

Extended Collective Licenses – ein Modell auch für die Schweiz?

WILLI EGLOFF*

In Dänemark, Finnland, Island, Norwegen und Schweden wird ein erheblicher Teil der kollektiven Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten über sogenannte «Extended Collective Licenses» abgewickelt. Seit einigen Jahren stösst diese spezifisch nordische Rechtsfigur in der internationalen urheberrechtlichen Diskussion auf wachsendes Interesse. Ihre Anwendung erscheint insbesondere in Situationen interessant, wo eine grosse Zahl von Rechten genutzt werden muss und wo die Berechtigten nicht – oder zumindest nur mit grossem administrativem Aufwand – kontaktiert werden können. Im vorliegenden Artikel wird diese Rechtsfigur beschrieben und in ihren Unterschieden zu den in der Schweiz geltenden Regelungen kollektiver Rechteverwaltung dargestellt. Es werden die Perspektiven einer Verwertung von Extended Collective Licenses für grenzüberschreitende Nutzungen erörtert und die Möglichkeit einer Übernahme dieser Rechtsfigur in das schweizerische Recht diskutiert.

Au Danemark, en Finlande, en Islande, en Norvège et en Suède, une partie importante de la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins est réglée par ce que l'on y appelle les «Extended Collective Licenses». Depuis quelques années, cette construction juridique

typiquement nordique suscite un intérêt croissant dans le débat international relatif au droit d'auteur. Son application apparaît particulièrement intéressante dans les situations où un grand nombre de droits doivent être utilisés et où leurs titulaires ne peuvent pas être contactés sans effort administratif conséquent. Le présent article décrit cette notion juridique et présente ses différences par rapport à la réglementation de la gestion collective des droits en vigueur en Suisse. Il évoque les perspectives d'une application des Extended Collective Licenses aux utilisations transfrontalières et discute la possibilité d'adopter cette figure juridique dans le droit suisse.

- I. Einleitung
- II. Die Grundzüge der Extended Collective License
 1. Grundidee und rechtliche Ausgestaltung
 2. Repräsentative Verwertungsorganisationen
 3. Anwendungsbereiche
 4. Die gesetzliche Drittwirkung
- III. Extended Collective License – eine zulässige Urheberrechtsschranke?
 1. Urheberrechtsschranke oder Modalität der Rechteverwaltung?
 2. Vergleich von ECL mit andern Urheberrechtsschranken
 3. ECL im Drei-Stufen-Test
 4. ECL und die Urheberrechts-Richtlinie der EU
- IV. Extended Collective License im grenzüberschreitenden Kontext
 1. Territorialprinzip, Schutzlandprinzip und Sendelandprinzip
 2. Verbotsanspruch gegen eine durch ECL erlaubte Nutzung?
 3. Europaweite Lizenzen?

V. Würdigung: Was nützen Extended Collective Licenses?

1. Beurteilungen der ECL in den nordischen Ländern selbst
2. Beurteilung aus schweizerischer Sicht
3. Fazit

Zusammenfassung | Résumé

I. Einleitung

Zu Beginn der 60er-Jahre des vorigen Jahrhunderts verankerten die skandinavischen Länder in ihren Urheberrechtsgesetzen ein Instrument kollektiver Rechteverwaltung, das in diesen Gesetzgebungen als «Vereinbarungslizenz»¹ bezeichnet und in der internationalen urheberrechtlichen Diskussion mit dem Begriff «Extended Collective License» übersetzt wird. Das Instrument wurde zunächst einerseits zur Regelung des Rechteerwerbs durch Sendeanstalten und andererseits zur Abgeltung der Herstellung von Vervielfältigungen für schulische Werknutzungen konzipiert, findet aber inzwischen in einer ganzen Reihe von andern Nutzungsbereichen Anwendung. Diese Besonderheit ist Ausdruck einer langjährigen Zusammenarbeit der nordischen Länder² im Bereich der Urheberrechtsgesetzgebung, die schon im Jahre 1938 begann³.

¹ Dänisch «aftalelicens», norwegisch «avtalelisens», schwedisch «avtalslicens».

² Dieser Begriff umfasst Dänemark, Finnland, Island, Norwegen und Schweden.

³ Aktiv beteiligt waren Dänemark, Finnland, Norwegen und Schweden. Island war an der Konferenz von 1938, welche die Zusammenarbeit einleitete, ebenfalls vertreten, zog sich jedoch in der Folge zurück. 1972 erliess Island aber ein Urheberrechtsgesetz, welches

* Dr. iur., Rechtsanwalt, Bern.

Zu beachten ist, dass es sich bei der Bezeichnung «Extended Collective License» um einen Sammelbegriff handelt, der sich keineswegs auf eine bestimmte, genau definierte Regelung bezieht. Zwischen den gesetzlichen Ausgestaltungen in den einzelnen Ländern bestehen nämlich zum Teil erhebliche Unterschiede.

Seit einigen Jahren stösst diese spezifisch nordische Rechtsfigur in der internationalen urheberrechtlichen Diskussion auf wachsendes Interesse. Ihre Anwendung erscheint insbesondere in Situationen interessant, wo eine grosse Zahl von Rechten genutzt werden muss und wo die Berechtigten nicht – oder zumindest nur mit grossem administrativem Aufwand – kontaktiert werden können. In Art. 3 Abs. 2 der EU-Richtlinie 1993/83 betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung⁴ ist das Instrument ausdrücklich als mögliche Regelung für den Erwerb von Senderechten festgeschrieben. Auch in der Diskussion um eine EU-weite Regelung der Nutzung verwaister Werke wurde das Modell als möglicher Lösungsansatz vorgeschlagen⁵, doch findet sich der Hinweis in der End-

sich an den übrigen nordischen Gesetzen orientierte. Vgl. dazu JUKKA LIEDES, Upphovsrättslagen i den nordiska familjen, NIR 2011, 110 ff. (111–113); G. KARNELL, De nordiska strävandena till harmonisering av upphovsrätten, NIR 1987, 87 ff.

⁴ Richtlinie 93/83/EWG des Rates vom 27. September 1993 zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung (ABl. 1993, Nr. L 248, 15). Die Regelung findet aber keine Anwendung auf den Erwerb von Rechten an Filmwerken (Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie). Eine entsprechende Bestimmung findet sich auch in Art. 4 der Konvention des Europarates betreffend Fragen des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte im Rahmen des grenzüberschreitenden Satellitenrundfunks (Konvention ETS No. 153) vom 11. Mai 1994.

⁵ Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte zulässige Formen der Nutzung verwaister Werke vom 24. Mai 2011 (KOM 2011, 289 endg.).

fassung der entsprechenden EU-Richtlinie⁶ nicht mehr.

Im Folgenden soll diese Rechtsfigur beschrieben und in ihren Unterschieden zu den in der Schweiz geltenden Regelungen kollektiver Rechteverwertung dargestellt werden. Weiter werden die Perspektiven einer Verwendung von Extended Collective Licenses für grenzüberschreitende Nutzungen erörtert. Abschliessend wird kurz die Frage diskutiert, ob und unter welchen Voraussetzungen die Extended Collective License allenfalls als Rechtsinstrument in das schweizerische Urheberrecht eingeführt werden könnte.

II. Die Grundzüge der Extended Collective License

Als Erfinder der Extended Collective License (im Folgenden: ECL) gilt der schwedische Urheberrechtler SVANTE BERGSTRÖM. In einem Aufsatz mit dem Titel «Program för upphovsrätten»⁷ erörterte er den damals von der schwedischen Regierung vorgelegten und von ihm selbst wesentlich mitgestalteten, kurz vor der parlamentarischen Beratung stehenden Entwurf für ein neues Urheberrechtsgesetz. Er unterstrich darin die Bedeutung des Zusammenschlusses von Autorinnen und Autoren zu Organisationen, welchen eine kollektive Rechtswahrnehmung übertragen ist, und erläuterte die im Gesetzesentwurf enthaltene Neuerung, wonach

⁶ Richtlinie 2012/28/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 über bestimmte zulässige Formen der Nutzung von verwaisten Werken (ABl. 2012, Nr. L 299, 5). Immerhin werden die «erweiterten Kollektivlizenzen» in E. 24 noch als Beispiel für nationale Massnahmen über die Rechtswahrnehmung auf nationaler Ebene genannt, welche gemäss Art. 1 Abs. 5 der Richtlinie «unberührt» bleiben sollen.

⁷ S. BERGSTRÖM, Program för upphovsrätten, in: Rättsvitenskapelige studier ägnade minnet av Philips Hult, Uppsala 1960, 58–83; nachgedruckt in NIR 2011, 143 ff.

Kollektivlizenzen, welche von solchen Organisationen erteilt werden, auch auf Werke Anwendung finden sollten, deren Urheberinnen und Urheber der Organisation gar nicht angehören. Er umschrieb diese im Gesetzentwurf «avtalslicens» genannte Regelung als «utsträckt generellt tillstånd»⁸, also als «ausgedehnte allgemeine Bewilligung» oder eben «extended collective license». Während sich in den Gesetzestexten der nordischen Länder die ursprüngliche Bezeichnung erhalten hat, wird in der internationalen Urheberrechtsdiskussion durchgehend diese englische Übersetzung von BERGSTRÖMS umschreibendem Begriff verwendet.

1. Grundidee und rechtliche Ausgestaltung

Von ihrer ursprünglichen Konzeption her ist die ECL ein Kompromiss zwischen der Forderung der Urheberorganisationen nach Sicherung von Ausschliesslichkeitsrechten und den Forderungen aus Nutzerkreisen nach gesetzlicher Erlaubnis bestimmter Nutzungen⁹. Ziel der Neuregelung war es, das Ausschliesslichkeitsrecht aus praktischen Gründen zwar einzuschränken, es aber nicht gleich durch eine gesetzliche Lizenz zu ersetzen. Der im damaligen schwedischen Gesetzesentwurf verwendete Begriff der «avtalslicens» steht denn auch im Gegensatz zur «tvångslicens»¹⁰, worunter aber nicht nur Zwangslizenzen im Sinne von Art. 23 URG zu verstehen sind, sondern auch alle gesetzlichen Lizenzen, welche die Rechte der Urheberinnen und Urheber auf einen Vergütungsanspruch reduzieren. Dabei stellt die «Vereinbarungslizenz» im Verständnis des Gesetzgebers den sehr viel geringeren Eingriff dar, weil sie den Urheberinnen

⁸ BERGSTRÖM (Fn. 7), 156.

⁹ O.-A. ROGNSTAD, Avtalelisenser, NIR 2004, 151 ff.

¹⁰ So ausdrücklich BERGSTRÖM (Fn. 7), 152 ff.

und Urhebern wesentliche Entscheidungskompetenzen belässt. Insbesondere soll ihnen das Recht verbleiben, die Nutzung ihrer Werke zu verbieten¹¹.

Ausgangspunkt dieser Regelung sind die herkömmlichen Instrumente der freiwilligen Kollektivverwertung: Wahrnehmungsverträge, mit welchen Urheberinnen und Urheber die Verwertung ihrer Rechte einer von ihnen gewählten Verwertungsgesellschaft übertragen, und Lizenzverträge, welche von diesen Verwertungsgesellschaften mit Nutzerinnen oder Nutzern hinsichtlich des von ihnen vertretenen Repertoires abgeschlossen werden. Die Grundidee der ECL besteht darin, dass solche Lizenzverträge, unter bestimmten materiellen und formellen Voraussetzungen, durch eine gesetzliche Bestimmung auch für die Nutzung von Werken anwendbar erklärt werden, deren Urheberinnen und Urheber von der betreffenden Verwertungsgesellschaft gar nicht vertreten werden. Den Lizenznehmerinnen und Lizenznehmern wird so tendenziell eine Nutzungsbewilligung für sämtliche Werke der Werkkategorien erteilt, welche Gegenstand der Lizenzvereinbarung sind. Im Gegenzug wird den Aussenstehenden ein gesetzlicher Anspruch auf einen Anteil am Erlös der Verwertungsgesellschaft und auf Gleichbehandlung mit den Mitgliedern dieser Gesellschaft hinsichtlich sonstiger geldwerter Leistungen eingeräumt.

BERGSTRÖM legt in seiner Begründung des Vorschlags¹² dar, dass die damals geltende Urheberrechtsregelung in vielen Bereichen nicht funktioniere, weil es den Nutzerinnen und Nutzern – z. B. dem Betreiber einer Jukebox in einem Café oder dem Besitzer eines Restaurants, in welchem Radio- oder Fernsehsendungen empfangen werden können – aus praktischen Gründen gar nicht möglich sei, die für eine Nutzung

erforderlichen Rechte zu erwerben. Die Nutzerinnen und Nutzer stünden daher vor der Alternative, die Werke entweder gar nicht oder aber illegal zu nutzen. Der sehr viel konstruktivere dritte Weg bestehe darin, die Rechte kollektiv zu verwalten und kollektive Lizenzen zu erteilen. Dabei bestehe allerdings der Schwachpunkt darin, dass dadurch die von den Verwertungsgesellschaften nicht verwalteten Rechte nicht erfasst würden. Selbst einer grossen Organisation wie dem schwedischen Radio sei es aber nicht möglich, diese Rechte von Aussenstehenden individuell zu erwerben. Um diese Schwierigkeit zu lösen, ohne den Autorinnen und Autoren über eine gesetzliche Lizenz ihr Ausschliesslichkeitsrecht gleich ganz zu entziehen, solle die jeweilige Lizenzvereinbarung durch gesetzliche Bestimmung auch auf Werke von Autorinnen und Autoren Anwendung finden, welche der betreffenden Verwertungsgesellschaft nicht angehörten. Dies sei mit den Grundsätzen des Urheberrechts ohne Weiteres zu vereinbaren, wenn zwei Randbedingungen strikte beachtet würden: Die Verwertungsgesellschaft müsse für ihren Tätigkeitsbereich repräsentativ sein, und die Nichtmitglieder müssten die Möglichkeit haben, die Nutzung ihrer Werke zu verbieten.

Neben dieser praktischen Begründung der Regelung liegt dem Vorschlag auch eine einfache juristische Begründung zugrunde: BERGSTRÖM geht davon aus, dass Inhaberinnen und Inhaber von Urheberrechten ein Interesse an der Nutzung ihrer Werke haben, sofern sie diese veröffentlicht haben und sofern es sich um angemessene Nutzungsbedingungen handle. Bei einer Lizenzvereinbarung, welche von einer Verwertungsgesellschaft in Vertretung ihrer Mitglieder freiwillig abgeschlossen worden sei, könne davon ausgegangen werden, dass diese aus Sicht der Berechtigten angemessene Nutzungsbedingungen enthalte. Demzufolge bestehe eine Vermutung, dass die

Nichtmitglieder einer Verwertungsgesellschaft der entsprechenden Vereinbarung ebenfalls zugestimmt hätten, falls sie davon Kenntnis gehabt hätten¹³. Diese Vermutung gelte umso mehr, als die Autorinnen und Autoren andernfalls ja die Möglichkeit hätten, die fragliche Nutzung zu verbieten.

In der Tat ist bei sämtlichen ECL-Regelungen in Schweden eine solche Opt-out-Möglichkeit gegeben¹⁴. Bei den entsprechenden Regelungen in den andern skandinavischen Ländern ist dies aber keineswegs immer der Fall, worauf sogleich zurückzukommen sein wird. Das Opt-out-Recht kann daher heute nicht als wesentlicher Bestandteil einer ECL bezeichnet werden, sondern stellt lediglich eine mögliche Variante der gesetzlichen Ausgestaltung dar. Damit erscheint aber auch die Rechtfertigung der rechtlichen Konstruktion über einen vermuteten Parteiwillen als wenig tragfähig. Vielmehr bedarf die Einführung eines solchen Instruments, welches eine Werknutzung auch gegen den Willen der Rechtsinhaberinnen und Rechtsinhaber ermöglicht, über die Berufung auf Erfordernisse der Praxis hinaus einer Rechtfertigung durch übergeordnete Interessen. Auch darauf wird zurückzukommen sein.

Es ergibt sich somit, dass eine ECL drei wesentliche Elemente umfasst, welche im Folgenden vertiefter zu erörtern sind:

- eine Verwertungsorganisation, welche Rechte von Mitgliedern wahrnimmt, und die für ihren Tätigkeitsbereich repräsentativ ist;
- eine Lizenzvereinbarung zwischen einer solchen Verwertungsorga-

¹³ «Lagregeln bygger på en presumtion om att en utomstående upphovsman, som genom utgivning utlämnat ett verk till offentlig spridning, icke motsätter sig att verket utnyttjas på samma villkor som de organiserade upphovsmännen har överenskommit om» (BERGSTRÖM [Fn. 7], 156 f.)

¹⁴ Art. 42b–42h schwedisches URG.

¹¹ BERGSTRÖM (Fn. 7), 152.

¹² BERGSTRÖM (Fn. 7), 153 ff.

nisation und bestimmten Nutzerrinnen und Nutzern;

- eine gesetzliche Bestimmung, welche den Anwendungsbereich und die Rechtswirkungen dieser Lizenzvereinbarung auf die Werke von Rechteinhaberinnen und Rechteinhabern ausdehnt, welche von der vertragschliessenden Verwertungsorganisation nicht vertreten werden.

2. Repräsentative Verwertungsorganisationen

In allen Ländern, welche die Rechtsfigur der ECL kennen, kann als Lizenzgeberin nur eine repräsentative Verwertungsorganisation auftreten. Dies beinhaltet zwei kumulative Erfordernisse: Es muss sich zunächst um eine Organisation handeln, welche Mitglieder repräsentiert, die im jeweiligen Tätigkeitsbereich aktiv sind. Diese Voraussetzung erfüllt nach dem Wortlaut des Gesetzes in Dänemark¹⁵, Finnland¹⁶, Norwegen¹⁷ und Schweden¹⁸ nur eine Organisation, welche sich aus Autorinnen und Autoren zusammensetzt. Demgegenüber könnte nach der isländischen Vorschrift auch ein Zusammenschluss von Verlagen oder Produktionsfirmen diese Funktion wahrnehmen¹⁹. Die Bedeutung dieses Kriteriums zeigte sich in einem Rechtsstreit zwischen der Norwaco, einer norwegischen Wahrnehmungsgesellschaft im Bereich der Weitersendung von Rundfunksendungen, und der zuständigen Verwaltungsbehörde: Die Behörde verneinte das Recht der Norwaco zum Abschluss einer ECL, unter anderem mit der Begründung, dass ihre Tätigkeit nicht auf der Mitgliedschaft oder auf Wahrnehmungsverträgen ausländischer Rechte-

inhaberinnen und Rechteinhaber beruhe, sondern auf reinen Inkassovollmachten. Eine Inkassovollmacht sei aber keine Befugnis zur Vertretung der Interessen von Autorinnen und Autoren, weshalb Norwaco nicht als Verwertungsorganisation für ausländische Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber bezeichnet werden könne²⁰.

Zweites Kriterium ist, dass die Verwertungsorganisationen für ihren Tätigkeitsbereich repräsentativ sein müssen. Ursprünglich bezog sich dieses Kriterium auf die Vertretung eines erheblichen Teils der Autorinnen und Autoren des jeweiligen Landes durch diese Organisationen, was in Island und Schweden auch heute noch gilt²¹. Demgegenüber haben Dänemark, Finnland und Norwegen ihre Gesetze in diesem Punkt geändert, um nicht mit den Bestimmungen der EU über die Nichtdiskriminierung von EU-Angehörigen in Konflikt zu geraten. In diesen Ländern wird nunmehr verlangt, dass die Organisationen einen wesentlichen Teil der Autorinnen und Autoren vertreten, deren Werke im jeweiligen Land genutzt werden²². In dieser Ausformung entspricht die Regelung jetzt zwar den EU-Vorschriften, doch entsteht in der Anwendung sogleich eine neue Schwierigkeit, weil die Verwertungsorganisationen konsequenterweise auch repräsentativ für ausländische Autorinnen und Autoren sein müssten, deren Werke in den betreffenden Ländern genutzt werden. Diese Voraussetzung erfüllen die historisch gewachsenen, national organisierten Verwertungsgesellschaften in aller Regel nicht. Im bereits erwähnten Rechtsstreit zwischen der Norwaco und der zuständigen norwegischen Aufsichtsbehörde wurde

die fehlende Vertretung ausländischer Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber als weiteres Argument dafür verwendet, dass der Norwaco die Anerkennung als ECL-berechtigte Lizenzgeberin verweigert wurde²³. Allerdings erscheint diese Schlussfolgerung angesichts der doch recht offenen Formulierungen in den Gesetzestexten, die lediglich die Vertretung «eines wesentlichen Teils» der betroffenen Autorinnen und Autoren (Dänemark und Norwegen) bzw. «einer grossen Zahl» betroffener Autorinnen und Autoren (Finnland) verlangen, keineswegs als zwingend²⁴.

In formeller Hinsicht benötigen Verwertungsorganisationen, welche ECL erteilen, in allen genannten Ländern ausser in Schweden eine staatliche Anerkennung. Dabei erfüllt schon aufgrund des Repräsentativitätserfordernisses in der Regel jeweils nur eine Organisation pro Werkgattung die gesetzlichen Voraussetzungen²⁵, doch dient die Anerkennungspflicht nicht zuletzt dem Ziel, eine konkurrierende Tätigkeit von Verwertungsorganisationen im Bereich von ECL zu vermeiden²⁶. Die dänische und die norwegische Regelung sehen ausdrücklich vor, dass die Bewilligung statt einer einzelnen Verwertungsgesellschaft auch einem Zusammenschluss mehrerer Verwertungsorganisationen erteilt werden kann²⁷, womit nötigenfalls Druck auf die Bildung einer solchen Dachorganisation ausgeübt werden kann²⁸. Das isländi-

¹⁵ § 50 Abs. 1 dänisches URG.

¹⁶ Art. 26 Abs. 1 finnisches URG.

¹⁷ § 38a norwegisches URG.

¹⁸ Art. 42a schwedisches URG.

¹⁹ Art. 23, 23a und 45a isländisches URG.

²⁰ Verfügung des Kabelvistnemndas vom 29. Juni 2011 (Verfahren 1/2010 und 4/2010).

²¹ Art. 23, 23a und 45a isländisches URG; Art. 42a schwedisches URG.

²² § 50 Abs. 1 dänisches URG; Art. 26 finnisches URG; § 38a norwegisches URG.

²³ Verfügung des Kabelvistnemndas vom 29. Juni 2011 (Verfahren 1/2010 und 4/2010).

²⁴ So auch O.-A. ROGNSTAD, *Avtalesens som nordisk løsningsmodell – Noen refleksjoner, særlig knyttet til avtalesensens legitimitet i utlandet*, NIR 2012, 620 ff. (626).

²⁵ Dazu auch G. KARNELL, *Avtalesenskonstruktionen, principella och praktiska frågor*, NIR 1981, 253 ff. (262 f.).

²⁶ M. KYST, *Avtalesens – Quo Vadis?*, NIR 2009, 44 ff. (49).

²⁷ § 50 Abs. 4 dänisches URG; § 38a norwegisches URG.

²⁸ Siehe auch T. RIIS/J. SCHOVSBO, *Extended Collective Licenses and the Nordic Experi-*

sche Gesetz hält für den Sendebereich sogar ausdrücklich fest, dass pro Werk-gattung nur eine Verwertungsorganisa-tion anerkannt werden kann²⁹. Finnland regelt das Problem dadurch, dass im gleichen Anwendungsbereich konkurrierend tätige Verwertungsorganisa-tionen gesetzlich verpflichtet werden, ECL gemeinsam zu erteilen³⁰.

3. Anwendungsbereiche

Wie bereits erwähnt, sollte die Rechts-figur der ECL ursprünglich vor allem den Rechteerwerb und die Entschädi-gung für Autorinnen und Autoren im Bereich von Rundfunksendungen re-geln. Dies ist auch heute noch der Hauptanwendungsbereich von ECL. Im Laufe der Jahre sind aber, wiederum mit erheblichen Unterschieden zwi-schen den einzelnen Ländern, eine ganze Reihe anderer Anwendungsbe-reiche dazugekommen. Zur Zeit finden sich in den Urheberrechtsgesetzen der fünf nordischen Staaten ECL-Vorschrif-ten für die folgenden Werknutzungen³¹:

- Kopieren geschützter Werke und Leistungen in Bildungsinstitu-tionen (Dänemark [nicht anwend-bar auf Kinofilme]³², Norwegen [nicht anwendbar auf Kinofilme]³³, Schweden [mit Opt-out-Recht]³⁴).
- Aufführung und Zugänglich-machung geschützter Werke und

Leistungen für Bildungszwecke und wissenschaftliche Forschung (Finnland³⁵).

- Kopieren geschützter Werke und Leistungen durch Behörden (Schweden [mit Opt-out-Recht]³⁶).
- Kopieren geschützter Werke und Leistungen in Betrieben (Däne-mark³⁷, Island [mit Opt-out-Recht]³⁸, Norwegen [nicht an-wendbar auf Filme]³⁹).
- Kopieren und Zugänglichmachen geschützter Werke und Leistungen durch öffentliche Archive und Bibliotheken (Dänemark [ohne Zugänglichmachen]⁴⁰, Norwe-gen⁴¹, Schweden [mit Opt-out-Recht]⁴²).
- Aufnahmen gesendeter Werk für Seh- und Hörbehinderte durch so-ziale Institutionen (Dänemark⁴³, Norwegen⁴⁴).
- Wiedergabe von Kunstwerken (Dä-nemark [mit Opt-out-Recht]⁴⁵).
- Sendung geschützter Werke und Leistungen (Dänemark [be-schränkt auf DR, TV2 und regio-nale TV2-Sender; nicht anwend-bar auf dramatische und filmische Werke]⁴⁶, Finnland [nicht an-wendbar auf dramatische und fil-mische Werke]⁴⁷, Island [mit Opt-out-Recht, nicht anwendbar auf dramatische Werke]⁴⁸, Norwegen [mit Opt-out-Recht, nicht anwend-bar auf dramatische und filmische Werke]⁴⁹, Schweden [mit Opt-out-

Recht, nicht anwendbar auf dra-matische Werke]⁵⁰).

- Kopieren und Speichern geschütz-ter Werke zu Sendezwecken (Finn-land [falls Verwendung für mehr als 4 Sendungen oder Speicherung für länger als ein Jahr]⁵¹).
- Wiederverwendung von Werken in Sendearchiven (Dänemark [mit Opt-out-Recht, anwendbar auf Eigenproduktionen von DR, TV2 und regionalen TV2-Sendern, die vor dem 1. Januar 2007 gesendet wurden]⁵², Finnland [anwendbar auf eigenproduzierte Fernsehsen-dungen, die vor dem 1. Januar 1985 gesendet wurden]⁵³, Norwe-gen [mit Opt-out-Recht, anwend-bar auf Eigenproduktionen, die vor dem 1. Januar 1997 gesendet wurden]⁵⁴, Schweden [mit Opt-out-Recht, anwendbar auf Eigen- und Auftragsproduktionen, die vor dem 1. Juli 2005 gesendet wurden]⁵⁵).
- Weitersendung (Dänemark [nicht anwendbar für eigene Rechte der Sendeunternehmen]⁵⁶, Finnland⁵⁷, Island⁵⁸, Norwegen [nicht an-wendbar für eigene Rechte der Sendeunternehmen]⁵⁹, Schweden [nicht anwendbar für eigene Rechte der Sendeunternehmen]⁶⁰).

Im Jahre 2008 führte Dänemark eine sogenannte «allgemeine» ECL ein, bei welcher der Anwendungsbereich nicht mehr im Gesetz definiert wird. Sie enthält ein Opt-out-Recht und kann immer dort zum Zuge kommen, wo eine anerkannte Verwertungsorganisation

ence – It's a Hybrid but is it a VOLVO or a Lemon?, Columbia Journal of Law and the Arts, Vol. 33 (2009/2010), 471 ff., und ROGNSTAD (Fn. 24), 624 f.

²⁹ Art. 23 isländisches URG.

³⁰ Art. 26 Abs. 2 finnisches URG.

³¹ Zu beachten ist, dass die jeweiligen gesetz-lichen Ausgestaltungen dieser Regelungen über die genannten Unterschiede hinaus erhebliche Differenzen aufweisen, auf welche hier nicht eingegangen wird. Es würde den Umfang dieser Übersicht sprengen, auf alle gesetzgeberischen Einzelheiten und Beson-derheiten hinzuweisen.

³² § 13 dänisches URG.

³³ § 13b norwegisches URG.

³⁴ Art. 42c schwedisches URG.

³⁵ Art. 14 finnisches URG.

³⁶ Art. 42a schwedisches URG.

³⁷ § 14 dänisches URG.

³⁸ Art. 15a isländisches URG.

³⁹ § 14 norwegisches URG.

⁴⁰ § 16b dänisches URG.

⁴¹ § 16a norwegisches URG.

⁴² Art. 42d schwedisches URG.

⁴³ § 17 Abs. 4 dänisches URG.

⁴⁴ § 17b norwegisches URG.

⁴⁵ § 24a dänisches URG.

⁴⁶ § 30 dänisches URG.

⁴⁷ Art. 25f finnisches URG.

⁴⁸ Art. 23 isländisches URG.

⁴⁹ § 30 norwegisches URG.

⁵⁰ Art. 42e schwedisches URG.

⁵¹ Art. 25f Abs. 3 finnisches URG.

⁵² § 30a dänisches URG.

⁵³ Art. 25g finnisches URG.

⁵⁴ § 32 norwegisches URG.

⁵⁵ Art. 42g schwedisches URG.

⁵⁶ § 35 dänisches URG.

⁵⁷ Art. 25h finnisches URG.

⁵⁸ Art. 23a und 45a isländisches URG.

⁵⁹ § 34 ff. norwegisches URG.

⁶⁰ Art. 42f schwedisches URG.

mit einer Nutzerin oder einem Nutzer eine Nutzungsvereinbarung über einen genauer bestimmten Bereich der Nutzung von Werken getroffen hat⁶¹. Die Neuerung entstand rund um die Diskussion über die Nutzung verwaister Werke, hat aber nun einen sehr viel allgemeineren Inhalt⁶². Sie soll insbesondere auch die Digitalisierung von Bibliotheks- und Museumsbeständen ermöglichen und ganz allgemein die Einführung von ECL-Lösungen in neuen Bereichen erlauben, ohne dass jedes Mal der Gesetzgeber bemüht werden muss⁶³. Sie soll auch dazu dienen, bestehende ECL-Regelungen an veränderte Gegebenheiten anzupassen oder bestehende gesetzliche Schrankenregelungen zu ergänzen, wo der gesetzlich definierte Anwendungsbereich nicht mehr den Bedürfnissen der heutigen Praxis entspricht. Die neue Bestimmung hat in kurzer Zeit zu einer deutlichen Ausbreitung von ECL in Dänemark geführt. Die vom Kulturministerium veröffentlichte Liste genehmigter «allgemeiner ECL» umfasst zur Zeit bereits 22 Vereinbarungen⁶⁴.

Es sieht ganz danach aus, als würde dieses dänische Beispiel Schule machen. Auch Schweden hat eine solche «allgemeine ECL» eingeführt, seltenerweise unter der entgegengesetzten Bezeichnung «särskild avtalslicens», also «besondere ECL»⁶⁵. Die neue Regelung ist seit dem 1. November 2013 in Kraft⁶⁶. Auch Finnland und Norwegen

prüfen die Einführung einer solchen Bestimmung⁶⁷.

4. Die gesetzliche Drittwirkung

Die Vereinbarungen, welche zwischen Verwertungsorganisationen einerseits und Nutzerinnen und Nutzern andererseits abgeschlossen wurden und deren Rechtswirkung auf Dritte ausgedehnt wird, sind Lizenzverträge, also Verträge privatrechtlicher Natur. Ihr Inhalt ist innerhalb der zwingenden gesetzlichen Vorschriften frei verhandelbar. Daran ändert sich auch durch die gesetzliche Drittwirkung nichts.

Das ist besonders offensichtlich in Schweden, wo es gar keinen behördlichen Anwendungsakt gibt. Weder müssen die Verwertungsorganisationen auftreten, staatlich anerkannt sein, noch unterliegen die Vereinbarungen selbst irgendeiner staatlichen Inhaltskontrolle. In den übrigen Ländern, welche ECL kennen, bedürfen die Verwertungsorganisationen jeweils einer staatlichen Anerkennung, doch bezieht sich diese auf die Repräsentativität – und allenfalls auch auf bestimmte organisatorische Mindestanforderungen – der betreffenden Organisation, nicht aber auf den Inhalt der abgeschlossenen Vereinbarung. Auch dieses Anerkennungsanforderung ändert daher nichts am privatrechtlichen Charakter der Lizenzvereinbarung.

Gleiches gilt in Bezug auf die gesetzliche Regelung einer Drittwirkung. Diese ist ja in der ursprünglichen Konzeption durch S. BERGSTRÖM nicht mehr als eine zivilrechtliche Vermutungsklausel, wie sie im Urheberrecht auch in andern Zusammenhängen existiert, so etwa in Bezug auf die Vermutung der Urheberschaft in Art. 15 RBÜ. Diese Vermutung war im schwedischen Modell in dem Sinne widerlegbar, als die Drittwirkung nur eintreten konnte, so-

weit Autorinnen und Autoren keinen gegenteiligen Willen geäußert hatten. Auch die ECL-Regelungen in den übrigen nordischen Ländern, bei welchen ein Opt-out-Recht besteht, stellen in diesem Sinne Vermutungsregeln dar.

Eine etwas andere Ausprägung erhält diese Drittwirkungsregelung dort, wo es keine Opt-out-Möglichkeit gibt. Die Vermutung eines Parteiwillens wird hier durch eine unwiderlegbare gesetzliche Fiktion ersetzt. Zwar handelt es sich auch in diesen Fällen noch um privatrechtliche Vorschriften, doch haben diese aufgrund der vorbehaltlos angeordneten Drittwirkung zwingenden Charakter. Vergleichbar sind diese zwingenden gesetzlichen Bestimmungen mit den Regelungen im kollektiven Arbeitsvertragsrecht, wo Gesamtarbeitsverträge durch behördlichen Entscheid allgemeinverbindlich erklärt werden können⁶⁸. Allerdings trifft der Vergleich insofern nicht zu, als bei ECL – im Unterschied etwa zur schweizerischen Regelung der Allgemeinverbindlich-Erklärung von Gesamtarbeitsverträgen – keine inhaltliche Überprüfung der zwischen den Parteien abgeschlossenen Vereinbarung erfolgt.

ECL sind also in jeder Hinsicht Instrumente des Privatrechts. Es sind Verträge, auf welche die allgemeinen Re-

⁶¹ § 50 Abs. 2 dänisches URG.

⁶² Dazu RIIS/SCHOVSBO (Fn. 28), Ziff. 2.2.

⁶³ So M. ROSENMEIER, Forældreløse værker. Hvad er problemet?, NIR 2012, 612 ff.; siehe auch RIIS/SCHOVSBO (Fn. 28).

⁶⁴ Die aktuell geltenden dänischen ECL können über die Homepage des dänischen Kulturministeriums kum.dk/kulturpolitik/ophavsret/godkendelser/ eingesehen werden.

⁶⁵ F. TRUMPKE, The Extended Collective License – A Matter of Exclusivity?, NIR 2012, 264 ff. (274, N 77).

⁶⁶ Art. 42h schwedisches URG.

⁶⁷ Dazu ROGNSTAD (Fn. 24), 630 f.

⁶⁸ Vgl. das Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen, SR 221.215.311. Die gelegentlich zu findende Behauptung, BERGSTRÖM habe seine Idee der ECL-Konstruktion aus dem kollektiven Arbeitsrecht übernommen (so etwa RIIS/SCHOVSBO [Fn. 28], N 5, und TRUMPKE [Fn. 65], 274, N 72), dürfte aber kaum zutreffen. Zum einen gibt es bei BERGSTRÖM keinen solchen Hinweis, und zum andern gab es im damaligen schwedischen Arbeitsrecht keine Regelung der Allgemeinverbindlich-Erklärung von Kollektivverträgen. Der erste vergleichende Hinweis auf das kollektive Arbeitsrecht findet sich bei KARNELL (Fn. 25), 266, dort aber bezeichnenderweise mit Bezug auf die Regelungen in Deutschland und Frankreich und mit der gleichzeitigen Bemerkung, dass das schwedische Arbeitsrecht keine solche Drittwirkungsregelung kenne.

geln des Privatrechts anwendbar sind. Sie werden auch auf dem Wege der Zivilrechtspflege durchgesetzt.

III. Extended Collective License – eine zulässige Urheberrechtsschranke?

Alle nordischen Länder haben die wesentlichen internationalen Vereinbarungen im Bereich des Urheberrechts wie etwa die Berner Übereinkunft, das Rom-Abkommen, das TRIPS-Abkommen und andere mehr unterzeichnet und haben sich dadurch verpflichtet, in ihren Gesetzgebungen den in diesen Konventionen vereinbarten urheberrechtlichen Mindestschutz zu gewährleisten. Dänemark, Finnland und Schweden sind zudem als direkte EU-Mitglieder, Island und Norwegen als Mitglieder des Europäischen Wirtschaftsraums, an die Harmonisierungsvorschriften der EU im Bereich des Urheberrechts gebunden. Es stellt sich damit die Frage, in welchem Verhältnis denn das Rechtsinstitut der ECL zu diesen international-rechtlichen Verpflichtungen steht. Dabei ist vorab nochmals auf den rechtlichen Charakter der ECL zurückzukommen.

1. Urheberrechtsschranke oder Modalität der Rechteverwaltung?

Die Frage, ob ECL allenfalls in Widerspruch zu international-rechtlichen Bestimmungen wie etwa dem Drei-Stufen-Test von Art. 9 Abs. 2 RBÜ stehen oder den Numerus clausus für Schrankenregelungen in der EU-Urheberrechts-Richtlinie verletzen, stellt sich nur, wenn es sich bei ECL rechtlich gesehen um Urheberrechtsschranken handelt. Dies scheint zumindest in der EU-internen Diskussionen nicht ohne Weiteres bejaht zu werden. ECL werden in E. 28 und in Art. 3 Abs. 2 der Satellitenrundfunk- und Kabelweiterverbrei-

tungs-Richtlinie der EU⁶⁹, im E. 18 zur Urheberrechts-Richtlinie⁷⁰, in E. 24 zur Richtlinie über verwaiste Werke⁷¹ wie auch in E. 12 zur Richtlinie über kollektive Rechteverwaltung⁷² immer nur als Vorschriften zur Rechteverwaltung bezeichnet. Der Schluss, dass es sich in den Augen der EU-Behörden gar nicht um Urheberrechtsschranken handelt, erscheint daher dem ersten Anschein nach nicht als abwegig⁷³.

Als Beleg dafür, dass ECL lediglich eine Modalität der Rechteverwaltung seien, welche das Ausschliesslichkeitsrecht der Autorinnen und Autoren gar nicht beschränke, wird auch gerne das Opt-out-Recht angeführt. Dank dieses Veto-Rechts könne sich jede berechtigte Person einer Nutzung ihrer Werke gegen den eigenen Willen widersetzen. Allerdings übersieht diese Auffassung, dass die Opt-out-Möglichkeit in vielen Fällen schon rechtlich nicht vorgesehen ist. Dort, wo sie tatsächlich besteht, ist sie zum Teil an Formvorschriften wie an das Erfordernis der Schriftlichkeit gebunden⁷⁴. Die Praxis zeigt auch, dass von bestehenden Opt-out-Möglichkeiten kaum Gebrauch gemacht wird, sei es, weil die Berechtigten der kollektiven Verwertung zustimmen, sei es, weil sie von der Verwertung gar keine Kenntnis haben oder das Verbotswort aufgrund praktischer Schwierigkeiten nicht ausüben können oder wollen⁷⁵. Vor allem

aber stellt die Ausübung des Opt-out-Rechts zwar wohl das Ausschliesslichkeitsrecht ex post wieder her, ändert aber nichts daran, dass zuvor bereits erfolgte Nutzungen des betreffenden Werks gesetzlich erlaubt waren und auch erlaubt bleiben, das Ausschliesslichkeitsrecht also zumindest für einen bestimmten Zeitraum aufgehoben war.

Es kann daher eigentlich keinen sinnvollen Zweifel daran geben, dass ECL-Regelungen der Sache nach mehr sind als blosse Vorschriften zur Rechteverwaltung, sondern dass es sich dabei eindeutig um Urheberrechtsschranken handelt⁷⁶. Die Vorschriften haben somit den Anforderungen des internationalen Rechts, insbesondere dem Drei-Stufen-Test von Art. 9 Abs. 2 RBÜ⁷⁷, Art. 13 TRIPS⁷⁸, Art. 10 WCT⁷⁹ und Art. 16 WPPT⁸⁰ zu genügen. Ebenso müssen sie mit den Harmonisierungsvorschriften der EU vereinbar sein, da die betreffenden Länder der EU oder dem EWR angehören.

2. Vergleich von ECL mit andern Urheberrechtsschranken

Wie sich bereits aus der Darstellung in Ziffer II. ergibt, unterscheiden sich ECL in wesentlichen Punkten von andern Formen von Urheberrechtsschranken, wie sie im internationalen Recht oder auch im schweizerischen URG zu finden sind. Diese Besonderheiten betreffen

⁶⁹ Richtlinie 93/83/EWG (Fn. 4).

⁷⁰ Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (ABl. 2001, Nr. L 167, 10).

⁷¹ Richtlinie 2012/28/EU (Fn. 6).

⁷² Richtlinie 2014/26/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die kollektive Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten und die Vergabe von Mehrgebietslizenzen für Rechte an Musikwerken für die Online-Nutzung im Binnenmarkt (ABl. 2014, L 84, 72).

⁷³ Vgl. dazu aber hinten III.4.

⁷⁴ Z. B. Art. 23 isländisches URG.

⁷⁵ Kvst (Fn. 26), 51 f.

⁷⁶ So auch J. AXHAMN/L. GUIBAULT, Solving Europeana's mass-digitization issues through Extended Collective Licensing?, NIR 2011, 509 ff. (513); RIIIS/SCHOVSBO (Fn. 28), Ziff. 4.3.1; ROGNSTAD (Fn. 24), 622; TRUMPKE (Fn. 65), 278 ff.

⁷⁷ Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst, revidiert in Paris am 24. Juli 1971, SR 0.231.15.

⁷⁸ TRIPS-Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum, Anhang 1C, SR 0.632.20.

⁷⁹ WIPO-Urheberrechtsvertrag vom 20. Dezember 1996, SR 0.231.151.

⁸⁰ WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger vom 20. Dezember 1996, SR 0.231.171.1.

unter anderem die lizenzierende Partei, die jeweiligen Lizenzbedingungen und das Verhältnis zwischen individueller und kollektiver Rechtswahrnehmung.

So ist zunächst festzuhalten, dass ECL keine gesetzliche Lizenzen sind. Die Nutzung geschützter Werke und Leistungen wird nicht durch eine gesetzliche Vorschrift erlaubt, sondern durch eine vertragliche, von einer Verwertungsorganisation erteilte Lizenz. Der Anspruch der Berechtigten wird auch nicht auf einen Vergütungsanspruch reduziert, sondern das Verbotrecht bleibt erhalten und kann, soweit Opt-out-Rechte bestehen, auch weiterhin individuell, in den andern Fällen durch die Verwertungsorganisation ausgeübt werden. Ebenso entrichten die Lizenznehmerinnen und Lizenznehmer keine gesetzlich festgelegte Vergütung, sondern sie bezahlen eine vertraglich festgelegte Entschädigung für vertraglich eingeräumte Nutzungsbefugnisse. Die jeweiligen Nutzungsbedingungen sind nicht gesetzlich festgelegt, sondern sie werden durch die Vertragsparteien, die Verwertungsorganisation auf der einen Seite, Nutzerinnen oder Nutzer bzw. ganze Nutzergruppen auf der andern Seite, frei ausgehandelt⁸¹. Dies gilt insbesondere auch für die «allgemeine ECL», wo nicht einmal der Anwendungsbereich gesetzlich festgelegt ist⁸².

ECL sind auch keine Zwangslizenzen im Sinne von Art. 23 URG. Zwangslizenzen verpflichten Rechtsinhaberinnen und Rechtsinhaber zur Erteilung von individuellen Lizenzen, wo immer ein Nutzer oder eine Nutzerin eine solche verlangt, zu Bedingungen, welche zwischen den Parteien auszuhandeln sind und im Streitfall gerichtlich festge-

legt werden können. Demgegenüber gibt es im Bereich von ECL grundsätzlich keine Verpflichtung zum Abschluss von Lizenzverträgen⁸³. Auch erfolgt die Lizenzierung bei ECL nicht individuell durch die Berechtigten, sondern kollektiv durch eine Verwertungsorganisation⁸⁴.

Am ehesten vergleichbar sind ECL-Regelungen mit einer Verpflichtung zur kollektiven Verwertung, wie sie das schweizerische URG in den Art. 22, 22a, 22b, 22c und 24b kennt. Auch dort wird die Befugnis zur Ausübung urheberrechtlicher Verwertungsrechte von Gesetzes wegen auf eine Verwertungsorganisation übertragen, ohne dass die Berechtigten in diese Übertragung einwilligen müssten oder sich dagegen wehren könnten. Im Unterschied zu dieser Kollektivverwertungspflicht wird durch ECL-Regelungen die Verwertungsbefugnis den Berechtigten aber nicht entzogen, sondern diese kann weiterhin auch individuell ausgeübt werden. Wo ein Opt-out-Recht besteht, gilt dies auch für das Verbotrecht, wo es nicht besteht, wird im Anwendungsbereich der Kollektivlizenz die Verbotsbefugnis auf die Verwertungsorganisation übertragen, doch können die übrigen Verwertungsrechte weiterhin individuell wahrgenommen werden. Individuelle und kollektive Verwertung bestehen bei ECL-Regelungen also kumulativ nebeneinander, wenn auch die individuelle Lizenzierung in vielen Fällen in der Praxis kaum noch Sinn machen dürfte⁸⁵. Diesbezüglich ist die

Regelung vergleichbar mit der Vorschrift von Art. 40 Abs. 3 URG, welche für den Bereich der Verwertung nicht-theatralischer Werke der Musik neben der kollektiven Verwertung über Verwertungsgesellschaften auch die persönliche Verwertung durch Urheber und Urheberinnen zulässt⁸⁶.

Wie bereits in Ziffer II.2 erläutert, unterscheiden sich ECL von in andern Ländern üblichen Regelungen obligatorischer kollektiver Rechteverwaltung auch insofern, als die mit dieser Rechtswahrnehmung beauftragte Verwertungsorganisation bereits im betreffenden Tätigkeitsbereich aktiv und dafür repräsentativ sein muss⁸⁷. Die gesetzlich angeordnete kollektive Rechtswahrnehmung wird dadurch direkt oder indirekt an die Organisationen gebunden, welche schon auf freiwilliger Basis im betreffenden Bereich Rechte kollektiv verwalten. Dies kann zwar bei der obligatorischen kollektiven Rechteverwaltung ebenfalls der Fall sein, ist aber keineswegs zwingend. Die Anbindung an eine repräsentative Organisation hat auch zur Folge, dass Grundlage von ECL in jedem Einzelfall freiwillig abgeschlossene Lizenzvereinbarungen sind, welche zumindest von den durch die Organisation vertretenen Berechtigten auch ohne gesetzlichen Zwang gutgeheissen wurden⁸⁸. Anders als bei der obligatorischen Kollektivverwertung werden diese Vereinbarungen keiner inhaltlichen Kontrolle durch eine staatliche Behörde unterzogen; Kriterium für den Eintritt der Drittwirkung ist einzig die Repräsentativität der lizenzierenden Verwertungsorganisation.

⁸¹ ROGNSTAD (Fn. 9), 155, bezeichnet es als wesentlichen Unterschied zur gesetzlichen Lizenz, dass die ECL eben nur zustande kommen kann, wo die Mitglieder einer repräsentativen Verwertungsorganisation freiwillig der entsprechenden Regelung zugestimmt haben.

⁸² TRUMPKE (Fn. 65), 276.

⁸³ Allerdings sind verschiedene Mechanismen der Streitschlichtung für den Fall vorgesehen, dass Verhandlungen zwischen der repräsentativen Verwertungsorganisation und einem Nutzer oder einer Nutzerin, welche eine ECL abschliessen wollen, zu keinem Ergebnis führen. Siehe etwa § 52 dänisches URG, Art. 54 finnisches URG, Art. 57 isländisches URG oder § 38 norwegisches URG.

⁸⁴ TRUMPKE (Fn. 65), 277.

⁸⁵ G. KARNELL, *Outsiders' Rights: A Dilemma for Collective Administration of Authors' Rights in a Present and Enlarged European*

Community, EIPR 1991, 430 ff. (434); TRUMPKE (Fn. 65), 277.

⁸⁶ Vgl. dazu D. BARRELET / W. EGLOFF, *Das neue Urheberrecht*, 3. Aufl. Bern 2008, URG 40 N 15 ff.

⁸⁷ Siehe dazu ROGNSTAD (Fn. 24), 623 ff., und vorne Ziff. II.2.

⁸⁸ ROGNSTAD (Fn. 9), 155.

3. ECL im Drei-Stufen-Test

Als Beschränkungen des Ausschliesslichkeitsrechts der Urheberinnen und Urheber unterliegen ECL demnach dem urheberrechtlichen Drei-Stufen-Test von Art. 9 Abs. 2 RBÜ, wonach Einschränkungen nur für bestimmte Einzelfälle zulässig sind, die normale Verwertung des Werks nicht beeinträchtigen dürfen und die Interessen der Urheberinnen und Urheber nicht unzumutbar verletzen sollen. Der gleiche Test findet sich in Art. 13 TRIPS-Abkommen, wobei allerdings laut Abkommenstext in der dritten Teststufe nicht auf die Interessen der Autorinnen und Autoren abgestellt werden soll, sondern auf diejenigen der Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber.

Nachdem ECL in den nordischen Staaten seit über 50 Jahren praktiziert worden sind, ohne dass je in einem Gerichtsverfahren geltend gemacht worden wäre, dass diese Regelung gegen die RBÜ verstossen würde, scheint es schon fast vermessen, sie nun plötzlich dem Drei-Stufen-Test unterziehen zu wollen. Ähnliches gilt auch für die neuen Fortentwicklungen der ECL-Praxis, insbesondere die Schaffung einer «allgemeinen ECL» in Dänemark und Schweden, ist doch auch diesbezüglich weder im Gesetzgebungsverfahren noch in der seitherigen Anwendung jemals behauptet worden, ein solches Vorgehen verstosse gegen den Drei-Stufen-Test⁸⁹. Angesichts der langjährigen Praxis erscheint daher die von RIIS/SCHOVSBO geäusserte Meinung, dass die teilweise Verwertung von Urheberrechten in Form von ECL in nordischen Ländern eben die «normale Verwertung von Werken» darstelle und daher von vorneherein nicht geeignet sei, die Berner Konvention zu verletzen⁹⁰, keineswegs als abwegig.

Festzuhalten ist, dass ECL natürlich nicht als abstrakte gesetzliche Regelung einem Drei-Stufen-Test unterzogen werden können, sondern nur in der konkreten Anwendung. Nicht die ECL-Regelungen als solche müssen dem Drei-Stufen-Test genügen, sondern die im Einzelnen getroffenen und auf Nichtbeteiligte ausgedehnten Lizenzvereinbarungen. Dies ist vor allem hinsichtlich der ersten Stufe des Drei-Stufen-Tests von Bedeutung. Schon aus den gesetzlichen Bestimmungen ergibt sich nämlich, dass sich ECL auf einzelne bestimmte Fälle beziehen müssen. Dies trifft auch für die «allgemeine ECL» des dänischen und schwedischen Rechts zu, welche zwar eine abstrakte Regel enthält, aber ebenfalls hinsichtlich der einzelnen Vereinbarung die genaue Umschreibung des Anwendungsbereiches verlangt⁹¹. ECL-Regelungen dürften daher ausnahmslos mit der ersten Stufe des Drei-Stufen-Tests kompatibel sein.

Die einzelnen Fälle von ECL betreffen fast immer Anwendungsbereiche, in welchen auch in andern Ländern vergleichbare Urheberrechtsschranken bestehen, wenn auch in anderer rechtlicher Ausgestaltung. Die Urheberrechte werden durch ECL daher im internationalen Vergleich zwar anders, aber nicht stärker eingeschränkt als anderswo in Europa. Insbesondere in allen Fällen mit Opt-out-Möglichkeit gehen die Beschränkungen des Ausschliesslichkeitsrechts, zumindest in der Theorie, sogar deutlich weniger weit, als es die Statuierung von gesetzlichen Lizenzen oder von Pflichten zur obligatorischen Kollektivverwertung mit sich bringt. Die unbeanstandete Existenz sachlich vergleichbarer Urheberrechtsschranken in andern Ländern kann daher als Beleg dafür dienen, dass auch ECL die normale Verwertung von Wer-

ken nicht beeinträchtigen. Diese sind daher auch mit der zweiten Stufe des Drei-Stufen-Tests vereinbar.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass ECL ausnahmslos mit Entschädigungspflichten der Nutzerinnen und Nutzer verbunden sind, an deren Ertrag die betroffenen aussenstehenden Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber beteiligt sind. Diese werden daher auch nicht in unzumutbarer Weise in ihren Interessen beeinträchtigt. Die ECL-Regelungen erscheinen vielmehr auch in Bezug auf die dritte Stufe als mit dem Drei-Stufen-Test ohne Weiteres vereinbar⁹².

Voraussetzung dieser Schlussfolgerung ist allerdings, dass die ECL-Regelung auch für Aussenstehende in der Praxis wirklich funktioniert. Nur wenn den Berechtigten aus der kollektiven Verwertung auch tatsächlich Entschädigungen zufließen, werden ihre Interessen nicht unzumutbar beeinträchtigt. Mehrere Autorinnen und Autoren weisen daher zu Recht darauf hin, dass ECL-Regelungen ein funktionierendes und international vernetztes System von Verwertungsorganisationen mit je effizienten Verwaltungen voraussetzen⁹³.

4. ECL und die Urheberrechts-Richtlinie der EU

Mit der Urheberrechts-Richtlinie von 2001 hat die EU einen *numerus clausus* zulässiger Urheberrechtsschranken ein-

⁸⁹ RIIS/SCHOVSBO (Fn. 28), Ziff. 4.3.2.; ROGNSTAD (Fn. 24), 632.

⁹⁰ RIIS/SCHOVSBO (Fn. 28).

⁹¹ § 50 Abs. 2 dänisches URG: «et nærmere defineret område»; Art. 42h schwedisches URG: «inom ett avgränsat användningsområde».

⁹² TRUMPKE (Fn. 65), 286 f. TRUMPKE weist auch zu Recht darauf hin, dass die Kriterien des Drei-Stufen-Test selbst Gegenstand umfangreicher wissenschaftlicher Auseinandersetzungen sind und dass es kaum das Ziel der Übernahme dieses Tests in das TRIPS-Abkommen gewesen sein könne, ein seit einem halben Jahrhundert gut funktionierendes Lizenzierungssystem auszuhebeln.

⁹³ So etwa J. AXHAMN, *Avtalslicenser i en gränsoverskridande kontext*, NIR 2012, 651 ff. (653); AXHAMN/GUIBAULT (Fn. 76), 514; RIIS/SCHOVSBO (Fn. 28), Ziff. 5.

geführt⁹⁴. Danach sind auch im nationalen Recht der Mitgliedstaaten und der Staaten des EWR nur noch diejenigen Schutzausnahmen zulässig, welche in diesem Katalog enthalten sind. Allerdings wird in E. 18 zur Richtlinie ausdrücklich festgehalten, dass diese «bestehende Regelungen der betroffenen Mitgliedstaaten für die Verwaltungen von Rechten, beispielsweise der erweiterten kollektiven Lizenzen» nicht berühre. Vor allem im Bereich der gesetzgebenden Behörden der Länder mit ECL-Regelungen herrscht denn auch die Auffassung vor, dass die Harmonisierungsbestrebungen der EU im Bereich des Urheberrechts den ECL-Vorschriften nicht entgegen stünden, sondern dass diese von EU-Seite sogar formell anerkannt würden⁹⁵.

Ob Erwägungsgrund 18 der Richtlinie 2001/29 wirklich so verstanden werden kann, ist allerdings zweifelhaft. So könnte dieser Erwägungsgrund auch durchaus in dem Sinne interpretiert werden, dass die in Art. 5 der Richtlinie enthaltenen Urheberrechtsschranken allenfalls auch in Form von ECL umgesetzt werden können, aber eben nur innerhalb der erlaubten Schrankenregelungen. Die grosse Mehrheit der Lehre hält denn auch den Schluss vom Hinweis auf ECL im genannten Rechtsinstrument auf eine allgemeine Anerkennung dieser Rechtsfigur für unzutreffend und weist insbesondere darauf hin, dass den genannten EU-Richtlinien nicht einmal zu entnehmen sei, was genau denn der EU-Gesetzgeber unter dem Begriff «ECL» verstehe⁹⁶. Umso weniger könne davon ausgegangen werden, dass der Europäische Gerichtshof im Falle eines entsprechenden Vorlageverfahrens konkrete ECL-Regelungen einfach durchwin-

ken werde⁹⁷. Eine eindeutige Stellungnahme vonseiten der EU-Behörden gibt es zu dieser Frage aber nicht, und der Europäische Gerichtshof hatte sich bisher nicht damit zu befassen.

Immerhin ist auch an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass in der Richtlinie zu Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung ECL explizit als mögliche Lösung des Rechteerwerbs statuiert sind, soweit es nicht um den Erwerb von Rechten an Filmen geht⁹⁸. Auch die wesentlich neuere Richtlinie über verwaiste Werke lässt ECL-Regelungen ausdrücklich zu⁹⁹. Die vor Kurzem in Kraft getretene Richtlinie über kollektive Rechteverwaltung hält fest, dass bestehende ECL-Regelungen von den Vorschriften der Richtlinie unberührt bleiben sollen¹⁰⁰. Es kann daraus zumindest der Schluss gezogen werden, dass das EU-Recht einer Verwendung dieses Rechtsinstruments nicht grundsätzlich entgegensteht. Auch ist durchaus denkbar, dass im Rahmen der kürzlich angelaufenen Bestrebungen zur Revision der Urheberrechts-Richtlinie¹⁰¹ erneut eine Diskussion um einen verstärkten Rückgriff auf ECL-Lösungen einsetzen wird¹⁰².

IV. Extended Collective License im grenzüberschreitenden Kontext

ECL sind nationale Lösungen. Sie regeln die Nutzung geschützter Werke und Leistungen im jeweiligen Land. Daher stellt sich sofort die Frage, inwiefern denn eine durch ECL ermöglichte Nut-

zung auch in andern Ländern als rechtmässig anerkannt wird. Dieser Frage kommt insbesondere dort grosse Bedeutung zu, wo ECL Internet-Nutzungen ermöglichen, da ja jeder Upload im Normalfall einen weltweiten Abruf der geschützten Werke und Leistungen ermöglicht. Müssen es sich schweizerische Autorinnen und Autoren gefallen lassen, dass ihre Werke aufgrund einer in einem nordischen Land erteilten ECL genutzt werden, also beispielsweise durch eine norwegische Bibliothek im Internet zugänglich gemacht oder von einem dänischen Radio gesendet werden? Müssen umgekehrt Nutzerinnen und Nutzer damit rechnen, von ausländischen Gerichten wegen einer Verletzung von Urheberrechten verurteilt zu werden, obwohl die Werknutzung in Übereinstimmung mit einer von ihnen erworbenen Lizenz erfolgt, welche sich aufgrund einer ECL-Regelung auch auf Werke ausländischer Autorinnen und Autoren bezieht?

1. Territorialprinzip, Schutzlandprinzip und Sendelandprinzip

Die meisten nationalen Urheberrechtsgesetzgebungen beruhen auf dem sogenannten Territorialprinzip, welches besagt, dass jeder Staat unter Vorbehalt internationaler Abkommen selbständig die Entstehung und Wirkung von Immaterialgütern regelt¹⁰³. Zwar verpflichten sich viele Staaten im Rahmen völkerrechtlicher Vereinbarungen, bei der Ausgestaltung ihres nationalen Urheberrechts gewisse Mindeststandards einzuhalten, und für die EU gelten in diesem Bereich verbindliche Harmonisierungsvorschriften. Dies ändert aber nichts daran, dass es sich bei den einzelnen Urheberrechtsgesetzen um nationales, autonom gesetztes Recht handelt. Dieser Umstand hat zur Folge,

⁹⁴ Art. 5 Richtlinie 2001/29/EG (Fn. 70).

⁹⁵ So ausdrücklich KYST (Fn. 26), 53.

⁹⁶ Vgl. etwa RIIS/SCHOVSBO (Fn. 28), Ziff. 3.1; ROGNSTAD (Fn. 9), 157; ROGNSTAD (Fn. 24), 622; TRUMPKE (Fn. 65), 283 f.

⁹⁷ ROGNSTAD (Fn. 24), 622. Ähnlich KYST (Fn. 26), 53.

⁹⁸ Art. 3 Abs. 2 Richtlinie 93/83/EWG (Fn. 4).

⁹⁹ Art. 1 Abs. 5 in Verbindung mit E. 24 der Richtlinie 2012/24/EU (Fn. 6).

¹⁰⁰ E. 12 zur Richtlinie 2014/26/EU (Fn. 72).

¹⁰¹ Vgl. dazu die von der EU-Kommission gestartete Konsultation zu einer möglichen Revision der Richtlinie 2001/29/EG, Dokument IP/13/1213 vom 5. Dezember 2013.

¹⁰² Davon geht auch LIEDES (Fn. 3), 117, aus.

¹⁰³ R. BÄR, SIWRI/1, Basel 1995, 103 f.; F. DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, Lausanne 1999, 639 f.

dass auf im Wesentlichen gleiche Sachverhalte von Land zu Land unterschiedliches Urheberrecht anwendbar ist. Die an einem Werk oder einer geschützten Leistung Berechtigten sind also nicht Inhaberinnen und Inhaber eines weltweit einheitlichen Rechts, sondern sie werden «mit einem Bündel von territorial begrenzten, unabhängig ausgestalteten Schutzrechten ausgestattet»¹⁰⁴. Gleichzeitig müssen Nutzerinnen und Nutzer davon ausgehen, dass die Rechtmässigkeit grenzüberschreitender Nutzungen in jedem Land nach andern Kriterien beurteilt wird.

Auf das konkrete Rechtsverhältnis zwischen Inhaberinnen und Inhabern von Urheberrechten einerseits und Nutzerinnen und Nutzern andererseits kann aber immer nur ein ganz bestimmtes nationales Recht Anwendung finden. Welches der verschiedenen nationalen Gesetze dies im Einzelfall ist, wird mangels einer überstaatlichen Regelung ebenfalls durch die nationalen Rechte festgelegt, im Streitfall durch das nationale Recht des angerufenen Gerichts¹⁰⁵. In der Schweiz ist dieses anwendbare Recht das Recht desjenigen «Staates, für den der Schutz der Immaterialgüter beansprucht wird»¹⁰⁶. Diese weit verbreitete Regel, die auch in Art. 5 Abs. 2 RBÜ verankert ist¹⁰⁷, wird als «Schutzlandprinzip» bezeichnet¹⁰⁸. Es ist also bei einer urheberrechtlichen Streitigkeit für die Wahl des anzuwendenden Rechts in der Regel nicht massgebend, in welchem Land dieser Rechtsstreit ausgetragen wird, sondern für welches Land Rechtsschutz beantragt wird.

Dieses Schutzlandrecht entscheidet über die Entstehung, den Inhalt, die Schranken und auch den Schutz des jeweils infrage stehenden Rechts wie auch über die Personen der daran Berechtigten¹⁰⁹. Beantragt also jemand in der Schweiz Schutz gegen eine Verletzung seines Urheberrechts in der Schweiz, so wird dieser Schutzanspruch aufgrund der Regelungen des schweizerischen Urheberrechts beurteilt. Beantragt die gleiche Person in der Schweiz Schutz gegen eine Verletzung ihres Rechts in Norwegen, ist für die Beurteilung des Schutzanspruchs norwegisches Urheberrecht massgeblich¹¹⁰.

Eine Sonderregelung enthält die EU-Richtlinie betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung¹¹¹. Dort wird in Art. 1 Abs. 2 lit. b statuiert, dass die öffentliche Mitteilung über Satellit nur in dem Land stattfindet, in welchem die programmtragenden Signale durch ein Sendeunternehmen in die Kommunikationskette eingegeben werden. Die gleiche Regelung findet sich auch in Art. 3 Abs. 1 der entsprechenden Konvention des Europarates¹¹². Mit diesem sogenannten «Sendelandprinzip» wird aber nicht eine international-privatrechtliche Regelung verankert, sondern die Bestimmung definiert den Begriff der öffentlichen Mitteilung über Satellit verbindlich für alle betreffenden Staaten in einer so einschränkenden Weise, dass auf diese Sachverhalte nur noch das Recht des Sendelandes Anwendung finden kann¹¹³.

2. Verbotsanspruch gegen eine durch ECL erlaubte Nutzung?

Was bedeutet dies nun für grenzüberschreitende Werknutzungen, die auf einer ECL beruhen? Es ist bemerkenswert, dass diese Frage in der urheberrechtlichen Literatur kaum erörtert wird und dass dazu keinerlei Rechtsprechung existiert. Die in Diskussionen um die Bedeutung von ECL gelegentlich geäusserte Befürchtung, dass bei der Zugänglichmachung eines geschützten Werkes im Internet als Folge der damit verbundenen Abrufbarkeit im Ausland gerichtliche Verfahren im Ausland drohten¹¹⁴, scheint sich bisher kaum bewahrheitet zu haben.

In der Tat ist auch keineswegs klar, dass eine solche grenzüberschreitende Nutzung, welche im Land der Sendung oder der Zugänglichmachung durch eine ECL erlaubt wird, im Ausland gerichtlich verboten werden kann. Das leuchtet insbesondere für die Sendung eines Werkes in einem über Satellitenrundfunk verbreiteten Programm ein. Selbst wenn in diesem Fall beispielsweise in der Schweiz aufgrund von Art. 109 IPRG oder aufgrund von Art. 5 Ziff. 3 des Lugano-Übereinkommens ein schweizerischer Gerichtsstand gegeben wäre¹¹⁵, so müsste mit der Klage Rechtsschutz im Land des Verletzers oder der Verletzerin beantragt werden, also ein Rechtsschutz im Land des Rundfunkveranstalters. Gestützt auf Art. 110 IPRG müsste die Klage nach dem entsprechenden ausländischen Recht beurteilt werden, also nach genau dem

¹⁰⁴ L. BÜHLER, Schweizerisches und internationales Urheberrecht im Internet, Freiburg 1999, 329.

¹⁰⁵ BÄR (Fn. 103), 104 ff. und 112 ff.

¹⁰⁶ Art. 110 Abs. 1 IPRG.

¹⁰⁷ Allerdings ist die international-privatrechtliche Bedeutung dieser Norm in der Lehre stark umstritten, vgl. BÜHLER (Fn. 104), 338 ff.; DESSEMONTET (Fn. 103), N 2140.

¹⁰⁸ BÜHLER (Fn. 104), 329; DESSEMONTET (Fn. 103), 645 ff.

¹⁰⁹ BÜHLER (Fn. 104), 386; DESSEMONTET (Fn. 103), 649 f.

¹¹⁰ DESSEMONTET (Fn. 103), 647 f.

¹¹¹ Richtlinie 93/83/EWG (Fn. 4).

¹¹² Konvention des Europarates betreffend Fragen des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte im Rahmen des grenzüberschreitenden Satellitenrundfunks (Konvention ETS No. 153).

¹¹³ AXHAMN (Fn. 93), 653; BÜHLER (Fn. 104), 399. Das Sendelandprinzip gilt nach Meinung des Bundesgerichts auch in der Schweiz

(vgl. BGE 136 III 232 E. 6). Zwar ist die vorstehend genannte EU-Richtlinie in der Schweiz nicht anwendbar, und die Schweiz hat auch die entsprechende Konvention des Europarates nicht ratifiziert, doch gilt das Sendelandprinzip laut Bundesgericht trotzdem, da der Gesetzgeber die Absicht gehabt habe, das URG möglichst mit dem europäischen Urheberrecht zu harmonisieren (E. 6.4).

¹¹⁴ Beispielsweise ROSENMEIER (Fn. 63), 613.

¹¹⁵ BÜHLER (Fn. 104) 350 f.

Recht, welches die Sendung auf der Basis einer ECL erlaubt. Dies wiederum müsste zum Ergebnis führen, dass eben gar keine Urheberrechtsverletzung vorliegt, sondern eine vertraglich bewilligte Nutzung von Werken und Leistungen, womit auch keine Verbotsmöglichkeit bestünde.

Ähnliches gilt aber auch für die Nutzung von geschützten Werken und Leistungen auf der Basis einer ECL im Internet. Zwar könnte in diesem Fall allenfalls ein Anspruch gegenüber dem inländischen Provider geltend gemacht werden, soweit dieser nicht, wie dies in vielen Ländern der Fall ist, im Genuss eines Haftungsprivilegs steht. Dies kann aber bestenfalls zur lokalen Sperrung eines bestimmten Internet-Angebots führen. Der Upload im Ausland liesse sich so nicht verbieten, weil damit Schutz vor einer ausländischen Rechtsverletzung beansprucht würde. Dieser Anspruch würde sich folglich nach dem Recht des Landes richten, in welchem der Upload stattfand, also nach dem Recht, welches diesen Upload erlaubt hat. Dies wiederum führte zum gleichen Ergebnis wie im vorher genannten Beispiel, dass nämlich gar keine Urheberrechtsverletzung vorliegt und auch kein Verbotsanspruch besteht.

Das verbreitete Verständnis, dass ECL Werknutzungen nur für das jeweilige Land erlauben und keine grenzüberschreitenden Nutzungen ermöglichen können, ist also zumindest zu relativieren. Der Versuch, aus dem Ausland eine ECL-basierte Nutzung zu verbieten, dürfte auf gewichtige prozessuale Schwierigkeiten stossen.

3. Europaweite Lizenzen?

Allerdings ist die blosser Hoffnung darauf, dass ein im Ausland erhobener Anspruch auf Unterlassung einer durch ECL erlaubten Nutzung an prozessualen Hürden scheitern werde, keine wirklich befriedigende Grundlage für eine auf Dauer ausgerichtete grenzüberschrei-

tende Nutzung. So zögert beispielsweise die königliche Bibliothek in Kopenhagen aus Furcht vor ausländischen Rechteinhabern und Rechteinhaberinnen, sich an einem grösseren Digitalisierungsprojekt zu beteiligen, obwohl dieses durch eine mit Copydan vereinbarte ECL legalisiert wird¹¹⁶. Solche Erfahrungen führen dazu, dass in den nordischen Ländern verstärkt nach Möglichkeiten gesucht wird, ECL-Regelungen so weiter zu entwickeln, dass grenzüberschreitende Nutzungen nicht nur als erwünschter Nebeneffekt mit erlaubt werden, sondern ausdrücklich Gegenstand der Lizenzierung sind. LIEDES spricht in diesem Zusammenhang von einer «avtalslicens 2.0»¹¹⁷.

So wird in Zusammenhang mit dem Aufbau der virtuellen Bibliothek Europeana ein Vorschlag diskutiert, das für den Satellitenrundfunk geltende Sendelandprinzip auch auf Onlinenutzungen zu übertragen und ein «Upload-Prinzip» einzuführen¹¹⁸. Anknüpfend an bereits bestehende Schrankenregelungen zugunsten von Museen, Bibliotheken und Archiven in der EU-Urheberrechts-Richtlinie¹¹⁹ soll dann eine europaweite ECL ermöglicht werden. Allerdings stösst diese Idee auf die Schwierigkeit, dass die bestehenden Schutzausnahmen für das angestrebte Ziel viel zu eng formuliert sind, so dass das Ziel ohnehin nur über eine Revision dieser Richtlinie erreichbar wäre¹²⁰. Dass dieser Vorschlag die notwendige Unterstützung findet, scheint darüber hinaus zweifelhaft: Immerhin ist daran zu erinnern, dass das Upload-Prinzip in der EU bereits früher einmal zur Disku-

sion gestellt wurde¹²¹ und damals auf verbreitete Ablehnung stiess¹²².

Als zweite Möglichkeit wird die Erteilung grenzüberschreitender ECL auf der Basis von Gegenseitigkeitsverträgen zwischen den nationalen Verwertungsorganisationen vorgeschlagen¹²³. Verwiesen wird dabei auf die Erteilung von Mehrgebietslizenzen, wie sie in der vor Kurzem erlassenen EU-Richtlinie über die kollektive Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten¹²⁴ vorgesehen ist. Allerdings müsste auch in diesem Fall eine zusätzliche Rechtsgrundlage erst noch geschaffen werden, da die genannte Richtlinie Mehrgebietslizenzen nur für den Bereich der Musik vorsieht und ausserdem keinen Ausdehnungsmechanismus auf von der Verwertungsorganisation nicht vertretene Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber kennt.

Eine nachhaltige Regelung von ECL im grenzüberschreitenden Kontext ist daher zur Zeit noch nicht in Sicht. Es ist aber keineswegs ausgeschlossen, dass eine solche Regelung wenigstens für den EU-Raum im Rahmen der begonnenen Vorbereitungsarbeiten zur

¹²¹ Grünbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 19. Juli 1995 (KOM [95] 382 endg.), 41.

¹²² BÜHLER (Fn. 104), 399 ff. (m.w.H.).

¹²³ AXHAMN (Fn. 93), 653. Diese Lösung, die von den Verwertungsgesellschaften im Musikbereich bereits einmal durch die Abkommen von Santiago und von Barcelona angestrebt wurde, war von der EU-Kommission als Verstoß gegen das EU-Wettbewerbsrecht bekämpft worden. Inzwischen hat der Europäische Gerichtshof aber in zwei Urteilen entschieden, dass die Gegenseitigkeitsverträge im Bereich der Verwertungsgesellschaften Sinn machen und mit dem EU-Recht ohne Weiteres vereinbar seien (EuGH vom 12. April 2013, CISAC u. a., T-442/08, EuGH vom 27. Februar 2014, OSA, C-351/12). Dies könnte dazu führen, dass die Erteilung länderübergreifender Lizenzen auf der Basis von Gegenseitigkeitsverträgen zwischen Verwertungsorganisationen in Zukunft doch wieder praktiziert werden wird.

¹²⁴ Richtlinie 2014/26/EU (Fn. 72).

¹¹⁶ ROSENMEIER (Fn. 63), 615.

¹¹⁷ LIEDES (Fn. 3), 117.

¹¹⁸ Diesen Ansatz vertreten insbesondere AXHAMN/GUIBAULT (Fn. 76), 514; vgl. auch AXHAMN (Fn. 93), 652 f.

¹¹⁹ Art. 5 Abs. 2 lit. c und Art. 5 Abs. 3 lit. n der Richtlinie 2001/29/EG (Fn. 70).

¹²⁰ AXHAMN/GUIBAULT (Fn. 76), 514.

Revision der Urheberrechts-Richtlinie zur Diskussion gestellt wird. Mit den positiven Erfahrungen, welche sie mit ECL-Regelungen in von der EU harmonisierten Bereichen wie dem Satellitenrundfunk oder der Nutzung verwaister Werke gemacht haben, bringen die nordischen Staaten jedenfalls starke Argumente in diese Diskussion ein.

V. Würdigung: Was nützen Extended Collective Licenses?

Die kurze Übersicht hat gezeigt, dass ECL im Bereich der kollektiven Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten eine eigenständige Regelung bilden. Sie stellen heute keine punktuelle Besonderheit mehr dar, sondern wurden im Laufe der Zeit auf immer neue Anwendungsbereiche ausgedehnt. Die Einführung einer «allgemeinen ECL» in Dänemark und Schweden sowie die Bestrebungen in den übrigen nordischen Ländern, diesem dänischen Beispiel zu folgen, zeigen, dass der Prozess noch keineswegs abgeschlossen ist. Vielmehr wird zurzeit über die geltenden nationalen Regelungen hinaus nach Lösungen gesucht, ECL auch für grenzüberschreitende Nutzungen attraktiv zu machen.

1. Beurteilungen der ECL in den nordischen Ländern selbst

In der rechtswissenschaftlichen Literatur der nordischen Staaten erhalten die ECL fast durchwegs gute bis sehr gute Noten. KYST bezeichnet ECL als «et eksempel på, at ophavsretten kan fungere i praksis på en måde, så både brugere og rettighedshavere kan opnå et tilfredsstillende resultat»¹²⁵. LIEDES spricht von einem «elegant sätt att lösa kompli-

¹²⁵ «Ein Beispiel dafür, dass das Urheberrecht in der Praxis in einer Weise funktionieren kann, welche für Nutzer und Rechtsinhaber ein

cerade situasjoner»¹²⁶. RUIS/SCHOVSBO bezeichnen die ECL als «extremely useful and effective» und als «instrumental to solving some of modern copyright's most vexing problems relating to mass licensing»¹²⁷. ROSENMEIER bezeichnet ECL als «på mange måder et genialt system»¹²⁸, das sowohl den Nutzerinnen und Nutzern wie auch den Autorinnen und Autoren auf bestmögliche Weise diene. Als aussenstehender Beobachter bezeichnet TRUMPKE ECL als «an appealing solution when properly shaped in an appropriate landscape of collective management»¹²⁹.

Als besonderer Vorteil von ECL wird die Praxisnähe hervorgehoben, die sich aus der Tatsache ergibt, dass ihr frei vereinbarte Lizenzverträge zugrunde liegen. Daraus ergibt sich auch die Möglichkeit einer wesentlich flexibleren Ausgestaltung als bei gesetzlich vorgegebenen Lizenzen. Diese ohnehin schon gegebene Flexibilität wird durch die Einführung der «allgemeinen ECL» noch verstärkt, da damit auch der Anwendungsbereich von ECL nach den Bedürfnissen der Praxis ausgestaltet werden kann.

Unklar ist, welche Auswirkungen ein allenfalls bestehendes Opt-out-Recht in der Praxis hat. In der Vergangenheit scheint davon kaum Gebrauch gemacht worden zu sein¹³⁰, weshalb sich in der Literatur bisher kaum rechtstatsächliche Hinweise darauf finden. Allerdings dürfte sich die Situation in einigen Anwendungsbereichen dadurch ändern, dass Teile der Musikindustrie dazu übergehen, den Verwertungsgesellschaften zumindest für den Online-Bereich ganze Repertoires zu entziehen

zufriedenstellendes Resultat ergibt», KYST (Fn. 26), 55.

¹²⁶ «Eine elegante Weise, komplizierte Situationen zu meistern», LIEDES (Fn. 3), 117.

¹²⁷ RUIS/SCHOVSBO (Fn. 28), Ziff. 6.

¹²⁸ «In verschiedener Hinsicht ein geniales System», ROSENMEIER (Fn. 63), 614.

¹²⁹ TRUMPKE (Fn. 65), 294.

¹³⁰ KYST (Fn. 26), 51 f.

und sie über eigene Agenturen zu vermarkten¹³¹.

Als Schwachpunkt der Regelung gelten die Unklarheiten bei grenzüberschreitenden Nutzungen. Auch die Urheberrechts-Gesetzgebung der EU wird als Unsicherheitsfaktor wahrgenommen, da das Verhältnis von ECL zum Numerus clausus des Schranken-katalogs in Art. 5 der EU-Richtlinie 2001/29/EG nicht abschliessend geklärt ist. Als weithin unproblematisch wird die Zulässigkeit von ECL unter dem Aspekt des Drei-Stufen-Tests beurteilt. Dementsprechend herrscht auch rundum Zuversicht, dass die vorhandenen Probleme mit grenzüberschreitenden Nutzungen lösbar sein werden und dass die EU selber in nicht allzu ferner Zukunft auf ECL-Regelungen zurückgreifen werde.

Zu Recht wird aber auch immer wieder darauf hingewiesen, dass ECL ein Umfeld aus sozial verankerten, effizienten und international vernetzten Verwertungsorganisationen erfordern. Nur wo ECL zu einer Praxis der Rechteverwaltung führe, welche sowohl den Interessen der Berechtigten als auch denjenigen der Nutzerinnen und Nutzer diene, werde dieses Rechtsinstrument als attraktive Lösung bei der Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten empfunden.

2. Beurteilung aus schweizerischer Sicht

Auch aus schweizerischer Sicht dürften ECL vor allem einmal wegen ihrer Flexibilität interessant sein. Nach dem heute geltenden Urheberrecht sind sämtliche Schrankenregelungen im Ge-

¹³¹ So insbesondere über die von GEMA und MCPS-PRS gebildete CELAS GmbH, welche das Repertoire der EMI Music Publishing Europe Ltd. vertritt. Vgl. dazu T. HOEREN/C. ALTEMARK, Musikverwertungsgesellschaften und das Urheberrechtswahrnehmungsgesetz am Beispiel der CELAS, GRUR 2010, 16 ff.

setz selbst festgeschrieben, und sie können nur durch den Gesetzgeber selbst wieder angepasst werden. Angesichts des im internationalen Vergleich sehr langsamen Gesetzgebungsprozesses in der Schweiz benötigen solche Anpassungen enorm viel Zeit, und das Risiko ist beträchtlich, dass sie beim Inkrafttreten bereits wieder überholt sind. Auch die Anwendungsbereiche der obligatorisch kollektiv zu verwertenden Rechte sind gesetzlich geregelt und entsprechend wenig flexibel. Zwar besteht hier eine Kompetenz der Exekutive, weitere Verwertungsbereiche der Bundesaufsicht zu unterstellen¹³², doch hat der Bundesrat davon unter der Geltung des aktuellen Gesetzes noch nie Gebrauch gemacht, und er wird davon laut eigener Bekundung auch in Zukunft nur «mit äusserster Zurückhaltung sowie nur auf Initiative der direkt Betroffenen und nach breiter Abklärung der Situation bei allen Beteiligten»¹³³ Gebrauch machen. Eine Flexibilisierung der Regelung kollektiver Rechteverwaltung lässt sich darauf kaum stützen.

Dass aber in der Praxis ein Bedürfnis nach grösserer Flexibilität besteht, ist kaum zu bestreiten. So erwies sich die in Art. 19 Abs. 3 URG enthaltene, auf das Fotokopieren ausgerichtete Umsetzung des Drei-Stufen-Tests als für die Aufzeichnung von Tönen und Bildern wie auch für digitale Werknutzungen weitgehend unbrauchbar. Die vom Gesetz durch die Eigengebrauchsregelung privilegierten Nutzungen lassen sich in diesen Randbereichen von nichtprivilegierten Nutzungsformen gar nicht sinnvoll abgrenzen¹³⁴. Folge davon ist, dass sich die für diesen Anwendungsbereich

relevanten Gemeinsamen Tarife der Verwertungsgesellschaften teilweise auf Werkverwendungen beziehen, welche gar nicht unter die gesetzliche Lizenz fallen¹³⁵, was unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit zwar bedenklich ist, in der Praxis aber zu keinerlei Schwierigkeiten führt. Auch im Bereich der Verbreitung von Radio- und Fernsehsendungen verändern sich die technischen Rahmenbedingungen so rasch, dass ein laufender Anpassungsbedarf hinsichtlich der Regeln für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten besteht. So erweist es sich beispielsweise als äusserst schwierig, neue Dienstleistungsangebote wie die externe Bereitstellung von Fernsehsendungen zum zeitverschobenen Empfang in die vom Gesetzgeber vorgegebene Systematik einzuordnen¹³⁶. Für jedes derartige Anwendungsproblem eine Gesetzesrevision in die Wege zu leiten, stellt aber aus praktischen und politischen Gründen keinen gangbaren Lösungsweg dar.

Auch die Umsetzung der Schrankenbestimmungen in praktisch anwendbare Lizenzregeln ist enorm zeitaufwändig, da sie über Tarife erfolgen muss, die von einer staatlichen Schiedskommission genehmigt werden müssen¹³⁷. Diese Tarife müssen zunächst mit den Nutzerorganisationen ausgehandelt, der Schiedskommission vorgelegt und von dieser auf Angemessenheit überprüft werden. Der Genehmigungs-

beschluss kann von allen Betroffenen über zwei Instanzen hinweg angefochten werden¹³⁸. Das ganze Verfahren kann leicht mehrere Jahre in Anspruch nehmen.

Die Erfahrungen mit ECL in den nordischen Ländern lassen vermuten, dass dieses Rechtsinstrument, insbesondere in der dänischen und schwedischen Form der «allgemeinen ECL», durchaus geeignet sein könnte, solche Probleme zu lösen. Im Unterschied zur jetzigen Regelung würden Nutzerorganisationen und Verwertungsgesellschaften nämlich nicht mehr am Gesetzeswortlaut orientierte Tarife aushandeln, sondern sie würden eine an den wechselseitigen Bedürfnissen orientierte Lizenzvereinbarung abschliessen. Können sie sich auf eine solche Vereinbarung einigen, so wäre diese unter den gesetzlich vorzuziehenden Bedingungen auch für geschützte Werke und Leistungen anwendbar, welche nicht zum Repertoire der beteiligten Verwertungsgesellschaften gehören. Einigen sie sich nicht, kommt gar keine Regelung zustande. Erweist sich die getroffene Regelung später als anpassungsbedürftig, kann sie zwischen den Vertragsparteien direkt wieder revidiert werden. Das gesamte Genehmigungsverfahren vor der Eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten entfällt und damit auch das daran angeknüpfte verwaltungsgerichtliche Verfahren. Im Vergleich zur heutigen Regelung über gesetzliche Lizenzen mit gesetzlich geregelten Anwendungsbereichen und von einer Behörde zu genehmigenden Tarifen erscheint ein solches Rechtsinstrument doch als wesentlich flexibler.

Es kommt dazu, dass die Rahmenbedingungen, auf deren Bedeutung für die Umsetzung von ECL bei Beurteilungen aus nordischer Sicht immer wieder hingewiesen wird – sozial verankerte und repräsentative Verwertungsgesell-

¹³² Art. 40 Abs. 2 URG, SR 231.1.

¹³³ So die bundesrätliche Botschaft zur URG-Revision, BBl 1989 III 558. Vgl. dazu auch C. GOVONI, Die Bundesaufsicht über die Verwertungsgesellschaften, ZSR 1993, 223 ff.

¹³⁴ W. EGLOFF, Revisionsbedarf beim urheberrechtlichen Eigengebrauch?, Medialex 2006, 35 ff. (44).

¹³⁵ So regeln die Gemeinsamen Tarife 7, 8 und 9 beispielsweise die Aufzeichnung vollständiger gesendeter Werke für den schulischen Unterricht bzw. für die innerbetriebliche Dokumentation, und die Gemeinsamen Tarife 8 und 9 regeln die Vervielfältigung von Musiknoten, obwohl diese Nutzungen gemäss Art. 19 Abs. 3 lit. a und c klarerweise nicht von der gesetzlichen Lizenz erfasst sind.

¹³⁶ Vgl. die Beschlüsse der Eidg. Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten vom 16. Dezember 2009 und vom 30. November/17. Dezember 2012 zum Gemeinsamen Tarif 12.

¹³⁷ Art. 46 URG, SR 231.1.

¹³⁸ Art. 74 URG, SR 231.1.

schaften, effiziente Verwaltung und speditive Verteilung der Verwertungserlöse an alle Berechtigten, internationale Vernetzung usw. – in der schweizerischen Verwertungslandschaft ohne Zweifel vorliegen. Die Organisation dieser Verwertungsgesellschaften als Genossenschaften oder Vereine mit einem hohen Organisationsgrad bewirkt eine sehr direkte Mitbestimmung durch die betroffenen Berechtigten. Dank der restriktiven Bewilligungsvoraussetzungen ist die Verwertungslandschaft auch sehr nachhaltig organisiert und übersichtlich. Zudem besteht eine strenge Aufsicht über die Geschäftsführung dieser Organisationen vonseiten der Bundesverwaltung. Von den Verwertungsstrukturen her dürfte daher nichts gegen eine Übernahme des nordischen ECL-Modells sprechen.

Allerdings müsste dabei sicher gestellt werden, dass die ECL-Regelungen umfassende Lösungen begünstigen und in den jeweiligen Anwendungsbereichen zu einer Optimierung der Rechteverwaltung führen. Unter diesem Gesichtspunkt darf es insbesondere nicht möglich sein, dass diese Regelungen dadurch unterlaufen werden können, dass grosse Rechteinhaber ganze Werkkataloge auf dem Weg des Verbotrechts der kollektiven Verwertung wieder entziehen und sich die Anwendbarkeit der ECL in der Folge nur auf kleine Restrepertoires bezieht. Diese Gefahr dürfte sowohl in der Musikbranche, im Bereich der Audiovision und im Bereich der wissenschaftlichen Fachliteratur, wo jeweils einige wenige Anbieter über grosse Teile des Weltrepertoires verfügen, zumindest latent vorhanden sein. Eine ECL-Regelung sollte im Nutzungsbereich dieser Werkkategorien daher keine Opt-out-Möglichkeit vorsehen.

3. Fazit

Die vorstehenden Überlegungen führen zum Schluss, dass einer Übernahme von ECL-Regelungen in das schweizerische

Urheberrecht keine grundlegenden Hindernisse entgegen stehen. Die Regelungen sind mit dem urheberrechtlichen Drei-Stufen-Test vereinbar, und der Numerus clausus der EU-Urheberrechts-Richtlinie ist für die Schweiz nicht anwendbar, falls dieser Numerus clausus den ECL-Regelungen tatsächlich widersprechen sollte, wovon aber nicht auszugehen ist. Auch die für ECL-Regelungen erforderlichen Rahmenbedingungen einer effizienten, international vernetzten Verwertungsstruktur, welche sowohl nichtorganisierte inländische als auch ausländische Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber zu ihrem Recht kommen lässt, sind in der Schweiz gegeben. Dank der den Verwertungsgesellschaften gesetzlich zugewiesenen Stellung als Quasi-Monopole steht auch deren Repräsentativität für ihren jeweiligen Tätigkeitsbereich ausser Frage.

Festzuhalten ist, dass ECL-Regelungen Urheberrechtsschranken darstellen, welche in die Ausschliesslichkeitsrechte der Berechtigten eingreifen, und dass ihre Einführung daher einer Rechtfertigung durch dem individuellen Verwertungsinteresse übergeordnete private oder öffentliche Interessen bedarf. Solche Interessen können beispielsweise die Notwendigkeit einer Entschädigung der Autorinnen und Autoren für unkontrollierbare Massennutzungen ihrer Werke und Leistungen sein, der Schutz der Privatsphäre von Nutzerinnen und Nutzern, das Interesse am Zugang zu Information, die Erhaltung des kulturellen Erbes, der Zugang dazu und andere Aspekte der Kommunikationsfreiheit wie auch viele weitere schützenswerte Interessen. Auch Praktikabilitätsüberlegungen dürfen eine Rolle spielen. Dabei ist aber immer darauf zu achten, dass die kollektive Verwertung von Rechten die normale individuelle Verwertung dieser Rechte nicht unnötig beeinträchtigt und dass sie die Interessen der Berechtigten nicht unzumutbar verletzt.

Zusammenfassung

Die ECL-Regelungen in den nordischen Ländern haben sich seit den Anfängen in den 60er-Jahren des vergangenen Jahrhunderts aus punktuellen Lösungen für Werknutzungen im Bereich des Rundfunks und der öffentlichen Bibliotheken zu einem Rechtsinstrument entwickelt, welches auf eine grosse und immer noch steigende Zahl von Bereichen Anwendung findet. Mit der Einführung einer «allgemeinen ECL» in Dänemark und Schweden ist der Anwendungsbereich zusätzlich erweitert worden.

Vor allem die Werknutzungen im Internet werfen die Frage auf, inwieweit nationale ECL-Regelungen grenzüberschreitende Wirkung haben können. Klare Antworten auf diese Frage gibt es derzeit nicht. Immerhin ist festzuhalten, dass die EU ECL-Lösungen in den Bereichen des Satellitenrundfunks wie auch der Nutzung verwaister Werke offiziell akzeptiert und dass auch die EU-Urheberrechts-Richtlinie ECL-Regelungen zumindest in einem noch zu klärenden Umfang toleriert. Eine Weiterentwicklung zu einem EU-weit anwendbaren Rechtsinstrument scheint daher nicht von vorneherein ausgeschlossen zu sein.

Auch einer Übernahme von ECL-Regelungen in das schweizerische Urheberrecht stehen keine grundsätzlichen Bedenken entgegen. Sofern sie sich an die Interessenabwägungen des urheberrechtlichen Drei-Stufen-Tests halten, sind ECL mit den international-rechtlichen Verpflichtungen der Schweiz ohne Weiteres vereinbar. Sie erscheinen auch durchaus geeignet, eine grössere Flexibilität der kollektiven Rechteverwaltung in der Schweiz zu ermöglichen, ohne ständige Anpassungen des Gesetzes vornehmen zu müssen. Gleichzeitig liesse sich mit diesem Instrument das doch sehr zeitraubende Genehmigungsverfahren für alle diejenigen Verfahren vermeiden, in welchen sich Verwertungsorganisationen und Nutzerorganisationen auf eine Lizenzvereinbarung geeinigt haben. Gerade im Hin-

blick auf die derzeit laufenden Vorbereitungsarbeiten für eine Änderung des URG erscheint es daher als prüfenswert, ob die anvisierten Ziele nicht auch durch die Einführung von ECL-Regelungen erreicht werden könnten.

Résumé

Les dispositions ECL que l'on trouve dans les pays nordiques ont évolué depuis leurs débuts, dans les années 60 du siècle dernier. D'abord solutions ponctuelles pour l'utilisation d'œuvres dans le domaine de la radiodiffusion ou des bibliothèques publiques, elles sont devenues un instrument juridique s'appliquant à un nombre important et toujours croissant de domaines. Avec l'introduction d'une «ECL générale» au Danemark et en Suède, le champ d'application s'est encore élargi.

En particulier, l'utilisation d'œuvres sur l'Internet pose la question de la mesure dans laquelle les systèmes nationaux d'ECL peuvent avoir des effets transfrontaliers. Il n'y a pour le moment pas de réponse claire à cette question. Il convient toutefois de noter que l'UE accepte officiellement les solutions de l'ECL dans les domaines de la radiodiffusion par satellite et de l'utilisation d'œuvres orphelines ; de même, la Directive de l'UE sur le droit d'auteur tolère les ECL dans une mesure qui reste encore à déterminer. Il n'est donc a priori pas exclu que cet instrument se développe pour devenir un instrument juridique applicable à l'échelle européenne.

De même, il n'y a pas de raison fondamentale de s'opposer à l'adoption des régimes ECL dans le droit d'auteur suisse. Dès lors qu'elles respectent la pesée des intérêts découlant du «three step test»

appliqué en droit d'auteur, les ECL sont tout à fait compatibles avec les obligations légales internationales de la Suisse. Elles semblent également tout à fait aptes à permettre une plus grande souplesse dans la gestion collective des droits en Suisse, sans que des ajustements constants de la loi ne soient nécessaires. En même temps, cet instrument permettrait d'éviter la procédure d'approbation chronophage dans tous les cas dans lesquels les sociétés de gestion et les organisations d'utilisateurs se sont entendues sur un accord de licence. Compte tenu des travaux préparatoires à une révision de la LDA qui sont actuellement en cours, il semble utile d'examiner si les objectifs visés ne pourraient pas également être atteints par la mise en place de règles ECL.