Folgeschwer dürfte diese Entwicklung zumindest aus kontinentaleuropäischer Perspektive schon darum sein, weil der Kreative als Ausgangspunkt des Urheberrechtsschutzes wohl kaum von der Ausweitung der Ausschließlichkeit profitiert hat.¹⁹⁴² Dementsprechend wird in bestimmten Bereichen gar der Verzicht auf das Exklusivitätsprinzip gefordert und stattdessen für die Zulässigkeit der Nutzung ohne Zustimmung des Rechteinhabers, verbunden mit einem Vergütungsanspruch, plädiert. Mithin geht es um die Einführung eines „liability regimes“ statt eines „property regimes“, um es mit den Begriffen der Rechtsökonomie zu umschreiben.¹⁹⁴³

II. Exklusivität als Grundprinzip des Urheberrechts

Tatsächlich könnte man sogar noch einen Schritt zurückgehen und fragen, ob „Ausschließlichkeit“ – auch wenn es heutzutage den Anschein haben mag – überhaupt das Grundprinzip des Urheberrechts darstellt.

Daran könnte man schon zweifeln, wenn man nur auf die Bereiche des Urheberrechts blickt, die der *kollektiven Rechtswahrnehmung* unterworfen sind. Denn viele dem Grunde nach gewährten individuellen Ausschließ-

1941 HILTY, in: FS Schrickler (2005), S. 325 ff.; DERS., GRUR 2005, 819 ff.; DERS., in: Stern/Peifer/Hain (Hg.), Werkvermittlung und Rechtemanagement, S. 78 ff.; GEIGER, GRUR Int. 2008, 459 ff.; DERS., JETLaw 2010, 516 ff.; HUGENHOLTZ/OKEDIJ, *Limitations and Exceptions*, S. 9 ff.; SUZOR, JETLaw 2013, 322 ff. Zur Diskussion bezogen auf den Schutz immaterieller Güter generell siehe etwa KUR/SCHOVSBO, in: Kur/Levin (Hg.), IPR in a Fair World Trade System, S. 408 ff.; DREYFUSS, *Cardozo Law Review* 2010, 1437 ff.; REICHMAN, *Vanderbilt Law Review* 2000, 1743 ff.

1942 Siehe hierzu HANSEN, *Warum Urheberrecht?*, S. 42 ff.; siehe auch LITMAN, *Iowa Law Review* 2010, 8 ff.

1943 Grundlegend CALABRESI/MELAMED, *Harvard Law Review* 1972, 1089 ff., welche die Normen des Eigentums- und Deliktsrechts in *property rules* (Verbot eines bestimmten Verhaltens solange keine Zustimmung durch den Rechteinhaber vorliegt) und *liability rules* (Eingriff durch Dritte ist ohne Zustimmung des Rechteinhabers erlaubt – gegen Zahlung einer Entschädigung) unterteilen und ihre Anwendung aus einer ökonomischen Perspektive kritisch analysieren. Dieser Ansatz wurde später auf das Immaterialgüterrecht übertragen; siehe etwa KUR/SCHOVSBO, in: Kur/Levin (Hg.), IPR in a Fair World Trade System, S. 409 ff.; siehe auch LEMLEY/WEISER, *Texas Law Review* 2007, 783 ff.; REICHMAN/LEWIS, in: Maskus/Reichman (Hg.), *International Public Goods and Transfer of Technology under a Globalized Intellectual Property Regime*, S. 337 ff.

lichkeitsrechte werden von den Rechteinhabern kollektiv wahrgenommen. Abgesehen von den zwingenden Komponenten der kollektiven Wahrnehmung schließt der einzelne Rechteinhaber bei der freiwilligen kollektiven Rechtswahrnehmung eine Vereinbarung mit der Verwertungsgesellschaft, in der er die Organisation ermächtigt, seine Rechte für ihn wahrzunehmen. Zwar lässt sich argumentieren, dass es dabei zu einer Übertragung des Ausschließlichkeitsrechts auf eine kollektive Ebene kommt,¹⁹⁴⁴ gleichwohl verliert der einzelne Rechteinhaber seine individuelle Befugnis, die Nutzung des Werkes zu erlauben bzw. zu verbieten. Da dem einzelnen Rechteinhaber nur noch ein Anspruch auf Teilhabe an der Leistung der Verwertungsgesellschaft verbleibt (Vergütung), kann in der kollektiven Rechtswahrnehmung selbst ein (freiwilliger) *Übergang vom Exklusivitätsrecht in eine „liability rule“* gesehen werden.¹⁹⁴⁵ Interessanterweise findet sich eine kollektive Rechtswahrnehmung nun immer gerade dort, wo eine individuelle Wahrnehmung des Ausschließlichkeitsrechts nicht möglich ist.

Mithin hat die anfänglich gewährte Exklusivität im Urheberrecht gerade zur Entstehung der kollektiven Rechtswahrnehmung und damit selbst zur *Aufhebung oder Aushöhlung individueller Ausschließlichkeit* beigetragen.¹⁹⁴⁶ Auf der anderen Seite dürfte die Kollektivierung von Ausschließlichkeitsrechten auch zu einer Förderung des Ausschließlichkeitsprinzips geführt haben, da die Rechte auf diesem Wege (wieder) wahrnehmbar wurden, womit eine Art Wechselwirkung zwischen Exklusivität und kollektiver Rechtswahrnehmung zu bestehen scheint.¹⁹⁴⁷ In diesem Lichte betrachtet mögen bereits die kollektive Rechtswahrnehmung und die damit verbundene „Kollektivierung“ den scheinbaren Grundsatz individueller Ausschließlichkeit im Urheberrecht entlarven.¹⁹⁴⁸

1944 Siehe oben, bei § 5 G II 1.

1945 So schon HILTY, in: Stern/Peifer/Hain (Hg.), *Werkvermittlung und Rechtemanagement*, S. 82 f.; SCHOVSBO, in: Rosén (Hg.), *Individualism and Collectiveness*, S. 169, 174.

1946 SCHOVSBO, in: Rosén (Hg.), *Individualism and Collectiveness*, S. 173 ff.

1947 SCHOVSBO, in: Rosén (Hg.), *Individualism and Collectiveness*, S. 174.

1948 Zu bedenken ist, dass diese Feststellung eine zwar seit langem bestehende, aber eben doch nur aktuelle Momentaufnahme darstellt. Wenn eine individuelle Wahrnehmung mittels technischer Schutzmaßnahmen (DRM) durch den einzelnen Rechteinhaber in einem Umfang möglich wäre, die eine kollektive Wahrnehmung obsolet machen würde, könnte das Prinzip individueller Ausschließlichkeit in diesen Bereichen wieder in den Vordergrund treten.

Blickt man dazu auf die konventionsrechtlichen Anfänge zurück, so fällt auf, dass das Urheberrecht mitnichten allein auf der Gewährung von Ausschließlichkeitsrechten fußt.¹⁹⁴⁹

Bereits in ihrer ersten Fassung von 1886 sah die Berner Übereinkunft einige Beschränkungen der Ausschließlichkeit vor.¹⁹⁵⁰ Der Drei-Stufen-Test hat seinen Ursprung in der Revisionskonferenz von Stockholm 1967. Das Hauptanliegen der Konferenz – die explizite Anerkennung des Vervielfältigungsrechts – konnte nur erreicht werden, weil gleichzeitig eine Regelung hinsichtlich zulässiger Einschränkungen dieses Rechts eingeführt wurde.¹⁹⁵¹ Der Drei-Stufen-Test in Art. 9 (2) RBÜ stellte demnach einen *Kompromiss* für die gleichzeitige Anerkennung des Vervielfältigungsrechts dar und zielte daher auf einen *Ausgleich* zwischen den Interessen der Rechteinhaber und denen der Nutzer. Gerade sein offener Wortlaut sollte den Vertragsstaaten genügend Spielraum geben, um das Vervielfältigungsrecht wieder einzuschränken, wo gewichtigere Belange es notwendig machen.¹⁹⁵²

Trotz der in den letzten Jahren wachsenden Tendenz einer Ausweitung des Ausschließlichkeitsprinzips finden sich in den nationalen Urheberrechtssystemen immer noch Spuren von der ursprünglichen Idee, einen Ausgleich zwischen den involvierten Interessen herzustellen,¹⁹⁵³ dies nicht nur in Form umfassender Ausschließlichkeit.

1949 Es bietet sich an dieser Stelle an, die internationalen Verträge in den Blick zu nehmen, da die Konventionen zumindest auch die Entwicklung nationalen Rechts forcierten und dieses damit gut reflektieren dürften.

1950 So erlaubte Art. 7 der *Berner Übereinkunft in der Fassung von 1886* die Vervielfältigung von „articles of political discussion, news of the day, or miscellaneous items (notes and jottings)“. Nach Art. 8 der besagten Fassung war die Anfertigung von „extracts from literary and artistic works for use in publications destined for education, or having a scientific character, or for chrestomathies“ zulässig. Vgl. auch REHBINDER, in: FS Berner Übereinkunft und die Schweiz, S. 357 ff.

1951 WIPO, *Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm (Vol. I)*, S. 111: „(...) if a provision on the subject was to be incorporated in the text of the Convention, a satisfactory formula would have to be found to the inevitable exceptions to this right“.

1952 Siehe WIPO, *Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm (Vol. I)*, S. 113: „(...) the considerable difficulty of finding a formula capable of safeguarding the legitimate interests of the author while leaving a sufficient margin of freedom to the national legislation to satisfy important social or cultural needs“.

1953 Siehe nur HILTY/NÉRISSON (HG.), *Balancing Copyright*.

III. Die EKL im Besonderen

Ein gutes Beispiel dafür stellt die hier untersuchte EKL dar. Das Modell ist weder erfunden worden, um das individuelle Ausschließlichkeitsrecht zu bewahren noch um es völlig zu beseitigen. Vielmehr geht es darum, über die Ausweitung von frei ausgehandelten Lizenzvereinbarungen zwischen Verwertungsgesellschaft und Nutzer zur Schaffung eines umfassenden Werkrepertoires bestimmte urheberrechtliche Verwertungsmärkte zu unterstützen, weil diese aus unterschiedlichen Gründen in ihrer Funktionsfähigkeit beeinträchtigt sind. Dabei wird dem individuellen Ausschließlichkeitsrecht – selbst bei Gewährung eines Vetorechts – durch die EKL kein Vorrang eingeräumt.¹⁹⁵⁴ Denn mit der gesetzlichen Erstreckung eines kollektiven Vertrages unterliegen die Entscheidung und der Umfang der Ausschließlichkeitseinschränkung dem Willen privater Parteien, namentlich Verwertungsgesellschaft und Nutzer. Sobald die Vereinbarung geschlossen ist, wird die Nutzung der Werke von den außenstehenden, nicht beteiligten Rechteinhabern automatisch rechtmäßig. Tatsächlich dürfte die EKL das Wesen der Ausschließlichkeit weitaus tiefer antasten als dies bei anderen Ausschließlichkeitseinschränkungen der Fall ist. Insofern mag die gesetzliche Ausweitung von Kollektivverträgen auf außenstehende Rechteinhaber, die eine Nutzung der Werke *ohne* vorherige Zustimmung ermöglicht und dadurch den eigentlichen *Kern der Exklusivität* zur Erreichung gewichtigerer Ziele *beseitigt*, kaum für ein *Prinzip individueller Ausschließlichkeit* sprechen.¹⁹⁵⁵

Die einzigartige Struktur der EKL, also die unterschiedlich betroffenen Gruppen von Rechteinhabern und die Komponenten von EKL-Bestimmung und EKL-Vereinbarung, hat nicht nur dazu verholfen, den wahren Einfluss der EKL und ihre Wirkung auf die Ausschließlichkeit zu „verschleiern“, sondern gerade auch dazu beigetragen, dass sich die EKL der zunehmenden Schutzausweitung in Form der Ausschließlichkeit *erwehren* konnte. Bezeichnenderweise konnte das nordische Modell dank des Erwä-

1954 Siehe VILANKA, in: Riis/Dinwoodie (Hg.), *In Search of New IP Regimes*, S. 153; vgl. auch BERGSTRÖM, *Program för upphovsrätten*, S. 78.

1955 TRUMPKE, NIR 2012, 289; VILANKA, in: Riis/Dinwoodie (Hg.), *In Search of New IP Regimes*, S. 155 ff., kommt nach zutreffender Analyse zu dem Schluss, dass aufgrund der aufgehobenen Exklusivität nicht das Ausschließlichkeitsrecht, sondern „*the right to compensation should be accepted as a main rule in copyright*“ (*ibd.*, S. 156).

gungsgrundes (18) der InfoSoc-RL und des damit verbundenen vermeintlichen Rechtswandels zu einer Regelung „für die Verwaltung von Rechten“ außerhalb des abgeschlossenen Katalogs an „Ausnahmen und Beschränkungen“ des Art. 5 InfoSoc-RL bestehen bleiben. Wie gesehen, hat dies gewiss nicht zu einer Zersplitterung des Binnenmarktes geführt.¹⁹⁵⁶ Durch die Bewahrung ihres Modells vor dem Einfluss europäischer Harmonisierungs- und Schutzausweitungsbestrebungen sind die skandinavischen Länder vielmehr in der Lage gewesen, ihre Urheberrechtsgesetze besser und schneller als andere Mitgliedstaaten anzupassen, um den divergierenden Interessen von Urheber, Rechteinhaber, Intermediäre und Nutzer unter Berücksichtigung des technologischen Wandels gerecht zu werden.

IV. Folge

Vor diesem Hintergrund erscheint es weniger von Bedeutung, *dass* das nordische Modell als eine „Ausschließlichkeitseinschränkung“, „Beschränkung und Ausnahme“ oder „Schranke“ einzustufen ist. Entscheidender dürfte vielmehr sein, *welche Erkenntnisse* sich daraus gewinnen lassen.¹⁹⁵⁷ Denn die Tatsache, dass das internationale und europäische Urheberrecht in den letzten Jahren zu einer Stärkung der Ausschließlichkeit tendierten, wohingegen bestimmte nationale Modelle wie jenes der EKL den Schwerpunkt nicht auf die individuelle Exklusivität legen, sollte dazu anregen, das im Urheberrecht scheinbar herrschende Prinzip der Ausschließlichkeit kritisch zu hinterfragen.¹⁹⁵⁸

Wie gesehen basiert das Urheberrecht nicht allein auf dem Prinzip der Ausschließlichkeit.¹⁹⁵⁹ Die verschiedenen Formen an Ausschließlichkeitseinschränkungen wie auch die EKL stellen neben den Exklusivitätsrechten ebenfalls einen *elementaren Bestandteil* des Urheberrechts dar. Treffend stellt *Schovsbo* in diesem Zusammenhang fest, „international copyright

1956 Siehe oben, bei § 7 C II 2 b cc.

1957 Siehe schon TRUMPKE, NIR 2012, 290 ff.

1958 Grundlegend schon GEIGER, GRUR Int. 2008, 459 ff.; DERS., JETLaw 2010, 515 ff.

1959 KUR/SCHOVSBO, in: Kur/Levin (Hg.), IPR in a Fair World Trade System, S. 411; SCHOVSBO, in: Rosén (Hg.), Individualism and Collectiveness, S. 174; CRANE, Texas Law Review 2009, 2 ff., 6 f.; BURK, in: v. Overwalle (Hg.), Gene Patents and Collaborative Licensing Models, S. 295 f.

law is characterized by being based on a fundamental schism between an ideal world of exclusivity and property rules which is to a large extent only a mirage and a reality characterized by liability rules“.¹⁹⁶⁰

Richtig wäre es daher, statt eines Grundprinzips urheberrechtlicher Exklusivität Ausschließlichkeit und Ausschließlichkeitseinschränkung als *gleichwertige Instrumente* zu begreifen, um den Urheberrechtsschutz *auszugestalten*.¹⁹⁶¹ Dabei sollte keines von beiden ein grundsätzlicher Vorrang eingeräumt werden.¹⁹⁶² Von zentraler Bedeutung sollte vielmehr die Frage sein, *welche Ziele* man mit dem Schutz schöpferischer Leistung erreichen möchte und wie diese am besten zu verwirklichen sind.¹⁹⁶³ Vereinfacht gesagt betrifft dies zum einen die Förderung von Kreation und Wertschöpfung, zum anderen den Schutz des Kreativen und seines Werkes als Ergebnis seiner schöpferischen Leistung. Beide Zielsetzungen müssen sich trotz der verschiedenen Urheberrechtstraditionen nicht notwendigerweise widersprechen – im Gegenteil: Die Förderung von Kreationen kann nicht ohne die Berücksichtigung und den besonderen Schutz des Kreativen selbst erfolgen.¹⁹⁶⁴ Beide Ansätze komplettieren sich vielmehr.¹⁹⁶⁵

Dieser Gedanke der Gleichwertigkeit von Ausschließlichkeit und Ausschließlichkeitseinschränkung als Werkzeuge des Urheberrechts zum

- 1960 SCHOVSBO, in: Rosén (Hg.), *Individualism and Collectiveness*, S. 174 und später (S. 177): „(...) this understanding (...) is the result of a romantic mirage. Copyright in fact is not a monolith based on “property rights” but a patch-work of rules and practices based both on property rules and on liability rules.“ Ähnlich schon KUR/SCHOVSBO, in: Kur/Levin (Hg.), *IPR in a Fair World Trade System*, S. 411, 444 f.
- 1961 GEIGER, *GRUR Int.* 2004, 819; DERS., *GRUR Int.* 2008, 461; DERS., *JETLaw* 2010, 525; ähnlich SCHOVSBO, in: Rosén (Hg.), *Individualism and Collectiveness*, S. 177; a.A. etwa SCHACK, in: Depenheuer/Peifer (Hg.), *Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel?*, S. 125 ff., 138 ff.
- 1962 KUR/SCHOVSBO, in: Kur/Levin (Hg.), *IPR in a Fair World Trade System*, S. 445; SCHOVSBO, in: Rosén (Hg.), *Individualism and Collectiveness*, S. 189.
- 1963 KUR/SCHOVSBO, in: Kur/Levin (Hg.), *IPR in a Fair World Trade System*, S. 445 („The choice between the traditional system based on exclusivity and an alternative system based on liability rules should be founded on a comparison of the benefits and costs involved in both models.“). Siehe auch SCHOVSBO, in: Rosén (Hg.), *Individualism and Collectiveness*, S. 177, 189; GEIGER, *GRUR Int.* 2008, 462; DERS., *JETLaw* 2010, 525.
- 1964 Eingehend hierzu LEISTNER/HANSEN, *GRUR* 2008, 479 ff.
- 1965 GEIGER, *JETLaw* 2010, 527; DERS., *GRUR Int.* 2008, 462. Für ein normzweckorientiertes „integratives Rechtfertigungsmodell“ plädierend: HANSEN, *Warum Urheberrecht?*, S. 295 ff.

Schutz der Interessen von Urheber und Allgemeinheit liegt interessanterweise auch der *norwegischen Urheberrechtstradition* als Bestandteil des kontinental-europäischen Urheberrechts zugrunde. Namentlich der norwegische Rechtswissenschaftler *Knoph* schrieb in seinem Werk *Åndsretten* (Immaterialgüterrecht, wörtlich: „Recht des Geistes“) mit Bezug auf Ausschließlichkeitseinschränkungen, dass sich das Urheberrecht – wie andere Rechte auch – dann eine Begrenzung gefallen lassen müsse, wenn dies zum Zwecke der Allgemeinheit erforderlich sei.¹⁹⁶⁶ Dabei seien die gesetzlichen Regelungen des Urheberrechts *als das Resultat zweier gleichwertiger Komponenten anzusehen, der Gedanke des Urhebers und der Gedanke der Allgemeinheit*.¹⁹⁶⁷ Grundlegend für den Urheberrechtsschutz ist folglich die Identifizierung eines Ausgleichs zwischen den konfligierenden Interessen zwischen Urheber und Allgemeinheit.¹⁹⁶⁸ Die Überlegungen *Knophs* haben die norwegische Urheberrechtsdoktrin nachhaltig beeinflusst und beanspruchen noch und gerade heute noch Geltung.¹⁹⁶⁹ Es erscheint also nicht völlig abwegig zu folgern, dass auch das nordische Modell der EKL, welches seit jeher einen elementaren Bestandteil des norwegischen Urheberrechts bildet, als ein *Resultat dieses Ausgleichgedankens* angesehen werden kann.¹⁹⁷⁰

1966 KNOPH, *Åndsretten*, S. 124.

1967 KNOPH, *Åndsretten*, S. 124: „De positive reglene om ophavsretten kommer derfor til å bli resultatant av to likeverdige komponenter, tanken på ophavs mannen og tanken på almenheten (...)“. Vor diesem Hintergrund verbiete sich auch eine strenge oder gar einschränkende Auslegung der „Schranken“; siehe KNOPH, *ebd.*, S. 124.

1968 Vgl. KNOPH, *Åndsretten*, S. 46: „Til alle tider er ophavsrettighetene blitt til som en utjevning mellom ophavs mannens og almenhetens interesser, som aldri har villet finne sig i at retten blev formet som en helt ubetinget of utelukkende «eiendomsrett».“ Zu – auch in der deutschen Lehre schon früh bestehenden – ähnlichen Tendenzen HANSEN, *Warum Urheberrecht?*, S. 26 ff.

1969 Vgl. ROGNSTAD, *Opphavsrett*, S. 34, 219. Nicht ohne Grund werden die Ausschließlichkeitseinschränkungen im norw. Urheberrecht nicht mit „innskrenkinger“ im Sinne von „Ausnahme“ oder „Einschränkung“, sondern mit „låne-regler“ (weniger im Sinne von „leihen“ oder „entleihen“, sondern eher als etwas, auf das man ohne Berücksichtigung des Gesetzes zugreifen kann und was man, wenn einmal entnommen, nicht zurückgeben muss; ROGNSTAD, *ebd.*, S. 214, spricht insoweit von einem „ziemlich euphemistischen“ („nokså eufemistisk“) Wortlaut) umschrieben bzw. im norw. Gesetz auch mit „avgrensning av opphavsretten“ („Abgrenzung“ vom Urheberrecht) überschrieben.

1970 Siehe auch BERGSTRÖM, *Program för upphovsrätten*, S. 78, der die teilweise heftige Kritik gegen die (erste) EKL zu Sendezwecken von Seiten der Urheberorga-

Sogar anhand der internationalen Konventionen lässt sich nachweisen, dass diesen die Idee einer Ausgewogenheit keineswegs fremd ist.¹⁹⁷¹ Nicht nur die WCT spricht in ihrer Präambel von der „Notwendigkeit, ein *Gleichgewicht* zwischen den Rechten der Urheber und dem umfassenden öffentlichen Interesse, insbesondere Bildung, Forschung und Zugang zu Informationen, zu wahren, wie dies in der Berner Übereinkunft zum Ausdruck kommt“, sondern auch nach Art. 7 des TRIPS-Abkommens sollen Schutz und die Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums „zur Förderung der technischen Innovation sowie zur Weitergabe und Verbreitung von Technologie beitragen, dem beiderseitigen Vorteil der Erzeuger und Nutzer technischen Wissens dienen, in einer dem gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Wohl zuträglichen Weise erfolgen und einen Ausgleich zwischen Rechten und Pflichten herstellen“.¹⁹⁷²

Löst man sich also von der Annahme, dem einen oder anderen einen prinzipiellen Vorrang einräumen zu müssen, so lassen sich Ausschließlichkeit und Ausschließlichkeitseinschränkung als *gleichwertige Instrumente* und Teile eines ganzen Urheberrechts begreifen, um die dem Urheberrecht zugrundeliegenden Ziele zu erreichen.¹⁹⁷³ Um bestmöglich kreative Prozesse zu fördern (und dabei den Kreativen nachhaltig zu schützen), kann dies im Einzelfall die Gewährung umfassender Ausschließlichkeit notwendig machen. In anderen Fällen lassen sich die besagten Ziele besser mit einer Aufhebung des Exklusivitätsrechts oder mittels verschiedener Formen an Ausschließlichkeitseinschränkungen erreichen. Dabei wäre die völlige oder partielle Aufhebung des Rechts mit oder ohne eines gleichzeitigen Anspruchs auf Vergütung ebenso denkbar¹⁹⁷⁴ wie „gemischte Mo-

nisationen als einen Ausfluss eines undifferenzierten Eigentumsverständnisses ansah, welches, wenn zu rigoros angewandt, eine Gefahr sowohl für das kulturelle Leben als auch für die Urheber darstellen könnte.

1971 Siehe schon GEIGER, JETLaw 2010, 544 ff.

1972 Vgl. in diesem Zusammenhang den Vorschlag eines neuen Artikels 8a TRIPS („Balance of Interests“), in: KUR/LEVIN (HG.), *IPR in a Fair World Trade System*, S. 465 ff.

1973 GEIGER, GRUR Int. 2008, 461 f.; DERS., JETLaw 2010, 522, 525 ff.

1974 Ein Beispiel partieller Ausschließlichkeit findet sich etwa in § 68 (5) UrhG-D. Nach § 68 (1) und (2) UrhG-D dürfen veröffentlichte Tonträger zur Sendung im Rundfunk oder zu anderen öffentlichen Aufführungen genutzt werden – gegen die Zahlung einer Vergütung an den ausübenden Künstler und Tonträgerhersteller. Zahlt der Nutzer nicht die in einer Vereinbarung zwischen ihm und der Wertungsgesellschaft festgelegte bzw. (im Falle fehlender Einigung) die durch das Urheberrechtslizenztribunal festgesetzte Vergütung, so kann durch gerichtli-

delle“, die nur zum Teil auf Exklusivität basieren wie jenes der EKL, mit- hin *unterschiedliche Grade angereicherter Ausschließlichkeit*.

Eine erschöpfende Aufzählung kann und soll an dieser Stelle nicht gegeben werden. Angeregt werden sollte allein dazu, sich von dem „Paradigma der Ausschließlichkeit“¹⁹⁷⁵ im Urheberrecht zu lösen.¹⁹⁷⁶ Der gerade in der EKL erkennbare, freie und pragmatische Ansatz der skandinavischen Länder könnte durchaus als Vorbild dienen, nicht nur für Deutschland, sondern auch für die Entwicklung des europäischen und internationalen Urheberrechts.

V. Ausschließlichkeit und Eigentumsrecht (Deutschrechtliche Besonderheiten)

Das internationale Recht, welches nur unvollständig und lückenhaft das Urheberrecht mit Bezug auf Ausschließlichkeitsrechte und Einschränkungen regelt, steht einer Loslösung vom Ausschließlichkeitsprinzip im Grunde nicht entgegen, solange freilich dessen (fragmentarischer) Rahmen beachtet wird.¹⁹⁷⁷ Auch das europäische Recht mag insofern ein nur auf Ausschließlichkeitsrechten fußendes Schutzsystem nicht zwingend erfordern.¹⁹⁷⁸

Dagegen mag für solche Rechtsordnungen wie etwa die deutsche, deren Begründungen des Urheberrechts vornehmlich naturrechtlich-individualistische Wurzeln tragen, ein solcher Ansatz zunächst befremdlich erscheinen. Denn aus deutschrechtlicher Perspektive, wonach das Urheberrecht in seiner vermögensrechtlichen Komponente den Schutz von Art. 14 (1) S. 1

chen Beschluss bestimmt werden, dass die gewünschte Nutzung nur bei Zustimmung durch den Rechteinhaber zulässig ist, bis die Vergütung gezahlt wird. Mit- hin wandelt sich die gesetzliche Lizenz in ein Ausschließlichkeitsrecht; siehe ROSÉN, in: FS Lassen, S. 872; DERS., in: Wahlgren (Hg.), *Intellectual Property*, S. 171.

1975 KUR/SCHOVSBO, in: Kur/Levin (Hg.), *IPR in a Fair World Trade System*, S. 408.

1976 GEIGER, GRUR Int. 2008, 459 ff.; TRUMPKE, NIR 2012, 291; ähnlich VILANKA, in: Riis/Dinwoodie (Hg.), *In Search of New IP Regimes*, S. 155 ff.; SCHOVSBO, in: Rosén (Hg.), *Individualism and Collectiveness*, S. 177.

1977 Schon KUR/SCHOVSBO, in: Kur/Levin (Hg.), *IPR in a Fair World Trade System*, S. 445; siehe auch GEIGER, JETLaw 2010, 544 ff.

1978 Dazu GEIGER, JETLaw 2010, 542 ff.; siehe auch EUGH, Urteil v. 24.11.2011, Rs. C-70/10, Rn. 43 (GRUR Int. 2012, 157) – *Scarlet Extended*.

GG genießt,¹⁹⁷⁹ scheint die eigentumsrechtliche Befugnis des Rechteinhabers gegen eine Abkehr des Prinzips der Ausschließlichkeit und damit für die Gewährung einer individuellen absoluten Rechtsposition zu sprechen.¹⁹⁸⁰

Aus der Nähe betrachtet schlagen diese Bedenken allerdings nicht durch. Denn inwieweit die vermögensrechtlichen Aspekte des Urheberrechts von Verfassungs wegen zu schützen sind, ist von der Verfassung selbst nicht näher vorgegeben. Gem. Art. 14 (1) S. 2 GG werden Inhalt und Schranken der urheberrechtlichen Befugnisse *durch die Gesetze bestimmt*, wobei dem Gesetzgeber ein großer Gestaltungsspielraum zugebilligt wird.¹⁹⁸¹ Eine Begrenzung der ausschließlichen Befugnisse stellt damit grundsätzlich schon keine Enteignung dar, weil dem Urheber die Befugnis, andere von der Nutzung seines Werkes auszuschließen, von vornherein nur in den vom Gesetzgeber gezogenen Grenzen zusteht.¹⁹⁸² Da-

-
- 1979 Die *persönlichkeitsrechtlichen Aspekte* des Urheberrechts genießen hingegen den Schutz von Art. 1 (1) und Art. 2 (1) GG, dies freilich nur innerhalb der allgemeinen Schranken der verfassungsmäßigen Ordnung; siehe LOEWENHEIM/GÖTTING, *HB UrhR*, § 3 Rn. 2.
- 1980 Mit Blick auf den Schutz des Urheberrechts als Menschenrecht bestimmt Art. 27 (2) der *Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte*, Resolution 217 A (III) der Generalversammlung vom 10. Dezember 1948, dass jeder „das Recht auf Schutz der geistigen und materiellen Interessen, die ihm als Urheber von Werken der Wissenschaft, Literatur oder Kunst erwachsen“, habe, doch lässt sich daraus nicht die Vorgabe entnehmen, ein solcher Schutz sei nur in Form von Ausschließlichkeits- bzw. Eigentumsrechten zulässig; siehe GEIGER, *GRUR Int.* 2008, 459; DERS., *JETLaw* 2010, 534. Auch die *Charta der Grundrechte der Europäischen Union* spricht in Art. 17 (2) davon, dass das „Geistige Eigentum“ geschützt sei und scheint insoweit einen zwingenden Schutz *bestehender* Immaterialgüterrechte durch die EU zu fordern. Dagegen wendet insbesondere Geiger (*JETLaw* 2010, 535 ff. sowie DERS., *EIPR* 2009, 113 ff. generell zu Art. 17 (2)), ein, dass bereits der genaue Umfang von Art. 17 (2) der Charta nicht klar umrissen sei. Dazu stellten die separaten Regelungen über den Schutz des Eigentums einerseits (Art. 17 (1) der Charta) und den Schutz des Geistigen Eigentums andererseits (Art. 17 (2) der Charta) ein Indiz für den spezifischen Charakter des Immaterialgüterrechts dar, womit es möglich und auch geboten sei, den Schutz immaterieller Güter im Vergleich zum Eigentumsschutz an materiellen Gütern eigenen Regelungen zu unterwerfen.
- 1981 BVERFG, *GRUR* 1972, 483 – *Kirchen- und Schulgebrauch*; GRZESZICK, *ZUM* 2007, 353; OHLY, in: Depenheuer/Peifer (Hg.), *Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel?*, S. 157.
- 1982 SCHRICKER/LOEWENHEIM/MELICHAR, *UrhR*, §§ 44a ff. Rn. 8; BVERFG, *GRUR* 1972, 483 – *Kirchen- und Schulgebrauch*.

rüber hinaus ist das Urheberrecht wie das Sacheigentum *sozialgebunden* (Art. 14 (2) GG), mithin darf es den Interessen der Allgemeinheit nicht entgegenlaufen.¹⁹⁸³ Notwendig ist also, den „verfassungsrechtlich garantierten Anspruch auf eine angemessene Nutzung der schöpferischen Leistung und die schutzwürdigen Interessen der Allgemeinheit in einen gerechten Ausgleich und ein ausgewogenes Verhältnis“¹⁹⁸⁴ zu bringen, wobei auch mögliche kollidierende Grundrechtspositionen Dritter zu berücksichtigen sind.¹⁹⁸⁵

Unter dieser Maßgabe wird klar, dass eine Begrenzung der absolutrechtlichen Befugnisse jedenfalls insoweit erfolgen darf, solange der Kernbereich des Urheberrechts garantiert bleibt.¹⁹⁸⁶ Bezieht man dabei den im deutschen Urheberrecht tragenden Schutzgedanken mit ein, wonach der Urheber „tunlichst an dem wirtschaftlichen Nutzen zu beteiligen ist, der aus seinem Werk gezogen wird“¹⁹⁸⁷, so lässt sich daraus die zwingende wirtschaftliche Beteiligung herauslesen, nicht aber zwangsläufig die Realisierung einzig und allein durch die Gewährung von Ausschließlichkeitsrechten.¹⁹⁸⁸ Dagegen spricht jedenfalls nicht, wenn nach der Rechtsprechung des BVerfG Art. 14 (1) S. 1 GG die „grundsätzliche Zuordnung des vermögenswerten Ergebnisses der geistig-schöpferischen Leistung an den Urheber im Wege privatrechtlicher Normierung und seine Freiheit, in eigener Verantwortung darüber verfügen zu können“¹⁹⁸⁹ bzw. „die grundsätzliche Zuordnung des wirtschaftlichen Wertes eines geschützten Werkes an den Urheber“¹⁹⁹⁰ den grundgesetzlich geschützten Kern des Urheberrechts darstellt. Kern des verfassungsrechtlich geschützten Urheberrechts scheint weniger die prinzipielle Ausschließlichkeit¹⁹⁹¹ als eher die

1983 GEIGER, JETLaw 2010, 539.

1984 BVerfG, NJW 1979, 2030 – *Kirchenmusik*.

1985 LOEWENHEIM/GÖTTING, *HB UrhR*, § 3 Rn. 5.

1986 Vgl. GRZESZICK, ZUM 2007, 353.

1987 So st. Rspr.: BGH, NJW 1954, 306 – *Öffentliche Schallplattenwiedergabe durch Lautsprecher* (in Weiterführung an die Rechtsprechung des RG); BGH, NJW 1995, 1557 – *Mauer-Bilder*; BGH, ZUM 2011, 561.

1988 Ähnlich GEIGER, JETLaw 2010, 540.

1989 BVerfG, GRUR 1972, 483 – *Kirchen- und Schulgebrauch*.

1990 BVerfG, GRUR 1972, 481 – *Kirchen- und Schulgebrauch*.

1991 Erhellend in diesem Zusammenhang auch die eingehende Untersuchung von PEUKERT, *Güterzuordnung*, S. 136 ff., der nach einem generellen „Rechtsprinzip einer Güterzuordnung“ sucht, jedoch keine allgemeine Rechtsgrundlage für die Anerkennung von Ausschließlichkeitsrechten findet, solche Rechte vielmehr ausschließlich durch den parlamentarischen Gesetzgeber eingeführt werden dür-

wirtschaftliche Partizipation des Urhebers an der Werknutzung zu sein.¹⁹⁹²

Schließlich sind auch Konstellationen denkbar, in denen es der *Schutzgedanke des Kreativen* geradezu gebietet, von dem Ausschließlichkeitsmodell Abstand zu nehmen und stattdessen eine Ausschließlichkeitseinschränkung vorzusehen, da der Kreative sonst überhaupt nicht mehr an der Nutzung seines Werkes partizipieren könnte, wenn er bereits zuvor seine Rechte einem Dritten eingeräumt hat.¹⁹⁹³

Vor diesem Hintergrund scheint das verfassungsrechtliche Gebot des Art. 14 (1) S. 1 GG einer funktionalen Betrachtung des Urheberrechtsschutzes nicht entgegen zu stehen.¹⁹⁹⁴ Art. 14 GG beinhaltet selbst die Intention eines Interessenausgleichs und gewährt insoweit einen breiten Spielraum für die Ausgestaltung des Schutzes.

C. Vertragliche Lizenzen

I. Möglichkeiten einer abgestuften Ausschließlichkeitsergewährung

Legt man einen funktionalen Ansatz an den Urheberrechtsschutz an, so stehen unterschiedliche Formen der Rechtsausgestaltung zur Verfügung, um Kreation und Wertschöpfung zu fördern und den Kreativen zu schützen. Zahlreiche Vorschläge sind in diese Richtung schon gemacht worden: Sei es über die Einführung einer starken Ausschließlichkeitseinschränkung, die eine Nutzung ohne Vergütung erlaubt oder – anders formuliert –

fen (ebd., S. 730 ff., 751 ff., 761 ff., 884 ff.). Statt eines Rechtsprinzips für eine Zuordnung von Gütern durch Ausschließlichkeitsrechte bestehe vielmehr ein Rechtsprinzip des Schutzes „gleicher, allgemeiner Handlungsfreiheit“ (ebd., S. 784 ff., 788 ff., 891 ff.).

1992 GEIGER, GRUR Int. 2008, 465; DERS., JETLaw 2010, 541: „The order of priorities is therefore clear – remuneration is the most important aspect of the constitutional protection of copyright, and the principle of exclusivity follows behind it.“ Siehe auch GRZESZICK, ZUM 2007, 353.

1993 Dazu schon HILTY, in: FS Schricker (2005), S. 340; DERS., GRUR 2005, 824 ff.; siehe auch BGH, GRUR 2002, 966 – *Elektronischer Pressespiegel*; SCHWEIZERISCHES BUNDESGERICHT, Urteil v. 26.06.2007, 4C.73/2007, ZUM 2009, 88 – *Presseausschnitt- und Dokumentationslieferdienst*; vgl. GEIGER, JETLaw 2010, 528, 530 ff.

1994 Ähnlich auch HANSEN, *Warum Urheberrecht?*, S. 308 f., mit Bezug auf eine „Normzweckerweiterung“ des Urheberrechts auf den Nutzerschutz.

in Form eines *Nutzerrechts*,¹⁹⁹⁵ sei es durch die Beibehaltung individueller Ausschließlichkeit und der damit verbundenen erforderlichen Zustimmung durch den Rechteinhaber.

Zwischen diesen beiden Enden mag man häufig eine Zwischenform der Einschränkung ansehen, die zwar die Ausschließlichkeit aufhebt, gleichzeitig dem Rechteinhaber aber einen Anspruch auf *Vergütung* für die Nutzung gewährt wie etwa im Fall der vergütungspflichtigen gesetzlichen Lizenz.¹⁹⁹⁶ Einzig den Aspekt der Vergütung als einen Mittelweg zwischen Ausschließlichkeitsrecht und völliger Aufhebung des Rechts anzusehen, erscheint allerdings zu kurz gegriffen. Stattdessen sollte der *Vertrag* als Möglichkeit der Selbstregulierung verstärkt in den Mittelpunkt der Betrachtung gerückt werden.¹⁹⁹⁷

Ausschließlichkeitseinschränkungen, die das *vertragliche Element möglichst unangetastet* lassen, sind in der wissenschaftlichen Betrachtung bisher noch nicht ausreichend berücksichtigt worden.¹⁹⁹⁸ Dabei haben sie durchaus ihren Charme. Denn sie gehen grundsätzlich von der Gewährung individueller Ausschließlichkeit aus, begrenzen diese aber insoweit, wie es notwendig ist, um „überschießende Wirkungen“ der Exklusivität einzudämmen und belassen somit die Verwertung von urheberrechtlich geschützten Werken Rechteinhaber und Nutzer und damit weitestgehend den Spielkräften des Marktes.¹⁹⁹⁹ Einzig die aus der Ausschließlichkeit flie-

1995 Siehe in diese Richtung etwa RIIS/SCHOVSBO, EIPR 2007, 1 ff.; siehe auch den interessanten Ansatz von PESSACH, *Reverse Exclusion in Copyright Law*, 1 ff., der Nutzerrechte als „umgekehrte Ausschlussrechte“ („reverse exclusion rights“) konstruiert.

1996 GERVAIS, *Licensing the Cloud*, S. 9 ff.; DERS., in: Axhamm (Hg.), *Copyright in a Borderless Online Environment*, S. 89 ff.

1997 Ähnlich auch GERVAIS, *Licensing the Cloud*, S. 10 ff.; DERS., in: Axhamm (Hg.), *Copyright in a Borderless Online Environment*, S. 98; siehe auch ROGNSTAD, in: FS Levin, S. 522.

1998 Siehe aber GEIGER, GRUR Int. 2008, 466; DERS., JETLaw 2010, 543 f.; vgl. auch LEMLEY, *California Law Review* 2012, 463 ff.

1999 Dies spricht freilich nicht für eine Vorrangstellung von „property rules“ gegenüber „liability rules“, wie etwa von MERGES, *California Law Review* 1996, 1293 ff., vertreten, wenn er aus rechtsökonomischer Perspektive argumentiert, dass starke Ausschließlichkeitsrechte unter Effizienzgesichtspunkten für den Schutz immaterieller Güter besser geeignet seien, da die Rechteinhaber selbst mögliche „holdup problems“ vermieden, in dem sie sich vertraglich zusammenschlossen („contracting into liability rules“), wobei er als Beispiel etwa die kollektive Rechtswahrnehmung anführt (*ebd.*, 1328 ff.). Tatsächlich finden sich aber, wie LEMLEY, *California Law Review* 2012, 470 ff., zeigt, auch vertragliche

bende negative Seite des Verbots und die damit verbundene Folge, dass eine Weiternutzung eben gar nicht oder nur unter unangemessenen Bedingungen möglich ist, sind insoweit aufgehoben. Freilich kann es auch bei gesetzlichen Lizenzen, die einen Vergütungsanspruch einräumen, zu einem vertraglichen Aushandeln zwischen Nutzer und Rechteinhaber (oder einem Vertreter von Rechteinhabern) kommen.²⁰⁰⁰ Vorliegend geht es aber nicht alleine um das Aushandeln der Vergütungshöhe, sondern um das *Verhandeln auch über alle anderen relevanten Bedingungen der Nutzung*.

II. Individuelle und kollektive Vertragslizenz

Eine solche „marktnähere“ Form von Ausschließlichkeitseinschränkungen lässt damit weder das Ausschließlichkeitsrecht unberührt noch ist sie als eine reine Ausnahme oder Schranke zu verstehen. Sie steht vielmehr zwischen Exklusivität und Ausnahme oder um es wieder in ökonomischen Worten zu beschreiben: Sie steht zwischen „property rule“ und „liability rule“.²⁰⁰¹ Solche „mixed regimes“ finden sich von den hier untersuchten

Vereinbarungen durch die Parteien im Bereich der „liability rules“ („contracting around liability rules“), dies interessanterweise auch dort, wo sie es gar nicht müssten. Mithin begünstigen Ausschließlichkeitsrechte nicht unbedingt ein vertragliches Aushandeln. Nichts spricht also gegen Ausschließlichkeitseinschränkungen, die nicht nur den vertraglichen Kern bewahren, sondern gleichzeitig auch Lizenzvereinbarungen der Parteien zu fördern vermögen.

2000 GEIGER, GRUR Int. 2008, 466; vertieft LEMLEY, California Law Review 2012, 476 ff.

2001 Schon KUR/SCHOVSBO, in: Kur/Levin (Hg.), IPR in a Fair World Trade System, S. 425 (mit Bezug auf die EKL): „(...) at the crossroads between exclusive rights and remuneration claims.“ Mit Blick auf die von Geiger entwickelte Inselmetapher (siehe oben, bei § 5 B I 3) für die Beschreibung der Ausschließlichkeit im Sinne einer „Insel von Exklusivität in einem Meer von Freiheit“ und die exzellente Weiterentwicklung dieses Sinnbilds durch Kur (*Of Oceans, Islands, and Inland Water*, S. 6, vgl. auch die spätere Version: KUR, in: Kur/Levin (Hg.), IPR in a Fair World Trade System, S. 211), wonach Beschränkungen der Exklusivität (namentlich Regelungen, die Immunität gegen grundsätzlich rechtmäßige Ansprüche gewähren) als „pools of water forming within the island“ angesehen werden können, lässt sich das Modell der EKL, welches sowohl die kollektive Zustimmung einer großen Gruppe von Rechteinhabern (Mitglieder) als auch die Ausweitung auf die Werke von außenstehenden Rechteinhabern erfasst, als „Wattfläche“ begreifen („tidal flat“).

Ausschließlichkeitseinschränkungen vornehmlich in der *Zwangslizenz* und der *EKL*.²⁰⁰² Beide stellen eine besondere Form einer Ausschließlichkeitseinschränkung dar, welche den vertraglichen Charakter beibehält, indem sie eine Nutzung urheberrechtlich geschützter Güter nicht ohne die vorherige (vertraglich eingeräumte) Zustimmung durch den Rechteinhaber erlaubt. Ein Nutzer *muss* sich also zunächst mit dem Rechteinhaber auf vertraglichem Wege einigen.²⁰⁰³

Solche individuellen und kollektiven *vertraglichen Lizenzen* kennzeichnen sich durch die Freiheit von Rechteinhaber und Nutzer, die Bedingungen der Nutzung *selbst* auszuhandeln; gleichzeitig fördern sie eine Weiternutzung und -verwertung auf einem nachgelagerten Markt, indem sie – in Form eines gewissen Vertragszwangs – bei einer kollektiven Wahrnehmung die Rechte außenstehender Rechteinhaber für eine Lizenzierung erfassen (EKL) bzw. im Falle einer individuellen Wahrnehmung den Rechteinhaber in ein Wettbewerbsverhältnis zu einem Dritten setzen (Zwangslizenz). Dabei ist zu vermuten, dass die Lizenzbedingungen grundsätzlich auch im Interesse beider Parteien stehen dürften. Denn sie sind am besten in der Lage, den Umfang der jeweiligen Nutzung und die Gegenleistung in ihrem Interesse miteinander auszuhandeln.²⁰⁰⁴ Insofern trägt diese Form der Ausschließlichkeitseinschränkung ein sich *um einen Ausgleich bemü-*

2002 TRUMPKE, NIR 2012, 293.

2003 Freilich kann eine Zwangslizenz zu angemessenen Bedingungen notfalls auf gerichtlichem Wege erteilt werden. Bei der EKL dürften hingegen – wie bei der kollektiven Rechtswahrnehmung generell – nur die Regularien des Wettbewerbsrechts zur Verfügung stehen, um die Angemessenheit der Lizenzbedingungen zu gewährleisten (siehe SCHOVSBO, in: Rosén (Hg.), *Individualism and Collectiveness*, S. 178, 184 ff.). Allerdings bestehen bei der EKL neben Schiedsgerichts- und Mediationsverfahren auch „ungeschriebene“ vertragsfördernde Wirkungen, die durchaus dazu beitragen, dass tatsächlich eine Vereinbarung von beiden Parteien zu nicht völlig unangemessenen Bedingungen geschlossen wird.

2004 Zu bedenken ist, dass die Vergütung, die bei einer Zwangslizenz und einer EKL ausgehandelt wird, nicht zwingend „marktgerecht“ sein muss. Jedenfalls beruht die finanzielle Gegenleistung nicht auf einer aus den Mechanismen des Wettbewerbs resultierenden Vergütung, da in beiden Fällen mit der Verwertungsgesellschaft und dem einer Zwangslizenz unterworfenen Rechteinhaber jeweils nur ein Akteur auf der Seite des Lizenzgebers steht. Dass aus dieser Tatsache automatisch eine höhere Vergütung oder gar eine niedrigere Vergütung als der Marktpreis entsprechend resultiert, erscheint nicht zwangsläufig. Auch externe Effekte können einen Einfluss auf die Vergütungshöhe haben. Siehe dazu anschaulich RUIS/SCHOVSBO, IIC 2012, 943 ff.; siehe auch aus ökonomischer Perspektive RUIS, *Enerettigheder og vederlagsrettigheder*, S. 379 f., 504 f.

hendes Element bereits in sich.²⁰⁰⁵ Zwei Eigenschaften dieser „mixed regimes“, namentlich ihre Mittelstellung und die vertragliche Einigung über die Nutzung urheberrechtlich geschützter Güter, könnten eine Schlüsselrolle bei der Suche nach zukünftigen Lösungen im Urheberrecht einnehmen.

Freilich sind auch die *negativen Wirkungen* solcher vertraglichen Lizenzen zu beachten.

Legt man die Entscheidung über die Nutzung von urheberrechtlich geschützten Gütern grundsätzlich in die Hände von Rechteinhaber und Nutzer, lässt also private Akteure das Ob und Wie der Nutzung determinieren, so kann dies aus zweierlei Gründen bedenklich sein: Zum einen scheinen solche Formen der Selbstregulierung dann ungeeignet, wenn das Interesse der Allgemeinheit an einer *unmittelbaren* rechtmäßigen Nutzung in einem bestimmten Umfang höher zu gewichten ist als das Recht des Rechteinhabers, die Verwertung seines Werkes selbst vorzunehmen und die Bedingungen der Nutzung auszuhandeln.²⁰⁰⁶ Bei einer EKL müsste ein Nutzer die Vertragsbedingungen der Verwertungsgesellschaft annehmen oder von einer Nutzung ganz absehen. Wäre etwa das Zitatrecht einer EKL-Bestimmung unterworfen und nicht einer vergütungsfreien gesetzlichen Lizenz, so müsste jeder Nutzer zunächst mit der betreffenden Verwertungsgesellschaft eine Vereinbarung schließen, in der Umfang und Zweck (und ggf. auch die Höhe einer Vergütung) geregelt wären. Die Nutzung von Werken zur freien geistigen Auseinandersetzung wäre so kaum noch denkbar. Abgesehen von diesem drastischen Beispiel könnte auch in Fällen der Nutzung von Werken in Bildungseinrichtungen eine fehlende EKL-Vereinbarung zu einer „Blockade“ bei der rechtmäßigen Werknutzung zu Bildungszwecken führen, was ebenfalls nur schwer vertretbar erscheint.²⁰⁰⁷

Aber auch bei einer Zwangslizenz kann ein Aushandeln den Parteien viel Zeit abverlangen. Sofern nicht gewisse Instrumente für eine Beschleunigung

2005 TRUMPKE, NIR 2012, 293; vgl. auch KARNELL, in: FS Gorton, S. 242.

2006 Skeptisch darum zu der Überlegung, gesetzliche Lizenzen in eine EKL umzuwandeln: ROGNSTAD, NIR 2004, 158; siehe auch KARNELL, in: FS Eek/Ljungman/Schmidt, S. 240 ff.

2007 Schließlich besteht auch die Gefahr, dass Verwertungsgesellschaft und Nutzer sich nur über eine bestimmte Werkkategorie, auf eine bestimmte Nutzung oder auf einen bestimmten Umfang der Nutzung einigen. Dadurch bleiben Werke oder Werkteile oder bestimmte Nutzungsformen von einer lizenzierten Nutzung ausgenommen und unterfallen insoweit wieder dem individuellen Ausschlussrecht; siehe ROGNSTAD, NIR 2004, 158.

nigung der Lizenzerteilung zur Verfügung stehen,²⁰⁰⁸ kann das Modell an einer gewissen Schwerfälligkeit leiden.

Zum anderen kann ein vertragliches Aushandeln bei der EKL auch *zum Nachteil des einzelnen Urhebers* reichen. Insbesondere bei der Vergütung wurde auf die Schwierigkeit der Inanspruchnahme dieses Anspruchs hingewiesen. Für einen außenstehenden Rechteinhaber kann eine gesetzlich festgelegte Vergütung, die aus einer gesetzlichen Lizenz resultiert, oftmals vorteilhafter sein als die Vergütung, die er über eine EKL erhält.²⁰⁰⁹

Vertragliche Lizenzen können und werden Ausschließlichkeitseinschränkungen, die eine Nutzung von Werken durch Dritte gesetzlich mit oder ohne Vergütung erlauben, darum nicht obsolet machen. Sie bieten gleichwohl die im Gegensatz zu anderen Einschränkungen größtmögliche Freiheit für Rechteinhaber und Nutzer, die Bedingungen der Nutzung urheberrechtlich geschützter Güter selbst auszuhandeln und sollten daher bei der Suche nach adäquaten Lizenzmodellen im Rahmen bestimmter Verwertungsmärkte nicht unberücksichtigt bleiben.

D. Die EKL als „Opt-out-Modell“

Bei einem EKL-Modell, das ein Vetorecht für außenstehende Rechteinhaber vorsieht, kann die Ausweitung der EKL-Vereinbarung auf Außenseiter durch aktive Tätigkeit dieser Rechteinhaber wieder beendet werden. Eine solche Konstruktion erinnert an andere sog. *Opt-out Modelle*, wie etwa das GBS oder die von der OW-RL statuierte rechtmäßige Nutzung verwaister Werke. All diesen Modellen ist gemeinsam, dass ein Rechteinhaber nicht mehr in der Lage ist, einer Nutzung seines Werkes *vorab* die Zustimmung zu erteilen; stattdessen ist eine Nutzung solange zulässig, bis er wieder selbst diesen Zustand *beendet*.

Konstruktionen, die sowohl auf Opt-in als auch auf Opt-out-Mechanismen basieren, fanden sich bisher vornehmlich im Bereich des Datenschutzrechts.²⁰¹⁰ Eine vielfältige Anwendung im Urheberrecht scheint sich dagegen gerade erst zu entwickeln.²⁰¹¹ Denn das Urheberrecht geht dem

2008 HILTY, GRUR 2009, 644.

2009 Siehe ROGNSTAD, NIR 2004, 155.

2010 DREIER, Computer Law & Security Review 2010, 145; KATZ, BTLJ 2012, 1294 ff.

2011 Siehe nur BECHTOLD, GRUR 2010, 282 ff. m.w.N.

Grunde nach von einer *Opt-in-Ausgangsposition* aus.²⁰¹² Die Urheberrechte werden qua Schöpfungsakt einer bestimmten Person zugewiesen. Kraft dieser ausschließlichen Rechte kann der Urheber oder später auch ein derivativer Rechteinhaber über eine mögliche Verwertung des Werkes selbst entscheiden, indem er entsprechende Lizenzvereinbarungen schließt und dabei einem Dritten die Rechte für die Nutzung einräumt oder den Weg über die kollektive Rechtswahrnehmung sucht; mithin vermutet das Gesetz die „Nicht-Erlaubnis“ der Nutzung seitens des Rechteinhabers solange, bis dieser selbst der Nutzung zustimmt.²⁰¹³

Opt-out-Konstruktionen im Urheberrecht sind daher von der Gewährung voller Ausschließlichkeit einerseits und von herkömmlichen Schranken andererseits abzugrenzen: Im Unterschied zur individuellen Ausschließlichkeit hat der Rechteinhaber nicht mehr die Befugnis, von vornherein eine Nutzung zu verbieten. Teilweise wird aus diesem Grund von einer „Umkehrung“ des urheberrechtlichen Grundprinzips individueller Ausschließlichkeit gesprochen.²⁰¹⁴ Anders als bei gewöhnlichen Ausschließlichkeitseinschränkungen kann der Rechteinhaber wieder in den Genuss voller Exklusivität gelangen, also selbst von einem „liability regime“ zu einem „property regime“ zurückkehren (d.h. *über* Opt-out zu Opt-in zurück).²⁰¹⁵

Der Wechsel in ein „Opt-out-System“, weniger eine Umkehrung der individuellen Ausschließlichkeit als eher eine Ausschließlichkeitseinschränkung, verbunden mit der Möglichkeit, zur vollen Ausschließlichkeit zurückzukehren und dabei die daraus fließenden Befugnisse wieder umfas-

2012 SU, J. Copyright Soc'y U.S.A. (2008-2009), 955.

2013 SU, J. Copyright Soc'y U.S.A. (2008-2009), 955; WIELSCH, GRUR 2011, 670.

2014 Bezogen auf das GBS: PEUKERT, in: Kur/Mizaras (Hg.), *The Structure of IP Law*, S. 207: „(...) turning the principles of exclusivity upside down (...)“; RAUER, K&R 2010, 15: „(...) stellt aus urheberrechtlicher Sicht nach wie vor eine Umkehrung elementarer und international anerkannter Prinzipien dar.“; FOGED, EIPR 2010, 26 mit Bezug auf die General-EKL: „(...) is against the basics and understanding of copyright, as it turns things upside down by replacing individual agreements directly between rights holders and users with collective agreements and providing the individual rights holder with only an option of prohibiting or preventing the exploitation of their work, i.e. only a “negative” or opt-out right.“ Siehe auch KUR/SCHOVSBO, in: Kur/Levin (Hg.), *IPR in a Fair World Trade System*, S. 432 („reversing the rule of exclusivity“).

2015 WIELSCH, GRUR 2011, 667; KUR/SCHOVSBO, in: Kur/Levin (Hg.), *IPR in a Fair World Trade System*, S. 433.

send geltend zu machen,²⁰¹⁶ kann dabei auf *zweifache* Weise erfolgen:²⁰¹⁷ Zum einen kann das *Gesetz* selbst eine solche Einschränkung statuieren und dem Rechteinhaber dabei die Möglichkeit einräumen, die Wirkung der Einschränkung zu beenden.²⁰¹⁸ Eine solche Konstruktion findet sich etwa in Art. 6 i.V.m Art. 5 OW-RL. Nach Art. 6 der RL sind privilegierte Einrichtungen zur Nutzung berechtigt, wenn trotz einer sorgfältigen Suche der Rechteinhaber des Werkes nicht ermittelt oder, falls ermittelt, nicht ausfindig gemacht werden konnte. Der Rechteinhaber eines als verwaist deklarierten Werkes erhält nach Art. 5 OW-RL die Möglichkeit, jederzeit den Waisenstatus seines Werkes beenden zu können.

Zum anderen lässt sich eine solche Anordnung auch *privatrechtlich regulieren*.²⁰¹⁹ Bei Annahme des *GBS* hätte ein Rechteinhaber das Recht gehabt, unter gewissen Voraussetzungen bestimmte Nutzungsformen zu untersagen (dies sogar in doppelter Weise).²⁰²⁰ Mag die Ausdehnung auf nicht am Vergleichsvorschlag beteiligte Rechteinhaber den prozessrechtlichen Besonderheiten der „class action“ geschuldet sein, so handelte es sich beim *GBS* gleichwohl um eine Vereinbarung über weitreichende Nutzungsbefugnisse *auf privatrechtlichem Wege*, welche die Grenzen der gesetzlich vorgesehenen Schranken überschreitet.²⁰²¹

Blickt man nun auf die *EKL*, so spricht die über die *EKL*-Vereinbarung ausgehandelte Nutzung eher für ein *privatrechtlich reguliertes System*. Gleichwohl erlaubt erst das Gesetz die Erstreckung der Vereinbarung. Sieht die *EKL*-Bestimmung dabei ausdrücklich ein Vetorecht vor (wie auch im Fall der *General-EKL*), so stellt dies eine *gesetzlich statuierte Form eines Opt-out-Modells* dar. Ist hingegen eine solche Möglichkeit nicht per Gesetz eingeräumt, so können gleichwohl die Vertragsparteien ein solches Recht vertraglich vorsehen.

Bei der ganzen Diskussion um derartige *Opt-out-Modelle*, in deren Reihe auch die *EKL einzuordnen* ist, darf freilich nicht übersehen werden, worin viele dieser Überlegungen letztlich wurzeln. Während bei anderen

2016 WIELSCH, GRUR 2011, 670, spricht insoweit von einer „prozeduralen Restrukturierung“ des Schutzrechts.

2017 Siehe BECHTOLD, GRUR 2010, 287.

2018 Siehe dazu BRACHA, Texas Law Review 2007, 1861 ff.

2019 Vertieft WIELSCH, GRUR 2011, 665 ff.; siehe auch BECHTOLD, GRUR 2010, 285 ff.

2020 Siehe oben, bei § 2 A II 4.

2021 WIELSCH, GRUR 2011, 667 f.

Immaterialgüterrechten grundsätzlich eine Registrierung für die Rechtsentstehung erforderlich ist und bereits darin eine Form des Opt-in gesehen werden kann, besteht im Urheberrecht eine solche *Registrierungspflicht* oder Ähnliches gerade nicht. Gesetzlich oder privatrechtlich regulierte Opt-out Modelle zwingen hingegen den Rechteinhaber zu einem Tätigwerden und statuieren so nachträglich ein Formalitätserfordernis.²⁰²² Vor diesem Hintergrund erscheinen die Überlegungen bzgl. solcher Opt-out-Modelle weniger spektakulär: Sie dürften oftmals die Versuche widerspiegeln, den Folgen *fehlender Formalitätserfordernisse* im Urheberrecht zu begegnen. Gleichwohl dürften im Zuge neuer Technologien, die eine Nutzung einer immer größeren Anzahl von Werken ermöglichen und neuer Nutzungsarten, Überlegungen für einen Wandel von einem Opt-in zu einem Opt-out-Regime im Rahmen urheberrechtlicher Befugnisse in Zukunft noch an Bedeutung gewinnen.²⁰²³ Die kontinuierliche Ausweitung der Anwendungsbereiche der EKL in Skandinavien mag hierbei für sich sprechen.

2022 Ähnlich schon KUR/SCHOVSBO, in: Kur/Levin (Hg.), IPR in a Fair World Trade System, S. 433.

2023 Zu diesen Ansätzen im Zusammenhang mit dem Aufbau von digitalen Archiven bzw. Bibliotheken: SU, J. Copyright Soc'y U.S.A. (2008-2009), 966 ff.; BRACHA, Texas Law Review 2007, 1855 ff.; im Hinblick auf den Austausch von Werken über P2P-Filesharing Netzwerke: FISHER, *Promises to Keep*, S. 199 ff.; LITMAN, *Sharing and Stealing*, S. 37 ff.; siehe auch PEUKERT, Comm/Ent 2005 (28), 19 ff., 58 ff. Vgl. aber auch die Fälle stillschweigender Einwilligung seitens des Urhebers in die Nutzung durch Dritte, denen ebenfalls der „Opt-out-Gedanke“ zugrunde liegt (WIELSCH, GRUR 2011, 671 ff.); siehe dazu etwa die Entscheidung des BGH, GRUR 2010, 628 – *Vorschaubilder*, die die stillschweigende Einwilligung des Urhebers in die Nutzung durch eine Bildersuchmaschine betraf.

