ABHANDLUNGEN ZUM
URHEBER- UND KOMMUNIKATIONSRECHT 63

Hubertus Weber

Die urheberrechtliche Zwangslizenz

Nomos Stämpfli Verlag C.H.BECK

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ABHANDLUNGEN ZUM
URHEBER- UND KOMMUNIKATIONSRECHT

des Max-Planck-Instituts für
Innovation und Wettbewerb

Herausgegeben von
Josef Drexl
Reto M. Hilty
Gerhard Schricker
Joseph Straus

Band 63

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Hubertus Weber

Die urheberrechtliche Zwangslizenz

Nomos Stämpfli Verlag C.H.BECK

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Zugl.: München, Ludwig-Maximillians-Univ., 2017.

ISBN 978-3-8487-5097-9 (Print)

ISBN 978-3-8452-9299-1 (ePDF)

ISBN 978-3-7272-1908-5 (Stämpfli Verlag AG Bern)

Die Schriftenreihe ist bis Band 51 beim Verlag C.H. Beck, München erschienen.

1. Auflage 2018
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2017/18 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Sie ist zwischen 2012 und 2015 am Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb entstanden und befindet sich überwiegend auf dem Stand von Dezember 2015. Nachträgliche Änderungen sind nur vereinzelt berücksichtigt.

Mein tiefempfundener Dank gilt an erster Stelle meinem verehrten Doktorvater Prof. Dr. Reto M. Hilty. Er hat die Arbeit in jeder Hinsicht intensiv betreut und gefördert und ist mir in seinem Streben, geltende Dogmen in Frage zu stellen, ein stetes Vorbild. Herrn Prof. Dr. Josef Drexl, LL.M. (Berkeley) schulde ich Dank für sein sorgfältiges Zweitgutachten und seine wertvollen Anregungen. Beiden Direktoren des Max-Planck-Instituts danke ich für die fantastische Zeit, die ich als Stipendiat am Max-Planck-Institut erleben durfte, die Aufnahme in die Schriftenreihe und den großzügigen Druckkostenzuschuss.

Für anregende Diskussionen am Institut danke ich Dr. Sylvie Nérisson, LL.M. (HU Berlin), Dr. Dr. Mark-Oliver Mackenrodt, LL.M. (NYU), Patricia Pérez Fernández, Fabian Hafenbrädl, Peter Slowinski, J.S.M. (Stanford) und Max Wallot, LL.M. (Stanford).

Mein größter Dank gilt meinen Eltern, die mich während meiner gesamten Ausbildung uneingeschränkt unterstützt haben. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

München, im April 2018 Hubertus Weber

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis 23

Einleitung 35

A. Gegenstand der Untersuchung 35

B. Gang der Untersuchung 37

1. Kapitel: Problemanalyse 38

A. Zweck des Urheberrechts 38

I. Individualistische Begründungsansätze 40

1. Theorie vom geistigen Eigentum 40

a) Derivativ-individualistisches Argument 43

b) Originär-individualistisches Argument 45

c) Utilitaristisches Argument 47

d) Zwischenergebnis 50

2. Theorie vom Urheberrecht als Persönlichkeitsrecht 51

3. Dualistische und monistische Theorie 53

4. Zwischenergebnis 55

II. Utilitaristische Begründungsansätze 56

1. Grundlagen der ökonomischen Analyse des Rechts 56

a) Das ökonomische Verhaltensmodell 57

aa) Inhalt 57

bb) Kritische Würdigung 58

b) Das ökonomische Effizienzziel 61

aa) Pareto-Kriterium 61

bb) Kaldor-Hicks-Kriterium 63

(1) Inhalt 63

(2) Kritische Würdigung 64

c) Zwischenergebnis 67

2. Incentive-Access-Ansatz 68

a) Inhalt 69

aa) Anreiz 69

bb) Zugang 74

(1) Konsumtive Unternutzung 74

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(2) Kreative Unternutzung 81
(3) Produktive Unternutzung 82
(a) Keine Verwertung 82
(b) Keine neuartige Verwertung 83
(c) Keine gleichartig-konkurrierende Verwertung 84
cc) Anreiz-Zugangs-Optimierung 84
b) Kritische Würdigung 87
aa) Anreizerfordernis 87
bb) Alternative Anreizmechanismen 90
cc) Effizienzziel 91
dd) Operationalisierbarkeit 92
c) Zwischenergebnis 93
3. Property-Rights-Ansatz 94
a) Inhalt 94
b) Kritische Würdigung 97
4. Zwischenergebnis 99
III. Zwischenergebnis 100

B. Problemanalyse im Einzelnen 103
I. Keine Verwertung 104
1. Analyse 104
a) Deutsches Recht 105
b) Französisches Recht 107
2. Bewertung 110
II. Keine neuartige Verwertung 112
1. Keine oder unwesentliche Beeinträchtigung der bisherigen Verwertung 113
a) Nutzung durch Büchersuchmaschinen mit Auszugsansicht 113
aa) Analyse 114
(1) Deutsches Recht 117
(2) Französisches Recht 120
bb) Bewertung 122
b) Nutzung im Internet-Fernsehen 124
aa) Analyse 124
(1) Deutsches Recht 125
(2) Französisches Recht 127
bb) Bewertung 128

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c) Verwertung durch Internet-Videorekorder 131
aa) Analyse 131
(1) Deutsches Recht 132
(2) Französisches Recht 133
bb) Bewertung 134
d) Zwischenergebnis 136
2. Wesentliche Beeinträchtigung der bisherigen Verwertung 137
a) Analyse 137
b) Bewertung 139
III. Keine gleichartig-konkurrierende Verwertung 141
1. Wissenschaftliche Aufsätze 143
a) Analyse 144
aa) Substituierbarkeit wissenschaftlicher Aufsätze 148
bb) Substituierbarkeit wissenschaftlicher Zeitschriften aus Autorensicht 151
(1) Austauschbarkeit mit Publikationen einer anderen Art 152
(2) Austauschbarkeit mit Publikationen derselben Art 153
(3) Austauschbarkeit mit Open-Access-Zeitschriften („Golden Open Access“) 157
(a) Veröffentlichungskosten 157
(b) Langzeitverfügbarkeit 158
(c) Renommee 159
(d) Zwischenergebnis 162
(4) Zwischenergebnis 162
cc) Substituierbarkeit wissenschaftlicher Artikel aus Nutzersicht 163
(1) Öffentlich verfügbare Kopien des Artikels 163
(a) Öffentliche Verfügbarmachung nach deutschem Recht 164
(aa) Öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung 164
(bb) Wiedergabe von Werken an elektronischen Leseplätzen in öffentlichen Bibliotheken, Museen und Archiven 166
(cc) Kopienversand auf Bestellung 167

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(dd) Zwischenergebnis 169
(b) Öffentliche Verfügbarmachung nach französischem Recht 169
(aa) Wiedergabe oder Vervielfältigung für Unterricht und Forschung 169
(bb) Wiedergabe an Terminals in öffentlichen Bibliotheken, Museen und Archiven 171
(cc) Zwischenergebnis 172
(c) Zwischenergebnis 172
(2) Open-Access-Zweitveröffentlichung („Green Open Access“) 172
(a) Angebot 173
(aa) Zweitveröffentlichungsrecht 173
[1] Preprints 173
[2] Postprints 174
(bb) Gebrauch des Zweitveröffentlichungsrechts 178
(b) Substituierbarkeit 179
(c) Zwischenergebnis 181
(3) Zweitverwertung 182
(4) Zwischenergebnis 183
dd) Preiselastizität 184
ee) Zwischenergebnis 187
b) Bewertung 187
2. Sole-source-Datenbanken 190
a) Analyse 191
aa) Sole-source-Daten 191
bb) Schutz der Datenbank nach deutschem und französischem Recht 192
cc) Schutz der Sole-source-Daten nach deutschem und französischem Recht 196
b) Bewertung 197
IV. Exkurs: Beschränkung der Interoperabilität von Computerprogrammen und technischen Schutzmaßnahmen 200
1. Analyse 200
a) Interoperabilität von Computerprogrammen 200
b) Interoperabilität von technischen Schutzmaßnahmen 206

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Bewertung 209
a) Ökonomische Effizienz 210
aa) Effizienzvorteile 210
bb) Effizienznachteile 212
cc) Zwischenergebnis 214
b) Außerökonomische Überlegung 215
3. Zwischenergebnis 216
V. Zwischenergebnis 217

2. Kapitel: Lösungsansätze 218

A. Lösungsansätze im Überblick 218
I. Begriffe 218
1. Schutzvoraussetzungen 218
2. Schutzfrist 220
3. Schutzbeschränkungen 221
a) Wirkung 222
b) Verortung 224
c) Vorgaben des Konventions- und Unionsrechts 224
d) Vor- und Nachteile 224
aa) Rechtssicherheit 225
bb) Flexibilität 226
cc) Generalisierende und Einzelfallgerechtigkeit 227
dd) Transaktionskosten 227
ee) Effektivität 229
II. Schutzbeschränkungen im Überblick 231
1. Gesetzliche Lizenz 231
a) Gesetzliche Lizenz ohne Vergütungspflicht 232
b) Gesetzliche Lizenz mit Vergütungspflicht 234
c) Vorgaben des Konventions- und Unionsrechts 237
d) Vor- und Nachteile 237
aa) Formell realisierbare Variante 238
bb) Materiell realisierbare Variante 241
2. Konditionale kollektive Lizenz 243
a) Verwertungsgesellschaftspflicht 243
aa) Wirkung 243
bb) Verortung 244
cc) Vorgaben des Konventions- und Unionsrechts 245

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Wahrnehmungsfiktion 248
aa) Wirkung 248
bb) Verortung 249
cc) Vorgaben des Konventions- und Unionsrechts 250
c) Wahrnehmungsvermutung 250
aa) Wirkung 250
bb) Verortung 251
cc) Vorgaben des Konventions- und Unionsrechts 252
d) Erweiterte kollektive Lizenz 252
aa) Erweiterte kollektive Lizenz mit Widerspruchsrecht 253
bb) Erweiterte kollektive Lizenz ohne Widerspruchsrecht 254
cc) Vorgaben des Konventions- und Unionsrechts 254
e) Vor- und Nachteile 257
3. Zweitverwertungsrecht 259
a) Wirkung 259
b) Verortung 260
c) Vorgaben des Konventions- und Unionsrechts 260
d) Vor- und Nachteile 261
4. Kartellrechtliche Preiskontrolle 262
a) Marktbeherrschende Stellung 262
b) Preismissbrauch 264
aa) Vergleichsmarktkonzept 264
bb) Konzept der Gewinnbegrenzung 266
c) Verpflichtung zur Festsetzung angemessener Preise 268
d) Vor- und Nachteile 268
5. Kartellrechtliche Zwangslizenz 271
a) Marktbeherrschende Stellung 273
b) Missbräuchliche Lizenzverweigerung 275
aa) Unionskartellrecht 276
(1) „Volvo“ 276
(2) „Magill“ 278
(3) „Tiercé Ladbroke“ 280
(4) „IMS Health“ 281
(a) Inhalt 281
(b) Deutung 282
(5) „Microsoft“ 286

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(6) „Huawei“ 289
(a) Inhalt 290
(b) Deutung 291
(7) Zwischenergebnis 293
bb) Deutsches Recht 294
(1) „Standard-Spundfass“ 294
(a) Anwendbarkeit deutschen Kartellrechts 294
(b) Anwendbarkeit neben immaterialgüterrechtlichen Zwangslizenzen 295
(c) Voraussetzungen der Missbräuchlichkeit 296
(2) „Elektronischer Programmführer“ 298
(3) Zwischenergebnis 300
cc) Französisches Recht 301
(1) „Lectiel“ 301
(2) „NMPP“ 303
(3) „Digitechnic“ 305
(4) „Blogmusik“ 306
(5) Zwischenergebnis 307
dd) Zwischenergebnis 308
c) Vorgaben des Konventions- und Unionsrechts 309
d) Vor- und Nachteile 311
6. Rechtsmissbrauchsverbot 316
a) Rechtsmissbrauchsverbot im deutschen Urheberrecht 316
aa) Spezielles Rechtsmissbrauchsverbot 316
bb) Allgemeines Rechtsmissbrauchsverbot 318
b) Rechtsmissbrauchsverbot im französischen Urheberrecht 320
aa) Spezielles Rechtsmissbrauchsverbot 321
(1) Missbrauch des Veröffentlichungsrechts 321
(2) Missbrauch der Verwertungsrechte 322
(3) Zwischenergebnis 323
bb) Allgemeines Rechtsmissbrauchsverbot 325
c) Vorgaben des Konventions- und Unionsrechts 328
d) Vor- und Nachteile 330
7. Verhältnismäßigkeitsvorbehalt 331
a) Verhältnismäßigkeitsvorbehalt im US-amerikanischen Urheberrecht 331

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Verhältnismäßigkeitsvorbehalt im deutschen Urheberrecht 333
c) Verhältnismäßigkeitsvorbehalt im französischen Urheberrecht 338
d) Vorgaben des Konventions- und Unionsrechts 338
e) Vor- und Nachteile 340
8. Urheberrechtliche Zwangslizenz 340
a) Wirkung 340
b) Verortung 343
c) Vor- und Nachteile 344
aa) Formell realisierbare Variante 344
bb) Materiell realisierbare Variante 349
III. Zwischenergebnis 351
1. Wirkung 351
2. Verortung 352
3. Vorgaben des Konventions- und Unionsrechts 352
4. Vor- und Nachteile 352

B. Lösungsansätze im Einzelnen 354
I. Keine Verwertung 354
1. Rechtsinhaber ist Urheber 355
2. Rechtsinhaber ist Verwerter 356
II. Keine neuartige Verwertung 357
1. Bisherige Verwertung wird nicht oder unwesentlich beeinträchtigt 358
a) Internet-Fernsehen und -Videorekorder 359
b) Büchersuchmaschinen mit Auszugsansicht 360
c) Sonstige neue Nutzungsarten 360
aa) Rechtsinhaber ist Urheber 361
bb) Rechtsinhaber ist Verwerter 361
2. Neue Nutzungsart ist etabliert 362
III. Verwertung zu unangemessenen Preisen 362
IV. Verwertung von wissenschaftlichen Aufsätzen und Sole-source-Datenbanken 365
1. Wissenschaftliche Aufsätze 365
2. Sole-source-Datenbanken 372
V. Exkurs: Lösungsansatz des Wittem-Projekts 374
VI. Zwischenergebnis 377

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Kapitel: Die urheberrechtliche Zwangslizenz als Rechtsfigur 378

A. Vorgaben des Konventions- und höherrangigen Rechts 378
I. Vorgaben des Konventionsrechts 378
1. Mindestrechte ohne oder mit speziellen Vorbehalten 380
a) Mindestrechte der RBÜ 380
b) Mindestrechte des Rom-Abk 381
2. Mindestrechte mit Dreistufentest 384
a) Anwendbarkeit des Dreistufentests 384
aa) Art. 9 Abs. 2 RBÜ 384
bb) Art. 13 TRIPS, Art. 10 WCT, Art. 16 Abs. 2 WPPT 385
b) Voraussetzungen des Dreistufentests 386
aa) Stufe 1 386
(1) „Gewisse“ 386
(2) „Sonderfälle“ 389
bb) Stufe 2 393
cc) Stufe 3 397
c) Zwischenergebnis 399
3. Zwischenergebnis 400
II. Vorgaben des Unionsrechts 400
1. Ausschließlichkeitsrechte der Informationsgesellschafts-RL 401
a) „Ausnahme und Beschränkung“? 401
aa) Meinungsstreit 402
bb) Stellungnahme 403
b) Ausübungsregelung? 404
c) Zwischenergebnis 406
2. Ausschließlichkeitsrechte der Satelliten- u. Kabel-RL 407
3. Ausschließlichkeitsrechte der Vermiet- u. Verleih-RL 407
4. Ausschließlichkeitsrechte der Computerprogramme-RL 408
5. Ausschließlichkeitsrechte der Datenbanken-RL 409
6. Zwischenergebnis 409
III. Vorgaben des Verfassungsrechts 410
1. Deutsches Verfassungsrecht 410
a) Grundrechte 410
aa) Vertragsfreiheit 410
bb) Eigentumsfreiheit 411
(1) Schutzbereich 411

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(2) Enteignung oder Inhalts- und Schrankenbestimmung? 411
(3) Vorgaben 414
(a) Institutsgarantie 415
(b) Sozialpflichtigkeit 416
(c) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 417
(d) Bestandsgarantie 418
(4) Zwischenergebnis 419
cc) Sonstige Grundrechte 419
b) Bestimmtheitsgrundsatz 420
2. Französisches Verfassungsrecht 423
a) Grundrechte 423
aa) Vertragsfreiheit 424
bb) Eigentumsfreiheit 425
b) Bestimmtheitsgrundsatz 428
3. Zwischenergebnis 429

B. Die urheberrechtliche Zwangslizenz als besonderer Kontrahierungszwang 430
I. Der allgemeine Kontrahierungszwang 430
1. Deutschland 431
a) Tatbestand 431
b) Rechtsfolge 433
aa) Anspruch auf Abschluss eines privatrechtlichen Zielvertrages 433
bb) Inhalt des Zielvertrages 434
c) Durchsetzung 438
2. Frankreich 440
3. Zwischenergebnis 443
II. Die urheberrechtlichen Zwangslizenzen de lege lata 444
1. Deutschland 444
a) Zwangslizenz an Musikwerken (§ 42a UrhG) 444
aa) Entstehungsgeschichte 445
bb) Normzweck 446
cc) Tatbestand 447
(1) Berechtigter 447
(2) Verpflichteter 448
(3) Vorherige Lizenzierung eines Werks der Musik, das erschienen ist 448

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(4) Kein Ausschluss 449
dd) Rechtsfolge 449
(1) Leistung 450
(2) Gegenleistung 451
(3) Keine Beeinträchtigung des Urheberpersönlichkeitsrechts 452
ee) Durchsetzung 452
b) Zwangslizenz an privaten Normwerken (§ 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG) 456
aa) Entstehungsgeschichte 457
bb) Normzweck 458
cc) Tatbestand 459
dd) Rechtsfolge 460
(1) Leistung 460
(2) Gegenleistung 461
ee) Durchsetzung 462
c) Zwangslizenz an Funksendungen und gesendeten Werken (§ 87 Abs. 5 UrhG) 463
aa) Normzweck 463
bb) Tatbestand 463
(1) Berechtigter 464
(2) Verpflichteter 464
(3) Kein Ausschluss 465
(4) Beteiligung von Verwertungsgesellschaften 466
cc) Rechtsfolge 467
(1) Leistung 467
(2) Gegenleistung 468
dd) Durchsetzung 469
d) Zwangslizenz zulasten von Verwertungsgesellschaften (§ 34 Abs. 1 VGG) 471
aa) Normzweck 471
bb) Tatbestand 472
cc) Rechtsfolge 474
(1) Leistung 474
(2) Gegenleistung 475
dd) Durchsetzung 476
(1) „Hinterlegungsmodell“ 477
(2) „Verfügungsmodell“ 478
(a) Meinungsstreit 478

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(b) Stellungnahme 479
2. Frankreich: Zwangslizenz an DRM-Schnittstelleninformationen? 481
a) Normzweck 481
b) Tatbestand 483
c) Rechtsfolge 485
aa) Leistung 485
bb) Gegenleistung 487
d) Durchsetzung 488
3. Zwischenergebnis 491
III. Die patentrechtlichen Zwangslizenzen 492
1. Deutschland 493
a) Zwangslizenz im öffentlichen Interesse (§ 24 Abs. 1 PatG) 493
aa) Tatbestand 494
bb) Rechtsfolge 496
(1) Leistung 496
(2) Gegenleistung 496
cc) Durchsetzung 498
b) Abhängigkeitslizenz (§ 24 Abs. 2 PatG) 501
aa) Tatbestand 501
bb) Rechtsfolge 502
cc) Durchsetzung 502
c) Ausführungslizenz (§ 24 Abs. 5 PatG) 503
2. Frankreich 504
a) Ausführungslizenz (Art. L. 613-11 ff. CPI) 504
aa) Tatbestand 504
bb) Rechtsfolge 506
cc) Durchsetzung 507
b) Abhängigkeitslizenz (Art. L. 613-15 CPI) 508
aa) Tatbestand 508
bb) Rechtsfolge 509
cc) Durchsetzung 509
c) Zwangslizenzen im öffentlichen Interesse (Art. L. 613-16 f., L. 613-18, L. 613-19 CPI) 509
aa) Öffentliche Gesundheit (Art. L. 613-16 f. CPI) 510
bb) Volkswirtschaft (Art. L. 613-18 CPI) 512
cc) Nationale Verteidigung (Art. L. 613-19 CPI) 512
3. Zwischenergebnis 513

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

IV. Der Zwangslizenzeinwand 514
1. Zulässigkeit des Zwangslizenzeinwands 515
2. Voraussetzungen des Zwangslizenzeinwands 518
a) Voraussetzungen nach „Orange-Book-Standard“ 518
aa) Angebot auf Abschluss eines Lizenzvertrages 519
bb) Hinterlegung der Lizenzgebühr 522
b) Voraussetzungen nach „Huawei“ 523
3. Zwischenergebnis 525
V. Zwischenergebnis 526

4. Kapitel: Ausgestaltung der urheberrechtlichen Zwangslizenz de lege ferenda 528

A. Gesetzgebungsvorschlag 529
I. Zwangslizenz an nicht, nicht neuartig oder zu unangemessenen Preisen verwerteten Werken 529
1. Formulierungsvorschlag 529
2. Erläuterungen 530
a) Tatbestand 530
b) Rechtsfolge 533
aa) Leistung 534
bb) Gegenleistung 534
(1) Problem relativiert, weil „fleet in being“ 535
(2) Problem relativiert, weil außergerichtliche Einigung 536
(a) § 41b Abs. 2 S. 1 UrhG de lege ferenda 536
(b) § 92 Abs. 2 Nr. 2 VGG de lege ferenda 537
(3) Problem relativiert, weil Einigungsvorschlag der Schiedsstelle 538
(4) Problem relativiert, weil kein spezifisches Problem der Zwangslizenz 538
c) Durchsetzung 539
aa) „Hinterlegungsmodell“ 540
bb) „Verfügungsmodell“ 542
cc) Zwischenergebnis 543
II. Zwangslizenz an wissenschaftlichen Aufsätzen 545
1. Formulierungsvorschlag 545
2. Erläuterungen 545

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

III. Technologieneutrale Fassung der Zwangslizenz nach § 87 Abs. 5 UrhG und der Verwertungsgesellschaftspflicht nach § 20b Abs. 1 UrhG 549
IV. Zwangslizenz an Sole-source-Datenbanken 550

B. Vereinbarkeit mit Konventions- und höherrangigem Recht 552
I. Zwangslizenz an nicht, nicht neuartig oder zu unangemessenen Preisen verwerteten Werken 552
1. Konventionsrecht 552
a) Dreistufentest 552
aa) Bestimmbarkeit 553
bb) Besonderer Zweck 554
cc) Keine Beeinträchtigung der normativ effizienten Auswertung 554
dd) Verhältnismäßigkeit 555
b) Besondere Vorgaben 556
2. Unionsrecht 557
3. Verfassungsrecht 558
a) Eigentumsfreiheit 558
b) Sonstige Grundrechte 560
c) Bestimmtheitsgrundsatz 560
4. Zwischenergebnis 561
II. Zwangslizenz an wissenschaftlichen Aufsätzen 561
1. Konventionsrecht 561
2. Unionsrecht 563
3. Verfassungsrecht 563
a) Eigentumsfreiheit 563
b) Sonstige Grundrechte 564
c) Bestimmtheitsgrundsatz 565
4. Zwischenergebnis 565
III. Technologieneutrale Fassung der Zwangslizenz nach § 87 Abs. 5 UrhG und der Verwertungsgesellschaftspflicht nach § 20b Abs. 1 UrhG 565
1. Konventionsrecht 565
2. Unionsrecht 567
3. Verfassungsrecht 569
a) Eigentumsfreiheit 569
b) Urheberpersönlichkeitsrecht, Bestimmtheitsgrundsatz 570

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

IV. Zwangslizenz an Sole-source-Datenbanken 570
V. Zwischenergebnis 572

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen 573

Literaturverzeichnis 579

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
A&M	Auteurs & Media (Zeitschrift)
a.A.	anderer Ansicht; am Anfang
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
Abl.	Amtsblatt
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AfP	Archiv für Presserecht (Zeitschrift)
Alt.	Alternative
Am. Econ. Rev.	The American Economic Review
Am. U. Int'l L. Rev.	American University International Law Review
Anm.	Anmerkung
Anm. d. Verf.	Anmerkung des Verfassers
API	Application Programming Interface
arg.	argumentum aus
Ariz. L. Rev.	Arizona Law Review
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (Zeitschrift)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Aut. conc.	Autorité de la concurrence
BASIST	Bulletin of of the American Society for Information Science and Technology
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bd.	Band
BeckEuRS	Beck-Online Rechtsprechung des EuGH, EuG und EuGöD
BeckRS	Beck-Online Rechtsprechung

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Berkeley Tech. L. J.	Berkeley Technology Law Journal
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BKartA	Bundeskartellamt
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BnF	Bibliothèque nationale de France
BR-Drs.	Drucksache des Deutschen Bundesrates
BT-Drs.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BT-PlPr.	Plenarprotokoll des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BWLHG	Gesetz über die Hochschulen in Baden-Württemberg
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
C. com.	Code de commerce
c.i.c.	culpa in contrahendo
CA	Cour d'appel
ca.	Circa
Cah. Cons. const.	Cahiers du Conseil constitutionnel, Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel
Cah. propr. intell.	Les Cahiers de propriété intellectuelle
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cardozo L. Rev.	Cardozo Law Review
Cass. civ.	Cour de cassation chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation chambre commerciale
CC	Code civil
Chi.-Kent L. Rev.	Chicago-Kent Law Review
Chr.	Chronique
Colum. J. L. & Arts	Columbia Journal of Law & the Arts
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Comm. com. électr.	Communication Commerce électronique (Zeitschrift)
CompLRev	Competition Law Review

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Computerprogramme-RL	Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen
Cons. conc.	Conseil de la concurrence
Cons. const.	Conseil constitutionnel
CPI	Code de la propriété intellectuelle
CR	Computer und Recht (Zeitschrift)
CSA	Conseil supérieur de l'audiovisuel
D.	Dalloz (Zeitschrift)
D. affaires	Dalloz affaires (Zeitschrift)
d.h.	das heißt
d.i.	das ist
dass.	Dasselbe
Datenbanken-RL	Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
DDB	Deutsche Digitale Bibliothek
ders.	derselbe
DFG	Deutsche Forschungsgemeinschaft
dies.	dieselbe
Diss.	Dissertation
DNB	Deutsche Nationalbibliothek
DNBG	Gesetz über die Deutsche Nationalbibliothek
Dr. et Patri.	Droit et Patrimoine (Zeitschrift)
DRM	Digital Rights Management
Durchsetzungs-RL	Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums
e.A.	einer Ansicht
EBIT	Earnings before Interests and Taxes
EBITDA	Earnings before Interests, Taxes, Depreciation and Amortization
EBT	Earnings before Taxes
EGC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
EIPR	European Intellectual Property Review
EMRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
endg.	endgültig
Ent. L. Rev.	Entertainment Law Review
Entsch.	Entscheidung
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
EPG	Elektronischer Fernsehprogrammführer
Erwgr.	Erwägungsgrund
et al.	et altera
etc.	et cetera
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
evtl.	eventuell
EWGV	Vertrag über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
f.	folgende (Paragraph, Seite, Randnummer etc.)
ff.	folgende (Paragraphen, Seiten, Randnummern etc.)
Fn.	Fußnote
Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J.	Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal
Fordham L. Rev.	Fordham Law Review
FS	Festschrift
gem.	Gemäß
Geo. L. J.	Georgetown Law Journal
GeschmMG	Geschmacksmustergesetz
GewArch	Gewerbearchiv (Zeitschrift)
GG	Grundgesetz

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ggf.	gegebenenfalls
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GRUR Ausl.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Ausländischer Teil (Zeitschrift)
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil (Zeitschrift)
GRUR-Prax	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (Zeitschrift)
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hamline L. Rev.	Hamline Law Review
Harv. J. L. & Tech.	Harvard Journal of Law & Technology
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hastings Comm. & Ent. L. J.	Hastings Communications and Entertainment Law Journal
Hervorh. d. Verf.	Hervorhebung des Verfassers
Hervorh. i. Orig.	Hervorhebung im Original
HMD	HMD Praxis der Wirtschaftsinformatik (Zeitschrift)
Hous. L. Rev.	Houston Law Review
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
Hs.	Halbsatz
i.E.	im Ergebnis
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Informationsgesellschafts-RL	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
Int'l Rev. L. & Econ.	International Review of Law and Economics
IPE	Innovation Policy and the Economy (Zeitschrift)
IPQ	Intellectual Property Quarterly
IPTV	Internet Protocol Television
J. Competition L. & Econ.	Journal of Competition Law & Economics
J. Finance	Journal of Finance
J. Int'l Econ. L.	Journal of International Economic Law
J. Intell. Prop. L.	Journal of Intellectual Property Law
J. Law. Econ.	Journal of Law and Economics
J. Leg. Stud.	Journal of Legal Studies
J. Legal Analysis	Journal of Legal Analysis
JASIST	Journal of the American Society for Information Science and Technology
JCP CI	La Semaine Juridique Edition Commerce et Industrie (Zeitschrift)
JCP G	La Semaine Juridique Edition Générale (Zeitschrift)
JCR	Journal Citation Reports
JCR	Journal Citation Reports
JCSUSA	Journal of the Copyright Society of the U.S.A.
JEEA	Journal of the European Economic Association
JEP	Journal of Economic Perspectives
JIPITEC	Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law
JITE	Journal of Institutional and Theoretical Economics
JORF	Journal officiel de la République française
Jurispr. auto.	Jurisprudence automobile (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung
K&R	Kommunikation & Recht (Zeitschrift)
KG	Kammergericht
KG	Kartellgesetz

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

KOM	Kommunikationsdokument, Mitteilung der Europäischen Kommission
krit.	kritisch
lat.	lateinisch
Lewis & Clark L. Rev.	Lewis & Clark Law Review
LG	Landgericht
lit.	Buchstabe
LUG	Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MarkenG	Markengesetz
MDMV	Mitteilungen der Deutschen Mathematiker-Vereinigung
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
MLP	Messageries Lyonnaises de Presses
MMR	Multimedia und Recht (Zeitschrift)
MMR-Beil.	Multimedia und Recht, Beilage (Zeitschrift)
n.F.	neue Fassung
N.Y.U. L. Rev.	New York University Law Review
n°	Numéro
Neb. L. Rev.	Nebraska Law Review
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd (Zeitschrift)
NJOZ	Neue juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJWE-WettbR	NJW-Entscheidungsdienst Wettbewerbsrecht
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift, Rechtsprechungs-Report
NMPP	Nouvelles Messageries de Presse Parisienne
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
OPAC	Online Public Access Catalogue

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
OTT-TV	Over the Top Technology TV
öUrhG	österreichisches Urheberrechtsgesetz
p.m.a.	post mortem auctoris
PatG	Patentgesetz
Propr. ind.	Propriété industrielle (Zeitschrift)
Propr. intell.	Propriétés intellectuelles (Zeitschrift)
PwC	PricewaterhouseCoopers
QMJIP	Queen Mary Journal of Intellectual Property
RBÜ	Revidierte Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst
Rdnr.	Randnummer
RERCI	Review of Economic Research on Copyright Issues
RfR	Rundfunkrecht (Zeitschrift)
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rich. J. Global L. & Bus.	Richmond Journal of Global Law & Business
RIDA	Revue internationale du droit d'auteur
RIDE	Revue internationale de droit économique
RIEJ	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
RL	Richtlinie der Europäischen Union
RLC	Revue Lamy de la Concurrence
RLDI	Revue Lamy Droit de l'Immatériel
RLDI	Revue Lamy Droit de l'Immatériel
Rom-Abk	Internationales Abkommen über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen („Rom-Abkommen")
Rspr.	Rechtsprechung
RStV	Rundfunkstaatsvertrag
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD Eur.	Revue trimestrielle de droit européen

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

S.	Seite/Satz
S.A.	Société anonyme
s.o.	siehe oben
s.u.	siehe unten
Santa Clara L. Rev.	Santa Clara Law Review
Satelliten- u. Kabel-RL	Richtlinie 93/83/EWG des Rates vom 27. September 1993 zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung
Schutzdauer-RL	Richtlinie 2006/116/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte
SCI	Science Citation Index
SE	Societas Europaea
SEC	Secretariat-General document, Arbeitsdokument der Europäischen Kommission
sic!	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht
sog.	sogenannte(r)
Spstr.	Spiegelstrich
SSCI	Social Science Citation Index
STP	Standardessentielles Patent
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
STM	Science, Technology, Medicine
str.	Streitig
Tex. L. Rev.	Texas Law Review
Tex. Rev. L. & Pol.	Texas Review of Law and Politics
TGI	Tribunal de grande instance
TK-Rahmen-RL	Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

TRIPS	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
u.	Und
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. Colo. L. Rev.	University of Colorado Law Review
u.a.	unter anderem
U.S.C.	Code of Laws of the United States of America
u.U.	unter Umständen
UFITA	Archiv für Urheber- und Medienrecht (Zeitschrift)
UMG	Universal Music Group
Unterabs.	Unterabsatz
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte
UrhWG	Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten
Urt.	Urteil
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	Von
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
Vand. J. Transnat'l L.	Vanderbilt Journal of Transnational Law
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
Var.	Variante
Vermiet- u. Verleih-RL	Richtlinie 2006/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums
Verwertungsgesellschafts-RL	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
vgl.	Vergleiche

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

VGG	Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten durch Verwertungsgesellschaften
VO	Verordnung der Europäischen Union
VO 1/2003/EG	Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln
WCT	WIPO Copyright Treaty
WIPO	World Intellectual Property Organization
World Compet.	World Competition Law and Economic Review
WPPT	WIPO Performances and Phonograms Treaty
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)
WTO	World Trade Organization
WÜRV	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung
Yale L. J.	Yale Law Journal
z.T.	zum Teil
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfBB	Zeitschrift für Bibliothekswesen und Bibliographie
ZGE	Zeitschrift für Geistiges Eigentum
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozessordnung
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZUM-RD	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht, Rechtsprechungsdienst
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Einleitung

A. Gegenstand der Untersuchung

> „Daß das Funktionieren eines Marktes nicht nur die Verhinderung von Gewalt und Betrug voraussetzt, sondern auch den Schutz gewisser Rechte […], wird immer selbstverständlich vorausgesetzt. Was aber die traditionelle Diskussion so unbefriedigend macht, ist die Ansicht, daß mit der Anerkennung der Grundsätze des Privateigentums und der Vertragsfreiheit, die natürlich jeder Liberale anerkennen muß, schon alle Fragen geordnet seien, als ob das Eigentums- und Vertragsrecht ein für allemal in ihrer endgültigen und geeignetsten Form gegeben wären, d. h., in der Form, die die Marktwirtschaft aufs bestmögliche funktionieren läßt. […] Ich denke hier an die Erweiterung des Eigentumsbegriffs auf Rechte und Privilege wie Patente auf Erfindungen, Verlagsrechte, Schutzmarken und ähnliches. Es scheint mir außer Zweifel zu stehen, daß in diesen Gebieten eine sklavische Anwendung des Begriffs des Eigentums, wie er für materielle Dinge entwickelt wurde, viel dazu beigetragen hat, das Anwachsen der Monopole zu begünstigen, und daß hier drastische Reformen erforderlich sein werden, wenn der Wettbewerb wirksam gemacht werden soll."[1]

Das Urheberrecht verhindert ein Marktversagen, indem es immaterielle, also nicht-ausschließliche Güter ausschließlich und damit marktfähig macht. Mit der *grundsätzlichen* Anerkennung des Urheberrechts als Teil des Eigentums sind aber, wie Friedrich August von Hayek zu Recht bemerkt hat, noch nicht alle Fragen geklärt. (Auch) das Urheberrecht muss erst die Form finden, die „die Marktwirtschaft aufs bestmögliche funktionieren läßt". Mit einer „sklavischen Anwendung des Begriffs des Eigentums" wird dieses Ziel verfehlt. Denn das Urheberrecht hat eine Kehrseite: Anders als eine Sache kann ein Werk parallel genutzt werden. Die Nicht-Rivalität der Nutzung erlaubt einen Wettbewerb, der bei materiellen Dingen von vornherein ausgeschlossen ist: den Wettbewerb der Nutzungen. Dieser Wettbewerb ist erwünscht, weil er Nutzungen auf den Markt bringt, die sonst „unentdeckt" blieben: Neuauflagen vergriffener Werke, innovative Werknutzungen (z.B. als E-Book) oder schlicht billigere Nutzungen (z.B. von wissenschaftlichen Aufsätzen). Das Verbotsrecht beschränkt diesen Wettbewerb, weil es die Nutzungen von der Zustimmung des Rechts-

1 *v. Hayek*, „Freie Wirtschaft" und Wettbewerbsordnung, S. 145 f. u. 149.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

inhabers abhängig macht. Verbietet er die Nutzungen, ohne sie (auf eine bestimmte Art) selbst vorzunehmen, liegen vergriffene Werke brach, werden Innovationen behindert und wissenschaftliche Zeitschriften prohibitiv verteuert – es droht ein neues, nunmehr urheberrechtsbedingtes Marktversagen. Ein urheberrechtsbedingtes Marktversagen kann behoben werden, indem das „überschießende" Ausschließlichkeitsrecht beschränkt und „der Wettbewerb wirksam gemacht" wird. Allein, es gibt kein Allheilmittel. Die Fälle des Marktversagens sind viel zu unterschiedlich, als dass es *eine* Lösung für *alle* Probleme gäbe. Hier kommt die Rechtswissenschaft zum Zuge. Sie kann den Gesetzgeber bei den nötigen „drastischen Reformen" unterstützen, indem sie konkrete Fälle von Marktversagen identifiziert, unterschiedliche Schutzbeschränkungen als Lösungsansätze diskutiert und spezifische Lösungsvorschläge präsentiert.

Einen solchen Beitrag zur Fortbildung des Urheberrechts unternimmt auch die vorliegende Arbeit. Während bekannte Schutzbeschränkungen wie die gesetzliche Lizenz oder die kartellrechtliche Zwangslizenz bereits eingehend untersucht worden sind, führt die urheberrechtliche Zwangslizenz in der Literatur und der Gesetzgebung noch immer ein Schattendasein. Ziel der Arbeit ist es, diese Lücke zu schließen und eine Dogmatik der urheberrechtlichen Zwangslizenz zu entwickeln. Reto M. Hilty hat der „Renaissance" der urheberrechtlichen Zwangslizenz den Weg bereitet.[2] Dieser Weg soll hier beschritten werden. Dabei geht es um zwei Forschungsfragen: Zum einen gilt es zu klären, *ob* und – wenn ja – in welchen Fällen der Gesetzgeber eine urheberrechtliche Zwangslizenz regeln sollte. Zum anderen stellt sich die (Folge-)Frage, *wie* die urheberrechtliche Zwangslizenz effektiv und mit höherrangigem Recht vereinbar ausgestaltet werden könnte.

Bei beiden Forschungsfragen steht das nationale Recht im Mittelpunkt. Nicht nur würde die Entwicklung einer Dogmatik einer „europäischen" Zwangslizenz den Umfang dieser Arbeit sprengen. Auch müsste sich der europäische Gesetzgeber dogmatisch zurückhalten, um dem nationalen Gesetzgeber bei Umsetzung des Richtlinienrechts die Einpassung einer „europäischen" Zwangslizenz in das nationale Recht zu ermöglichen. Der Gesetzgebungsvorschlag richtet sich deshalb an den deutschen Gesetzgeber. Dennoch soll keinem „nationalen Alleingang" das Wort geredet wer-

2 Grundlegend *Hilty* mit seinem Aufsatz „Renaissance der Zwangslizenzen im Urheberrecht?", GRUR 2009, 633-644; *ders.*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 119-135.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den. Vielmehr könnte der deutsche Gesetzgeber mit einer entsprechenden Regelung vorangehen, um eine Reformdebatte auf europäischer Ebene anzustoßen. Im Hinblick auf die Harmonisierungsbestrebungen wird auch das französische Recht behandelt.

B. Gang der Untersuchung

An den beiden Forschungsfragen orientiert sich der Gang der Untersuchung. Zunächst wird das Problem analysiert (1. Kapitel). Dazu wird in einem ersten Schritt – rechtsphilosophisch und rechtsökonomisch – der abstrakt angestrebte Zustand („normative Effizienz“) definiert. In einem zweiten Schritt werden – rechtsvergleichend und rechtstatsächlich – konkret vorhandene Zustände untersucht und am Maßstab konkret angestrebter Zustände als negativ bewertet. Die Problemanalyse führt zu der Erkenntnis, dass in bestimmten Fällen bzw. Fallgruppen das geltende Urheberrecht zu beschränken ist. Im Anschluss werden – zunächst auf einer abstrakten, dann auf einer konkreten Ebene, und erneut rechtsvergleichend – unterschiedliche Lösungsansätze diskutiert (2. Kapitel). Als Zwischenergebnis wird festgehalten, dass (nur) die urheberrechtliche Zwangslizenz fast alle zuvor analysierten Probleme angemessen lösen kann. Die *erste* der beiden Forschungsfragen ist damit beantwortet. Im Hinblick auf die *zweite* Forschungsfrage wird zunächst rechtsvergleichend die Rechtsfigur der urheberrechtlichen Zwangslizenz beleuchtet (3. Kapitel). Dabei werden der konventions-, unions- und verfassungsrechtliche Rahmen bestimmt, den keine urheberrechtliche Zwangslizenz überschreiten darf, und die dogmatischen Konturen der urheberrechtlichen Zwangslizenz als eines besonderen Kontrahierungszwangs geklärt. Anschließend werden konkrete urheberrechtliche Zwangslizenzen de lege ferenda vorgeschlagen und auf ihre Vereinbarkeit mit Konventions- und höherrangigem Recht geprüft (4. Kapitel). Die Untersuchung schließt mit einer Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

1. Kapitel: Problemanalyse

Die Problemanalyse enthält ein analytisches und ein normatives Element.[3] Ein *vorhandener* Zustand wird mit einem *angestrebten* Zustand verglichen und diesem gegenüber als negativ bewertet.[4] Das Recht ist das Mittel des Gesetzgebers, diesen angestrebten Zustand zu erreichen. Bewirkt das Recht, was es bezweckt, und bezweckt es, was es bewirkt,[5] wird die Aufgabe gelöst. Fallen der angestrebte und der vorhandene Zustand auseinander, wird die Aufgabe nicht gelöst. Eine ungelöste Aufgabe bedeutet ein Problem.[6]

Zunächst wird der *abstrakt* angestrebte Zustand bestimmt (unten A.). Sodann werden *konkret* vorhandene Zustände analysiert und am Maßstab *konkret* angestrebter Zustände als negativ bewertet (unten B.).

A. Zweck des Urheberrechts

Der *abstrakt* angestrebte Zustand ist der Zustand, den das Urheberrecht abstrakt bezweckt. Die Frage nach dem abstrakten Zweck des Urheberrechts ist die Frage nach dessen Grund.[7] Da eine Gesamtdarstellung aller in der Literatur vertretenen Begründungsansätze den Rahmen der Problemanalyse sprengen würde, werden nur die wesentlichen erörtert. Die Rechtfertigungsansätze des Urheberrechts können in individualistische und utilitaristische unterschieden werden.[8] Als *individualistisch* werden

3 *Noll*, S. 81.
4 *Noll*, S. 82.
5 *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 126.
6 Duden, Bd. 7, S. 3014.
7 *Kur*, in: *Schricker/Dreier/Kur*, Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, S. 24; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 9; allgemein auch *Fikentscher*, S. 364.
8 *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479 ff.; *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], Einl., Rdnr. 8; ähnlich *Stieper*, S. 13 f. (personalistisch/utilitaristisch); *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 22 ff. („personnaliste"/„utilitariste"); *ders.*, IIC 2006, 371, 378 („natural law"/„utilitarian"); *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 143 (deontologisch/utilitaristisch); *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 48; *ders.*, UFITA 2007/I, 109, 109; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 85; *Bischoffshausen*, S. 126; *Schack*, in:

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Begründungsansätze bezeichnet, die den Urheber in den Mittelpunkt stellen und seinen individuellen Interessen den Vorrang vor den Interessen der Gesellschaft einräumen.[9] *Utilitaristische* Rechtfertigungsansätze sind solche, die am allgemeinen Nutzen der Gesellschaft ausgerichtet sind und die individuellen Interessen des Urhebers zurücktreten lassen.[10]

Zunächst werden die individualistischen Rechtfertigungsansätze dargelegt, die das deutsche und französische Droit d'auteur-Denken maßgeblich geprägt haben[11] (unten I.). Es folgen die dem anglo-amerikanischen Copyright-System zugrunde liegenden[12] utilitaristischen Begründungsansätze

---

Depenheuer/Peifer, Geistiges Eigentum, S. 124 (jeweils individualistisch/kollektivistisch).

9 *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 48; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 85; *Bischoffshausen*, S. 127 f.; *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], Einl., Rdnr. 8; *Schack*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 124; siehe auch *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 142.

10 *Schack*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 124; *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], Einl., Rdnr. 9. Der Begriff „utilitaristisch" wird hier also weiter verstanden als im Sinne des von Jeremy Bentham begründeten klassischen Utilitarismus, der auf „das größte Glück der größten Zahl" ausgerichtet ist, *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 85; *Bischoffshausen*, S. 125.

11 *Hilty*, GRUR Int. 2003, 201, 203; *Ohly*, in: *Eifert/Hoffmann-Riem*, Geistiges Eigentum und Innovation, S. 289; *ders.*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 5; *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], Einl., Rdnr. 10; *Schricker*, in: *Schricker*, Einl., Rdnr. 11; *Stallberg*, UFITA 2007/I, 109, 109; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 83; *Bischoffshausen*, S. 124; *Stieper*, S. 13; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 32; *Pollaud-Dulian*, Le droit d'auteur, Rdnr. 45; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 19; *Benhamou/Farchy*, S. 10. Siehe etwa § 11 S. 1 UrhG („Das Urheberrecht schützt den Urheber in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk und in der Nutzung des Werkes") und Art. L. 111-1 Abs. 1 CPI („L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous").

12 *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 33; *ders.*, GRUR Int. 2003, 201, 203; *Ohly*, in: *Eifert/Hoffmann-Riem*, Geistiges Eigentum und Innovation, S. 288; *ders.*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 5; *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], Einl., Rdnr. 9; *Stallberg*, UFITA 2007/I, 109, 109; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 83; *Bischoffshausen*, S. 124; *Stieper*, S. 13 f.; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 19; *Benhamou/Farchy*, S. 9. Siehe etwa Art. I, Section 8, Clause 8 U.S. Constitution („To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors […] the exclusive Right to their respective Writings […] "). Zu den Unterschieden von Droit d'auteur und Copyright *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 33 f.; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 19; ausführlich *Strowel*, Droit d'auteur et copyright, Deuxième Partie.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(unten II.). Als Zwischenergebnis wird ein abstrakt angestrebter Zustand („normative Effizienz“) bestimmt (unten III.).

I. Individualistische Begründungsansätze

Das deutsche und französische Urheberrecht beruht im Wesentlichen auf vier Begründungsansätzen, die individualistisch geprägt sind: der Theorie vom geistigen Eigentum (unten 1.), der Theorie vom Urheberrecht als Persönlichkeitsrecht (unten 2.), der dualistischen und der monistischen Theorie (unten 3.).[13] Nach der ersten Theorie ist das Urheberrecht in erster Linie ein Verwertungsrecht *(droit patrimonial)*, nach der zweiten primär ein Persönlichkeitsrecht *(droit moral)*, nach der dritten ein Verwertungs- und Persönlichkeitsrecht und nach der vierten ein einheitliches Recht mit verwertungs- und persönlichkeitsrechtlichen Befugnissen.[14]

1. Theorie vom geistigen Eigentum

Die Theorie vom geistigen Eigentum geht in Frankreich vor allem auf Louis d’Héricourt zurück, der bereits 1725 – also vor Wallburton und Blackstone[15] – dem Urheber ein *propriété* an seinem Werk zugestehen wollte.[16] Ende des 18. Jahrhunderts wurde sie von Isaac René Guy Le Chapelier und Joseph Lakanal aufgegriffen und in den ersten beiden französischen Urheberrechtsgesetzen von 1793 und 1795 verankert.[17] Im 19.

13 *Bischoffshausen*, S. 127; *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 23 ff.; *Rehbinder/Peukert*, Rdnr. 33 ff.; *Ulmer*, UrhR[3], §§ 16 u. 17; ähnlich *Ann*, GRUR Int. 2004, 597, 598 (ohne monistische Theorie).

14 Vgl. *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 28, 30 u. 31; *Rehbinder/Peukert*, Rdnr. 44 ff.; *Ulmer*, UrhR[3], S. 107, 110, 112 u. 113.

15 Von Albert Osterrieth stammt die von *Ulmer*, UrhR[3], S. 55, übernommene These, William Wallburton und William Blackstone hätten als erste die Locke’sche Arbeitstheorie für das „geistige Eigentum“ fruchtbar gemacht. Dabei entwickelten Wallburton und Blackstone ihre Theorie vom geistigen Eigentum erst 1747 bzw. 1762 und nahmen auch nicht ausdrücklich auf Locke Bezug, *Oberndörfer*, S. 63 ff. u. 113.

16 Vgl. *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 10; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 25; *Strowel*, Droit d’auteur et copyright, Rdnr. 62.

17 Vgl. *Caron*, Droit d’auteur et droits voisins, Rdnr. 29.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Jahrhundert von Eugène Pouillet weiterentwickelt,[18] liegt sie noch heute dem französischen Urheberrecht zugrunde,[19] das im Code de la propriété intellectuelle unter dem Titel „La propriété littéraire et artistique" geregelt ist. In Deutschland wurde sie insbesondere von Johann Stephan Pütter, Johann Gottlieb Fichte sowie Georg Wilhelm Friedrich Hegel vertreten und im ersten preußischen Urheberrechtsgesetz von 1837 verankert.[20] Da die Theorie vom geistigen Eigentum materielles und immaterielles Eigentum dem Grundsatz nach gleichbehandelt,[21] sind ihr Schutzbeschränkungen

18 *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 12 u. 30; *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 30; *Gautier*, Propriété littéraire et artistique, Rdnr. 16; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 25, Fn. 204; *Strowel*, Droit d'auteur et copyright, Rdnr. 73.

19 *Ulmer*, UrhR[3], S. 59; *Stieper*, S. 15; *Gautier*, Propriété littéraire et artistique, Rdnr. 16; *Pollaud-Dulian*, Le droit d'auteur, Rdnr. 56; *Strowel*, Droit d'auteur et copyright, Rdnr. 59; siehe auch *Pollaud-Dulian*, Le droit d'auteur, Rdnr. 40-1 („Un large courant de la doctrine, héritier en cela de la philosophie des Lumières et des proclamations des législateurs de 1791 er 1793 précédemment évoquées, voit dans le droit d'auteur, un droit naturel: non pas un droit que la puissance publique concède à son titulaire mais un droit qui résulte […] de l'acte de création"); *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 9 („Que le droit d'auteur relève du droit naturel, cela relève de l'évidence"); *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 30 („il est raisonnable d'envisager effectivement de droit d'auteur comme un droit de propriété. Mais – nous en convenons volontiers – comme un droit de propriété spécifique").

20 *Ulmer*, UrhR[3], S. 57 f.; *Hubmann*, ZUM 1988, 4, 6; *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 26 f.; *Rehbinder/Peukert*, Rdnr. 38 ff.; *Luf*, S. 16; *Bischoffshausen*, S. 132; *Schack*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 127 u. 129, Fn. 31.

21 Siehe etwa *Pütter*, § 20 („Diese sind gleich ursprünglich unstreitig ein wahres Eigenthum ihres Verfassers […]. Nur dem Verfasser einer jeden Schrift oder nach seinem Tode seinen Erben, oder wem das Eigenthum von selbigen rechtmäßig übertragen ist, kommt es zu, nach freier Willkür zu bestimmen, ob und wie eine solche Schrift zum Druck befördert werden solle"); siehe auch *Bischoffshausen*, S. 134; *N. Beier*, S. 59; *Ann*, GRUR Int. 2004, 597, 599.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wie die Zwangslizenz wesensfremd.[22] Allenfalls werden Schutzfristen vertreten,[23] die aber mindestens die Lebensdauer des Urhebers erreichen.[24]

Die Theorie vom geistigen Eigentum wird in Anlehnung an John Lockes Arbeitstheorie[25] arbeits- bzw. handlungsbasiert begründet,[26] nämlich mit einem derivativ-individualistischen (unten a)) und einem originär-individualistischen Argument (unten b)).[27] Ergänzt wird die individualistische Begründung durch ein utilitaristisches Argument (unten c)).

---

22 Siehe auch *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 34 („Ces décisions sont prises par le *législateur*, il s'agit de décisions *politiques*, se fondant donc sur des considérations d'ordre ‚utilitariste'", Hervorh. d. Verf.).

23 So etwa *Hegel*, Anm. zu § 64; dazu eingehend *Bauer*, Hegel-Studien 41 (2006), 51, 63 f.; *Stengel*, ARSP 90 (2004), 38, 44; und *Le Chapelier*, Rapport II, S. 118 (5 Jahre p.m.a.); anders dagegen ausdrücklich *Fichte*, UFITA 106 (1987), 155, 158 („[S]o muß freilich jeder Schriftsteller seinen Gedanken eine gewisse Form geben, und kann ihnen keine andere geben als die seinige, weil er keine andere hat; aber er kann durch die Bekanntmachung seiner Gedanken gar nicht Willens sein, auch diese *Form* gemein zu machen: denn Niemand kann seine Gedanken sich zueignen, ohne dadurch daß er ihre Form verändere. Die letztere also bleibt auf immer sein *ausschliessendes Eigentum*", Hervorh. i. Orig.); siehe auch *Bischoffshausen*, S. 134 f.; *N. Beier*, S. 58 f.; *Ann*, GRUR Int. 2004, 597, 599;.

24 *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 77 („Eine postmortale Schutzdauer ist zwar nicht moralisch notwendig, aber moralisch möglich. Anders verhält es sich allerdings bei einer *kürzeren Schutzdauer*, die die Lebenszeit des Urhebers unterschreitet. Da diese letztlich darauf hinausliefe, das Recht an der eigenen Person […] bereits während der Existenz dieser Person zu beschränken, untergräbt dies das derivativ-formale Argument", Hervorh. i. Orig.). Ebenso wäre eine kürzere Schutzdauer mit dem originär-individualistischen Argument unvereinbar, weil damit die Belohnung des Urhebers entwertet würde, *Bischoffshausen*, S. 134.

25 Ausführlich zur Locke'schen Arbeitstheorie *Oberndörfer*, S. 20-62, der überzeugend darlegt, dass Locke seine Theorie auf immaterielle Gegenstände gerade nicht anwenden wollte; zust. auch *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 89, Fn. 357; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 480, Fn. 8; *Stieper*, S. 14.

26 *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 23; *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], Einl., Rdnr. 9; *Ulmer*, UrhR[3], S. 106; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 20; *Ohly*, JZ 2003, 545, 548; *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 24; *Strowel*, Droit d'auteur et copyright, Rdnr. 146.

27 *Stallberg*, UFITA 2007/I, 109, 114 f. („derivativ-formales" und „originär-materiales" Argument einer handlungsbasierten Rechtfertigung).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a) Derivativ-individualistisches Argument

Das derivativ-individualistische Argument wird von d'Héricourt[28], Le Chapelier[29], Pouillet[30], Pütter[31], Fichte[32] und – leicht abgewandelt – auch

28 „[U]n manuscrit […] est en la personne de l'auteur un bien qui est lui tellement propre, […] parce que, comme nous l'avons fait observer, c'est le *fruit du travail* qui lui est personnel, […] un auteur est constamment propriétaire et par conséquent seul maître de son ouvrage", zitiert nach *Pollaud-Dulian*, Le droit d'auteur, Rdnr. 114 [Hervorh. d. Verf.]; zur arbeitstheoretischen Argumentation *Strowel*, Droit d'auteur et copyright, Rdnr. 146; siehe auch *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 24.

29 „La plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et si je puis parler ainsi, la plus personnelle de toutes les propriétés est l'ouvrage, *fruit de la pensée* d'un écrivain", *Le Chapelier*, Rapport I, S. 16 [Hervorh. d. Verf.]; zur arbeitstheoretischen Argumentation *Strowel*, Droit d'auteur et copyright, Rdnr. 146; siehe auch *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 24.

30 „Mais si nous dégageons de cette première impression, si nous recherchons la propriété dans ses origines, nous découvrons bientôt que le droit de l'auteur *procède de la même source, le travail*", *Pouillet*, S. 28 [Hervorh. d. Verf.]; zur arbeitstheoretischen Argumentation *Strowel*, Droit d'auteur et copyright, Rdnr. 146; siehe auch *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 24.

31 „Diese sind gleich ursprünglich unstreitig ein wahres Eigenthum ihres Verfassers, so wie ein jeder das, was seiner Geschicklichkeit und *seinem Fleiße sein Daseyn* zu danken hat, als *sein Eigenthum* ansehen kann; es sei nun, dass es in einem eigenen, ganz von neuem *ausgearbeiteten* Werke bestehe, oder [… in] anderen *Früchten besonderen Fleißes*", *Pütter*, § 20 [Hervorh. u. Anm. d. Verf.]; zur arbeitstheoretischen Argumentation *Oberndörfer*, S. 105; *Gergen*, UFITA 2009/III, 715, 726.

32 Bei *Fichte*, UFITA 106 (1987), 155, 163, ist das Urheberrecht ein „natürliches, angeborenes, unzuveräußerndes Eigenthumsrecht", das auf dem Verarbeiten fremder Gedanken beruht (a.a.O., S. 158): „Jeder hat seinen *eignen Ideengang*, seine besondere Art sich Begriffe zu machen, und sie unter einander zu verbinden […]. Alles was wir uns denken Sollen, müssen wir uns nach der Analogie unsrer übrigen Denkart denken; und bloß durch dieses *Verarbeiten fremder Gedanken*, nach der Analogie *unsrer Denkart*, werden sie die unsrigen" [Hervorh. d. Verf.]; zur arbeitstheoretischen Argumentation *Oberndörfer*, S. 104.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

von Hegel[33] vertreten. Es lautet wie folgt:[34] Der Mensch habe von Natur aus „Eigentum" an sich selbst. Deshalb habe er ein natürliches Recht an seiner Arbeitskraft. Nun müssten alle Gegenstände, mit denen er seine Arbeit vermische, als „Früchte" seiner Arbeit ebenfalls von einem ihm zustehenden Naturrecht geschützt sein. Das Argument ist nicht überzeugend. Widerlegbar sind sowohl die Prämisse als auch die Deduktion. Das Naturrecht ist eine Leerformel, die vom jeweiligen Gesetzgeber mit verschiedenen materiellen Inhalten gefüllt werden kann.[35] Das Sollen lässt sich nicht erkennen, sondern wir müssen uns dafür entscheiden.[36] Zudem entziehen naturrechtliche A-priori-Begründungen die Rechtfertigung eines Gesetzes dem demokratischen Diskurs[37] und schließen unzulässig von einem Sein (Naturzustand) auf ein Sollen (Naturrecht).[38] Auch die Deduktion begegnet Bedenken. So ist der Schluss aus „meine" Arbeitskraft („mein" als

---

33 „Kenntnisse, Wissenschaften, Talente usf. sind freilich dem freien Geiste *eigen* und ein Innerliches desselben, nicht ein Äußerliches, aber ebensosehr kann er ihnen durch die *Äußerung* ein äußerliches Dasein geben und sie veräußern"; denn diese „*Äußerung* [… hat] immer leicht irgendeine *eigentümliche Form*, so daß sie [die Urheber] das daraus erwachsende Vermögen als ihr *Eigentum* betrachten und für sich das Recht solcher Produktionen daraus behaupten können", *Hegel*, Anm. zu §§ 43 u. 69 [Hervorh. u. Anm. d. Verf.]. Zur Hegel'schen Begründung geistigen Eigentums durch Äußerung des Innerlichen *Bauer*, Hegel-Studien 41 (2006), 51, 59; *Stengel*, ARSP 90 (2004), 38, 40 f.; *Jacob*, S. 39; zu den naturrechtlichen Wurzeln seiner Rechtsphilosophie *Brooks*, S. 167 ff.; zum arbeitstheoretischen Einfluss *Oberndörfer*, S. 104; siehe auch *Stengel*, ARSP 90 (2004), 38, 41 („labour plays a crucial role in Hegel's theory").

34 *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 64 f.; *ders.*, UFITA 2007/I, 109, 117.

35 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 95; *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, S. 752; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 32; *Vivant*, RIDA 174 (1997), 61, 83; *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 32; *ders.*, IIC 2006, 371, 3789; *Fechner*, S. 124; *Ann*, GRUR Int. 2004, 597, 602; *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 41; *ders.*, UFITA 2000/I, 99, 107; *Bischoffshausen*, S. 138; allgemein *Seelmann*, § 8, Rdnr. 22; *Zippelius*, Rechtsphilosophie, S. 78; *ders.*, Das Wesen des Rechts, S. 90 f.

36 *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 41; *ders.*, UFITA 2000/I, 99, 107; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 96; *Bischoffshausen*, S. 137.

37 *Ohly*, JZ 2003, 545, 548; *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 41; *ders.*, UFITA 2000/I, 99, 106; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 32.

38 *Ohly*, JZ 2003, 545, 548; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 96; *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 42; *ders.*, UFITA 2000/I, 99, 106; *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, S. 34; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre, S. 48; *Zippelius*, Rechtsphilosophie, S. 78.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Identitätsbestimmung) auf „mein“ Gegenstand („mein“ als Besitzrelation) nicht zwingend.[39] Außerdem können in der Realität nur Gegenstände mit Gegenständen vermengt werden; Arbeit ist aber kein Gegenstand, sondern eine Handlung.[40] Schließlich bleibt unklar, weshalb der vorhandene Stoff, in den der Urheber „auf den Schultern von Giganten“[41] seine eigene Arbeit mischt, durch ein Urheberrecht geschützt, und nicht statt dessen seine auf das Werk verwandte Arbeit – wie grundsätzlich die Leistung unbestellter Arbeiten – verloren[42] oder zumindest sein Recht auf die darin enthaltene Arbeit begrenzt sein soll.[43]

b) Originär-individualistisches Argument

Das originär-individualistische Argument wird von Lakanal[44] und Le Chapelier[45] verwendet.[46] Ihm liegt folgender (vereinfachter) Gedankengang zugrunde:[47] Ein Mensch verdient unsere Anerkennung für eine verdienstvolle Handlung. Die Handlung ist verdienstvoll, wenn das Verdienst ein

39 *Oberndörfer*, S. 121.

40 *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 82; *ders.*, UFITA 2007/I, 109, 127; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 99, Fn. 412; *Oberndörfer*, S. 123 f.; *Jacob*, S. 25.

41 So *Isaac Newton* in einem Brief an *Robert Hooke* („If I have seen further it is by standing on the shoulders of giants“), *Ohly*, in: *Lange/Klippel/Ohly*, Geistiges Eigentum und Wettbewerb, S. 100, Fn. 4.

42 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 99; *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 146, *Oberndörfer*, S. 124; *Jacob*, S. 24.

43 *Oberndörfer*, S. 124; *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 146; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 99; *Jacob*, S. 24.

44 „Par quelle fatalité faudrait-il que l’homme de génie, qui consacre ses veilles à l’instruction de ses concitoyens, n’eût à se promettre qu’une gloire stérile, et ne pût revendiquer *le tribut légitime d’un si noble travail*“, zitiert nach *Pollaud-Dulian*, Le droit d’auteur, Rdnr. 116 [Hervorh. d. Verf.].

45 „Cependant comme il est *extrêmement juste* que les hommes qui cultivent le domaine de la pensée tirent quelques fruits de leur travail“, *Le Chapelier*, Rapport I, S. 16 [Hervorh. d. Verf.].

46 Ähnlich *Strowel*, Droit d’auteur et copyright, Rdnr. 146; siehe auch *Geiger*, Droit d’auteur et droit du public à l’information, Rdnr. 24.

47 *Stallberg*, UFITA 2007/I, 109, 123.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eigenes[48] und ein autonomes[49] ist. Die schöpferische Arbeit ist ein eigenes und autonomes Verdienst. Somit ist schöpferische Arbeit eine verdienstvolle Handlung. Die so verdiente Anerkennung besteht in der Verleihung eines Urheberrechts. Auch dieses Argument kann nicht überzeugen. Soweit die Grundannahme – wie ausdrücklich bei Lakanal[50] – naturrechtlich begründet wird, gelten dieselben Einwände wie beim derivativ-individualistischen Argument. Auch die Deduktion ist nicht stichhaltig: Das eigene und autonome Verdienst kann nicht im gesellschaftlichen Wert eines Werkes begründet sein; der Wert ist ein rein soziales Phänomen, das von gesellschaftlichen Faktoren (zeitgenössischer Geschmack, Bedürfnisse, Präferenzen etc.) geprägt wird und diesen, nicht aber dem Urheber anhaftet;[51] zudem ist der Satz „wenn Wert, dann Recht" ein Zirkelschluss, da der Wert letztlich abhängig von der jeweiligen Rechtsordnung ist.[52] Mühe, Unbehaglichkeit und Qualität können zwar ein eigenes und autonomes Verdienst begründen, Mühe und Qualität allein sind aber nicht zwingend anerkennenswert[53] und ein auf Unbehaglichkeit beruhendes Verdienst führte zu dem widersinnigen Ergebnis, dass nur solche Werke anerkannt würden, die dem Urheber keine Freude bereiteten.[54] Zudem stellt sich die Frage, weshalb die Anerkennung in Form einer Rechtsverleihung erfolgen muss, wo doch auch Auszeichnungen, Preise, Danksagungen, Titelverleihungen etc. denkbar sind.[55] Schließlich führte das originär-individualisti-

48 Nur wenn das Verdienst dem Menschen selbst anhaftet, kann es seinen intrinsischen Wert widerspiegeln, *Stallberg*, UFITA 2007/I, 109, 119; *ders.*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 95.

49 Der Mensch kann seine natürlichen Fähigkeiten, Gaben und Talente nicht „verdienen", *Stallberg*, UFITA 2007/I, 109, 119; *ders.,* Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 96, jeweils mit Verweis auf *Rawls*, A theory of justice, S. 86 ff., 273 ff.

50 „De toutes les propriétés, la moins susceptible de contestation, c'est sans contredit celle des produits du génie; et quelque chose doit étonner, c'est qu'il eut fallu *reconnaître* cette propriété, assurer son exercice par une *loi positive*", zitiert nach *Pollaud-Dulian*, Le droit d'auteur, Rdnr. 116 [Hervorh. d. Verf.].

51 *Stallberg*, UFITA 2007/I, 109, 121 f.; *ders.*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, 2006, S. 93.

52 *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, S. 740 f.

53 *Stallberg*, UFITA 2007/I, 109, 130; *ders.*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, 2006, S. 91.

54 *Oberndörfer*, S. 123; *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 92.

55 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 99; *Stallberg*, UFITA 2007/I, 109, 131; *ders.*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 100 f.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sche Argument zu dem widersprüchlichen Ergebnis, dass ein gewöhnliches Werk als verdienstvoller als ein außergewöhnliches bewertet werden müsste.[56] Denn letzteres ist kein autonomes Verdienst, weil sich das Genie seine außergewöhnlichen Fähigkeiten, Gaben und Talente nicht „verdienen" kann.[57] Allenfalls erscheint ein Anspruch auf eine „gerechte" Belohnung intuitiv plausibel. Dazu bedarf es aber nicht zwingend eines Ausschließlichkeitsrechts.

c) Utilitaristisches Argument

Allgemein gilt die Theorie vom geistigen Eigentum als ein individualistischer Begründungsansatz des Urheberrechts.[58] Dabei gerät in Vergessenheit, dass so wichtige Vertreter wie d'Héricourt, Le Chapelier und Hegel das geistige Eigentum auch utilitaristisch begründeten.

Nach d'Héricourt wird das Ausschließlichkeitsrecht des Verlegers von der *propriété* des Urhebers abgeleitet.[59] Die *privilèges*, die dem Verleger die erworbene *propriété* sichern, seien auch ein Mittel, die Urheber zu neuen Schöpfungen anzureizen und den gesellschaftlichen Nutzen zu mehren:

> „[C]es sortes de privilèges ne sont pas seulement des marques de sa bonté et de la protection […], mais une justice qu'il [le roi] leur rend pour les *animer*

---

56 *Stallberg*, UFITA 2007/I, 109, 132 („Denn beides verhält sich asymmetrisch: Je gewöhnlicher das geistige Werk, je leichter also seine Zurückführung auf egalitäre Bedingungen, desto größer die moralische Autonomie seines Urhebers. Umgekehrt sind Werke, die ihre Existenz einem besonderen Talent des Urhebers verdanken und so den Bestand gleichgebender Fähigkeiten verblassen, in geringerem Maße jener moralischen Autonomie zu verdanken"); *ders.*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 107.

57 Vgl. *Stallberg*, UFITA 2007/I, 109, 119; *ders.,* Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 96, jeweils mit Verweis auf *Rawls*, A theory of justice, S. 86 ff., 273 ff.

58 *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], Einl., Rdnr. 8; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 89; *Schack*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 127 ff.; *Bischoffshausen*, S. 128 ff.; *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 145; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 480; *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 59.

59 *Pollaud-Dulian*, Le droit d'auteur, Rdnr. 114 („D'Héricourt soutient que c'est la vente de son manuscrit par l'auteur au libraire qui rend ce dernier propriétaire de l'œuvre, non le privilège, qui n'est qu'une autorisation d'imprimer").

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> *au travail pour* la gloire de son royaume, et *l'utilité de son peuple* […,] pour mettre ses grands hommes en état d'appliquer leurs talents au *profit de la société* […]; et pour cela il faut absolument qu'ils puissent en transmettre la propriété et la jouissance à qui il leur plaît […]. Il est aisé de sentir que les auteurs ne pouvant plus vendre leurs ouvrages, ni trouver dans leurs travaux les secours qui leur sont nécessaires, il se décourageront et ne travailleront plus, ce qui fera tomber les sciences et renaître des siècles ténébreux qui ont précédé la naissance de l'imprimerie."[60]

Als mit der französischen Revolution die *privilèges* des Ancien Régime abgeschafft werden und die Theaterautoren ein neues Ausschließlichkeitsrecht fordern, greift Le Chapelier, der Berichterstatter des ersten französischen Urheberrechtsgesetzes von 1791, auf die individualistisch-utilitaristische Argumentation von d'Héricourt zurück. Anders als es französische Lehrbücher nahelegen,[61] die ihn zumeist nur mit den berühmten Worten „La plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et […] la plus personnelle de toutes les propriétés, est l'ouvrage fruit de la pensée d'un écrivain" zitieren,[62] möchte Le Chapelier unter das „heiligste" Eigentum nur *unveröffentlichte* Werke fassen.[63] Bereits veröffentlichte Werke unterlägen dem Grundsatz der Gemeinfreiheit *(propriété publique)*:[64]

> „Il semble que, *par la nature des choses*, tout est fini pour l'auteur et pour l'éditeur quand le public s'est de cette manière saisi de sa production; cependant on a considéré qu'il était juste de faire jouir un auteur de son travail, et de lui conserver pendant sa vie, et à ses héritiers quelques années après sa mort, le droit de disposer de l'ouvrage; mais c'est une *exception* qui, dans notre ancien régime, était consacrée par des privilèges royaux; qui, en Angleterre, est l'objet d'un acte tutélaire; qui, dans notre nouvelle législation, sera

60 Zitiert nach *Pollaud-Dulian*, Le droit d'auteur, Rdnr. 114 [Hervorh. u. Anm. d. Verf.].

61 *Geiger*, GRUR Int. 2004, 815, 816; *Ginsburg*, RIDA 147 (1991), 124, 158; *dies.*, 64 Tul. L. Rev. 991, 1006; siehe auch *Davies*, S. 136.

62 *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 11; *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 29; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 8; ebenso *Schack*, UrhR[7], Rdnr. 113; anders *Pollaud-Dulian*, Le droit d'auteur, Rdnr. 116, der aber den von Le Chapelier aufgestellten Grundsatz der Gemeinfreiheit nicht zitiert. Siehe auch *Strowel*, Droit d'auteur et copyright, Rdnr. 68; *Geiger*, GRUR Int. 2004, 815, 816, Fn. 8.

63 *Geiger*, GRUR Int. 2004, 815, 816, Fn. 8; *Ginsburg*, RIDA 147 (1991), 124, 158; *dies.*, 64 Tul. L. Rev. 991, 1007; *Kéréver*, RIDA 141 (1989), 3, 3; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 21; *Strowel*, Droit d'auteur et copyright, Rdnr. 68; siehe auch *Davies*, S. 136 ff.

64 *Ginsburg*, RIDA 147 (1991), 124, 158; *dies.*, 64 Tul. L. Rev. 991, 1007; zum Begriff der Gemeinfreiheit im Allgemeinen und der *propriété publique* im Besonderen *Peukert*, Die Gemeinfreiheit, S. 8 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> l'objet d'une loi positive, et cela sera beaucoup plus sage. Sortez du *principe*, mettez l'exception à sa place, et vous n'avez plus de base pour votre législation, et vous méconnaissez qu'un ouvrage publié est *de sa nature* une propriété publique."[65]

Den Grundsatz der Gemeinfreiheit begründet Le Chapelier nicht nur naturrechtlich, sondern auch utilitaristisch:

> „Le perfectionnement de l'art tient à la concurrence, elle excite l'émulation, elle développe les talents, elle entretient des idées de gloire, elle réunit l'intérêt à l'amour-propre et tourne au profit du public ces deux sentiments qui, quand ils sont séparés, ne sont pas toujours assez vifs chez les hommes pour les exciter à de pénibles travaux. […] C'est à la concurrence, c'est à la liberté que nous devrons cette perfection du théâtre."[66]

Auch das Urheberrecht rechtfertigt er zusätzlich utilitaristisch.[67] Mit der (abgeleiteten) *propriété* erhielten die Theatercompagnien *(comédiens)* einen Wettbewerbsvorteil, der sie in die Lage versetze, die Autoren zu neuen literarischen Produktionen anzureizen:

> „Telles sont les raisons qui nous décident pour la pétition des auteurs dramatiques. L'intérêt des comédiens eût été d'y consentir et de se joindre aux auteurs pour solliciter notre décret […;] ils auront un *avantage décidé sur leurs concurrents*; ils seront à la place où ils doivent être, *encourageant les productions littéraires* par les charmes dont ils les parent."[68]

Insgesamt sind die ersten beiden französischen Urheberrechtsgesetze damit auch utilitaristisch geprägt.[69] Aber nicht nur in Frankreich wurde die Theorie des geistigen Eigentums individualistisch-utilitaristisch begrün-

---

65 *Le Chapelier*, Rapport II, S. 117 [Hervorh. d. Verf.].

66 *Le Chapelier*, Rapport II, S. 116.

67 *Geiger*, GRUR Int. 2004, 815, 816, Fn. 8; vgl. auch *Hesse*, S. 116 f., wonach Le Chapelier die Autoren als „servants of the public good, […] as contributors to ‚public property' and guardians of the public claim to the nation's cultural commons" darstellte.

68 *Le Chapelier*, Rapport II, S. 118 [Hervorh. d. Verf.].

69 *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 27; *ders.*, GRUR Int. 2004, 815, 816; *Ginsburg*, RIDA 147 (1991), 130 („Les discours devant les Assemblées révolutionnaires, les textes de lois, les décisions des tribunaux interprétant les lois, indiquent tous que pour le moins un fort courant d'utilitarisme sous-tend les décrets français de 1791 et 1793"); *dies.*, 64 Tul. L. Rev. 991, 995; *Kéréver*, RIDA 141 (1989), 3, 4 („Ainsi donc le droit d'auteur né de la Révolution française, loin d'être d'essence personnaliste, est surtout inspiré par des considérations juridico-économiques"); *Dreier*, in: *Dreyfuss/Zimmerman/First*, Expanding the Boundaries of Intellectual Property, S. 299 f. („Their goal was to give artists

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

det. Auch Hegel rechtfertigte das geistige Eigentum des Urhebers, genauer: den Vorbehalt des geistigen Eigentums bei Übertragung des Sacheigentums, zusätzlich utilitaristisch:[70]

> „Da nun der Unterschied in das seiner Natur nach Teilbare, in den äußerlichen Gebrauch fällt, so ist die Zurückbehaltung des einen Teils bei Veräußerung des anderen Teils des Gebrauchs nicht der Vorbehalt einer Herrenschaft ohne *utile*. – Die bloß negative, aber allererste Beförderung der Wissenschaften und Künste ist, diejenigen, die darin arbeiten, gegen *Diebstahl* zu sichern und ihnen den Schutz ihres Eigentums angedeihen zu lassen; wie die allererste und wichtigste Beförderung des Handels und der Industrie war, sie gegen die Räuberei auf den Landstraßen sicherzustellen."[71]

Inwieweit utilitaristische Rechtfertigungsansätze überzeugen, kann hier noch offen bleiben. An dieser Stelle ist entscheidend, dass d'Héricourt, Le Chapelier und Hegel die Theorie des geistigen Eigentums jedenfalls *auch* utilitaristisch begründeten und von einer *rein* individualistischen Argumentation absahen. Hegel bezeichnete ein rein deontologisches oder rein konsequentialistisches Denken sogar ausdrücklich als unvernünftig.[72]

d) Zwischenergebnis

Damit kann die Theorie vom geistigen Eigentum, zumindest in ihrer rein individualistisch-arbeitsbasierten Argumentation, nicht überzeugen.[73] In-

---

adequate benefits from the proceeds of the exploitation of their works, so that they could afford to create new works for the instruction and enlightenment of the public"); siehe auch *Goldstein*, S. 139 („The historical foundations of French copyright law are remarkably similar to those of American copyright law").

70 *Bauer*, Hegel-Studien 41 (2006), 51, 60; *Weisser-Lohmann*, S. 12 f.; *Drahos*, S. 82; siehe auch *Jacob*, S. 33; *Hughes*, 77 Geo. L. J. 287, 338 f. (1988).

71 *Hegel*, § 69 Anmerkung [Hervorh. i. Orig.].

72 *Hegel*, § 118 Anmerkung („Der Grundsatz: bei den Handlungen die Konsequenzen verachten, und der andere: die Handlungen aus den Folgen beurteilen und sie zum Maßstabe dessen, was recht und gut sei, zu machen – ist beides gleich abstrakter Verstand"). Zum Unterschied zwischen Verstand und Vernunft bei Hegel *Gröschner/Dierksmeier/Henkel/Wiehart,* S. 239; zum deontologisch-konsequentialistischen Denken Hegels *Moyar*, S. 167 ff.

73 *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 480; *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 145; *Oberndörfer*, S. 131; *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 200; *ders.*, UFITA 2007/I, 109, 134; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 97; *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 41; *ders.*, UFITA 2000/I, 99, 106.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tuitiv einleuchten mag allenfalls ein Anspruch auf eine „gerechte" Belohnung. Dazu bedarf es aber nicht zwingend eines Ausschließlichkeitsrechts.

2. Theorie vom Urheberrecht als Persönlichkeitsrecht

Die – anknüpfend an Überlegungen Immanuel Kants[74] – von Johann Caspar Bluntschli, Felix Dahn, Karl Gareis und schließlich Otto von Gierke Mitte bis Ende des 19. Jahrhunderts entwickelte Theorie vom Urheberrecht als Persönlichkeitsrecht argumentiert, dass das Werk Bestandteil der Urheber-Persönlichkeit sei[75] bzw. zwischen Urheber und Werk ein „geistiges Band"[76] bestehe. Danach ist zwar der Schutzbereich auf „die Zugehörigkeit des Geisteswerkes zu der Persönlichkeitssphäre des Urhebers" begrenzt;[77] ebenso wird das Urheberrecht befristet, weil es „durch den Tod des Urhebers die sprudelnde Quelle seiner Lebenskraft" einbüße.[78] Schutzbeschränkungen wie die Zwangslizenz werden indes nicht vertre-

74 *Kant*, UFITA 106 (1987), 137-144, hatte ein Verlegerrecht begründet und dieses von einem „ius personalissimum" des Urhebers abgeleitet; das Urheberrecht systematisch begründet hat er nicht, *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 156; *Strowel*, Droit d'auteur et copyright, Rdnr. 75 („son analyse est lacunaire"); *Strömholm*, S. 195 („son droit au titre de de fondateur d'une théorie de droit moral paraît bien plus douteux"); *Hubmann*, UFITA 106 (1987), 145, 151 (nur „Vorläufer der späteren Persönlichkeitstheorie"); zu Kants „Urheberrechtstheorie" *Strömholm*, S. 184 ff.; *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 156 ff.; *Hubmann*, UFITA 106 (1987), 145 ff.; *Lucas-Schloetter*, Droit moral et droits de la personnalité, Rdnr. 17 ff.; *Jacob*, S. 38 ff.

75 *Gierke*, UFITA 125 (1994), 103, 109 u. 117 („Das Urheberrecht ist ein Persönlichkeitsrecht, dessen Gegenstand ein Geisteswerk als Bestandteil der eigenen Persönlichkeitssphäre bildet. […] In dem Recht an ihm wird also dem Urheber die Herrschaft über einen Bestandteil der eigenen Persönlichkeitssphäre gegen jedermann gesichert"); die Persönlichkeitssphäre wird bei Gierke so weit gefasst, dass darin auch das vom Urheber gelöste Werk noch Platz findet, *Troller*, UFITA 28 (1959), 257, 259.

76 *Dahn*, S. 113 („Den Kern des Urheberrechts bildet das höchst individuelle Geistesband, das ‚vinculum spirituale'").

77 *Gierke*, UFITA 125 (1994), 103, 118.

78 *Gierke*, UFITA 125 (1994), 103, 119; siehe auch *Bischoffshausen*, S. 141 f.; *N. Beier*, S. 60; *Ann*, GRUR Int. 2004, 597, 599. Dagegen gilt das französische *droit moral* unbefristet, Art. L. 121-2 Abs. 3 CPI („Il est perpétuel"), was damit begründet wird, dass das Werk als „l'empreinte de sa personnalité" fortbestehe, *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 562; *Pollaud-Dulian*, Le droit d'auteur, Rdnr. 574.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ten. Die Theorie hat auch in die französische Lehre Eingang gefunden,[79] begegnet aber denselben Einwänden wie das derivativ-individualistische Argument der Theorie vom geistigen Eigentum. Denn auch die Theorie vom Urheberrecht als Persönlichkeitsrecht erstreckt etwas, was dem Urheber „von Natur aus" gehört – dort die Arbeitskraft, hier die Persönlichkeit – durch die Schöpfungshandlung auf das Werk.[80] Intuitiv erscheint sie allenfalls bei „großen" Werken der Literatur und Kunst, die dem höchstpersönlichen Seelenleben des Künstlers und seinem individuellen Geist Ausdruck verleihen, plausibel („Madame Bovary, c'est moi"[81]).[82] Zunehmend werden aber Geisteserzeugnisse als massenkompatibler und zielgruppengerechter „Content" kollektiv und in abhängiger Tätigkeit produziert.[83] Hier noch von einem „Bestandteil der Persönlichkeit" zu sprechen, kann

79 *Lucas-Schloetter*, Droit moral et droits de la personnalité, Rdnr. 56 f.; *Dietz*, Das Droit Moral, S. 16; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 28; *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 25; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 33; differenzierend *Strömholm*, S. 256. Siehe etwa *Pollaud-Dulian*, Le droit d'auteur, Rdnr. 45 („lien entre l'auteur et l'œuvre") u. 74 („une part de sa personnalité"); *Renouard*, S. 435 („c'est lui-même"); *Pouillet*, Rdnr. 9 („partie de lui-même"); *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 26 („lien entre la propriété et la personne"); *Linant de Bellefonds*, Rdnr. 11 („lien indissociable entre l'auteur et son œuvre").

80 *Stallberg*, UFITA 2007/I, 109, 114 f. u. 118; *Oberndörfer*, S. 111; *Ann*, GRUR Int. 2004, 597, 5999; Gierkes arbeitstheoretische Argumentation zeigt sich in UFITA 125 (1994), 103, 116 („Das Urheberrecht ist somit in einem ganzen Umfang […] ein *aus geistiger Schöpfung fließendes* Persönlichkeitsrecht"), 117 („Begründet wird das Urheberrecht durch *Schöpfungstat*") u. 129 („Erzeugung durch eigene geistige *Arbeit* ist der einzige originäre Erwerbstitel von Urheberrecht") [jeweils Hervorh. d. Verf.]; zu den naturrechtlichen Wurzeln *Strömholm*, S. 316; *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 32; *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 41; *ders.*, UFITA 2000/I, 99, 106.

81 *Flaubert*, zitiert nach *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 19.

82 *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 146; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 101; *Bischoffshausen*, S. 143.

83 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 101; *Bischoffshausen*, S. 143; *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 33.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

selbst intuitiv nicht einleuchten.[84] Damit kann auch die Theorie vom Persönlichkeitsrecht nicht vollends überzeugen.[85]

3. Dualistische und monistische Theorie

Die dualistische und monistische Theorie führen die Theorie vom geistigen Eigentum und die Theorie vom Persönlichkeitsrecht zusammen. Danach sind die Verwertungs- und Persönlichkeitsrechte entweder zwei lose bis eng verklammerte Rechte (Dualismus) oder ein einheitliches Recht (Monismus).[86] Der Dualismus liegt dem französischen, der Monismus dem deutschen Urheberrecht zugrunde.[87] Die dualistische Theorie wurde vor allem von Josef Kohler (Theorie vom Immaterialgüterrecht), die monistische von Eugen Ulmer („Baumtheorie") vertreten.[88] Beide Theorien lassen nicht nur Schutzfristen, sondern auch Schutzbeschränkungen zu.[89]

---

84 *Bischoffshausen*, S. 143; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 101; *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 33; *ders.*, IIC 2006, 371, 380; siehe auch *Vivant*, in: *de Lamberterie*, Le droit d'auteur aujourd'hui, S. 81 („il apparaît que le droit que nous pouvons analyser aujourd'hui est de plus en plus éloigné de la personne créatrice, de plus en plus éloigné de l'idée de personnalité").

85 *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 146; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 102 u. 104 f.; *Bischoffshausen*, S. 148; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 480; *Stallberg*, UFITA 2007/I, 109, 134; *ders.*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 112.

86 *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 30; *Rehbinder/Peukert*, Rdnr. 49 u. 51; *Ulmer*, UrhR[3], § 17 II; *Bischoffshausen*, S. 149 u. 155; *Schack*, UrhR[7], Rdnr. 343.

87 *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 30 f.; *Rehbinder/Peukert*, Rdnr. 50 f.; *Ulmer*, UrhR[3], S. 113; *Schack*, UrhR[7], Rdnr. 343 u. 345; *Pollaud-Dulian*, Le droit d'auteur, Rdnr. 51 ff.; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 33; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 29; *Gautier*, Propriété littéraire et artistique, Rdnr. 17; eingehend zum deutschen Monismus und französischen Dualismus *Dietz*, in: *Ahrens/Bornkamm/Gloy/Starck/v. Ungern-Sternberg*, FS Erdmann, S. 63 ff.

88 *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 30 f.; *Rehbinder/Peukert*, Rdnr. 49 u. 51; *Bischoffshausen*, S. 149 u. 155; *Schack*, UrhR[7], Rdnr. 343; der französische Dualismus beruht nicht unmittelbar auf Kohlers Theorie vom Immaterialgüterrecht, *Strowel*, Droit d'auteur et copyright, Rdnr. 77.

89 *Kohler*, S. 41 u. 43 („Das Eigenthum ist nicht die Burg des Egoismus, sondern das Vehikel des Gemeinverkehrs. […] Und ebenso sind auch bei gewissen Immaterialrechten gewisse Einwirkungen auf die Allgemeinheit als so bedeutsam erschienen, daß die Gesetzgebung die Ausübung dieser Rechte an besondere bindende Vorschriften geknüpft hat"); *Ulmer*, UrhR[3], S. 6 („Wie alle Privatrechte, so sind auch

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Theorie vom Immaterialgüterrecht begegnet aber denselben Einwänden wie die Theorie vom geistigen Eigentum, da auch sie auf dem derivativ-individualistischen Argument der Arbeitstheorie beruht,[90] also insbesondere naturrechtlich verwurzelt ist.[91] Nichts anderes gilt für die monistische Theorie, bei der die verwertungs- und persönlichkeitsrechtlichen „Äste" und „Zweige" des urheberrechtlichen „Stammes" „die Kraft bald aus den beiden, bald ganz oder vorwiegend aus einer der Wurzeln" zie-

---

die Urheberrechte sozial gebundene Rechte: Sie unterliegen den Schranken, durch die die Rechtssphäre des einzelnen gegenüber den Anforderungen der Allgemeinheit abgegrenzt wird"); freilich wird mit dem Gedanken der Sozialbindung die rein individualistische Argumentation verlassen, *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 29 (für die Theorie vom Immaterialgüterrecht).

90 *Stallberg*, UFITA 2007/I, 109, 118 u. 110, Fn. 5; *ders.*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 59; *Oberndörfer*, S. 112; *Strowel*, Droit d'auteur et copyright, Rdnr. 147; *Bischoffshausen*, S. 149; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 100; *Stieper*, S. 15; *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 41; *ders.*, UFITA 2000/I, 99, 101; siehe *Kohler*, S. 98 f.: „Die philosophische Begründung des Eigenthums und des Immaterialrechts liegt in der *Arbeit*, richtiger, in der Güterschöpfung; wer ein neues Gut schafft, hat das *natürliche* Anrecht daran; dieser Satz ist vernunftgemäß und philosophisch nicht zu widerlegen. […] Wer eine Sache *erarbeitet*, hat sie mit der von ihm ausgelösten Kraft, mit einem Theile seines Wesens erfüllt, in ihr eine Stätte geschaffen, in welcher die von ihm erzeugte Kraftfülle ihre dauernde Unterkunft findet. Wo meine Kraft, wo mein Wesen, da mein Recht" [Hervorh. d. Verf.].

91 *Bischoffshausen*, S. 149; siehe *Kohler*, S. 82 f.: „Ein solches naturwüchsiges Recht ist das Eigenthum; ein solches ist aber auch das Autorrecht […]. Daß es ein solches naturwüchsiges, durch die vernünftige Volksüberzeugung an sich schon gebotenes Recht ist, beweist ein Blick in die Geschichte des Autorrechts".

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hen.[92] Auch sie argumentiert derivativ-individualistisch („geistiges Band“[93], „entäußerte Individualität“[94]) und naturrechtlich[95].

4. Zwischenergebnis

Das ernüchternde Zwischenergebnis ist, dass es eine zwingende individualistische Begründung des Urheberrechts nicht gibt.[96] Es kann also nicht Zweck des Urheberrechts sein, allein die individuellen Interessen des Urhebers zu schützen. Dennoch können die individualistischen Begründungsansätze nicht einfach ignoriert werden. Zum einen sind die naturrechtlichen Wurzeln als positivierte Grund- und Menschenrechte[97] bei der

92 *Ulmer*, UrhR[3], S. 116, der ausdrücklich an die Theorien vom geistigen Eigentum, vom Persönlichkeitsrecht und vom Immaterialgüterrecht anknüpft (a.a.O., S. 108 u. 118).

93 *Ulmer*, UrhR[3], S. 110; *Rehbinder/Peukert*, Rdnr. 92; *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, HdbUrhR[2], § 15, Rdnr. 9; *Schack*, UrhR[7], Rdnr. 43; ähnlich („geistiges Kind“) *Ulmer*, UrhR[3], S. 111; *Schack*, UrhR[7], Rdnr. 43; *ders.*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 130.

94 *Peifer*, Individualität im Zivilrecht, S. 128 („Die im Werk entäußerte Individualität des Urhebers ist die zentrale Legitimation für den urheberrechtlichen Schutz“); *Wandtke*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[3], Einl., Rdnr. 4 („Der Schöpfer hat sich im Werk entäußert“); ähnlich *Schack*, UrhR[7], Rdnr. 7 („verselbständigte Ausstrahlung der Persönlichkeit“); siehe auch *Bischoffshausen*, S. 156.

95 *Ulmer*, UrhR[3], S. 105 („Die Gesetze bedeuten für das Urheberrecht nur die Anerkennung und die nähere Ausgestaltung eines Rechtes, dessen Existenz im allgemeinen Rechtsbewußtsein verankert ist“); *Schack*, UrhR[7], Rdnr. 5; *ders.*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 128; siehe auch BGH GRUR 1955, 492, 496 – „Grundig-Reporter“ („Die Herrschaft des Urhebers über sein Werk […] wird ihm hiernach nicht erst durch den Gesetzgeber verliehen, sondern folgt aus der Natur der Sache, nämlich aus seinem geistigen Eigentum, das durch die positive Gesetzgebung nur seine Anerkennung und Ausgestaltung findet“).

96 *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 146; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 480; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 105; *Bischoffshausen*, S. 165 ff.; *Stallberg*, UFITA 2007/I, 109, 134; *ders.*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 200 f.; *Geiger*, Droit d’auteur et droit du public à l’information, Rdnr. 33.

97 *Ohly*, JZ 2003, 545, 549, der folgerichtig darauf hinweist, dass auch noch so zutreffende Naturrechtskritik nicht die Berechtigung der mittlerweile positiv-gesetzlich ausgestalteten Rechte untergräbt; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 480; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 105; *Fechner*, S. 135; *Geiger*, Droit d’auteur et droit du public à l’information, Rdnr. 40; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 32; *Caron*, Droit d’auteur et droits voisins, Rdnr. 10; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 27.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ausgestaltung des Urheberrechts zwingend zu beachten, insbesondere bei der Frage der Verfassungsmäßigkeit. Zum anderen können individualistische Ansätze schon zuvor als Argumente neben anderen Argumenten Berücksichtigung finden,[98] insbesondere indem das – so viel sei schon vorweg genommen – utilitaristisch-ökonomische Effizienzziel normativ „aufgeladen" wird.

II. Utilitaristische Begründungsansätze

Es sind im Wesentlichen zwei Begründungsansätze, die das Urheberrecht utilitaristisch zu rechtfertigen versuchen: der traditionelle Incentive-Access-Ansatz (unten 2.) und der neoklassische Property-Rights-Ansatz (unten 3.).[99] Beide sind Spielarten der ökonomischen Analyse des Rechts,[100] deren Grundlagen deshalb vorab dargestellt werden (unten 1.).

1. Grundlagen der ökonomischen Analyse des Rechts

Die ökonomische Analyse des Rechts *(law and economics*) ermittelt und bewertet die Folgen von Rechtsnormen unter Zugrundelegung des ökonomischen Verhaltensmodells (unten a)) bzw. des ökonomischen Effizienz-

98 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 105 f.; *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 41; *ders.*, UFITA 2000/I, 99, 107; speziell für das Urheberpersönlichkeitsrecht auch *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 488.

99 So auch *Leistner*, ZGE 2009, 403, 405 ff.; *Bartmann*, S. 44 ff. u. 46 ff.; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 106 ff., und *Bischoffshausen*, S. 269, Fn. 1145, S. 169 ff. bzw. S. 310 ff., unterscheiden zusätzlich Carl Christian v. Weizsäckers Mehrebenenansatz (*ders.*, Kyklos 34 (1981), 345 ff.), William Fishers kulturpolitischen Ansatz (*ders.*, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1203 ff. (1998)), Neil Netanels demokratietheoretischen Ansatz (*ders.*, 106 Yale L. J. 283 ff. (1996)) und die Transaktionskostenökonomik. Diese Ansätze werden hier dem Incentive-Access-Ansatz zugeordnet, da sie allesamt auf dem ökonomische Verhaltensmodell beruhen – der Mehrebenenansatz auch auf dem ökonomischen Effizienzziel (vgl. *Weizsäcker*, Kyklos 34 (1981), 345, 351 u. 353) – und einen Ausgleich von Anreiz- und Zugangsinteressen anstreben. Die Erkenntnisse der Transaktionskostenökonomik werden im 2. Kapitel A. II. 1. d) aa) berücksichtigt.

100 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 107 f.; *Bischoffshausen*, S. 269; vgl. auch *Leistner*, ZGE 2009, 403, 405 ff.; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 483 f.; *Bartmann*, S. 44 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ziels (unten b)).[101] Während die ökonomische Analyse im *positiven* Sinne nur der Erklärung des geltenden Rechts aus ökonomischer Sicht dient, trifft die *normative* ökonomische Analyse als Teil der Rechtsphilosophie zugleich wertende Aussagen darüber, wie das Recht auszusehen hat.[102]

a) Das ökonomische Verhaltensmodell

Das ökonomische Verhaltensmodell beruht auf der Annahme, dass sich der Mensch rational und eigennützig verhält (REM-Hypothese).[103] Da es lediglich beschreibt, wie sich der homo oeconomicus tatsächlich verhält, nicht wie er sich verhalten soll, ist es ein *positives*, kein normatives Verhaltensmodell.[104]

aa) Inhalt

Der homo oeconomicus nimmt alle entscheidungsrelevanten Informationen auf, verarbeitet sie korrekt und besitzt eine vollständige, nicht-widersprüchliche, stabile und transitive Präferenzordnung (Rationalitätsannahme).[105] Vor die Wahl zwischen zwei Alternativen A und B gestellt, kann er stets angeben, ob er A oder B vorzieht oder indifferent ist. Weiter ist die Präferenzordnung transitiv, d.h. wenn er A B vorzieht und B C, dann zieht

101 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 21 f.; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 123; *Reich*, S. 24; siehe auch *Drexl*, Die Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 164 f.

102 *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 164 f.; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 21; *Posner*, S. 31; *Lüdemann*, S. 11; *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, S. 98 ff.; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 122; *Bischoffshausen*, S. 252 ff.; *Deffains/Langlais*, S. 20 u. 28 f.

103 *Drexl*, Die Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 170; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 28; *ders.*, JZ 1999, 53, 55; *ders.*, JZ 2005, 216, 217; *Posner*, S. 3 f.; *Schäfer/Ott*, S. 95; *Mackaay/Rousseau*, Rdnr. 99; *Deffains/Langlais*, S. 18; *Leistner*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, S. 26; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 123; *Bischoffshausen*, S. 243; *Reich*, S. 24.

104 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 22; *Lüdemann*, S. 16; *Reich*, S. 28.

105 *Eidenmüller*, JZ 2005, 216, 217; *ders.*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 29; *Deffains/Langlais*, S. 18; *Lüdemann*, S. 13; *Englerth*, S. 63; *Mathis*, S. 23 f.; *Bischoffshausen*, S. 240; siehe auch *Schäfer/Ott*, S. 97.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

er auch A C vor.[106] Schließlich wählt er aus mehreren Alternativen stets diejenige, die seinen eigenen Nutzen maximiert (Eigennutzannahme).[107]

bb) Kritische Würdigung

Beide Elemente der REM-Hypothese sind in jüngerer Zeit von der empirischen psychologischen Forschung kritisiert worden.[108] Der (ersten) Annahme absoluter Rationalität wird eine nur eingeschränkte Rationalität *(bounded rationality)* entgegengesetzt:[109] Zunächst ist unsere Fähigkeit zur vollständigen Informationsaufnahme beschränkt. Wir nehmen die Realität nur selektiv wahr, ignorieren Informationen, die unseren Präferenzen zuwiderlaufen, und überschätzen unsere eigene Leistungsfähigkeit.[110] Eingeschränkt ist auch unsere Fähigkeit zur korrekten Informationsverarbeitung. Ein Mehr an Informationen überlastet uns und führt ab einem bestimmten Zeitpunkt nicht mehr zu besseren, sondern zu schlechteren Entscheidungen, weil wir nicht mehr in der Lage sind, der Informationsflut Herr zu werden.[111] Schließlich entspricht auch unser Entscheidungsverhalten nicht den Anforderungen absoluter Rationalität. Erstens setzen wir tatsächliche Kosten und Opportunitätskosten entgegen der ökonomischen Logik nicht gleich, weil Veränderungen eines Status quo (Gewinne und

106 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 29; *ders.*, JZ 2005, 216, 217; *Mackaay/Rousseau*, Rdnr. 115; *Reich*, S. 25.

107 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 29; *ders.*, JZ 2005, 216, 217; *Deffains/Langlais*, S. 19; *Lüdemann*, S. 13; *Englerth*, S. 66; *Mathis*, S. 22 f.; *Bischoffshausen*, S. 239; *Reich*, S. 27.

108 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 38; *ders.*, JZ 1999, 53, 56; *ders.*, JZ 2005, 216, 217; *ders.*, JZ 2011, 814, 821; *Schäfer/Ott*, S. 103; *Mackaay/Rousseau*, Rdnr. 114; *Leistner*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, S. 91; *Lüdemann*, S. 21.

109 *Drexl*, Die Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 171 u. 198; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 38; *ders.*, JZ 2005, 216, 217; *Schäfer/Ott*, S. 103; *Mackaay/Rousseau*, Rdnr. 118; *Deffains/Langlais*, S. 22; *Leistner*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, S. 120; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 151; *Bischoffshausen*, S. 242; *Reich*, S. 28.

110 *Eidenmüller*, JZ 2005, 216, 218; *ders.*, JZ 2011, 814, 816; *ders.*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 38; *Posner*, S. 23; *Schäfer/Ott*, S. 95; *Mackaay/Rousseau*, Rdnr. 107 ff.; *Lüdemann*, S. 22; *Eglerth*, S. 90 ff.

111 *Eidenmüller*, JZ 2005, 216, 218; *ders.*, JZ 2011, 814, 816; *Mackaay/Rousseau*, Rdnr. 107 ff.; *Eglerth*, S. 90 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Verluste) offenbar wichtigere Nutzenträger als Endzustände sind und wir Verluste scheuen.[112] Zweitens beeinflussen versunkene Kosten unsere Handlungen; die Arbeit an dem vor Jahren begonnenen Buch wird mühsam fortgesetzt, damit sich der akkumulierte hohe Zeiteinsatz doch noch lohnt – auch wenn keine Aussicht auf einen guten Abschluss besteht.[113] Drittens sind unsere Präferenzen zeitlich instabil; wir beschließen etwa, nächstes Jahr etwas für unsere Altersvorsorge zu tun; ist das nächste Jahr aber da, verschieben wir das Vorhaben um ein weiteres Jahr usw.[114] Zu guter Letzt ist auch das Eigennutzaxiom nur beschränkt gültig, weil sich der Mensch nicht nur von egoistischen Motiven, sondern auch von Altruismus, Fairnessgesichtspunkten oder anderen sozialen Normen leiten lässt.[115]

Angesichts dieser empirischen Erkenntnisse gibt es wissenschaftstheoretisch gesehen im Wesentlichen zwei Möglichkeiten:[116] Geht man davon aus, dass der homo oeconomicus ein falsifizierbares Menschenbild ist, das eine empirische Aussage über das reale Verhalten des Menschen enthält, so muss man die REM-Hypothese für widerlegt halten.[117] Als ein ökonomisches Modell, das falsifizierbare Prognosen über menschliches Verhalten ermöglicht, ist die REM-Hypothese aber nicht richtig oder falsch, sondern zweckmäßig oder unzweckmäßig.[118] Die ökonomische Analyse des Rechts ist schon aus rein methodologischen Gründen auf ein ökonomisches Verhaltensmodell angewiesen.[119] Ökonomische Schlussfolgerungen

---

112 *Eidenmüller*, JZ 2005, 216, 219; *ders.*, JZ 2011, 814, 817; *Posner*, S. 22; *Schäfer/Ott*, S. 106 ff.; *Eglerth*, S. 83 ff.; siehe auch *Posner*, S. 22.

113 *Eidenmüller*, JZ 2005, 216, 219; *Schäfer/Ott*, S. 108; *Lüdemann*, S. 22.

114 *Eidenmüller*, JZ 2005, 216, 219; *Schäfer/Ott*, S. 104 u. 109; *Eglerth*, S. 79 ff.

115 *Eidenmüller*, JZ 2005, 216, 219; *ders.*, JZ 2011, 814, 817; *Schäfer/Ott*, S. 104 u. 109 f.; *Deffains/Langlais*, S. 22; *Lüdemann*, S. 21; *Eglerth*, S. 70 ff.; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 151; *Reich*, S. 28 f.; siehe auch *Hilty*, ZUM 2003, 983, 989.

116 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 39.

117 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 39; *ders.*, JZ 2011, 814, 821; *Drexl*, Die Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 171; *Mackaay/Rousseau*, Rdnr. 133; *Lüdemann*, S. 23 ff.; siehe auch *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 53; *ders.*, ZUM 2003, 983, 989.

118 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 40; siehe auch *Deffains/Langlais*, S. 19.

119 *Drexl*, Die Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 170; *Deffains/Langlais*, S. 19; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 152; siehe auch *Posner*, S. 4; *Mackaay/Rousseau*, Rdnr. 133; *Schäfer/Ott*, S. 95.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sind nur möglich, wenn bestimmte Verhaltensmuster zugrunde gelegt werden können.[120] Da sich die Schlussfolgerungen der ökonomischen Analyse nicht aus dem Recht unmittelbar ergeben, sondern erst aus dem aggregierten Verhalten einzelner Individuen, stellt ein ökonomisches Modell individuellen menschlichen Verhaltens die notwendige Verbindung zwischen dem Recht und den ökonomischen Folgen her (sog. methodologischer Individualismus).[121] Dieser methodologischen Aufgabe wird der homo oeconomicus auch dann gerecht, wenn sich die Individuen nur mehrheitlich (eingeschränkt) rational und eigennützig verhalten.[122] So wird etwa die Prognose, dass bei sinkendem Preis eines bestimmten Gutes – ceteris paribus – die Nachfrage steigen wird, auch dann zutreffen, wenn einige Verbraucher irrational und nicht nutzenmaximierend handeln.[123] Nicht zuletzt scheint das Recht selbst zumindest im Grundsatz von diesem Verhaltensmodell auszugehen.[124] Anders lässt sich Verhaltenssteuerung durch rechtliche Anreize oder Sanktionen gar nicht denken: Die abschreckende Wirkung etwa von zivil- oder strafrechtlichen Sanktionen setzt voraus, dass wir rational handeln und die Handlungsalternative wählen, die uns mehr nützt als schadet.[125] Deshalb ist die absolute Gültigkeit oder Ungültigkeit der REM-Hypothese nicht entscheidend. Ein ökonomisches Modell soll die Wirklichkeit vereinfachend und abstrahierend darstellen, um (falsifizierbare) Prognosen zu ermöglichen.[126] Als ein Ausgangsmodell, das bereichsspezifisch um die Erkenntnisse der empirischen Psychologie bereichert wird – dies ist Gegenstand der Verhaltensökonomik *(behavioral economics)* –, ist der homo oeconomicus nach wie vor zweckmäßig.[127] Die REM-Hypothese wird erst – aber immerhin – dann methodologisch un-

120 *Drexl*, Die Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 170; siehe auch *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 40; *Bischoffshausen*, S. 244.

121 *Drexl*, Die Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 170 f.; siehe auch *Mathis*, S. 21 u. 27; *Leistner*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, S. 26; *Bischoffshausen*, S. 244.

122 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 40; *ders.*, JZ 1999, 53, 56; siehe auch *Mathis*, S. 27.

123 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 40.

124 *Eidenmüller*, JZ 2005, 216, 218; *Deffains/Langlais*, S. 24.

125 *Eidenmüller*, JZ 2005, 216, 218.

126 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 40; *Mackaay/Rousseau*, Rdnr. 133; *Lüdemann*, S. 16; *Mathis*, S. 26; siehe auch *Drexl*, Die Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 170.

127 *Drexl*, Die Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 173; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 39 f.; *ders.*, JZ 1999, 53, 56; *ders.*, JZ 2005, 216, 216;

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

brauchbar, wenn sich Menschen in bestimmten Bereichen (etwa bei der Wahrnehmung urheberpersönlichkeitsrechtlicher Befugnisse)[128] *systematisch* irrational oder nicht nutzenmaximierend verhalten. Dann nämlich werden die auf dem homo oeconomicus beruhenden Prognosen regelmäßig falsch sein.[129]

b) Das ökonomische Effizienzziel

Das ökonomische Effizienzziel ist der Maßstab, an dem die unter Zugrundelegung des ökonomischen Verhaltensmodells (positiv) ermittelten Folgen (normativ) bewertet werden.[130] Wenn Juristen von „Effizienz" sprechen, meinen sie damit gewöhnlich, dass ein vorgegebenes Ziel mit einem möglichst geringen Aufwand oder dass mit einem gegebenen Aufwand ein bestimmtes Ziel in möglichst hohem Maße erfüllt wird.[131] Der ökonomischen Analyse des Rechts liegt ein anderer Effizienzbegriff zugrunde. Hier beschreibt „Effizienz" nicht die optimale Zweck-Mittel-Relation, sondern das Ziel selbst.[132] Das Effizienzziel wird anhand des Pareto-Kriteriums (unten (1)) oder des Kaldor-Hicks-Kriteriums (unten (2)) bestimmt.

aa) Pareto-Kriterium

Nach dem von Vilfredo Pareto entwickelten Kriterium ist ein Zustand effizient, wenn niemand besser gestellt werden kann, ohne den Nutzen eines anderen zu schmälern.[133] Mindestens ein Mitglied der Gesellschaft muss

---

Schäfer/Ott, S. 116; *Mackaay/Rousseau*, Rdnr. 133; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 151 f.; *Bischoffshausen*, S. 243; *Reich*, S. 30; siehe auch *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 53 f.; *Lüdemann*, S. 22 („Bislang jedenfalls ist es noch nicht gelungen, den *homo oeconomicus* durch ein alternatives Modell vergleichbarer Reichweite zu ersetzen").

128 *Reich*, S. 37 ff.

129 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 41; *Reich*, S. 30.

130 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 41; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 123.

131 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 55.

132 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 56.

133 *Drexl*, Die Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 133; *Posner*, S. 17; *Mackaay/Rousseau*, Rdnr. 2132 („un changement qui produit des gagnants mais aucun

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den Zustand präferieren und alle anderen Mitglieder müssen zumindest indifferent sein, dürfen ihn also nicht ablehnen.[134] Praktisch hat damit jedes Mitglied der Gesellschaft ein Vetorecht, mit dem es nachteilige Maßnahmen verhindern kann.[135] Damit kann zwar die „unsichtbare Hand" des Marktes frei wirken, da die Parteien eines Vertrages den vereinbarten Zustand präferieren und sich Dritte regelmäßig indifferent verhalten.[136] Der Gestaltungsspielraum des demokratisch legitimierten Gesetzgebers wird durch das Pareto-Kriterium aber stark eingeschränkt.[137] Ein Gesetz, das nicht mindestens ein Mitglied der Gesellschaft schlechter stellt, ist schwer vorstellbar.[138] Nicht nur ist jede staatliche Einkommens- und Vermögensverteilung praktisch ausgeschlossen,[139] was eine zwar pareto-effiziente, aber (extrem) ungerechte Gesellschaft zur Folge haben kann.[140] Praktisch kann der Gesetzgeber nicht einmal die Spielregeln des Marktes bestimmen, da sich immer ein Spieler finden wird, der eine andere Spielregel präferiert. Für die Rechtspolitik und die normative ökonomische Analyse des Rechts ist das Pareto-Kriterium damit wenig brauchbar.[141]

---

perdant"); *Mathis*, S. 44; *Leistner*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, S. 30; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 123 f.; *Reich*, S. 42.

134 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 48; *Schäfer/Ott*, S. 13; *Leistner*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, S. 30; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 124; *Bischoffshausen*, S. 250; *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 234.

135 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 49; *Schäfer/Ott*, S. 13; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 124; *Bischoffshausen*, S. 250.

136 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 49; *Bischoffshausen*, S. 250; *Reich*, S. 43.

137 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 49.

138 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 49; *Bischoffshausen*, S. 250; *Reich*, S. 43.

139 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 49.

140 *Mathis*, S. 47 f.; siehe auch *Posner*, S. 18.

141 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 55; *Deffains/Langlais*, S. 29; *Mackaay/Rousseau*, Rdnr. 2232; *Leistner*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, S. 30 f.; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 124; *Bischoffshausen*, S. 250; *Reich*, S. 43; siehe auch *Posner*, S. 18.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb) Kaldor-Hicks-Kriterium

Daher beruht die (normative) ökonomische Analyse des Rechts zumeist auf dem sogenannten Kaldor-Hicks-Kriterium, das auch eine Schlechterstellung von Mitgliedern der Gesellschaft erlaubt.[142]

(1) Inhalt

Nach Nicholas Kaldor und John Hicks ist ein Zustand effizient, wenn die Vorteile der Begünstigten die Nachteile der Benachteiligten überwiegen und der Gesamtnutzen so groß ist, dass die Begünstigen die Benachteiligten kompensieren *könnten* – sodass sie indifferent wären – und dass für die Begünstigen immer noch ein Restvorteil verbleibt.[143] Der Unterschied gegenüber dem Pareto-Kriterium liegt also darin, dass die Benachteiligten nicht tatsächlich entschädigt werden – das wäre pareto-effizient –, sondern dass die Kompensation *möglich* wäre. Man kann das Kaldor-Hicks-Kriterium daher auch als ein potentielles Pareto-Kriterium bezeichnen.[144] Die Vor- und Nachteile werden jeweils *monetär* bewertet.[145] Damit das Kaldor-Hicks-Kriterium erfüllt ist, muss also der in Geld bewertete Gesamtnutzen die in Geld bewerteten Gesamtkosten übersteigen;[146] oder von Richard Posner reformuliert: der Wohlstand im Zustand x muss insgesamt

142 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 52; *Posner*, S. 18 („And in fact when an economist says that free trade or competition […] or some other policy or state of the world is efficient, nine times out of ten he means Kaldor-Hicks efficient"); *Mathis*, S. 153; *Bischoffshausen*, S. 251.

143 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 51; *Drexl*, Die Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 134; *Posner*, S. 17 f.; *Schäfer/Ott*, S. 20; *Deffains/Langlais*, S. 29; *Mackaay/Rousseau*, Rdnr. 2232; *Mathis*, S. 52; *Leistner*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, S. 31; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 124; *Bischoffshausen*, S. 250 f.; *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 234; *Reich*, S. 43.

144 *Drexl*, Die Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 134; *Posner*, S. 18.

145 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 52; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 125; *Mathis*, S. 52; *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 234.

146 *Schäfer/Ott*, S. 22; *Deffains/Langlais*, S. 29; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 124.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

höher sein als im Zustand y *(wealth maximization)*.[147] Eine Wohlstandsmaximierung setzt sich zusammen aus der Konsumenten- und der Produzentenrente.[148] Die Konsumentenrente ist die Differenz zwischen dem Preis, den ein Nachfrager zu zahlen bereit ist, und dem effektiv zu zahlenden (niedrigeren) Preis. Die Produzentenrente bezeichnet die Differenz zwischen dem Preis, den ein Anbieter mindestens fordert, und dem effektiv erzielten (höheren) Preis.[149] Ein einfaches Beispiel soll dies veranschaulichen:[150] Wenn A ein Gut besitzt, dass er für mindestens 1.000 Euro verkaufen möchte, und B bereit ist, 3.000 Euro zu zahlen, wird – soweit keine gesellschaftlichen Kosten entstehen – der gesellschaftliche Wohlstand um eine Gesamtrente von 2.000 Euro maximiert. Dabei ist gleichgültig, auf welchen Preis sich A und B einigen. Zahlt B 1.500 Euro, beträgt die Produzentenrente 500 Euro und die Konsumentenrente 1.500 Euro. Zahlt er 2.500 Euro, beträgt die Gesamtrente ebenfalls 2.000 Euro (500 + 1.500 Euro). Das Kaldor-Hicks-Kriterium ist erfüllt, soweit keine gesellschaftlichen Kosten von größer oder gleich 2.000 Euro entstehen, weil dann die Gesellschaft aus der Gesamtrente von 2.000 Euro kompensiert werden könnte und ein Restvorteil von mindestens einem Cent verbliebe.

(2) Kritische Würdigung

Dem Kaldor-Hicks-Kriterium werden im Wesentlichen zwei Einwände entgegengesetzt.[151] Zunächst kann Nutzen nicht generell monetär bewertet werden,[152] wie die Fortsetzung des Beispiels zeigt:[153] Das Gut ist ein Medikament, das eine bislang unheilbare Krankheit heilt. B ist völlig gesund, hat aber Angst, in Zukunft an dieser Krankheit zu erkranken. Dagegen ist

147 *Posner*, S. 17 („In the less austere concept of efficiency mainly used in this book – called the Kaldor-Hicks concept of efficiency, or wealth maximization…"); *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 54; *Deffains/Langlais*, S. 29; *Mathis*, S. 153.

148 *Mathis*, S. 151; *Schäfer/Ott*, S. 60; siehe auch *Posner*, S. 17 f.

149 *Schäfer/Ott*, S. 47 u. 58; *Mathis*, S. 150 f. Ausführlich zur Konsumenten- und Produzentenrente *Pindyck/Rubinfeld*, S. 185 ff. bzw. 383 ff. u. 391 ff.

150 In Anlehnung an *Posner*, S. 17 f.

151 Ausführlich *Mathis*, S. 56 ff.

152 *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 267; *Deffains/Langlais*, S. 30.

153 In Anlehnung an *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 267.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

C akut erkrankt; nur das Medikament kann sein Leben verlängern. Wenn nun C mittellos ist und sein gesamtes Vermögen von 1.500 Euro aufbietet (mit der Folge einer Gesamtrente von 500 Euro), muss nach dem Kaldor-Hicks-Kriterium B das Medikament erhalten, obwohl in Wirklichkeit C einen deutlich höheren Nutzen hätte. Dabei muss B den C nicht einmal überbieten; der Verkauf an B wäre auch dann effizient, wenn A und B einen Kaufpreis von 1.000 Euro vereinbarten, da in diesem Fall die Gesamtrente weiterhin um 1.500 Euro höher wäre. Die Zahlungsbereitschaft hängt nicht nur vom individuellen Nutzen, sondern auch von der Zahlungsfähigkeit ab. Deshalb werden die Armen beim Kaldor-Hicks-Kriterium in aller Regel den Kürzeren ziehen, weil die Reichen das Gut im Zweifel finanziell höher schätzen als die Armen.[154] Zu guter Letzt muss sich das Kaldor-Hicks-Kriterium den Vorwurf des Kollektivismus gefallen lassen.[155] So bedeutet eine gesellschaftliche Nutzenmaximierung noch lange nicht, dass der Nutzen eines jeden Individuums gemehrt wird. Selbst wenn es der Gesellschaft insgesamt mehr nützte, dass der gesunde B das Medikament erhält, so würde das Bedürfnis des akut kranken C schlicht ignoriert.

Wie die Fortsetzung des Beispiels zeigt wäre eine ausschließlich am Kaldor-Hicks-Kriterium ausgerichtete Rechtspolitik blind gegenüber verteilungspolitischen Erwägungen und könnte zu Eingriffen in unantastbare Grundrechte führen.[156] Heute wird deshalb kaum noch ein absoluter Geltungsanspruch des Effizienzziels vertreten.[157] Selbst Posner, der wohl prominenteste Vertreter einer normativen ökonomischen Analyse des Rechts,

---

154 *Mathis*, S. 60.

155 *Mathis*, S. 60 f.; *Deffains/Langlais*, S. 30.

156 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 489; *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 134; *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, S. 126; *Leistner*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, S. 31; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 165.

157 *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, S. 125; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 163; ablehnend etwa *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 168; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 321 u. 489; *ders.*, JZ 1999, 53, 57; *ders.*, JZ 2005, 216, 224; *Schäfer/Ott*, S. 41 f.; *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, S. 128; *Leistner*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, S. 85 f.; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 165; *Mathis*, S. 204. Siehe aber auch *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 104 f. u. 166, der darauf hinweist, dass zumindest nach der Chicago School zum US-amerikanischen Kartellrecht der ausschließliche Geltungsanspruch des Ökonomischen fortbestehe.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hält Effizienz nur noch für ein wichtiges, aber nicht mehr für ein vorrangiges oder gar alleiniges Kriterium für die Ausgestaltung des Rechts.[158] Zwingende Vorgaben für das Recht kann die (normative) ökonomische Analyse des Rechts also nicht liefern: *law* and *economics* heißt nicht – und kann nach allgemeiner Meinung nicht heißen – *law* as *economics*.[159] Andererseits schließen sich Gerechtigkeit und Effizienz keineswegs aus: Effizienz ist stets auch ein Gebot der Gerechtigkeit, da nur verteilt werden kann, was auch erwirtschaftet wird; umgekehrt kann auch die Gerechtigkeit ein Gebot der Effizienz sein, da Ungerechtigkeit die Leistungsfähigkeit und -bereitschaft der Betroffenen vermindert.[160] Vor allem aber hat das Recht Folgen in der Rechtswirklichkeit und diese Realfolgen können erwünscht oder weniger erwünscht sein. Sind dies nicht Fragen, zu denen die Rechtswissenschaft Stellung beziehen sollte?[161] Nur eine als *Realwissenschaft* betriebene Rechtswissenschaft ist in der Lage, den Gesetzgeber folgenorientiert zu beraten.[162] Die (positive) Prognose der Realfolgen einer Rechtsnorm kann das Bewusstsein für Zusammenhänge schärfen, die sonst unerkannt blieben, und damit die rationale Basis des normativen Diskurses stärken.[163] Mit der Folgenprognose allein ist dem Gesetzgeber aber nicht gedient. Nur wenn die ermittelten Realfolgen zu (normativen) *Zielen* in Beziehung gesetzt werden, besitzt die Prognose tatsächlich einen

158 *Posner*, 5. Aufl., S. 13 („Although no effort will be made in this book to defend efficiency as the only worthwhile criterion of social choice, the book does assume […] that it is an important criterion"); *ders.*, S. 34 f. („[The Kaldor-Hicks criterion] is certainly *a* component of the ethical system of our market-oriented society […]. Evidently there is more to justice than economics, and this is a point the reader should keep in mind when evaluating normative statements in this book", Hervorh. i. Orig.); siehe *Mathis*, S. 181 f.; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 163.

159 *Lemley/McGowan*, 86 Cal. L. Rev. 479, 610 (1998) („There is a difference between law and economics, an estimable discipline, and law as economics, an unrealistic construct"); *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 164; *Bischoffshausen*, S. 259, Fn. 1109.

160 *Mathis*, S. 205 und ausführlich § 9.

161 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 2 u. 490; *ders.*, JZ 1999, 53, 59 ff.

162 *Eidenmüller*, JZ 1999, 53 ff.; siehe auch *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre, S. 622 („Somit ist von der Notwendigkeit einer rechtswissenschaftlich konzipierten Gesetzgebungslehre ebenso auszugehen wie von der Notwendigkeit, für die benötigten Sachinformationen auf die jeweils zuständigen Wissenschaften zurückzugreifen").

163 *Eidenmüller*, JZ 1999, 53, 54.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Informationswert.[164] Eine realwissenschaftlich betriebene Rechtswissenschaft kann den normativen Diskurs zwar keinesfalls ersetzen, wohl aber konditionale Empfehlungen in dem Sinne abgeben, dass auf der Basis einer als angestrebt unterstellten Zielsetzung Aussagen über den Einsatz bestimmter Mittel getroffen werden.[165] Wenn nun der Hauptzweck einer realwissenschaftlich betriebenen Rechtswissenschaft darin besteht, den Gesetzgeber folgenorientiert zu beraten, sollte diese Rechtswissenschaft ihren Empfehlungen dann nicht auch ein Ziel unterstellen, das bei der Gesetzgebung vermutlich immer eine gewisse Berücksichtigung findet, nämlich die gesellschaftliche Nützlichkeit einer Rechtsnorm?[166] Und sollte sie dann nicht auch auf das Kaldor-Hicks-Kriterium zurückgreifen, da die mit einer Norm verbundenen, monetarisierten Kosten und Nutzen ein zumindest ungefährer Indikator für ihre gesellschaftliche Nützlichkeit sind?[167] Das Kaldor-Hicks-Kriterium kann durchaus ein Ziel sein, das der Gesetzgebung – und erst recht einer konditionalen Empfehlung – zugrunde gelegt wird; nur muss es um andere Ziele (z.B. Menschenwürde, Verteilungsgerechtigkeit) ergänzt und normativ „aufgeladen" werden.[168] Darauf wird – speziell für das Urheberrecht – noch zurückzukommen sein.

c) Zwischenergebnis

Die ökonomische Analyse des Rechts ermittelt die Realfolgen einer Rechtsnorm *positiv* unter Zugrundelegung des homo oeconomicus und bewertet sie *normativ* am Maßstab der ökonomischen Effizienz. Der homo oeconomicus ist kein Menschenbild, sondern ein ökonomisches *Modell*, das unter Berücksichtigung verhaltenswissenschaftlicher Erkenntnisse brauchbare Prognosen liefern kann. Ökonomische Effizienz, verstanden als die gesellschaftliche Wohlstandsmaximierung, kann *ein*, aber nicht das *einzige* Ziel der Gesetzgebung sein.

---

164 *Eidenmüller*, JZ 1999, 53, 56.
165 *Eidenmüller*, JZ 1999, 53, 54 f.
166 *Eidenmüller*, JZ 1999, 53, 56; *ders.*, JZ 2011, 814, 820.
167 *Eidenmüller*, JZ 1999, 53, 56; siehe auch *ders.*, JZ 2005, 216, 224.
168 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 321; *ders.*, JZ 1999, 53, 57; *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 167 ff. u. 176 ff.; *Leistner*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, S. 97; *Mathis*, S. 204; *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, S. 125; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 167.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Incentive-Access-Ansatz

Der Incentive-Access-Ansatz liegt dem ersten britischen Urheberrechtsgesetz von 1709 sowie der Copyright Clause der US-amerikanischen Verfassung von 1787 zugrunde[169] und ist der traditionelle Begründungsansatz

169 *Davies*, S. 4 f. u. 78; *Valkonen/White*, 29 Hastings Comm. & Ent. L. J. 359, 364 u. 366 (2007); *Dallon*, 44 Santa Clara L. Rev. 365, 409 u. 425 f. (2004); *Tussey*, 12 J. Intell. Prop. L. 427, 442 (2005); *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 308 (1996); siehe auch *Dietz*, GRUR Int. 2006, 1, 1 f.; *Dreier*, in: *Dreyfuss/Zimmerman/First*, Expanding the Boundaries of Intellectual Property, S. 299.

170 *Lunney*, 49 Vand. L. Rev. 483, 485 (1996); *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 308 (1996); *Wu*, 103 Mich. L. Rev. 278, 281 f. (2004); *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 129; *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, 461, 463. Als Vertreter des Incentive-Access-Ansatzes können insbesondere angesehen werden *Landes/Posner*, 18 J. Leg. Stud. 325, 326 (1989); *Lemley*, 83 Tex. L. Rev. 1031, 1065 ff. (2005); *ders.*, 71 U. Chi. L. Rev. 129, 131 (2004); *Benkler*, 22 Int'l Rev. L. & Econ. 81, 82 (2002); *Gallagher*, S. 85 ff.; *Cohen*, 53 Vand. L. Rev. 1799, 1801 (2000); *Elkin-Koren*, 12 Berkeley Tech. L. J. 93, 100 (1997); *Fisher*, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1203, 1216 (1998) („this [… utilitarian approach] urges us to select a combination of rules that will maximize consumer welfare by optimally balancing incentives for creativity with incentives for dissemination and use", Anm. d. Verf.); *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 363 f. (1996) („Through economic incentives and a careful balance between exclusivity and access, copyright seeks to foster widespread citizen participation in public deliberations").

171 *Hilty*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 115 u. 122; *ders.*, RIDE 4/2011, 481, 499; *ders.*, in: *Geiger*, Criminal Enforcement of Intellectual Property, S. 14 f.; *ders.*, in: *Beckert/Diaz-Bone/Ganßmann*, Märkte als soziale Strukturen, S. 235 ff.; *ders.*, UrhR[1], Rdnr. 61; *ders.*, in: *Stern/Peifer/Hain*, Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und YouTube, S. 76 f.; *ders.*, in: *Hargreaves/Hofheinz*, Intellectual Property and Innovation, S. 50; *ders.*, 53 JCSUSA 103, 107 (2006); *ders.*, GRUR 2009, 633, 636; *ders.*, in: *Bartsch/Briner*, DGRI Jahrbuch, S. 7 ff.; *Drexl*, in: *Torremans*, Copyright Law, S. 259; *ders.*, in: *Govaere/Ullrich*, Intellectual Property, Market Power and the Public Interest, S. 18; *Peukert*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 20 u. 45; *Schmidtchen*, S. 19; *Koboldt*, S. 77 ff.; *Eger*, S. 125; *Eger/Scheufen*, S. 156 ff.; *Kerber*, ZGE 2013, 245, 248 ff.; (ausdrücklich) neben individualistischen Ansätzen auch *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 144; *ders.*, in: *Eifert/Hoffmann-Riem*, Geistiges Eigentum und Innovation, S. 290; *Schricker*, in: *Schricker*, UrhR[3], Einl., Rdnr. 10; *Schricker/Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], Einl., Rdnr. 24; *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, HdbUrhR[2], § 1, Rdnr. 4; *Schack*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 134 u. 138; eine normative „Aufladung" befürworten *Leistner*, ZGE 2009, 403, 409 ff.; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 482 u. 488; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 278 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

des anglo-amerikanischen Copyrights.[170] Mittlerweile wird er auch in Deutschland[171] und Frankreich[172] vertreten.

a) Inhalt

Nach dem Incentive-Access-Ansatz soll das Urheberrecht zu Investitionen in die Schöpfung und Vermarktung von Werken *anreizen* (unten aa)) und zugleich (unten cc)) einen *Zugang* zu diesen Werken ermöglichen (unten bb)).

aa) Anreiz

Das dem Incentive-Access-Ansatz immanente Anreizparadigma beruht auf der Eigenschaft von Werken als sog. öffentlichen Gütern:[173] Werke sind nicht-rival, können also parallel von mehreren Personen genutzt werden,[174] und nicht-ausschließlich, weil rein tatsächlich die Parallelnutzung

172 *Lévêque/Ménière*, S. 7 f. u. 69 ff.; *Benhamou/Farchy*, S. 29 f.; *Farchy*, Propr. intell. 21 (2006), 388, 390; *Benabou*, RIDA 192 (2002), 3, 51 („Quel que soit le système juridique dont il est issu, le droit d'auteur est attribué par l'État afin de promouvoir le création; c'est sa finalité ultime"); (ausdrücklich) neben individualistischen Ansätzen auch *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 7; *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 1 u. 4; *Linant de Bellefonds*, Rdnr. 1; *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 37 ff.; *ders.*, IIC 2006, 371, 382 ff.; *ders.*, GRUR Int. 2004, 815, 816.

173 *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 55; *Drexl*, in: *Torremans*, Copyright Law, S. 259; *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 144; *ders.*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 3; *Peukert*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 14; *Farchy*, Propr. intell. 21 (2006), 388, 389; *Benhamou/Farchy*, S. 26; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 406; *Kerber*, ZGE 2013, 245, 249; *Elkin-Koren*, 12 Berkeley Tech. L. J. 93, 98 f. (1997); *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 129; *Fisher*, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1203, 1232 (1998); *ders.*, 101 Harv. L. Rev. 1661, 1700 (1988); *Langus/Neven/Shier*, S. 13; allgemein *Pindyck/Rubinfeld*, S. 872 ff.

174 *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 144; *ders.*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 3; *Peukert*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 13; *ders.*, Die Gemeinfreiheit, S. 56 f.; *Farchy*, Propr. intell. 21 (2006), 388, 389; *Lévêque/Ménière*, S. 7; *Eger*, S. 124; *Eger/Scheufen*, S. 154; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 406; *Kerber*, ZGE 2013, 245, 249; *Koboldt/Schmidtchen*, ORDO 42 (1991), 295, 297; *Elkin-Koren*, 12 Berkeley

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

durch Dritte nicht verhindert werden kann.[175] Ohne Urheberrecht bestünde deshalb auf der Ebene der Produkte (z.B. E-Books, DVDs, Audio-on-Demand) ein vollkommener Wettbewerb mit Preisen *gleich* den – regelmäßig niedrigen bis gegen Null tendierenden[176] –Grenzkosten, also den Kosten, die für eine *zusätzliche* Kopie anfallen.[177] Der Rechtsinhaber könnte seine zum Teil enormen[178] Kosten für die *erste* Kopie, also die Schöpfung und die Vermarktung als Produkt – im Falle der „Herr der Ringe"-Trilogie zwischen 310 und 350 Mio. US-Dollar[179] –, niemals amortisieren. Unter

---

Tech. L. J. 93, 100 (1997); *Elkin-Koren/Salzberger*, 19 Int'l Rev. L. & Econ. 553, 559 (1999); *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 5; *Benhamou/Farchy*, S. 26; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 129 f.; *Reich*, S. 83; *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 238; *Bischoffshausen*, S. 263 f.; *Koboldt*, S. 72; *Fisher*, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1203, 1232 (1998); *ders.*, 101 Harv. L. Rev. 1661, 1700 (1988); *Langus/Neven/Shier*, S. 13; *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 292 (1996).

175 *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 144; *Peukert*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 14; *ders.*, Die Gemeinfreiheit, S. 56; *Lévêque/Ménière*, S. 8; *Farchy*, Propr. intell. 21 (2006), 388, 389; *Eger/Scheufen*, S. 154; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 406; *Kerber*, ZGE 2013, 245, 49; *Elkin-Koren*, 12 Berkeley Tech. L. J. 93, 98 f. (1997); *Elkin-Koren/Salzberger*, 19 Int'l Rev. L. & Econ. 553, 559 (1999); *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 5; *Benhamou/Farchy*, S. 26 f.; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 129; *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 238; *Bischoffshausen*, S. 264; *Reich*, S. 84; *Langus/Neven/Shier*, S. 13; *Fisher*, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1203, 1232 (1998); *ders.*, 101 Harv. L. Rev. 1661, 1700 (1988).

176 *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 54; *ders.*, RIDE 4/2011, 481, 499; *ders.*, in: *Bartsch/Briner*, DGRI Jahrbuch, S. 8; *Farchy*, Propr. intell. 21 (2006), 388, 390; *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 144; *Landes/Posner*, 18 J. Leg. Stud. 325, 326 (1989); *Peukert*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 15; *Benhamou/Farchy*, S. 27; *Kerber*, ZGE 2013, 245, 249; *Benkler*, 22 Int'l Rev. L. & Econ. 81, 82 (2002); *Elkin-Koren*, 12 Berkeley Tech. L. J. 93, 99 (1997); *Koboldt*, S. 73; *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 292 (1996); *Koboldt/Schmidtchen*, ORDO 42 (1991), 295, 297.

177 *Ohly*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 3; *Peukert*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 15; *Landes/Posner*, 18 J. Leg. Stud. 325, 326 (1989); *Schäfer/Ott*, S. 668; *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 286; *Langus/Neven/Shier*, S. 13; *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 292 (1996); siehe auch *Hilty*, in: *Beckert/Diaz-Bone/Ganßmann*, Märkte als soziale Strukturen, S. 239 f.; zur Gewinnformel Preis = Grenzkosten im vollkommenen Wettbewerbsmarkt siehe 1. Kapitel A. II. 2. a) bb) (1).

178 *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 54; *ders.*, RIDE 4/2011, 481, 499; *ders.*, in: *Bartsch/Briner*, DGRI Jahrbuch, S. 7 f.; *Landes/Posner*, 18 J. Leg. Stud. 325, 326 (1989); *Elkin-Koren*, 12 Berkeley Tech. L. J. 93, 99 (1997); *Kerber*, ZGE 2013, 245, 24.

179 *Thompson*, S. 33.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zugrundelegung des ökonomischen Verhaltensmodells[180] („No man but a blockhead ever wrote except for money“[181]) würde er künftig nicht mehr in die Schöpfung bzw. Vermarktung von Werken investieren. Die Folge wäre eine Unterproduktion neuer Werke,[182] mithin ein dynamischer Effizienzverlust.[183]

Hier setzt der Incentive-Access-Ansatz an: Das Urheberrecht löst das Trittbrettfahrer-Problem, indem es das nicht-ausschließliche Werk ausschließlich macht, mithin dem Rechtsinhaber einen Investitionsanreiz ver-

180 *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 54; *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 145; *ders.*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 3; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 484; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 405.

181 *Samuel Johnson*, zitiert nach *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 144.

182 *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 54; *ders.*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 115; *ders.*, in: *Geiger/Rodà*, FS Schmidt-Szalewski, S. 211; *ders.*, in: *Geiger*, Criminal Enforcement of Intellectual Property, S. 14; *ders.*, in: *Beckert/Diaz-Bone/Ganßmann*, Märkte als soziale Strukturen, S. 240; *ders.*, in: *Hargreaves/Hofheinz*, Intellectual Property and Innovation, S. 50; *ders.*, in: *Bartsch/Briner*, DGRI Jahrbuch, S. 9; *ders.*, in: *Stern/Peifer/Hain*, Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und YouTube, S. 76; *Hilty/Henning-Bodewig*, S. 82; *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 144; *ders.*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 3; *ders.*, in: *Eifert/Hoffmann-Riem*, Geistiges Eigentum und Innovation, S. 288 f.; *Landes/Posner*, 18 J. Leg. Stud. 325, 326 (1989); *Peukert*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 15; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 409; *Bechtold*, Vom Urheberzum Informationsrecht, S. 287; *Schäfer/Ott*, S. 668; *Lévêque/Ménière*, S. 8; *Benhamou/Farchy*, S. 27; *Farchy*, Propr. intell. 21 (2006), 388, 389; *Eger*, S. 125; *Eger/Scheufen*, S. 155; *Elkin-Koren*, 12 Berkeley Tech. L. J. 93, 99 (1997); *Elkin-Koren/Salzberger*, 19 Int'l Rev. L. & Econ. 553, 559 (1999); *Kerber*, ZGE 2013, 245, 249; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 6; *Reich*, S. 49 f.; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 131; *Bischoffshausen*, S. 269; *Fisher*, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1203, 1232 (1998); *ders.*, 101 Harv. L. Rev. 1661, 1700 (1988); *Langus/Neven/Shier*, S. 13; *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 292 f. (1996).

183 Die unterlassene Schöpfung und Vermarktung schafft keine neue Nachfrage, mithin keine zusätzliche Produzenten- und Konsumentenrente, *Schmidtchen*, S. 16 f.; *Farchy*, Propr. intell. 21 (2006), 388, 389 f.; *Bischoffshausen*, S. 276; *Fisher*, 101 Harv. L. Rev. 1661, 1700 (1988); siehe auch *Lévêque/Ménière*, S. 9; *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 144; *Peukert*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 20; *Eger*, S. 125; *Eger/Scheufen*, S. 147; *Kerber*, ZGE 2013, 245, 249.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schafft.[184] Dabei ist nicht schon das Urheberrecht selbst der Anreiz. Das Schutzrecht ist wenig wert, wenn der Schutzgegenstand – etwa ein Spielfilm – floppt.[185] Der Anreiz ist vielmehr die Aussicht auf Gewinn, den der Wettbewerb verspricht.[186] Um an diesem Wettbewerb – dem Wettbewerb auf der Ebene der Werke – teilnehmen zu können, bedarf es eines Wettbewerbsvorteils gegenüber Trittbrettfahrern:[187] den Spielraum, einen Preis *über* den Grenzkosten zu verlangen (sog. Markt- oder Preissetzungsmacht).[188] Damit wird der – zuvor vollkommene – Wettbewerb auf der

184 *Hilty/Henning-Bodewig*, S. 82; *Drexl*, in: *Torremans*, Copyright Law, S. 259; *ders.*, in: *Govaere/Ullrich*, Intellectual Property, Market Power and the Public Interest, S. 18; *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 288; *Landes/Posner*, 18 J. Leg. Stud. 325, 326 (1989); *Lévêque/Ménière*, S. 8; *Benhamou/Farchy*, S. 29; *Farchy*, Propr. intell. 21 (2006), 388, 389 f.; *Eger/Scheufen*, S. 155; *Lemley*, 83 Tex. L. Rev. 1031, 1059 (2005); *ders.*, 71 U. Chi. L. Rev. 129, 131 (2004); *Elkin-Koren*, 12 Berkeley Tech. L. J. 93, 99 (1997); *Elkin-Koren/Salzberger*, 19 Int'l Rev. L. & Econ. 553, 559 (1999); *Cohen*, 53 Vand. L. Rev. 1799, 1801 (2000); *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 5; *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 28; *Koboldt*, S. 76; *Fisher*, 101 Harv. L. Rev. 1661, 1700 (1988); *Schmidtchen*, S. 17; *Langus/Neven/Shier*, S. 14; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 409; *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 293 (1996).

185 Vgl. *Drexl*, in: *Govaere/Ullrich*, Intellectual Property, Market Power and the Public Interest, S. 17 („There are many books, movies and patented inventions that actually do not sell for the simple reason that they do not find sufficient consumer demand").

186 *Ullrich*, GRUR Int. 1996, 555, 566 („Dieser Wettbewerb also, nicht das Schutzrecht, entscheidet über den Investitionsanreiz, d.h. über die erreichbare Nachfrage, über die unternehmerischen Gewinnziele und -möglichkeiten und über den Wert des geschützten Wissens am Markt. Das Schutzrecht ist nur Mittel zu dem Zweck, der dem Wettbewerb vorgegeben ist, eine Handlungsbefugnis, die wettbewerbsgerechtes, d.h. individuell Gewinn maximierendes Verhalten ermöglicht, aber es ist nicht selbst schon Zweck, Anreiz oder Belohnung, weder als solches noch als System"); *Ullrich/Heinemann*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR[5], Bd. 1, VII., B., Rdnr. 22; siehe auch *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 55; *ders.*, in: *Beckert/Diaz-Bone/Ganßmann*, Märkte als soziale Strukturen, S. 242; *Drexl*, in: *Govaere/Ullrich*, Intellectual Property, Market Power and the Public Interest, S. 17; *Drexl et al.*, IIC 2006, 558, 570; *v. Weizsäcker*, Kyklos 34 (1981), 345, 353.

187 *Hilty*, in: *Beckert/Diaz-Bone/Ganßmann*, Märkte als soziale Strukturen, S. 243 („Immaterialgüterrechte sollen die Aussicht vermitteln, bei besonderem, das heißt außergewöhnlichem Ergebnis der Investition (befristet) auch eine besondere Wettbewerbsposition zu erlangen"); *ders.*, UrhR[1], Rdnr. 55; *ders.*, in: *Geiger/Rodà*, FS Schmidt-Szalewski, S. 212; *ders.*, in: *Geiger*, Criminal Enforcement of Intellectual Property, S. 14; *ders.*, in: *Hargreaves/Hofheinz*, Intellectual Property and Innovation, S. 50; *Rauda*, S. 21 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Produktebene beschränkt, um den Wettbewerb auf der Werkebene zu fördern.[189] Die Vertreter des Incentive-Access-Ansatzes versprechen sich davon Investitionen in die Schöpfung und Vermarktung von Werken,[190] mithin einen dynamischen Effizienzgewinn.[191]

---

188 *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 288; *Elkin-Koren*, 12 Berkeley Tech. L. J. 93, 99 (1997); siehe auch *Lévêque/Ménière*, S. 13.

189 Sog. Mehrebenenansatz, *v. Weizsäcker*, Kyklos 34 (1981), 345 ff.; ebenso für alle Immaterialgüterrechte als „Wettbewerbsbeschränkungen zur Förderung des Wettbewerbs" *Lehmann*, GRUR Int. 1983, 356, 360 f.; *ders.*, IIC 1985, 525, 537 ff.; ähnlich *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 75; *ders.*, in: *Govaere/Ullrich*, Intellectual Property, Market Power and the Public Interest, S. 16; *ders.*, IIC 2004, 788, 805; *ders.*, in: *Ehlermann/Atansiu*, The Interaction between Competition Law and IP Law; S. 648; *ders.*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 47; *ders.*, in: *Ghidini/Genovesi*, Intellectual Property and Market Power, S. 175; *Drexl et al.*, IIC 2006, 558, 561; *Ohly*, in: *Oberender*, Wettbewerb und geistiges Eigentum, S. 48; *Conde Gallego*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 235; *dies.*, GRUR Int. 2006, 16, 27; siehe auch *Hilty*, in: *Hargreaves/Hofheinz*, Intellectual Property and Innovation, S. 49 f.

190 *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 55; *ders.*, in: *Beckert/Diaz-Bone/Ganßmann*, Märkte als soziale Strukturen, S. 241; *ders.*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 115 u. 120; *ders.*, in: *Stern/Peifer/Hain*, Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und YouTube, S. 76; *ders.*, in: *Geiger*, Criminal Enforcement of Intellectual Property, S. 14; *ders.*, in: *Geiger/Rodà*, FS Schmidt-Szalewski, S. 212; *ders.*, in: *Hargreaves/Hofheinz*, Intellectual Property and Innovation, S. 50; *ders.*, in: *Bartsch/Briner*, DGRI Jahrbuch, S. 9; *Hilty/Henning-Bodewig*, S. 82; *Drexl*, in: *Torremans*, Copyright Law, S. 259; *ders.*, in: *Govaere/Ullrich*, Intellectual Property, Market Power and the Public Interest, S. 18; *Ohly*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 3; *Langus/Neven/Shier*, S. 14; *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 288; *Landes/Posner*, 18 J. Leg. Stud. 325, 326 (1989); *Peukert*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 16; *Lévêque/Ménière*, S. 8; *Benhamou/Farchy*, S. 29 f.; *Eger/Scheufen*, S. 155; *Lemley*, 83 Tex. L. Rev. 1031, 1059 (2005); *ders.*, 71 U. Chi. L. Rev. 129, 131 (2004); *Elkin-Koren*, 12 Berkeley Tech. L. J. 93, 99 (1997); *Elkin-Koren/Salzberger*, 19 Int'l Rev. L. & Econ. 553, 559 (1999); *Schäfer/Ott*, S. 668; *Cohen*, 53 Vand. L. Rev. 1799, 1801 (2000); *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 5; *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 28; *Koboldt*, S. 75; *Fisher*, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1203, 1234 (1998); *ders.*, 101 Harv. L. Rev. 1661, 1700 (1988).

191 Die Schöpfung und Vermarktung schafft eine neue Nachfrage, mithin eine zusätzliche Produzenten- und Konsumentenrente, *Schmidtchen*, S. 16 u. 19; *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 39; *ders.*, IIC 2004, 788, 805; *Drexl et al.*, IIC 2006, 558, 561; *Ohly*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 3; *Peukert*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheber-

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb) Zugang

Die Beschränkung des Zugangs – oder genauer: des Wettbewerbs der Nutzungen – hat aber eine Kehrseite, nämlich eine konsumtive (unten (1)), kreative (unten (2)) und produktive (unten (3)) Unternutzung,[192] mithin einen Effizienzverlust.

(1) Konsumtive Unternutzung

Zunächst wird das Werk *konsumtiv* untergenutzt, d.h. es wird von weniger Menschen konsumiert als es aufgrund seiner Nicht-Rivalität konsumiert werden könnte. Das hängt damit zusammen, dass der Rechtsinhaber für das Produkt (z.B. Pay-TV) einen Preis (weit) *oberhalb* der Grenzkosten verlangt und nicht alle Konsumenten willens oder in der Lage sind, diesen Preis zu bezahlen.[193] Ein Beispiel ist die Live-Übertragung eines Fußball-Bundesligaspiels auf Sky, das nur Sky-Abonnenten konsumieren können.

Dieser Zustand ist bei statischer Betrachtung – also ohne Berücksichtigung der Anreizinteressen – ineffizient. Zur Begründung kann auf Erkenntnisse der ökonomischen Analyse von monopolisierten Märkten zu-

---

recht, S. 20; *ders.*, in: *Berger/Macciacchini*, FS Hilty, S. 50; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 409, Fn. 18; *Benhamou/Farchy*, S. 29; *Landes/Posner*, 18 J. Leg. Stud. 325, 340 (1989); *Lévêque/Ménière*, S. 9; *Eger/Scheufen*, S. 157; *Benkler*, 22 Int'l Rev. L. & Econ. 81, 82 (2002); *Schäfer/Ott*, S. 668; *Bischoffshausen*, S. 276; *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, S. 25; *Kerber*, ZGE 2013, 245, 256; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 135; siehe auch *Farchy*, Propr. intell. 21 (2006), 388, 390. Eingehend zum Begriff der dynamischen Effizienz *Schwalbe/Zimmer*, S. 9 f.; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 135; *Motta*, S. 55.

192 Vgl. *Hilty*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 117 („verbrauchender", „kreativer" und „vermittelnder Werkgebrauch"); *Gallagher*, S. 88 („consumers", „secondary creative users", „secondary productive users").

193 *Peukert*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 20; *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 293 (1996); *Fisher*, 101 Harv. L. Rev. 1661, 1702 (1988); *ders.*, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1203, 1236 (1998); *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 298; *Koboldt*, S. 76; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 132; *Lévêque/Ménière*, S. 8; *Lemley*, 83 Tex. L. Rev. 1031, 1059 (2005).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rückgegriffen werden.[194] Abbildung 1 veranschaulicht den Effizienzverlust im Monopol.

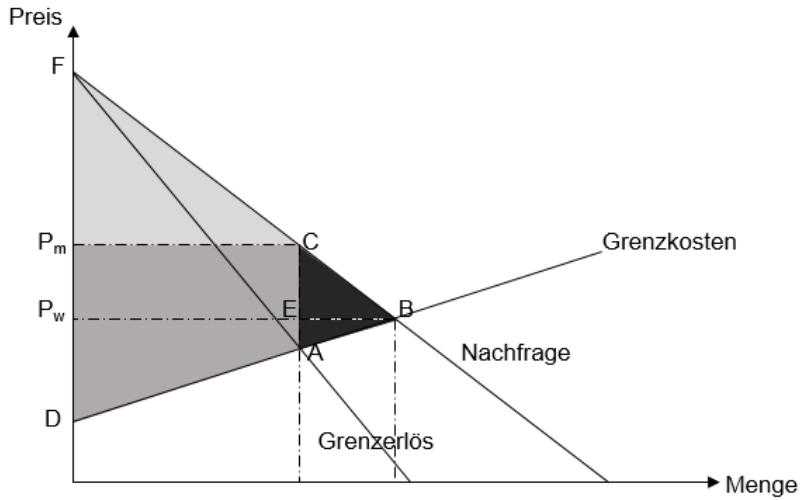

Abbildung 1: Effizienzverlust im Monopol

Unter Zugrundelegung des ökonomischen Verhaltensmodells möchte der Produzent seinen Gewinn (Umsatz – Kosten) maximieren. Er wird also solange zusätzliche Kosten je Einheit (Grenzkosten) aufwenden, wie eine Kostensteigerung um einen Euro einen zusätzlichen Umsatz (Grenzerlös) von mehr als einem Euro bedeutet.[195] Die allgemeine Bedingung für das Gewinnmaximum lautet daher Grenzkosten = Grenzerlös.[196] In einem vollkommenen Wettbewerbsmarkt ist das angebotene Produkt uneingeschränkt austauschbar.[197] Weil schon eine minimale Preiserhöhung dazu führt, dass die Nachfrage auf Produkte anderer Anbieter ausweicht (sog.

194 *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 291 f.; siehe auch *Schmidtchen*, S. 15 ff.; *Fisher*, 101 Harv. L. Rev. 1661, 1700 f. (1988); *ders.*, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1203, 1235 f. (1998); *Benkler*, 53 Vand. L. Rev. 2063, 2070 f. (2000).

195 *Schäfer/Ott*, S. 55; *Pindyck/Rubinfeld*, S. 367; *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 292.

196 *Schäfer/Ott*, S. 55; *Pindyck/Rubinfeld*, S. 368; *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 292.

197 *Pindyck/Rubinfeld*, S. 361.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kreuzpreiselastizität)[198], ist die Nachfrage insgesamt äußerst bis vollkommen preiselastisch (sog. Preiselastizität der Nachfrage).[199] Der Produzent verfügt über keinerlei Preissetzungsmacht.[200] Jede zusätzlich verkaufte Einheit wird deshalb zum gleichen Preis verkauft, der Preis entspricht dem Grenzerlös.[201] Folglich wird das Gewinnmaximum an dem Punkt (= B) der Nachfragekurve erzielt, wo der Preis (= $P_{w)}$ *gleich* den Grenzkosten ist.[202] Das Ergebnis ist eine Gesamtrente gleich dem schraffierten Dreieck DBF, nämlich die Summe aus Produzentenrente DBP_w und Konsumentenrente P_wBF.

In einem Monopol hat der Produzent Preissetzungsmacht,[203] weil sein Produkt nicht durch Produkte anderer Anbieter substituiert werden kann.[204] Um seinen Gewinn zu maximieren, wird er den Preis (= $P_{m)}$ an dem („Cournotschen") Punkt C der Nachfragekurve ausrichten, bei dem die Grenzkosten dem Grenzerlös entsprechen (= A).[205] Mithin ist der Preis *höher* als die Grenzkosten.[206] Aufgrund des höheren Preises verlieren die Konsumenten, die das Produkt zum höheren Preis kaufen, einen Teil ihrer Konsumentenrente (=P_wECP_m) verlieren; jene, die es nicht zum Preis P_m

198 Eingehend *Schwalbe/Zimmer*, S. 82 f.; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 235.

199 *Pindyck/Rubinfeld*, S. 361 u. 471.

200 *Schäfer/Ott*, S. 55; *Pindyck/Rubinfeld*, S. 368; *Schwalbe/Zimmer*, S. 54; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 148 u. 209; *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 292 f. Die Preissetzungs- oder Marktmacht bezeichnet die Fähigkeit eines oder mehrerer Unternehmen, einen Preis für ein Gut zu verlangen, der *über* den Grenzkosten liegt, *Schwalbe/Zimmer*, S. 53; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 207.

201 *Schäfer/Ott*, S. 55; *Pindyck/Rubinfeld*, S. 369.

202 *Schäfer/Ott*, S. 55; *Pindyck/Rubinfeld*, S. 369; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 148; *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 293.

203 *Schäfer/Ott*, S. 60; *Pindyck/Rubinfeld*, S. 457; *Schwalbe/Zimmer*, S. 22; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 161; *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 294.

204 Vgl. *Pindyck/Rubinfeld*, S. 457.

205 *Schäfer/Ott*, S. 60; *Pindyck/Rubinfeld*, S. 461; *Schwalbe/Zimmer*, S. 23; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 162; *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 295.

206 *Schwalbe/Zimmer*, S. 23 f.; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 162; *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 295.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kaufen, es aber zum Preis P_m kaufen würden, verzichten ebenfalls auf einen Teil ihrer Rente (= EBC).[207] Der Monopolist gewinnt zwar das Rechteck P_wECP_m, da er zu einem erhöhten Preis verkauft, verliert aber gleichzeitig das Rechteck ABE.[208] In der Folge steigt die Produzentenrente auf das mittelgrau schraffierte Rechteck $DACP_m$ an, während die Konsumentenrente auf das hellgrau markierte Rechteck P_mCF sinkt. Damit ist die Gesamtrente gleich dem hell- und mittelgrau schraffierten Viereck DACF ineffizient. Denn wenn der Staat das Monopol auflöste, wären die Vorteile der Konsumenten so groß (= P_wBCP_m), dass sie den um die Monopolrente P_wECP_m benachteiligten Monopolisten voll entschädigen könnten und ihnen dennoch ein Restvorteil (= EBC) verbliebe (Kaldor-Hicks-Kriterium[209]).[210] Im Monopol sinkt die Konsumentenrente also stärker als die Produzentenrente steigt.[211] Es tritt ein Effizienzverlust gleich dem schwarzen Dreieck ABC ein.[212]

Das Ausmaß des Effizienzverlustes hängt davon ab, wie stark der Monopolpreis (= $P_{m)}$ den Wettbewerbspreis (= $P_{w)}$ übersteigt.[213] Die Preisdifferenz korreliert mit der Preissetzungsmacht, also der Preiselastizität der Nachfrage.[214] In einem reinen Monopol können die Konsumenten zwar nicht auf Produkte anderer Anbieter ausweichen,[215] wohl aber den Konsum verringern oder völlig einstellen.[216] Je elastischer die Nachfrage auf eine Preisänderung reagiert, desto geringer ist die Preissetzungsmacht und

207 *Pindyck/Rubinfeld*, S. 480.
208 *Pindyck/Rubinfeld*, S. 480.
209 Zum Kaldor-Hicks-Kriterium siehe bereits 1. Kapitel A. II. 1. b) bb).
210 *Schäfer/Ott*, S. 61; *Mathis*, S. 154 f.; *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 297, Fn. 1554.
211 *Schäfer/Ott*, S. 61.
212 *Schäfer/Ott*, S. 61; *Pindyck/Rubinfeld*, S. 480; *Schwalbe/Zimmer*, S. 25; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 164; *Mathis*, S. 155; *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 297.
213 *Schwalbe/Zimmer*, S. 54; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 209; vgl. auch *Pindyck/Rubinfeld*, S. 483.
214 *Schwalbe/Zimmer*, S. 54; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 209.
215 Vgl. *Pindyck/Rubinfeld*, S. 457.
216 Vgl. *Schwalbe/Zimmer*, S. 56; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 210; vgl. auch *Pindyck/Rubinfeld*, S. 477.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

desto geringer ist die Differenz zwischen Wettbewerbs- und Monopolpreis, mithin der Effizienzverlust.

Nichts anderes gilt für den monopolistischen Wettbewerb – eine Mischform aus Monopol und vollkommenen Wettbewerb[217] –, weil hier das angebotene Produkt durch Produkte anderer Anbieter zwar beschränkt, aber doch nicht völlig substituiert werden kann.[218] Auch hier verfügt der Anbieter über Preissetzungsmacht[219], übersteigt der Preis die Grenzkosten und entsteht ein Effizienzverlust.[220] Allerdings ist der Effizienzverlust geringer als im Monopol, weil sich der Preis langfristig gesehen den Stückkosten annähert.[221]

Um diese Erkenntnisse auf das Urheberrecht zu übertragen, ist zwischen dem Werk als solchen und dem Produkt dieses Werkes zu unterscheiden.

Werke (z.B. Verdi-Opern) sind zwar stets einzigartig, zumeist aber mit anderen Werken (z.B. Puccini-Opern) beschränkt austauschbar.[222] Urhe-

---

217 Grundlegend *Chamberlin*, The Theory of Monopolistic Competition (1938); eingehend *Yoo*, 79 N.Y.U. L. Rev. 212, 236 (2004); siehe auch *Pindyck/Rubinfeld*, S. 575 ff.; *Schwalbe/Zimmer*, S. 33 f.; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 178.

218 *Chamberlin*, S. 63; *Pindyck/Rubinfeld*, S. 575; *Yoo*, 79 N.Y.U. L. Rev. 212, 236 (2004).

219 *Pindyck/Rubinfeld*, S. 575; *Yoo*, 79 N.Y.U. L. Rev. 212, 236 (2004).

220 *Pindyck/Rubinfeld*, S. 578; *Schwalbe/Zimmer*, S. 34; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 179; *Yoo*, 79 N.Y.U. L. Rev. 212, 252 (2004).

221 Solange Gewinne erwirtschaftet werden, treten andere Unternehmen in den Markt ein, *Pindyck/Rubinfeld*, S. 577; *Schwalbe/Zimmer*, S. 34; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 178.

222 Vgl. *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 41 („Entertainment films, for instance, are certainly original in that they differ from each other. Yet there are no doubts that members of the audience constantly make choices as to what films they prefer to see from a large number of movies that come out every week in the cinemas. Films are, however, very incomplete substitutes and whether one film is an option to another film may vary considerably among viewers according to their individual tastes and preferences“); *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 291 („Ein absoluter Kino-Kassenschlager hat wenige, mitunter gar keine Substitute. Bei einem Dreigroschen-Roman bestehen dagegen viele nahe Substitute. In den meisten Fällen existieren für urheberrechtlich geschützte Werke keine perfekten Substitute, in vielen Fällen nicht einmal nahe Substitute“); *Lévêque/Ménière*, S. 13; *Gordon*, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1367, 1388, Fn. 76 (1998); *Dreier*, in: *Schricker/Dreier/Kur*, Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, S. 77; *Langus/Neven/Shier*, S. 31.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

berrechtsmärkte sind deshalb nur ausnahmsweise monopolisiert.[223] Im Regelfall bilden sie monopolistische Wettbewerbsmärkte.[224] Maßgeblich ist nämlich nicht die Sicht der jeweiligen Fans – dann wäre tatsächlich jedes Werk nicht substituierbar –, sondern die Sicht der sog. marginalen Konsumenten, jener Konsumenten also, die das Werk zwar nachfragen, deren Präferenz aber am wenigsten ausgeprägt ist (und die deshalb bei einer Preiserhöhung auf andere Werke ausweichen).[225] Damit verfügt der Rechtsinhaber über Preissetzungsmacht, übersteigt der Preis die Grenzkosten[226] und sinkt die Konsumentenrente stärker als die Produzentenrente steigt.[227] Die Folge ist ein statischer Effizienzverlust.[228] Das Ausmaß des Effizienzverlustes hängt von der Preissetzungsmacht, also der Preiselasti-

---

223 *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 75; *ders.*, in: *Govaere/Ullrich*, Intellectual Property, Market Power and the Public Interest, S. 17; *ders.*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 47; *Lévêque/Ménière*, S. 13; *Lemley*, 83 Tex. L. Rev. 1031, 1059 (2005); *Gordon*, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1367, 1388, Fn. 76 (1998); *Bischoffshausen*, S. 275.

224 *Chamberlin*, S. 63 („Copyrighted books, periodicals, pictures, dramatic compositions, are monopolies; yet they must meet the competition of similar productions, both copyrighted and not. […] Each copyrighted production is monopolized by the holder of the copyright; yet it is also subject to the competition which is present over a wider field"); *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 291 f.; *Koboldt/Schmidtchen*, ORDO 42 (1991), 295, 299 f.; *Meurer*, 23 Cardozo L. Rev. 55, 60 (2001); *Yoo*, 79 N.Y.U. L. Rev. 212, 241 (2004); *Langus/Neven/Shier*, S. 31.

225 Vgl. *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 178, Fn. 269, u. 194.

226 *Langus/Neven/Shier*, S. 31 („[T]hey set prices in the same way as a monopolist would, by equalizing marginal revenue and marginal cost"); *Lévêque/Ménière*, S. 13; *Benkler*, 53 Vand. L. Rev. 2063, 2068 (2000); *Fisher*, 101 Harv. L. Rev. 1661, 1701 (1988); *ders.*, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1203, 1234 (1998); *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 293 (1996); *Gordon*, 41 Stan. L. Rev. 1343, 1437, Fn. 399 (1989); *Lemley*, 83 Tex. L. Rev. 1031, 1059 (2005); *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 292.

227 Vgl. *Fisher*, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1203, 1236 (1998).

228 *Ohly*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 3; *Peukert*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 20; *ders.*, in: *Berger/Macciacchini*, FS Hilty, S. 50; *Langus/Neven/Shier*, S. 31 f.; *Schmidtchen*, S. 19; *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 298; *Lemley*, 83 Tex. L. Rev. 1031, 1059 (2005); *Landes/Posner*, 18 J. Leg. Stud. 325, 341 (1989); *Fisher*, 101 Harv. L. Rev. 1661, 1702 (1988); *ders.*, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1203, 1236 (1998); *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 293 (1996); *Benkler*, 22 Int'l Rev. L. & Econ. 81, 82 (2002); *Gordon*, 41 Stan. L. Rev. 1343, 1437, Fn. 399 (1989); *Schäfer/Ott*, S. 668; *Bischoffshausen*, S. 276; *Heinemann*, Immaterialgüterschutz

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zität der Nachfrage, ab.[229] Die Bestimmung der Substituierbarkeit des Werkes ist aus ökonomischer Sicht nur Instrument, Hilfsmittel und Zwischenschritt, um das eigentliche Ziel, die Feststellung und Beurteilung von Preissetzungsmacht zu erreichen.[230] Entscheidend ist die umfassendere Frage, wie sehr die Nachfrage auf die Nutzung eines bestimmten Werkes angewiesen ist,[231] also ob etwa eine Verdi-Oper ein Werk ist, das – selbst bei unterstellter Nicht-Substituierbarkeit – konsumiert werden *muss*. Je geringer die Abhängigkeit, desto eher wird die Nachfrage auf die Nutzung verzichten und desto elastischer wird sie auf Preisänderungen reagieren.[232]

Auf der Produktebene hängt die Preissetzungsmacht zum einen von der Preiselastizität der Nachfrage nach dem Werk, zum anderen von der Anzahl der Anbieter und einer möglichen Produktdifferenzierung ab. Soweit das Werk von verschiedenen Anbietern als ein homogenes Produkt angeboten wird (z.B. ein und derselbe Popsong als Audio-on-Demand bei iTunes, Musicload, Spotify, Deezer etc.), ist das Produkt beliebig austauschbar und die Preissetzungsmacht gering. Der Preis übersteigt zwar die Grenzkosten – zu einer Amortisation ihrer Fixkosten sind die Anbieter in der Lage, weil sie Trittbrettfahren die Nutzung verbieten können –, aber langfristig gesehen niemals die Stückkosten.[233] Wird das Werk von verschiedenen Anbietern als ein differenziertes Produkt angeboten (z.B. Goethes „Faust" als Taschenbuchausgabe bei Reclam und als gebundene Ausgabe bei C. H. Beck), ist das Produkt nicht mehr beliebig austauschbar und es besteht eine zusätzliche Preissetzungsmacht, die je nach Differenzierungsgrad mehr oder weniger gering ausfällt.[234] Über eine – je nach

---

in der Wettbewerbsordnung, S. 25; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 132; *Eger*, S. 124; *Eger/Scheufen*, S. 157; *Koboldt*, S. 76; *Elkin-Koren*, 12 Berkeley Tech. L. J. 93, 99 (1997); *Kerber*, ZGE 2013, 245, 249 u. 256.

229 *Langus/Neven/Shier*, S. 31.

230 *Schwalbe/Zimmer*, S. 73; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 228.

231 Vgl. *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 7; allgemein *Schwalbe/Zimmer*, S. 55; *Schwalbe/Zimmer*, S. 9 f.; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 211.

232 Vgl. *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 7 („Copyright protection can lead to market dominance. But copyright-protected works are rarely ‚must have' products for consumers").

233 Vgl. *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 108.

234 Eingehend *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 194 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Werk – quasi-monopolistische Preissetzungsmacht – mit der Folge eines erheblichen statischen Effizienzverlustes – kann der Rechtsinhaber nur verfügen, wenn er als einziger das Werk vermarktet. Dies ist eine Frage der produktiven Unternutzung (unten (3)).

(2) Kreative Unternutzung

Weiter wird das Werk *kreativ* untergenutzt, d.h. es wird von weniger Menschen zur Schöpfung neuer Werke (z.B. Verfilmung, Remix) genutzt als es aufgrund seiner Nicht-Rivalität genutzt werden könnte. Werke beruhen zumeist auf vorbestehenden Werken und diese ihrerseits auf zuvor geschöpften Werken usw., sodass Urheber letztlich „auf den Schultern von Riesen stehen“[235].[236] Dieser Schöpfungsprozess wird gestört, wenn der Rechtsinhaber für die Nutzung einen Preis von (weit) oberhalb der Grenzkosten verlangt, den der Nutzungswillige nicht zu bezahlen in der Lage ist. Die Folge ist eine Unterproduktion abhängiger neuer Werke,[237] mithin ein Effizienzverlust.[238]

235 So *Isaac Newton* in einem Brief an *Robert Hooke* („If I have seen further it is by standing on the shoulders of giants“), *Ohly*, in: *Lange/Klippel/Ohly*, Geistiges Eigentum und Wettbewerb, S. 100, Fn. 4.

236 *Hilty*, in: *Stern/Peifer/Hain*, Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und YouTube, S. 78; *Ohly*, in: *Eifert/Hoffmann-Riem*, Geistiges Eigentum und Innovation, S. 291; *Lemley*, 75 Tex. L. Rev. 989, 997 (1997); *Peukert*, in: *Berger/Macciacchini*, FS Hilty, S. 50; *Landes/Posner*, 18 J. Leg. Stud. 325, 332 (1989); *Pollaud-Dulian*, Le droit d’auteur, Rdnr. 48; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 132 f.; *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 330; *ders.*, GRUR Int. 2008, 484, 485; *Kerber*, ZGE 2013, 245, 250; *Bischoffshausen*, S. 275.

237 *Hilty*, in: *Stern/Peifer/Hain*, Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und YouTube, S. 78; *ders.*, in: *Hargreaves/Hofheinz*, Intellectual Property and Innovation, S. 50; *Wu*, 102 Va. L. Rev. 101, 121 (2006); *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 331; *ders.*, GRUR Int. 2008, 484, 485; *Lemley*, 75 Tex. L. Rev. 989, 997 (1997); *Cohen*, 53 Vand. L. Rev. 1799, 1812 (2000); *dies.*, 97 Mich. L. Rev. 462, 547 (1998).

238 *Schmidtchen*, S. 19; *Eger*, S. 124.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(3) Produktive Unternutzung

Die vorliegende Arbeit befasst sich ausschließlich mit Fällen der *produktiven* Unternutzung, d.h. das Werk wird von keinem oder von weniger Verwertern als Produkt vermarktet als es rein tatsächlich vermarktet werden könnte. In diesen Fällen hat sich der Rechtsinhaber aus irrationalen[239] oder strategischen[240] Gründen entschieden, das Werk nicht zu verwerten bzw. es nicht zu lizenzieren. Es können drei Fallgruppen unterschieden werden: das Werk wird *überhaupt* nicht mehr verwertet (unten (a)); es wird nicht *neuartig* verwertet (unten (b)); und es wird nicht *gleichartig-konkurrierend* verwertet (unten (c)).

(a) Keine Verwertung

In der ersten Fallgruppe wird ein bereits veröffentlichtes Werk überhaupt nicht mehr verwertet, also in *keiner* Weise durch Vervielfältigung, Verbreitung, öffentliche Zugänglichmachung etc. als Produkt (z.B. Buch und/*oder* E-Book) vermarktet. Es handelt sich um ein sog. vergriffenes Werk, das allenfalls in Bibliotheken oder Antiquariaten erhältlich ist.[241] Hier ist das Ausschließlichkeitsrecht statisch betrachtet – also ohne Berücksichtigung der Anreizinteressen des Rechtsinhabers – schon nach dem Pareto-Kriteri-

239 *Lemley*, 75 Tex. L. Rev. 989, 1059 ff. (1997); *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 332 f.; *Wu*, 102 Va. L. Rev. 101, 119 (2006).

240 *Lemley*, 75 Tex. L. Rev. 989, 1058 f. (1997); *Frischmann/Lemley*, 107 Colum. L. Rev. 257, 278 (2007); siehe auch *Reich*, S. 60 u. 63.

241 Vgl. die Definition des „Memorandum of Understanding: Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce Works" („For the purpose of the dialogue on out-of-commerce works, a work is out of commerce when the whole work, in all its versions and manifestations is no longer commercially available in customary channels of commerce, regardless of the existence of tangible copies of the work in libraries and among the public (including through second hand bookshops or antiquarian bookshops"), *Staats*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 13d UrhWG, Rdnr. 6; siehe auch Art. L. 134-1 CPI („On entend par livre indisponible […] un livre publié […] qui ne fait plus l'objet d'une diffusion commerciale par un éditeur et qui ne fait pas actuellement l'objet d'une publication sous une forme imprimée ou numérique"); Gesetzentwurf v. 8.5.2013, BT-Drs. 17/13423, S. 18 („Soweit Printwerke vergriffen, also nicht mehr lieferbar sind […]").

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

um[242] ineffizient:[243] Ohne Urheberrecht bestünde eine „spontane Ordnung“[244] der Nutzungen, die zwei Tatsachen „entdecken“[245] würde: das vergriffene Werk, nach dem eine Nachfrage besteht, und die „unbekannte Person“[246], die diese Nachfrage befriedigt. Die „unbekannte Person“ und die Konsumenten, die das vergriffene Werk nachfragen, würden die Freiheit zur Verwertung bevorzugen, während der Rechtsinhaber indifferent bliebe, weil seine Anreizinteressen bei statischer Betrachtung ignoriert werden, er mangels eigener Verwertung keine Produzentenrente verlöre und das nicht-rivale Werk ebenfalls nutzen könnte.

(b) Keine neuartige Verwertung

In der zweiten Fallgruppe wird das Werk zwar verwertet, aber nur auf eine schon existierende, nicht auf eine neue Art. Man denke an einen Roman, der nur als gedrucktes Buch, aber nicht als E-Book verlegt wird, an eine Dissertation, deren Volltext nicht online durchsuchbar ist, oder an eine Fernsehsendung, die nicht zum Livestream „verarbeitet“ wird. Auch in dieser Fallgruppe ist das Ausschließlichkeitsrecht statisch betrachtet – also erneut ohne Berücksichtigung der Anreizinteressen des Rechtsinhabers – ineffizient: Die „unbekannte Person“, die das neuartige Produkt (z.B. E-Book) herstellte, und die Konsumenten, die dieses nachfragen, würden die Freiheit zur neuartigen Nutzung bevorzugen, während die Konsumenten eines andersartigen Produkts desselben Werkes (z.B. gedrucktes Buch) indifferent blieben, weil die Nutzung des Werkes nicht-rival ist (Pareto-Kriterium[247]).[248] Soweit der Hersteller des andersartigen Produktes durch das Auftreten des neuartigen Produkts seine faktische Preissetzungsmacht verlöre, mithin seine Produzentenrente gemindert würde, würde dieser Nach-

242 Zum Pareto-Kriterium siehe bereits 1. Kapitel A. II. 1. b) aa).
243 Vgl. *Eger*, S. 124.
244 Vgl. *v. Hayek*, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, S. 254.
245 Vgl. *v. Hayek*, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, S. 249 („Daher möchte ich […] den Wettbewerb einmal systematisch als ein Verfahren zur Entdeckung von Tatsachen betrachten, die ohne sein Bestehen entweder unbekannt bleiben oder doch zumindest nicht genutzt werden können“).
246 Vgl. *v. Hayek*, Die Verfassung der Freiheit, S. 42.
247 Zum Pareto-Kriterium siehe bereits 1. Kapitel A. II. 1. b) aa).
248 Vgl. *Eger*, S. 124.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

teil durch die Steigerung der Konsumentenrente mehr als ausgeglichen (Kaldor-Hicks-Kriterium[249]).

(c) Keine gleichartig-konkurrierende Verwertung

In der dritten Fallgruppe wird das Werk von nur einer Person – dem Rechtsinhaber – verwertet, obwohl es rein tatsächlich von einem Wettbewerber auf die gleiche Art verwertet werden könnte. So wird ein wissenschaftlicher Aufsatz zumeist in einer einzigen wissenschaftlichen Zeitschrift verlegt, obwohl er rein tatsächlich auch in anderen Zeitschriften publiziert werden könnte. Ein Beispiel für eine gleichartig-konkurrierende Verwertung ist Goethes „Faust", der als gedrucktes Buch von Reclam für 5,80 Euro, von dtv für 6,90 und von C. H. Beck für 8,00 Euro angeboten wird. Auch in dieser Fallgruppe ist das Ausschließlichkeitsrecht statisch betrachtet ineffizient: Die „unbekannte Person", die das gleichartige, möglicherweise billigere Parallelprodukt herstellte (z.B. eine Reclam-Ausgabe), und die Konsumenten, die dieses nachfragen, würden die Freiheit zur konkurrierenden Verwertung bevorzugen, während die Konsumenten des Produkts des Rechtsinhabers mindestens indifferent blieben, weil die Nutzung des Werkes nicht-rival ist (Pareto-Kriterium[250]).[251] Soweit der Rechtsinhaber durch das Auftreten des gleichartigen Produktes seine faktische Preissetzungsmacht verlöre – was hier zweifellos der Fall wäre –, mithin seine Produzentenrente gemindert würde, würde dieser Nachteil bei statischer Betrachtung durch die Steigerung der Konsumentenrente mehr als ausgeglichen (Kaldor-Hicks-Kriterium[252]). Damit schließt sich der Kreis zur konsumtiven Unternutzung (oben (2)).

cc) Anreiz-Zugangs-Optimierung

Bei einer Gesamtbetrachtung ergibt sich ein Dilemma: Auf der einen Seite muss der Wettbewerb der Nutzungen beschränkt werden, damit ein homo oeconomicus in die Schöpfung und Vermarktung von Werken investiert,

249 Zum Kaldor-Hicks-Kriterium siehe bereits 1. Kapitel A. II. 1. b) bb).
250 Zum Pareto-Kriterium siehe bereits 1. Kapitel A. II. 1. b) aa).
251 Vgl. *Eger*, S. 124.
252 Zum Kaldor-Hicks-Kriterium siehe bereits 1. Kapitel A. II. 1. b) bb).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mithin ein dynamischer Effizienzverlust vermieden wird. Auf der anderen Seite führt ebendiese Beschränkung dazu, dass bestehende Werke untergenutzt werden und ein statischer Effizienzverlust eintritt.[253] Nach dem Incentive-Access-Ansatz muss die Beschränkung daher angemessen sein, darf also nur soweit reichen, wie damit eine Unterproduktion verhindert wird.[254] Auf den Punkt gebracht hat dies Lord Macaulay in seiner Rede vom 5. Februar 1841 vor dem House of Commons:

> „It is good, that authors should be remunerated; and the least exceptionable way of remunerating them is by a monopoly. Yet monopoly is an evil. For the sake of the good we must submit to the evil; but the evil ought not to last a day longer than is necessary for the purpose of securing the good."[255]

Aus ökonomischer Sicht bedeutet „angemessen" „am Effizienzziel gemessen". Unter Zugrundelegung des Effizienzziels müssen die Kosten des Urheberrechts durch den Nutzen *mehr* als ausgeglichen werden,[256] weil dann die Rechtsinhaber die Nutzer kompensieren (könnten) und ihnen ein Rest-

---

253 *Ohly*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 3; *Peukert*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 20; *ders.*, in: *Berger/Macciacchini*, FS Hilty, S. 50; *Koboldt*, S. 76; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 132; *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 298; *Lévêque/Ménière*, S. 8; *Lemley*, 83 Tex. L. Rev. 1031, 1058 (2005); *Benkler*, 22 Int'l Rev. L. & Econ. 81, 82 (2002); *Benhamou/Farchy*, S. 27 u. 30; *Landes/Posner*, 18 J. Leg. Stud. 325, 341 (1989); *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, S. 25; *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 293 f. (1996); *Schmidtchen*, S. 19; *Fisher*, 101 Harv. L. Rev. 1661, 1700 (1988); *Schäfer/Ott*, S. 668; *Bischoffshausen*, S. 276; *Eger/Scheufen*, S. 157; *Elkin-Koren*, 12 Berkeley Tech. L. J. 93, 99 f. (1997); *Kerber*, ZGE 2013, 245, 249 u. 256.

254 *Hilty*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 115 u. 122; *ders.*, RIDE 4/2011, 481, 487; *ders.*, in: *Hargreaves/Hofheinz*, Intellectual Property and Innovation, S. 50; *ders.*, in: *Geiger/Rodà*, FS Schmidt-Szalewski, S. 212; *ders.*, in: *Stern/Peifer/Hain*, Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und YouTube, S. 76; *ders.*, in: *Geiger*, Criminal Enforcement of Intellectual Property, S. 15; *ders.*, in: *Beckert/Diaz-Bone/Ganßmann*, Märkte als soziale Strukturen, S. 241; *ders.*, in: *Bartsch/Briner*, DGRI Jahrbuch, S. 8; *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 38; *Peukert*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 20; *ders.*, in: *Berger/Macciacchini*, FS Hilty, S. 50; *Lemley*, 83 Tex. L. Rev. 1031, 1065 (2005); *ders.*, 71 U. Chi. L. Rev. 129, 131 (2004); *Leistner*, ZGE 2009, 403, 407; *Kerber*, ZGE 2013, 245, 256; *Elkin-Koren*, 12 Berkeley Tech. L. J. 93, 100 (1997).

255 Hansard, Third Series, Volume 56, S. 348, abrufbar unter: http://hansard.millbanksystems.com/commons/1841/feb/05/copyright (zuletzt besucht am 20.12.2015).

256 *Drexl*, in: *FIW*, Innovation und Wettbewerb, S. 34; *Peukert*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 20; *ders.*, in: *Berger/Macciacchini*, FS Hil-

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

vorteil verbleibt, der ihnen weitere Investitionen in die Schöpfung und Vermarktung von Werken erlaubt (Kaldor-Hicks-Kriterium[257]). Vereinfacht gesagt beschränkt das effiziente Urheberrecht die Nutzung *nur* soweit, wie es damit Investitionen in die Schöpfung und Vermarktung von Werken ermöglicht. Dies wird in Abbildung 2 veranschaulicht:

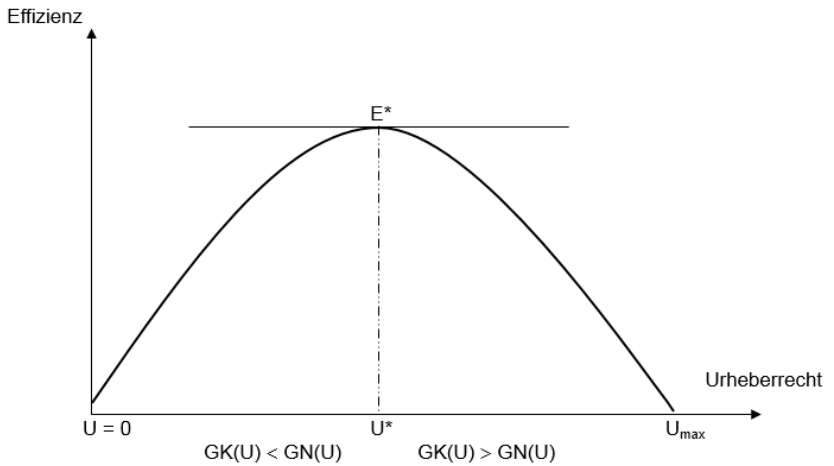

Abbildung 2: Effizientes Urheberrecht (in Anlehnung an Eger/Scheufen, S. 158)

Danach wird mit zunehmendem Schutz die Effizienz zunächst gesteigert. Zwar nimmt der Grenznutzen sukzessive ab, überwiegt aber immer noch die Grenzkosten (GN(U) > GK(U)). In dem Punkt, in dem die horizontale Tangente die Effizienzkurve schneidet, sind die Grenzkosten gleich dem Grenznutzen und wird das Effizienzmaximum (= E*) erzielt:[258] das Urheberrecht ist effizient (= U*). Geht der Urheberrechtsschutz über diesen

---

ty, S. 50*; Landes/Posner*, 18 J. Leg. Stud. 325, 326 (1989); *Schäfer/Ott*, S. 668; *Eger*, S. 125; *Eger/Scheufen*, S. 157; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 409, Fn. 18; *Benkler*, 22 Int'l Rev. L. & Econ. 81, 82 (2002); *Bischoffshausen*, S. 276; *Koboldt*, S. 76; *Gallagher*, S. 86; siehe auch *Lévêque/Ménière*, S. 8; *Benhamou/Farchy*, S. 29 f.; *Farchy*, Propr. intell. 21 (2006), 388, 390.

257 Zum Kaldor-Hicks-Kriterium siehe bereits 1. Kapitel A. II. 1. b) bb).

258 *Eger/Scheufen*, S. 159; *Müller-Lange/Scheufen*, 8 RERCI 7, 15 (2011); *Bischoffshausen*, S. 301, Fn. 1287; *van den Bergh*, IPQ 1998, 17, 32.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Punkt hinaus (U > U*) übersteigen die Grenzkosten den Grenznutzen (GN(U) > GK(U)) und es wird (erneut) ein Effizienzverlust erzielt.

Nach dem Incentive-Access-Ansatz kann das Effizienzziel also nur erreicht werden, wenn der Gesetzgeber das Urheberrecht maßschneidert. Dazu stehen ihm drei Stellschrauben zur Verfügung, die im 2. Kapitel dargestellt werden: die *Schutzfrist* als die „Länge" des Urheberrechts; die *Schutzvoraussetzungen* als die „Höhe"; und die *Schutzbeschränkungen* des einmal gewährten und noch nicht abgelaufenen Urheberrechtsschutzes als dessen „Breite".[259] Schutzbeschränkungen sind demnach einem effizienten Urheberrecht immanent.[260]

b) Kritische Würdigung

Der große Vorzug des Incentive-Access-Ansatzes ist, dass er nicht nur den Nutzen, sondern auch die Kosten des Urheberrechts in den Blick nimmt.[261] Allerdings stößt der Ansatz auch auf Kritik, nämlich hinsichtlich des Anreizerfordernisses (unten aa)), alternativer Anreizmechanismen (unten bb)), des Effizienzziels (unten cc)) und der Operationalisierbarkeit (unten dd)).

aa) Anreizerfordernis

Im Hinblick auf das Anreizerfordernis ist zwischen Verwertern und Urhebern zu unterscheiden. Die erstgenannten kommen dem Modell des homo oeconomicus sehr nahe.[262] Ohne den Wettbewerbsvorteil würden sie kaum in die Produktion von Werken oder den Lizenzerwerb investieren. So hätte

---

259 *Varian*, 19 JEP 121, 124 ff. (2005) („height, width and length"); *Eger/Scheufen*, S. 157; ähnlich auch *Eger*, S. 127; *Müller-Lange/Scheufen*, 8 RERCI 7, 15 (2011).

260 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 177; *Benkler*, 22 Int'l Rev. L. & Econ. 81, 83 (2002).

261 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 134; *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, 461, 464; *Bischoffshausen*, S. 281.

262 *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 54; *Reich*, S. 31; *Strowel*, Droit d'auteur et copyright, Rdnr. 176; *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 262 f.; *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 340 (1996); *ders.*, 51 Vand. L. Rev. 217, 250 (1998); *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 36; *ders.*, IIC

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

etwa New Line Cinema niemals über 300 Mio. US-Dollar in die Verfilmung des „Herrn der Ringe" investiert, wenn kein monetärer Anreiz bestanden hätte.[263]

Für die Urheber ergibt sich verhaltenswissenschaftlich ein deutlich differenzierteres Bild. Während der homo oeconomicus sein Tätigwerden von äußeren Faktoren abhängig macht (sogenannte extrinsische Motivation), wird der homo creator[264] zumindest auch aus einem eigenen, inneren Anlass und Antrieb tätig (sogenannte intrinsische Motivation)[265]. So ist für manche Urheber die künstlerische Betätigung schlicht Selbstzweck. Da sie bereits im kreativen Schaffensprozess Erfüllung und Befriedigung finden, streben sie nicht einmal zwingend nach Veröffentlichung und gesellschaftlicher Anerkennung.[266] Andere Werkschöpfer, insbesondere Wissenschaftler, sind zwar auch extrinsisch motiviert; ihnen geht es dann aber weniger um Geld als um Aufmerksamkeit und Ansehen.[267] Sicher gibt es auch Kreative, etwa Bestsellerautoren und Superstars, aber auch Journalisten und Übersetzer, für die auch monetäre Anreize eine zentrale Rolle spielen.[268] Für die meisten Urheber dürfte die monetäre Anreizwirkung des Urheberrechts empirischen Studien zufolge aber wesentlich geringer

---

2006, 371, 380; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 160; siehe auch *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 7.

263 *Thompson*, S. 30 f. („Expanded to three parts, the undertaking would require a huge budget. […] Yet the potential rewards were enticing. *Rings* could obviously become a franchise. […] Like those franchises, *Rings* potentially could generate enormous income from ancillary products").

264 *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 53.

265 *Peukert*, in: *Rehbinder*, Die psychologische Dimension des Urheberrechts, S. 140; *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 36; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 153; *Reich*, S. 34 f.

266 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 154; *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 36; *Schack*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 134; *Strowel*, Droit d'auteur et copyright, Rdnr. 176.

267 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 154; *Hurt/Schuchmann*, 56 Am. Econ. Rev. 421, 425 f. (1996); *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 36; *ders.*, in: *Stern/Peifer/Hain*, Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und YouTube, S. 75; *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 35; *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 340 (1996); *Strowel*, Droit d'auteur et copyright, Rdnr. 176; *Geiger*, IIC 2006, 371, 380.

268 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 161.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sein als gemeinhin angenommen.[269] Der homo creator ist damit nur beschränkt rational und eigennützig *(bounded rationality)*.[270] Noch schwieriger mit dem Anreizgedanken zu begründen sind nach dem Stand der empirischen Forschung die Urheberpersönlichkeitsrechte *(droits moraux)* – insbesondere das Veröffentlichungsrecht *(droit de divulgation)* und der Entstellungsschutz *(droit au respect de l'œuvre)* – wenn auch das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft *(droit de paternité)* eine gewisse Rolle spielen dürfte.[271] Zumindest die *unbegrenzte* Nachahmungsfreiheit dürfte dem homo creator aber ein Maß an Frustrationen zufügen, das seine Motivation, schöpferisch tätig zu werden, mehr oder weniger nachhaltig reduzierte.[272] Das Anreizerfordernis ist damit zwar erheblich relativiert, aber auch nicht völlig widerlegt.[273]

---

269 *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 36; *ders.*, ZUM 2003, 983, 986; *Ohly*, in: *Eifert/Hoffmann-Riem*, Geistiges Eigentum und Innovation, S. 289; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 155 ff.; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 405; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 484; *Bechtold*, GRUR Int. 2008, 484, 487; *Geiger*, IIC 2006, 371, 380; *ders.*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 35; *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 262; *Bischoffshausen*, S. 277; siehe auch *Strowel*, Droit d'auteur et copyright, Rdnr. 176.

270 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 161; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 418; siehe auch *Ohly*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 4.

271 *Hilty*, in: *Stern/Peifer/Hain*, Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und YouTube, 2011, S. 75; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 420; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 488; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 154, Fn. 634; siehe auch *Benhamou/Farchy*, S. 12; *Farchy*, Propr. intell. 21 (2006), 388, 393; *Bischoffshausen*, S. 272 ff.; *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 250 ff.

272 *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 53; *Reich*, S. 3; siehe auch *van den Bergh*, IPQ 1998, 17, 30 ff.

273 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 161 f.; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 405 f.; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 484 u. 488; *Bischoffshausen*, S. 279; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 7; *Reich*, S. 35; *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 262 f.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb) Alternative Anreizmechanismen

In der Literatur werden verschiedene alternative Anreizmechanismen erörtert, insbesondere Einnahmen durch Zeitvorsprung *(lead time)*[274], Werbeeinnahmen[275] und eine staatliche Kulturförderung[276] (z.B. durch staatliche Direktleistungen, Stipendien und Steuererleichterungen)[277]. Der natürliche Zeitvorsprung desjenigen, der als erstes mit einem (nicht-ausschließlichen) Werk auf dem Markt auftritt *(first mover advantage)*, ist aber im digitalen Zeitalter marginal, da Trittbrettfahrer digitale Kopien binnen kürzester Zeit herstellen können.[278] Ebenso wenig können Werbeeinnahmen das Urheberrecht (vollständig) ersetzen, da sie zumindest im Bereich der traditionellen Medien stark rückläufig sind.[279] Auch die (völlige) Umstellung auf ein System staatlicher Kulturförderung überzeugt nicht.[280] Dann nämlich müsste der Staat darüber entscheiden, welcher Urheber für welche Werke in welcher Höhe gefördert (vergütet) werden soll. Diese Fragen eröffneten aber Raum für nur schwer kontrollierbare subjektiv-geprägte Vergabemuster, persönliche Seilschaften und Zensur.[281] Nur der Markt offenbart, welche Werke welches Urhebers in welchem Maße aktuell nach-

274 *Plant*, 1 Economica 167, 171 (1934); *Hurt/Schuchman*, 56 Am. Econ. Rev. 421, 427 (1996); *Breyer*, 84 Harv. L. Rev. 281, 300 (1970); *Palmer*, 12 Hamline L. Rev. 261, 295 (1989).

275 *Palmer*, 12 Hamline L. Rev. 261, 290 (1989).

276 *Calandrillo*, 9 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J. 301, 336 ff. (1998); *Hurt/Schuchman*, 56 Am. Econ. Rev. 421, 426 (1996); *Breyer*, 84 Harv. L. Rev. 281, 283 (1970).

277 *Breyer*, 84 Harv. L. Rev. 281, 287 (1970).

278 *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 54; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 136; *Bischoffshausen*, S. 285; *Reich*, S. 101.

279 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 138 f.; *Bischoffshausen*, S. 287 f.

280 *Ohly*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 3; *Schack*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 134; *Bischoffshausen*, S. 288 f.; *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 265; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 141 f.

281 *Gordon*, 82 Colum. L. Rev. 1600, 1612 (1982); *dies.*, in: *Ott/Schäfer*, Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen, S. 331; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 141; *Bischoffshausen*, S. 288; *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 265.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gefragt werden.[282] Damit können alternative Anreizmechanismen das Urheberrecht zwar ergänzen, aber nicht ersetzen.[283]

cc) Effizienzziel

Problematisch ist weiter das Effizienzziel, das sich hinter der Anreiz-Zugangs-Optimierung verbirgt. Die bereits abstrakt dargestellten Einwände gegen das Kaldor-Hicks-Kriterium[284] werden nun ganz konkret: Die Verwertungsrechte, die Schutzvoraussetzungen, die Schutzfrist, einzelne Schranken und das *droit de paternité* (§ 13 UrhG, Art. L. 121-1 Abs. 1 CPI) mag man noch mit dem Effizienzziel begründen können. Aber was ist etwa mit der Schranke zugunsten behinderter Menschen (§ 45a UrhG, Art. L. 122-5-7 CPI), dem zwingenden Urhebervertragsrecht und den übrigen Urheberpersönlichkeitsrechten? Ein Begründungsansatz, der den Blick davor verschließt, dass auch und gerade im Urheberrecht sozial- und kulturpolitische Fragen eine große Rolle spielen, liefe Gefahr, weit verbreitete Gerechtigkeitsvorstellungen zu ignorieren und gegen Völker- und Verfassungsrecht zu verstoßen.[285] Deshalb müssen entweder der Incentive-Access-Ansatz um individualistische Ansätze[286] oder aber das zugrundeliegende Effizienzziel um außerökonomische Zielvorstellungen[287] ergänzt werden.

---

282 *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 56; *Croskery*, 68 Chi.-Kent L. Rev. 631, 640 (1993); *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 264; siehe auch *Lévêque/ Ménière*, S. 10 f.

283 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 141 f.

284 Siehe bereits 1. Kapitel A. II. 1. b) bb) (2).

285 *Leistner*, ZGE 2009, 403, 412 f. u. 420 f.; *Leistner/ Hansen*, GRUR 2008, 479, 482 u. 488; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 165 f.; *Peukert*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 21 f.; *Bischoffshausen*, S. 258 f.; *Bechtold*, GRUR Int. 2008, 484, 488; siehe auch *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, 461, 469.

286 So wird der Incentive-Access-Ansatz in Deutschland und Frankreich zumeist neben individualistischen Ansätzen vertreten, siehe 1. Kapitel A. II. 2. a.A.

287 So befürworten *Leistner*, ZGE 2009, 403, 409 ff.; *Leistner/ Hansen*, GRUR 2008, 479, 482 u. 488; und *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 278 ff., eine normative „Aufladung" des Effizienzziels. Ähnlich auch *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 61 („Verwirklicht wird das Gemeinwohl aus heutiger Wahrnehmung am wirkungsvollsten im Rahmen eines funktionierenden, aber nicht notwendigerweise ungesteuerten, son-

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dd) Operationalisierbarkeit

Zu guter Letzt richtet sich die Kritik gegen die Operationalisierbarkeit des Incentive-Access-Ansatzes. Zum einen erschwert die *bounded rationality* des homo creator treffsichere Prognosen zur Anreizwirkung.[288] Zum anderen ist nicht ersichtlich, wie die Kosten und Nutzen empirisch ermittelt und in Geld bewertet werden könnten.[289] Damit können dem Incentive-Access-Ansatz zwar keine konkrete Aussagen zur „richtigen" Ausgestaltung des Urheberrechts entnommen werden.[290] Ihn deshalb aber als unbrauchbar zu verwerfen, würde zu weit führen. Zum einen käme ein solcher Vorwurf der Unbrauchbarkeit einem „Totschlagargument" gleich, dem kein Begründungsansatz – auch und gerade kein individualistischer Ansatz[291] –standhalten könnte.[292] Zum anderen ist der Incentive-Access-Ansatz durchaus brauchbar: erstens begründet er das Urheberrecht *realwissenschaftlich* statt bloß intuitiv („Madame Bovary, c'est moi"); zwei-

---

dern vielmehr im Hinblick auf die Verwirklichung übergeordneter Ziele maßvoll gelenkten Wettbewerbssystems").

288 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 168.

289 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 168; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 483; *Bischoffshausen*, S. 304; *Bartmann*, S. 47; allgemein auch *Eidenmüller*, S. 54.

290 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 168; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 483; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 411; *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 283; *ders.*, GRUR Int. 2008, 484, 488; *Koboldt*, S. 110; *Lunney*, 49 Vand. L. Rev. 483, 486 (1996); *Bischoffshausen*, S. 304; *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, 461, 464.

291 *Schack*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 131 („Damit erweist sich das naturrechtliche Fundament des Urheberrechts als tragfähig. […] Allerdings darf man nicht überschätzen, was das Naturrecht als vorgegebene rechtliche Ordnung leisten kann, nämlich nur gewisse Kernaussagen und kein detailliertes System konkreter Normen. So lässt sich aus dem Naturrecht z.B. nicht ableiten, dass das Urheberrecht ewig währen, allumfassend oder schrankenlos sein müsse"); siehe auch *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 34 („De toute manière, même si ces théories pourront être avancées pour justifier *le principe* d'un droit, elles ne permettront pas de déterminer *la portée* ni *l'entendue* concrète de ce droit. […] Ces décisions sont prise par le législateur, il s'agit de décisions politiques, se fondant donc sur des considérations d'ordre ‚utilitariste'" [Hervorh. i. Orig.]); *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 480.

292 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 247 f.; siehe auch *Bechtold*, GRUR Int. 2008, 484, 488.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tens trifft er die zentrale Grundaussage, dass dieses Urheberrecht ein irgendwie *beschränktes* sein muss.[293]

c) Zwischenergebnis

Nach dem Incentive-Access-Ansatz hat das Urheberrecht die Aufgabe, den effizienten Zustand zwischen Unterproduktion und Unternutzung herbeizuführen. Der Incentive-Access-Ansatz hat den Vorteil, dass er nicht nur den Nutzen, sondern auch die Kosten des Urheberrechts in den Blick nimmt. Soweit man Anreize für erforderlich hält, führt kein Weg am Urheberrecht vorbei. Allerdings ist das Anreizerfordernis – zumindest für den homo creator – erheblich relativiert; insbesondere die *droits moraux*, mit Ausnahme vielleicht des *droit de paternité*, sind mit dem Anreizgedanken derzeit kaum begründbar. Nun könnte man einwenden, dass nur solche Rechte erstrebenswert seien, die dem ökonomischen Effizienzziel dienten. Wenn der Incentive-Access-Ansatz aber mit weit verbreiteten Gerechtigkeitsvorstellungen sowie dem Völker- und Verfassungsrecht im Einklang stehen soll – nur dann ist er praktisch brauchbar –, muss er auch *außer*ökonomische Ziele berücksichtigen. Aus diesem Grund ist der letzte Kritikpunkt, die Unbestimmtheit der Anreiz-Zugangs-Optimierung, als eine *Chance* zu begreifen: Durch Einbeziehung neuer Erkenntnisse zur *bounded rationality* des homo creator sowie insbesondere durch Einbeziehung außerökonomischer Zielvorstellungen kann der Incentive-Access-Ansatz *empirisch* präzisiert und *normativ* „aufgeladen" werden.[294] Die vorgetragene Kritik wird auf diese Weise entkräftet.

293 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 168 f.; *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, 461, 464; *Koboldt*, S. 110; siehe auch *Bischoffshausen*, S. 305; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 483.

294 *Leistner*, ZGE 2009, 403, 412.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Property-Rights-Ansatz

Der zweite (wesentliche) utilitaristische Begründungsansatz ist der neoklassische Property-Rights-Ansatz, der seit den 1960er Jahren vertreten wird und eng verwandt mit der Chicago School ist.[295]

a) Inhalt

Der Property-Rights-Ansatz beruht auf der Annahme, dass private Verhandlungen bei Abwesenheit von Transaktionskosten[296] zu einer invarianten und effizienten Ressourcenallokation führen (Coase-Theorem).[297] Ronald Coase hat sie an folgendem Beispiel entwickelt (leicht abgewandelt):[298]

Rinderzüchter R und Getreidebauer B wohnen nebeneinander, die Rinder zertreten das von B bewirtschaftete Feld. Ohne die Rinder des R hätte B Kosten von 10 Euro und einen Nutzen von 12 Euro, also einen Gewinn

---

295 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 311 ff., Fn. 126 (1996) („What I have labelled ‚neoclassicism' is often referred to in the economic literature as ‚property rights theory'. […] I have chosen my label in order to emphasize the approach's roots in neoclassical (or ‚Chicago school') law and economics"); *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 171; *Bischoffshausen*, S. 281 f.; *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, 461, 464; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 407; ähnlich auch *Benkler*, 22 Int'l Rev. L. & Econ. 81, 82 f. (2002). Als Vertreter des Property-Rights-Ansatzes können insbesondere angesehen werden *Demsetz*, 57 Am. Econ. Rev. 347, 359 (1967); *Goldstein*, S. 145 ff.; *Easterbrook*, 42 Hous. L. Rev. 953, 961 ff. (2005); *ders.*, 4 Tex. Rev. L. & Pol. 103, 111 ff. (1999); *Landes/Posner*, 70 U. Chi. L. Rev. 471, 475 (2003); *Gordon*, 41 Stan. L. Rev. 1343, 1435 ff. (1989); *dies.*, 82 Colum. L. Rev. 1600, 1612 ff. (1982); *Merges*, 94 Colum. L. Rev. 2655, 2656 u. 2664 ff. (1994); *ders.*, 12 Berkeley Tech. L. J. 115, 131 ff. (1997); in Deutschland wird der (reine) Property-Rights-Ansatz etwa von *Reich*, S. 162 f., vertreten.

296 Transaktionskosten sind Kosten, die bei der Benutzung eines Marktes entstehen: Such- und Informationskosten *(search costs)*, Verhandlungs- und Entscheidungskosten *(bargaining costs)*, Überwachungs- und Durchsetzungskosten *(enforcement costs)* sowie Anpassungskosten, *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 203 ff.; *Bischoffshausen*, S. 292 f.

297 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 172; *Bischoffshausen*, S. 283; siehe auch *Frischmann/Lemley*, 107 Colum. L. Rev. 257, 266 f. (2007). Ausführlich zum Coase-Theorem *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 59 ff.; *Schäfer/Ott*, S. 72 ff.; *Reich*, S. 48 ff.

298 *Coase*, 3 J. Law Econ. 1, 2 ff. (1960); siehe auch *Reich*, S. 53 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

von 2 Euro. Jedes Rind, das sein Feld zertritt, mindert den Nutzen um 1 Euro. Aus Sicht des R handelt es sich dabei um einen positiven externen Effekt, der in seiner Kosten/Nutzen-Rechnung nicht auftaucht. Um diese Externalität zu internalisieren, hat der Staat zwei Möglichkeiten: Entweder er verpflichtet R zur Zahlung von Schadensersatz *(liability rule)*; demnach müsste R bei drei Rindern einen Schaden von 3 Euro ersetzen, damit B weiterhin einen Gewinn von 2 Euro erzielt. Oder aber er ermöglicht private Verhandlungen, indem er B ein ausschließliches und frei übertragbares Ausschließlichkeitsrecht zuweist *(property rule)*; dann wird – unter Zugrundelegung des ökonomischen Verhaltensmodells – B dem R das Feld für mehr als 2 Euro aber weniger als 3 Euro verpachten, sodass beide – B *und* R – ihren eigenen Nutzen *maximieren* können. Einzig die zweite Alternative führt zu einer *effizienten* Ressourcenallokation.

Unter Zugrundelegung des Coase-Theorems muss der Staat also lediglich ausschließliche und frei übertragbare *property rights* schaffen, um den Marktmechanismus in Gang zu setzen; die effiziente Ressourcenallokation erfolgt dann wie von selbst.[299]

Sieben Jahre später (1967) wurde das Coase-Theorem von Harold Demsetz um den Fall erweitert, dass die Ressource im Gemeinbesitz (Allmende) steht: Da Kosten und Nutzen auseinanderfielen, führe die Allmende zu einer Übernutzung des Allmende-Gutes (z.B. einer Weidefläche).[300] Diese „Tragödie der Allmende“[301] hielt Demsetz für verallgemeinerungsfähig und übertrug sie auf immaterielle Güter:[302] Werke seien ebenfalls Allmendegüter, sodass die externen Effekte internalisiert werden müssten. Die Internalisierung durch umfassende *property rights* erlaube dem Urheber bzw. Verwerter, in Verhandlungen mit demjenigen zu treten, der dem Werk einen höheren Wert beimesse als er selbst; damit werde ein Anreiz geschaffen, Werke zu schöpfen (Anreizfunktion), und das Werk demjenigen zugewiesen („allokiert“[303]), der es am effizientesten zu nutzen wisse

299 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 172; siehe auch *Frischmann/Lemley*, 107 Colum. L. Rev. 257, 263 (2007) („Just create property rights, the argument goes, and the owners will sell to those who value the use more“).

300 *Demsetz*, 57 Am. Econ. Rev. 347, 354 (1967).

301 *Hardin*, 162 Science 1243 ff. (1968) („Tragedy of the Commons“).

302 *Demsetz*, 57 Am. Econ. Rev. 347, 359 (1967) („Consider the problems of copyright and patents. […] All problems of externalities are closely analogous to those which arise in the land ownership example. The relevant variables are identical“); siehe auch *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 173 f.

303 Von lat. „ad“ = zu; lat. „locare“ = setzen, stellen, Duden, Bd. 1, S. 171.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(Allokationsfunktion).[304] Die Grenze der Internalisierung liege dort, wo die Kosten den Nutzen überstiegen.[305] Im Gegensatz zum Incentive-Access-Ansatz wird der Nutzen aber grundsätzlich höher eingeschätzt als die Kosten.[306] Weil nach dem Coase-Theorem eine effiziente Ressourcenallokation private Verhandlungen voraussetzt, seien grundsätzlich *alle* externen Effekte durch *property rules* (Ausschließlichkeitsrechte) zu internalisieren („if value – then right").[307] Aus diesem Grund werden Schutzbeschränkungen wie insbesondere *liability rules*[308] (Vergütungsansprüche) grundsätzlich abgelehnt, da sie – entgegen dem Coase-Theorem – keine

304 *Demsetz*, 57 Am. Econ. Rev. 347, 349 (1967); siehe auch *Lemley*, 83 Tex. L. Rev. 1031, 1038 (2005); *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 314 (1996); *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 171 u. 173; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 407 f.; *Bischoffshausen*, S. 282 f.; *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, 461, 464; Eingehend zur Anreiz- und Allokationsfunktion *Reich*, S. 72 ff.

305 *Demsetz*, 57 Am. Econ. Rev. 347, 350 (1967) („[P]roperty rights develop to internalize externalities when the gains of internalization become larger than the cost of internalization"); *Reich*, S. 93; siehe auch *Frischmann/Lemley*, 107 Colum. L. Rev. 257, 265 (2007).

306 Vgl. etwa *Easterbrook*, 4 Tex. Rev. L. & Pol. 103, 111 (1999); *ders.*, 42 Hous. L. Rev. 953, 971 (2005) („‚We' don't know what is best, but in a Coasean world the affected parties will by their actions establish what is best. It is awfully hard to know what the optimal bundle of rights for authors is. When there is ignorance, it is best to give more rights to authors. Why? Because if the best arrangement turns out to be free distribution, then private transactions may produce this result when the statute assigns the rights to authors; but if the best arrangement turns out to be some fee for distribution and a lower price for use, it is extremely hard to get to this state of affairs if the statute cancels the distribution right").

307 Siehe etwa *Goldstein*, S. 146 („The logic of property rights dictates their extension into *every* corner in which people derive enjoyment and value from literary and artistic works", Hervorh. d. Verf.); *Landes/Posner*, 70 U. Chi. L. Rev. 471, 475 (2003) („[S]o far as is feasible, *all* valuable resources, including copyrightable works, should be owned, in order to create incentives for their efficient exploitation and to avoid overuse investments", Hervorh. d. Verf.); *Reich*, S. 118 („Der von einem kreativen Werk ausgehende soziale Nutzen muß internalisiert werden. Dieser Nutzen besteht in *jedem* rezeptiven Werkgenuß jedes einzelnen Endnutzers", Hervorh. d. Verf.); siehe auch *Lemley*, 71 U. Chi. L. Rev. 129, 131 (2004); *ders.*, 83 Tex. L. Rev. 1031, 1031 (2005); *Frischmann/Lemley*, 107 Colum. L. Rev. 257, 265 (2007); *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 315 ff. (1996); *Peukert*, in: *Berger/Macciacchini*, FS Hilty, S. 42; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 408; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 174; *Bischoffshausen*, S. 282; *Bartmann*, S. 45.

308 Grundlegend zur Unterscheidung von *property rules* und *liability rules Calabresi/Melamed*, 85 Harv. L. Rev. 1089 ff. (1972); *Merges*, 84 Cal. L. Rev. 1293, 1302

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

privaten Verhandlungen ermöglichten.[309] Allenfalls und nur ausnahmsweise in Fällen eines durch prohibitiv hohe Transaktionskosten verursachten Marktversagens werden Beschränkungen des Ausschließlichkeitsrechts für zulässig erachtet.[310] Aber auch hier wollen einige Vertreter des Property-Rights-Ansatzes bezeichnenderweise solange an *property rules* festhalten, wie der Markt aus sich heraus transaktionskostenökonomische Lösungen entwickeln kann („contracting into liability rules").[311]

b) Kritische Würdigung

Die gegen den Property-Rights-Ansatz vorgetragene Kritik kann in zwei Stränge unterteilt werden: Der erste Kritikstrang richtet sich gegen das ökonomische Verhaltensmodell bzw. das Anreizerfordernis, das ökonomische Effizienzziel und die auch hier[312] mangelnde Operationalisierbarkeit der Kosten/Nutzen-Analyse; diesbezüglich kann auf die Ausführungen zum Incentive-Access-Ansatz verwiesen werden. Während dort aber das Effizienzziel normativ „aufgeladen" werden kann, sind dem Property-Rights-Ansatz außerökonomische Erwägungen von vornherein fremd.[313]

(1996), hat die Funktionsweise von *liability rules* treffend mit „take now, pay later" beschrieben.

309 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 320 (1996); *Leistner*, ZGE 2009, 403, 408; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 176; *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, 461, 464.

310 Siehe etwa *Goldstein*, S. 146 („[C]opyright should extend into every corner of economic value where the cost of negotiating a license is not *insurmountably* high", Hervorh. d. Verf.); *Reich*, S. 142 („Vergütungsansprüche sollen nur geschaffen werden, wenn die Ausschlußkosten und die Kosten der Transaktion selbst prohibitiv hoch sind"); *Gordon*, 82 Colum. L. Rev. 1600, 1613 (1982); siehe auch *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 320 f. (1996); *Benkler*, 22 Int'l Rev. L. & Econ. 81, 83 (2002); *Leistner*, ZGE 2009, 403, 408; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 177; *Bischoffshausen*, S. 290; *Bartmann*, S. 45.

311 So etwa *Merges*, 84 Cal. L. Rev. 1293 ff (1996); *ders.*, 71 U. Chi. L. Rev. 183 ff. (2004); siehe auch *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 320 (1996) („Significantly, neoclassicists favor this marketplace norm even where high transaction costs would block market transactions, so long as it appears that a property rule might lead to the development of institutions for overcoming such barriers"); *Leistner*, ZGE 2009, 403, 408; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 176 f.; *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, 461, 464.

312 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 247.

313 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 181; *Bischoffshausen*, S. 290.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Der zweite Kritikstrang wendet sich gegen die Übertragung des Coase-Theorems auf den Bereich des Urheberrechts. Zunächst versagt der Marktmechanismus nicht nur bei prohibitiv hohen Transaktionskosten. Die effiziente Allokation kann auch daran scheitern, dass der Nutzungswillige in den Verhandlungen nur den eigenen Nutzen berücksichtigt, nicht aber den Nutzen, den nicht am Vertrag beteiligte Dritte bzw. die Gesellschaft insgesamt aus der Nutzungshandlung ziehen.[314] Soweit der eigene und der gesellschaftliche Nutzen auseinanderfallen, etwa weil für das abhängige Werk (z.B. ein wissenschaftlicher Aufsatz) keine entsprechende Vergütung verlangt werden kann, wird der Nutzungswillige dazu neigen, den Wert der Nutzung geringer anzusetzen als er unter Einbeziehung des gesamtgesellschaftlichen Nutzens tatsächlich ist.[315] Die geringe Zahlungsbereitschaft des Nutzungswilligen kann dazu führen, dass Werke an einen Ort „wandern", wo sie ineffizient genutzt werden.[316] Die undifferenzierte Übertragung des Coase-Theorems auf das Urheberrecht ist aber bereits im Ansatz unrichtig. Zwar sind *property rights* zur effizienten Allokation der zur Werkschöpfung erforderlichen Ressourcen Arbeit, Kapital und Kreativität erforderlich – nämlich als Anreizmechanismus –, nicht aber zur effizienten Allokation des einmal geschöpften Werkes. Werke sind nicht rival, sie müssen nicht *einer* Person zugewiesen werden, um effizient genutzt zu werden. Im Gegenteil führt die Unternutzung zu Effizienzverlusten. Und eine *Über*nutzung kann es – anders als bei einer Weidefläche – nicht geben.[317] Indem die Vertreter des Property-Rights-Ansatzes das Coase-Theorem gleichsam schematisch auf das Urheberrecht übertragen und nur ausnahmsweise davon abweichen möchten, verschleiern sie das eigentliche Problem: Für das Dilemma von Unterproduktion ohne und Unternutzung mit Urheberrecht gibt es keine Einheitsgröße, kein „One size fits all". Eine

---

314 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 179; *Lemley*, 75 Tex. L. Rev. 989, 1056 f. (1997); *Loren*, 5 J. Intell. Prop. L. 1, 49 ff. (1997); *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 331; *Cohen*, 97 Mich. L. Rev. 462, 547 (1998).

315 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 179 f.; *Lemley*, 75 Tex. L. Rev. 989, 1056 (1997); *Loren*, 5 J. Intell. Prop. L. 1, 49 ff. (1997); *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 331; *Cohen*, 97 Mich. L. Rev. 462, 547 (1998); *Frischmann/Lemley*, 107 Colum. L. Rev. 257, 279 (2007).

316 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 179 f.; *Lemley*, 75 Tex. L. Rev. 989, 1057 (1997); *Loren*, 5 J. Intell. Prop. L. 1, 49 ff. (1997); *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 331 f.; *Cohen*, 97 Mich. L. Rev. 462, 547 (1998); *Frischmann/Lemley*, 107 Colum. L. Rev. 257, 279 (2007).

317 *Lemley*, 71 U. Chi. L. Rev. 129, 143.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

effiziente Ausgestaltung des Urheberrechts kann nur gelingen, wenn Kosten und Nutzen immer wieder aufs Neue austariert werden. Wer den Nutzen des Urheberrechts überbetont, läuft Gefahr, die stets – nicht ausnahmsweise – anfallenden Kosten außer Acht zu lassen. Dies gilt umso mehr, als der neoklassische Property-Rights-Ansatz außerökonomische Erwägungen völlig ausblendet. Er ist deshalb abzulehnen.[318]

4. Zwischenergebnis

Die zwei wesentlichen Begründungsansätze, die das Urheberrecht utilitaristisch zu rechtfertigen versuchen, sind der traditionelle Incentive-Access-Ansatz und der neoklassische Property-Rights-Ansatz. Als Spielarten der ökonomischen Analyse des Rechts beruhen beide auf dem ökonomischen Verhaltensmodell und – zumindest der Property-Rights-Ansatz – auf dem ökonomischen Effizienzziel: Der homo oeconomicus ist kein Menschenbild, sondern ein ökonomisches Modell, das unter Berücksichtigung verhaltenswissenschaftlicher Erkenntnisse brauchbare Prognosen liefern kann. Während die Verwerter diesem Modell zumindest sehr nahe kommen, ist der homo creator ein nur – aber immerhin – beschränkt rationaler und eigennütziger Mensch *(bounded rationality)*. Damit ist das Anreizparadigma des Incentive-Access-Ansatzes – und erst recht das dem Property-Rights-Ansatz zugrundeliegende Coase-Theorem – zwar erheblich relativiert – insbesondere im Hinblick auf die Urheberpersönlichkeitsrechte –, aber auch nicht völlig widerlegt. Das Ziel ökonomischer Effizienz, verstanden als gesellschaftliche Wohlstandsmaximierung, ist unproblematisch, soweit es um außerökonomische Zielvorstellungen ergänzt wird. Eine solche normative „Aufladung" des Effizienzziels kann aber eher der traditionelle Incentive-Access-Ansatz leisten, da dem neoklassischen Property-Rights-Ansatz außerökonomische Erwägungen von vornherein fremd sind. Schließlich kann mit der normativen „Aufladung" auch der mangelnden Operationalisierbarkeit einer normativen ökonomischen Analyse des Urheberrechts begegnet werden.

---

318 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 199; *Bischoffshausen*, S. 291; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 409; *Frischmann/Lemley*, 107 Colum. L. Rev. 257, 267 f. u. 299 (2007); *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 310 f. (1996); *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 330, Fn. 1726; *ders.*, GRUR Int. 2008, 484, 485, Fn. 16.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Auf eine einfache Formel gebracht, unterscheiden sich beide Begründungsansätze darin, dass das Urheberrecht nach dem Incentive-Access-Ansatz so weit wie nötig, nach dem Property-Rights-Ansatz soweit wie möglich gilt. Dennoch sind beide Ansätze nicht einfach spiegelverkehrt. Der Incentive-Access-Ansatz berücksichtigt Nutzen und Kosten des Urheberrechts gleichrangig und versteht Schutzbeschränkungen als einen immanenten Bestandteil des effizienten Urheberrechts. Das Urheberrecht wird *maßgeschneidert*. Hier liegt der entscheidende Unterschied zum Property-Rights-Ansatz, der ein Regel-Ausnahme-Verhältnis von Ausschließlichkeitsrecht und Schutzbeschränkungen propagiert, dem Urheberrecht also eine *Einheitsgröße* verpasst, die allenfalls punktuell abgeändert wird. Auf diese Weise läuft er Gefahr, über das Effizienzziel hinauszuschießen. Dieser Gefahr entgeht der Incentive-Access-Ansatz, indem er die Kosten des Ausschließlichkeitsrechts von vornherein berücksichtigt. Nicht zuletzt kann bei diesem das Effizienzziel ohne weiteres um außerökonomische Zielvorstellungen ergänzt werden. Der Incentive-Access-Ansatz ist deshalb vorzugswürdig.[319]

III. Zwischenergebnis

Der vom Urheberrecht abstrakt angestrebte Zustand kann individualistisch und utilitaristisch bestimmt werden. Individualistische Rechtfertigungsansätze können allenfalls intuitiv einleuchten, sind aber nicht in der Lage, das Urheberrecht empirisch zu begründen. Utilitaristische Begründungsansätze machen sich angreifbar, indem sie sich der ökonomischen Analyse des Rechts bedienen; das ökonomische Verhaltensmodell entspricht nur beschränkt der Wirklichkeit und das ökonomische Effizienzziel nur bedingt den herrschenden Gerechtigkeitsvorstellungen bzw. dem Völker- und Verfassungsrecht. Damit ist weder ein rein individualistischer noch ein rein utilitaristischer Ansatz zur Begründung und näheren Ausgestaltung des Urheberrechts allein in der Lage.[320] Wohl aus diesem Grund ha-

---

319 *Leistner*, ZGE 2009, 403, 409; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 170 u. 199; *Bischoffshausen*, S. 281 u. 291; *Hansen/Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, 461, 464; *Benkler*, 22 Int'l Rev. L. & Econ. 81, 82 f. (2002).

320 *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 146; *ders.*, in: *Eifert/Hoffmann-Riem*, Geistiges Eigentum und Innovation, S. 290; *Schack*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 138; *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ben die großen Urheberrechtstheoretiker d'Héricourt, Le Chapelier und Hegel das deutsch-französische Droit d'auteur nicht nur individualistisch, sondern auch utilitaristisch begründet.[321] Auch heute werden dies-[322] und jenseits[323] des Rheins wieder individualistische und utilitaristische Begründungsstränge miteinander verknüpft.

Grundsätzlich ist die ökonomische Analyse dem bloßen Appel an die intuitiv einleuchtende Schutzbedürftigkeit der Urheber an analytischer Schärfe überlegen.[324] Z.B. leuchtet es intuitiv ein, dass in einem Monopol die Produzentenrente zu- und die Konsumentenrente abnimmt; dass aber die Konsumentenrente *stärker* abnimmt als die Produzentenrente steigt, ist eine Erkenntnis der ökonomischen Analyse. Sie kann das Bewusstsein für Zusammenhänge schärfen, die sonst unerkannt blieben, und damit die rationale Grundlage des demokratischen Diskurses stärken.[325] Deshalb sollte das Urheberrecht im Ansatz *ökonomisch-utilitaristisch*, d.h. mit dem Incentive-Access-Ansatz, begründet werden. Die Schwächen dieses Ansatzes können – und müssen – dadurch überwunden werden, dass das ökonomische Verhaltensmodell empirisch präzisiert und das ökonomische Effizienzziel normativ „aufgeladen" wird. Auf diese Weise werden nicht nur die utopische Kosten/Nutzen-Analyse durch eine wertende – eben normative – Abwägung auf ökonomischer Grundlage ersetzt, sondern zugleich

---

l'information, Rdnr. 31 ff.; *ders.*, IIC 2006, 371, 379 ff.; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 481; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 442 ff.

321 Siehe 1. Kapitel A. I. 1. c).

322 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 295 ff.; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479 ff.; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 421; im Ergebnis auch *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 144; *ders.*, in: *Eifert/Hoffmann-Riem*, Geistiges Eigentum und Innovation, S. 290; *Schricker*, in: *Schricker*, UrhR[3], Einl., Rdnr. 10; *Schricker/Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], Einl., Rdnr. 24; *Loewenheim*, HdbUrhR[2], § 1, Rdnr. 4; *Schack*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 138.

323 *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 40 ff.; *ders.*, IIC 2006, 371, 382 („The reason why fundamental rights and human rights are an ideal basis from which to start is that they offer a synthesis of the bases of natural law and utilitarianism and represent the values from which intellectual property developed"); im Ergebnis auch *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 7; *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 1 u. 4; *Linant de Bellefonds*, Rdnr. 1.

324 *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 160; siehe auch *Leistner*, ZGE 2009, 403 ff.; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 485; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 295.

325 *Eidenmüller*, JZ 1999, 53, 54.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

individualistische[326] – z.B. das Ziel eines „gerechten" Urheberpersönlichkeitsschutzes und Urheber-Lohns unabhängig von einer ökonomischen Rechtfertigung – und *außerökonomisch-utilitaristische*[327] Ziele berücksichtigt. So verstanden hat das Urheberrecht die Aufgabe, die widerstreitenden Interessen von Urhebern, Verwertern und Nutzern einem sinnvollen – insbesondere ökonomisch überzeugenden – *und* gerechten Ausgleich zuzuführen:[328] einem Zustand „normativer Effizienz".[329] In Anlehnung an die Definition des nach dem Incentive-Access-Ansatz *ökonomisch* effizienten Urheberrechts[330] kann damit das *normativ* effiziente Urheberrecht abstrakt bestimmt werden: Das Urheberrecht ist normativ effizient, wenn es die Nutzung angemessen, nämlich am Effizienzziel *und* an außerökono-

326 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 296 ff.; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 488 f.; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 421.

327 Etwa Verteilungsgerechtigkeit, Sicherung der kulturellen Vielfalt, Freiheit der Kunst, Presse und Wissenschaft, *Leistner*, ZGE 2009, 403, 412; *Bischoffshausen*, S. 258; ein demokratischer Diskurs, *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 339 (1996) („[C]opyright does not serve merely to induce a greater quantity of creative production. It also is designed to secure the qualitative conditions for creative autonomy and expressive diversity. Copyright supports a sector of creative and communicative activity that is relatively free from reliance on state subsidy, elite patronage, and cultural hierarchy"); eine „gerechte und attraktive Kultur", *Fisher*, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1203, 1215 f. (1998) („[Copyright] should be shaped so as to help foster the achievement of a just and attractive culture. […] This deceptively simple objective [consumer welfare] does not, however, exhaust the set of appropriate aspirations for the legal system. Rather, in a good society, it would be tempered by a series of goals not reducible to ‚the greatest good of the greatest number'", Anm. d. Verf.); eine „offene Kultur", *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 283 ff.

328 *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 61 („Am Ende versucht das Urheberrecht – wie das Recht insgesamt – nichts anderes als gesellschaftliche Interaktionen sinnvoll und konfliktarm zu kanalisieren"); ähnlich *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], Einl., Rdnr. 11 ff.; *ders.*, in: *Loewenheim*, HdbUrhR[2], § 1, Rdnr. 7 f.; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], Einl., Rdnr. 1; *Schack*, UrhR[7], Rdnr. 9; *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 34; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 41; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 32.

329 Allgemein mit einem Konzept „normativer Effizienz" zuerst *Drexl*, Die Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 162 ff. u. 176 ff.; speziell zum Urheberrecht *ders.*, in: *Montagnani/Borghi*, Proprietà digitale, S. 64 ff.; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 412; *Hansen/Leistner*, GRUR 2008, 479, 482; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 278 ff.; *Bischoffshausen*, S. 258.

330 Das effiziente Urheberrecht beschränkt die Nutzung am *Effizienzziel* gemessen, also *nur* soweit, wie damit Investitionen in die Schöpfung und Vermarktung von Werken ermöglicht werden, siehe 1. Kapitel A. II. 2. a) cc).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mischen Zielen gemessen beschränkt, *insbesondere* soweit, wie damit Investitionen in die Schöpfung und Vermarktung von Werken ermöglicht werden.

B. Problemanalyse im Einzelnen

Im vorhergehenden Unterkapitel wurde der abstrakt angestrebte Zustand („normative Effizienz") bestimmt. Nun werden konkret vorhandene Zustände *analysiert* und am Maßstab konkret angestrebter Zustände als negativ *bewertet*. Sowohl die Analyse als auch die Bewertung knüpfen an das urheberrechtliche Ausschließlichkeitsrecht an, das grundsätzlich nicht nur das Recht beinhaltet, Dritten die Nutzung des Werkes zu verbieten (*negatives* Ausschließlichkeitsrecht oder Verbotsrecht), sondern auch die Befugnis umfasst, darüber zu entscheiden, ob und auf welche Weise das Werk genutzt wird (*positives* Ausschließlichkeitsrecht).[331] Es erfasst also grundsätzlich auch das Recht, eine Lizenz zu verweigern.[332]

Die *Analyse* befasst sich mit rechtstatsächlichen Zuständen des deutschen und französischen Urheberrechts de lege lata, die einer der folgenden Fallgruppen zugeordnet werden: das Werk wird nicht mehr verwertet (unten I.); das Werk wird nicht neuartig verwertet (unten II.); das Werk wird nicht gleichartig-konkurrierend verwertet (unten III.).

Die *Bewertung* als negativer Zustand erfolgt in zwei Schritten. Zunächst wird *wertend* – eine empirische Kosten/Nutzen-Analyse ist nicht zu leisten und unter Zugrundelegung des normativen Effizienzziels auch nicht erforderlich – geprüft, ob in der konkreten Fallgruppe das Aus-

---

331 *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 15, Rdnr. 1; *Schricker/Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], Einl., Rdnr. 26; *v. Ungern-Sternberg*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 15, Rdnr. 1; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 15, Rdnr. 18; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 15, Rdnr. 5; *Heerma*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 15 UrhG, Rdnr. 2; *Abello*, Rdnr. 35; siehe auch *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 19; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 6; *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 15.

332 Vgl. nur EuGH GRUR Int. 1995, 490, 493, Rdnr. 49 – „Magill"; GRUR 2004, 524, 526, Rdnr. 34 – „IMS Health", jeweils für das Datenbank-Urheberrecht im Anschluss an EuGH GRUR Int. 1990, 141, 142, Rdnr. 8 – „Volvo"; BGH GRUR 2003, 506, 511 – „Enalapril"; GRUR 2004, 966, 968 – „Standard-Spundfass", jeweils für das Patentrecht; CA Paris, Urt. v. 24.5.2005, JurisData n° 2005-277952 – „Digitechnic", für das Urheberrecht an Computerprogrammen.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schließlichkeitsrecht erforderlich ist, damit in die Schöpfung und Vermarktung neuer Werke investiert wird. Soweit anzunehmen ist, dass die Investitionen auch bei einer Beschränkung des geltenden Ausschließlichkeitsrechts erfolgten, entfällt der ökonomische Grund für die – wie gezeigt stets ineffiziente – Unternutzung. Es verbleibt die Frage, ob das Ausschließlichkeitsrecht außerökonomisch gerechtfertigt werden kann. Kann auch diese Frage verneint werden, wird das Ausschließlichkeitsrecht de lege lata seiner Aufgabe nicht gerecht. Es muss beschränkt werden.

In einem Exkurs wird auf die Beschränkung der Interoperabilität von Computerprogrammen und technischen Schutzmaßnahmen eingegangen (unten IV.). Zwar werden hier Schnittstelleninformationen untergenutzt und beruht diese Unternutzung – abgesehen von urheberrechtlich geschützten Quellcodefragmenten – nicht auf dem Urheberrecht, sondern einem faktischen Schutz. Da diese Unternutzung aber in einem engen Zusammenhang mit dem Urheberrecht steht, das die Nutzung von Computerprogrammen und die Umgehung technischer Schutzmaßnahmen verbietet, soll sie ebenfalls behandelt werden.

I. Keine Verwertung

Das Ausschließlichkeitsrecht an vergriffenen Werken de lege lata bedingt eine Unternutzung (unten 1.). Es ist vorbehaltlich berechtigter ideeller Interessen und einer Wartefrist von zwei Jahren normativ ineffizient und zu beschränken (unten 2.).

1. Analyse

Schätzungen der Deutschen Nationalbibliothek zufolge sind in Deutschland knapp 2 Mio. Bücher und 100 % der vor 1966 erschienenen Zeitschriften vergriffen.[333] In Frankreich werden die vergriffenen Bücher auf 500.000 geschätzt.[334] Man kann annehmen, dass die in diesen Büchern bzw. Zeitschriften enthaltenen Werke in *keiner* Weise, also auch nicht als E-Books bzw. in E-Journals verwertet werden. Hinzu treten die zahlrei-

333 Gesetzentwurf v. 8.5.2013, BT-Drs. 17/13423, S. 13.

334 Proposition de loi du 21.10.2011, Sénat n° 54 (2011-2012), présentée par M. Jacques Legendre, S. 4.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

chen vergriffenen Werke, für die keine Schätzungen existieren, etwa Werke der Musik und der Filmkunst. In all diesen Fällen weigert sich der Rechtsinhaber, ein bereits veröffentlichtes Werk zu verwerten.[335] Dann kommt es darauf an, ob er Dritten, die die Nachfrage anders einschätzen und das Werk vermarkten wollen, die Nutzung verbieten und eine entsprechende Lizenz verweigern kann. In Deutschland (unten a)) und Frankreich (unten b)) gelten insoweit unterschiedliche Regelungen.

a) Deutsches Recht

Das deutsche Recht regelt seit 1. Januar 2014 für vergriffene Werke eine sog. Wahrnehmungsvermutung.[336] Nach § 51 Abs. 1 VGG wird vermutet, dass eine Verwertungsgesellschaft das Recht zur Vervielfältigung und öffentlichen Zugänglichmachung („E-Book-/E-Journal-Recht") auch an solchen Werken erteilen kann, für die sie kein Wahrnehmungsmandat hat, wenn es sich um vergriffene Werke handelt, die vor dem 1. Januar 1966 in Druckerzeugnissen veröffentlicht wurden, sich die Werke im Bestand von öffentlich zugänglichen Einrichtungen befinden, die Vervielfältigung und öffentliche Zugänglichmachung nicht gewerblichen Zwecken dient, die Werke in ein Register vergriffener Werke (§ 13e UrhG) eingetragen worden sind und die Rechtsinhaber der Wahrnehmung nicht innerhalb von sechs Wochen nach Bekanntmachung der Registereintragung widersprechen. Die Rechtsinhaber können auch nach Ablauf der Sechs-Wochen-Frist jederzeit widersprechen (§ 51 Abs. 2 VGG). Ab dem Widerspruch entfällt die Berechtigung der Verwertungsgesellschaft zur Lizenzierung des Werkes.[337] Der Stichtag 1. Januar 1966 beruht auf der Überlegung, dass sich die Verleger das E-Book-/E-Journal-Recht seit spätestens 1. Januar 2008 in der Praxis einräumen lassen, und dass für die im Zeitraum 1. Januar 1966 bis 1. Januar 2008 geschlossenen Verlagsverträge – vorbehaltlich eines fristgerechten Widerspruchs des Urhebers – regelmäßig die

335 Siehe bereits 1. Kapitel A. II. 2. a) bb) (3) (a).
336 Gesetzentwurf v. 8.5.2013, BT-Drs. 17/13423, S. 18; krit. zu diesem Begriff *Talke*, K&R 2014, 18, 19 f.; *de la Durantaye*, ZUM 2013, 437, 443.
337 Gesetzentwurf v. 8.5.2013, BT-Drs. 17/13423, S. 18.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Einräumung des E-Book-/E-Journal-Rechts fingiert wird (§ 137l Abs. 1 S. 1 UrhG).[338]

Damit steht es weiterhin im Belieben des Rechtsinhabers, ob das vergriffene Werk neu vermarktet wird. Zunächst gilt die Wahrnehmungsvermutung lediglich für E-Book-/E-Journal-Rechte an vergriffenen Werken, die vor 1966 in Druckerzeugnissen veröffentlicht wurden, obwohl auch nach 1966 in Druckerzeugnissen erschienene Werke[339] und in anderen Medienprodukten (DVDs, Tonträger etc.) vermarktete Werke[340] vergriffen sein können. Weiter kann die Lizenz nur an nicht-gewerbliche Nutzer (etwa Bibliotheken) erteilt werden, nicht aber an Verwerter (Verleger, Google etc.).[341] Schließlich – und das ist hier entscheidend – kann der Rechtsinhaber, allen voran der Verleger,[342] die Nutzung weiterhin verbieten. Zum einen kann er der Wahrnehmung von vornherein widersprechen, sodass das Werk von Anfang an nicht online zugänglich gemacht wird. Zum anderen kann er ihr im Nachhinein widersprechen: Geht man mit der Literatur davon aus, dass der nachträgliche Widerspruch nicht nur die Wahrnehmungsbefugnis, sondern auch die Lizenz ex nunc entfallen lässt,[343] stellt sich die Frage, ob sich überhaupt eine „unbekannte Person" findet, die in die vom Gesetzgeber beabsichtigte Online-Verfügbarmachung des als Druckerzeugnis vergriffenen Werkes investiert. Denn sie trägt ein hohes Investitionsrisiko – widerspricht der Rechtsinhaber, war der Digitalisierungsaufwand weitgehend umsonst[344] –, zumal sie keine gewerblichen

338 *Spindler*, ZUM 2013, 349, 356 f.; *Peifer*, NJW 2014, 6, 10; *ders.*, GRUR-Prax 2011, 1, 1 f.; *Klass*, GRUR Int. 2013, 881, 883 u. 886; siehe auch *Kunz-Hallstein/Loschelder*, GRUR 2013, 480, 480.

339 Krit. daher *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 25; *Kunz-Hallstein/Loschelder*, GRUR 2013, 480, 481; *Klass*, GRUR Int. 2013, 881, 892; *Spindler*, ZUM 2013, 349, 356 f.

340 Aus diesem Grund krit. *Kunz-Hallstein/Loschelder*, GRUR 2013, 480, 481; *Klass*, GRUR Int. 2013, 881, 892; *Peifer*, NJW 2014, 6, 10.

341 Krit. deshalb *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 25; *Peifer*, NJW 2014, 6, 10; *Talke*, K&R 2014, 18, 21.

342 Krit. *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 26 („Unter Umständen ist es aber just dieser Verleger, der die Problematik vergriffener Werke verursacht hat. Dies ist dann der Fall, wenn er sich durch Verlagsvertrag die Rechte für weitere Auflagen exklusiv hat einräumen lassen, sie aber nicht ausübt"); *Klass*, GRUR Int. 2013, 881, 892; *de la Durantaye*, ZUM 2013, 437, 444 f.

343 Vgl. *Staats*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 13d UrhWG, Rdnr. 21; *Talke*, K&R 2014, 18, 21; offenbar auch *Peifer*, NJW 2014, 6, 10.

344 Vgl. *Talke*, K&R 2014, 18, 20 f.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Nutzer an der Finanzierung beteiligen darf.[345] § 51 VGG soll denn auch nur § 137l UrhG ergänzen[346] und die Transaktionskosten einer individuellen Nachlizenzierung minimieren.[347] Insgesamt dürfte also § 51 VGG wenig dazu beitragen, dass vergriffene Werke wieder verfügbar gemacht werden. Es bleibt bei der produktiven Unternutzung.

b) Französisches Recht

Sinnvoller erscheint die zum 1. September 2012 in Kraft getretene französische Parallelvorschrift, die ebenfalls als eine Wahrnehmungsvermutung („gestion collective présumée") einzuordnen ist.[348] Nach Art. L. 134-3 Abs. 1 CPI[349] wird vermutet, dass eine Verwertungsgesellschaft das Recht zur Vervielfältigung und digitalen Wiedergabe („E-Book-Recht") auch an solchen Werken erteilen kann, für die sie kein Wahrnehmungsmandat hat, wenn es sich um vergriffene und vor dem 1. Januar 2001 erschienene Bücher handelt (Art. L. 134-1 CPI[350]), die Werke in eine öffentliche Daten-

345 *Peifer*, NJW 2014, 6, 10; *Talke*, K&R 2014, 18, 21.

346 Vgl. *Peifer*, NJW 2014, 6, 10; *ders.*, GRUR-Prax 2011, 1, 1; *Spindler*, ZUM 2013, 349, 356; *Klass*, GRUR Int. 2013, 881, 886.

347 Vgl. Stellungnahme des Bundesrates v. 3.5.2013, BR-Drs. 265/13, S. 4 f.; *Peifer*, NJW 2014, 6, 6; *ders.*, GRUR-Prax 2011, 1, 1; *Klass*, GRUR Int. 2013, 881, 886; *Staats*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 13d UrhWG, Rdnr. 2; *ders.*, ZUM 2013, 446, 454.

348 *Emile-Zola-Place*, Légipresse 295 (2012), 355, 360; *Derieux*, RLDI 87 (2012), 64, 70; *Macrez*, D. 2012, 749, 755; *Bruguière/Deprez*, Légipresse 312 (2014), 19, 24; in dieselbe Richtung *Bruguière*, Propr. intell. 55 (2012), 411, 411 („Le législateur a ainsi inventé un mode de gestion hybride, mi-volontaire et mi-obligatoire"); *Piriou*, Comm. com. électr. 10/2012, 6, 7 („[L]e législateur français a préféré un mécanisme de gestion collective étendue, à l'instar de la pratique des pays scandinaves").

349 „Lorsqu'un livre est inscrit dans la base de données mentionnée à l'article L. 134-2 depuis plus de six mois, le droit d'autoriser sa reproduction et sa représentation sous une forme numérique est exercé par un organisme de gestion collective […]. Sauf dans le cas prévu au troisième alinéa de l'article L. 134-5, la reproduction et la représentation du livre sous une forme numérique sont autorisées, moyennant une rémunération, à titre non exclusif et pour une durée limitée à cinq ans, renouvelable."

350 „On entend par livre indisponible au sens du présent chapitre un livre publié en France avant le 1er janvier 2001 qui ne fait plus l'objet d'une diffusion commerciale par un éditeur et qui ne fait pas actuellement l'objet d'une publication sous une forme imprimée ou numérique."

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bank vergriffener Bücher (Art. L. 134-2 CPI) eingestellt worden sind und die Rechtsinhaber der Wahrnehmung nicht innerhalb von sechs Monaten nach dem Einstellen in die Datenbank widersprechen (Art. L. 134-4 Abs. 1 Unterabs. 1 CPI[351]). Erfolgt der Widerspruch fristgemäß, besteht von vornherein keine Wahrnehmungsvermutung; in diesem Fall muss der Verleger das vergriffene Werk binnen zwei Jahren verwerten (Art. L. 134-4 Abs. 2 Unterabs. 1 S. 1 CPI[352]). Andernfalls wird die Wahrnehmung vermutet und die Verwertungsgesellschaft kann dem Verleger des gedruckten Buches ein auf 10 Jahre befristetes ausschließliches E-Book-Recht (Art. L. 134-5 Abs. 1 u. 3 CPI[353]) oder – nachrangig – Dritten ein auf fünf Jahre befristetes einfaches E-Book-Recht einräumen (Art. L. 134-5 Abs. 6 i.V.m. Art. L. 134-3 Abs. 1 Unterabs. 2 CPI[354]). Zwar kann der Wahrnehmung auch nach Fristablauf jederzeit widersprochen werden (Art. L. 134-6 Abs. 1 u. 2 CPI[355]), mit der Folge, dass der Verleger das vergriffene Werk

351 „L'auteur d'un livre indisponible ou l'éditeur disposant du droit de reproduction sous une forme imprimée de ce livre peut s'opposer à l'exercice du droit d'autorisation […] par un organisme de gestion collective. Cette opposition est notifiée […] au plus tard six mois après l'inscription du livre concerné dans la base de données […]."

352 „L'éditeur ayant notifié son opposition […] est tenu d'exploiter dans les deux ans suivant cette notification le livre indisponible concerné."

353 „A défaut d'opposition notifiée par l'auteur ou l'éditeur à l'expiration du délai […], l'organisme de gestion collective […] propose une autorisation de reproduction et de représentation sous une forme numérique d'un livre indisponible à l'éditeur disposant du droit de reproduction de ce livre sous une forme imprimée. […] L'autorisation d'exploitation […] est délivrée par l'organisme de gestion collective […] à titre exclusif pour une durée de dix ans tacitement renouvelable […]."

354 „A défaut d'acceptation de la proposition […], la reproduction et la représentation du livre sous une forme numérique sont autorisées par l'organisme de gestion collective […] dans les conditions prévues au second alinéa du I de l'article L. 134-3."

355 „L'auteur et l'éditeur disposant du droit de reproduction sous une forme imprimée d'un livre indisponible notifient conjointement à tout moment à l'organisme de gestion collective […] leur décision de lui retirer le droit d'autoriser la reproduction et la représentation dudit livre sous forme numérique. L'auteur d'un livre indisponible peut décider à tout moment de retirer à l'organisme de gestion collective […] le droit d'autoriser la reproduction et la représentation du livre sous une forme numérique s'il apporte la preuve qu'il est le seul titulaire des droits […]."

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

binnen 18 Monaten zu verwerten hat (Art. L. 134-6 Abs. 4 CPI[356]). Der Widerspruch gilt aber nur ex nunc und lässt bereits erteilte Lizenzen unberührt (Art. L. 134-6 Abs. 5 CPI[357]). Nur der Urheber kann dem Lizenznehmer die Nutzung verbieten, wenn er eine Gefährdung seiner Ehre oder Reputation geltend macht (Art. L. 134-4 Abs. 1 Unterabs. 3 S. 1 CPI[358]).[359] Der Stichtag 1. Januar 2001 beruht auf der Überlegung, dass sich die Verleger seitdem die E-Book-Rechte im Allgemeinen abtreten lassen.[360]

Zwar erfasst die französische Wahrnehmungsvermutung nur vergriffene Bücher – ist damit aber kaum restriktiver als § 51 VGG –, gilt aber auch zugunsten gewerblicher Nutzer (Verleger, Google etc.) und für Werke, die nach dem 1. Januar 1966 (bis 1. Januar 2011) erschienen sind. Freilich kann auch hier der Rechtsinhaber der Wahrnehmung widersprechen und die Nutzung verbieten – wenngleich das Investitionsrisiko des Lizenznehmers reduziert wird, indem bereits erteilte kollektive Lizenzen von einem Widerspruch grundsätzlich unberührt bleiben.[361] So dient denn Art. L. 134-3 Abs. 1 CPI wie § 51 VGG nur dazu, die Transaktionskosten einer individuellen Nachlizenzierung zu minimieren.[362]

---

356 „L'éditeur ayant notifié sa décision […] est tenu d'exploiter le livre concerné dans les dix-huit mois suivant cette notification."

357 „L'organisme informe tous les utilisateurs auxquels elle a accordé une autorisation d'exploitation du livre […]. Les ayants droit ne peuvent s'opposer à la poursuite de l'exploitation dudit livre engagée avant la notification pendant la durée restant à courir de l'autorisation […], à concurrence de cinq ans maximum et à titre non exclusif."

358 „Après l'expiration du délai […], l'auteur d'un livre indisponible peut s'opposer à l'exercice du droit de reproduction ou de représentation de ce livre s'il juge que la reproduction ou la représentation de ce livre est susceptible de nuire à son honneur ou à sa réputation."

359 Vgl. *Derieux*, RLDI 87 (2012), 64, 69; *Pollaud-Dulian*, RTD Com. 2012, 337, 340 f.

360 *Derieux*, RLDI 87 (2012), 64, 65; *Emile-Zola-Place*, Légipresse 295 (2012), 355, 357; a.A. *Bruguière*, Propr. intell. 55 (2012), 346, 348 („La date du 1er janvier 2001 a vraisemblablement été adoptée afin de cadrer avec l'intitulé de la loi: les livres indisponibles du XXe siècle").

361 Vgl. *Derieux*, RLDI 87 (2012), 64, 70; *Pollaud-Dulian*, RTD Com. 2012, 337, 341.

362 Vgl. *Lucas*, Propr. intell. 51 (2014), 168, 169; *Macrez*, D. 2012, 749, 756; *Derieux*, RLDI 87 (2012), 64, 65; *Bruguière*, Propr. intell. 55 (2012), 346, 346; *ders.*, Comm. com. électr. 4/2014, 9, 11.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Bewertung

Das Ausschließlichkeitsrecht an vergriffenen Werken ist bei *statischer* Betrachtung pareto-ineffizient.[363] Die Effizienznachteile ließen sich allenfalls dann effizienzsteigernd ausgleichen, wenn es erforderlich wäre, um Investitionen in die Schöpfung und Verbreitung neuer Werke zu ermöglichen.[364] Eben dies muss bezweifelt werden. Ein Rechtsinhaber, der ein Werk über einen gewissen Zeitraum nicht verwertet, obwohl er es verwerten könnte, zeigt damit, dass er es nicht verwerten will.[365] Soweit er es aber nicht verwerten will, benötigt er keinen Anreizmechanismus in Gestalt eines Ausschließlichkeitsrechts. Denn nicht das Ausschließlichkeitsrecht ist der Anreiz, sondern die Aussicht auf Gewinn, die die Vermarktung verspricht.[366] Wer statt des vergriffenen Werkes andere Werke vermarkten will, in deren Schöpfung er investiert hat, benötigt allein dazu die entsprechenden Ausschließlichkeitsrechte. Diese Ausschließlichkeitsrechte, also die Ausschließlichkeitsrechte an den *nicht* vergriffenen Werken sind es, die weitere Investitionen ermöglichen. Mit anderen Worten ist das Ausschließlichkeitsrecht an einem *vergriffenen* Werk nicht Bedingung dafür, dass der Rechtsinhaber in die Schöpfung und Verbreitung *neuer* Werke investiert. Kurzum: ein solches Ausschließlichkeitsrecht ist unter Zugrundelegung des ökonomischen Verhaltensmodells nicht erforderlich. Damit ist das geltende Ausschließlichkeitsrecht bei wertender („normativer") Betrachtung ökonomisch ineffizient. Unter Zugrundelegung des normativen Effizienzziels kann es nur noch außerökonomisch gerechtfertigt werden. Dabei kommen nur berechtigte ideelle Interessen des Urhebers in Betracht. Denn das materielle Interesse des Urhebers, also das Interesse an einer „gerechten" Belohnung, kann – so es denn unter Berücksichtigung individualistischer Zielvorstellungen unabhängig von einem Anreizerfordernis überhaupt als schutzwürdig angesehen wird – auch mit einem Vergütungsan-

363 Siehe bereits 1. Kapitel A. II. 2. a) bb) (3) (a).

364 Vgl. 1. Kapitel A. II. 2. a) cc).

365 Vgl. *Talke*, K&R 2014, 18, 20; siehe auch *Decker*, in: *Möhring/Nicolini*, UrhG[2], § 53, Rdnr. 33, zu § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 lit. b UrhG („Die Kopie ganzer Werke ist zu jedem internen Gebrauchszweck zulässig, wenn das Werke seit mehr als zwei Jahren vergriffen ist. Denn bei einer so langen Zeit der Untätigkeit der Verwerter auf dem Primärmarkt kann davon ausgegangen werden, daß kein Interesse an einem Verkauf mehr besteht").

366 Siehe bereits 1. Kapitel A. II. 2. a) aa).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

spruch befriedigt werden.[367] Im Übrigen ist es – nach einer angemessenen Wartefrist – normativ ineffizient und zu beschränken.[368] Dieser Ansicht war auch der deutsche Gesetzgeber: Nach § 55 Abs. 1 Nr. 4 UrhG (1965) durfte der Rechtsinhaber eines länger als drei Jahre vergriffenen Werkes seine Einwilligung zur Vervielfältigung zum Eigengebrauch nur aus wichtigem Grunde verweigern.[369] Ab 1985 durften länger als zwei Jahre vergriffene Werke sogar ganz ohne Einwilligung des Rechtsinhabers zum Eigengebrauch vervielfältigt und verliehen werden (§ 53 Abs. 2 Nr. 4 lit. b, Abs. 4 UrhG (1985)).[370] Die auf analoge Vervielfältigungen beschränkte Neufassung trägt allein den sich aus Art. 5 Informationsgesellschafts-RL zwingend ergebenden Notwendigkeiten Rechnung.[371] Nicht verständlich ist aber, weshalb der Gesetzgeber nur die Nutzung vergriffener Werke zum Eigengebrauch, nicht aber auch deren Zweitverwertung zugelassen hat. Da ein vergriffenes Werk nicht mehr verwertet wird, kann die Erstverwertung durch eine Zweitverwertung bereits definitionsgemäß nicht beeinträchtigt werden.[372] Vermutlich ließ der Gesetzgeber nur die Eigengebrauch-Nutzung zu, weil er glaubte, das Problem vergriffener Werke wegen Art. 5 Informationsgesellschafts-RL nur mit einer Wahrnehmungsvermutung lösen zu dürfen.[373] Immerhin kann die Zwei-Jahres-Frist als An-

367 Vgl. *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 25.

368 Vgl. *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 26; *Klass*, GRUR Int. 2013, 881, 892; in diese Richtung auch *de la Durantaye*, ZUM 2013, 437, 442 f. („Überlegt werden sollte zudem, ob lediglich dem Urheber bzw. seinen Erben ein bedingungsloses Widerspruchsrecht zugestanden wird. Verlegern könnte ein Recht zum Widerspruch nur dann gewährt werden, wenn sie sich verpflichten, das Werk innerhalb einer bestimmten Zeit wieder aufzulegen").

369 Vgl. Gesetzentwurf v. 23.3.1962, BT-Drs. 4/270, S. 74 („Wartet jedoch der Berechtigte mit der Neuauflage länger als drei Jahre, so erscheint es zumutbar, daß er seine Einwilligung zur Vervielfältigung erteilen muß, falls er keine besonderen Weigerungsgründe vorbringen kann").

370 Vgl. Gesetzentwurf v. 22.12.1983, BT-Drs. 10/837, S. 17 („Diese Ausnahme ist um so mehr geboten, als eine Schädigung der Primärliteratur dadurch nicht zu befürchten ist").

371 Gesetzentwurf v. 6.11.2002 („Erster Korb"), BT-Drs. 15/38, S. 21; siehe auch *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 53, Rdnr. 35.

372 *Peifer*, NJW 2014, 6, 10; siehe auch *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 25.

373 Gesetzentwurf v. 8.5.2013, BT-Drs. 17/13423, S. 11 („Auch die Nutzung von vergriffenen Printwerken im Rahmen von Digitalisierungsvorhaben soll erleichtert werden. Diese Regelung kann wegen der Vorgaben […] der Richtlinie 2001/29/EG zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft al-

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

haltspunkt für die Angemessenheit der Wartefrist dienen.[374] Deshalb erscheint es angebracht, das Ausschließlichkeitsrecht vorbehaltlich berechtigter ideeller Interessen und einer Wartefrist von zwei Jahren zu beschränken.

II. Keine neuartige Verwertung

Das Ausschließlichkeitsrecht betrifft auch Werke, die nicht auf eine neue Art verwertet werden. Dabei ist zu unterscheiden, ob die bisherige Verwertung durch die neuartige Nutzung allenfalls unwesentlich (unten 1.) oder wesentlich (unten 2.) beeinträchtigt wird.

Der Begriff der neuen Verwertungsart meint hier – in Anlehnung an den Begriff der unbekannten Nutzungsart i.S.v. §§ 31a, 32c und 137l UrhG – zunächst eine nach der Verkehrsauffassung als solche hinreichend klar abgrenzbare, wirtschaftlich-technisch als einheitlich und selbständig erscheinende Nutzungsart.[375] Für die Neuheit ist ausschlaggebend, dass die bisher übliche Nutzungsmöglichkeit durch den technischen Fortschritt nicht nur erweitert und verstärkt wird, sondern sich aus Sicht der Endverbraucher in ihrem Wesen entscheidend verändert.[376] Statt also durch einen bloßen Ersatz einer alten Technologie durch eine neue Technologie dieselben Nutzungsgepflogenheiten und dieselben Märkte zu erreichen (z.B. Satelliten- und Kabelfernsehen statt Antennenfernsehen,[377] DVD statt VHS,[378] Bluray statt DVD[379]), müssen durch neue Vertriebswege neue Märkte mit

---

lerdings nicht als neue Schrankenregelung im Urheberrechtsgesetz ausgestaltet werden").

374 Vgl. *Decker*, in: *Möhring/Nicolini*, UrhG[2], § 53, Rdnr. 33, zu § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 lit. b UrhG („Denn bei einer so langen Zeit der Untätigkeit der Verwerter auf dem Primärmarkt kann davon ausgegangen werden, daß kein Interesse an einem Verkauf mehr besteht").

375 BGH GRUR 1992, 310, 311 – „Taschenbuch-Lizenz"; ähnlich BGH GRUR 1986, 62, 65 – „GEMA Vermutung I"; GRUR 1997, 215, 217 – „Klimbim"; GRUR 2005, 937, 939 – „Der Zauberberg".

376 BGH GRUR 1997, 215, 217 – „Klimbim".

377 BGH GRUR 1997, 215, 217 – „Klimbim".

378 BGH GRUR 2012, 496, 501, Rdnr. 51 – „Das Boot"; GRUR 2005, 937, 939 – „Der Zauberberg"; a.A. *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 31a, Rdnr. 51; *Wandtke/Grunert*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 31a, Rdnr. 5o; *Spindler*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 31a, Rdnr. 47.

379 OLG München GRUR-RR 2011, 303, 304.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

neuen Erwerbsmöglichkeiten erschlossen werden.[380] Beispiele für in diesem Sinne neue Verwertungsarten sind das Audio- und Video-on-Demand[381] sowie das E-Book[382], weil das darin enthaltene Werk ständig an allen Orten der Welt verfügbar ist, ohne das der Endverbraucher dazu das Haus verlassen muss.[383] Auch das Internet-Fernsehen[384] und Internet-Videorekorder[385] stellen neue Verwertungsarten in diesem Sinne dar, weil sie an allen Orten der Welt mit jedem Zugang zum Internet ein zeitgleiches bzw. zeitversetztes Fernsehen erlauben. Nichts anderes kann für Büchersuchmaschinen gelten, die dem Nutzer an Orten und zu Zeiten seiner Wahl eine Volltextsuche erlauben, ohne dass er das jeweilige Buch erwerben oder ausleihen müsste.

1. Keine oder unwesentliche Beeinträchtigung der bisherigen Verwertung

Von der ersten Unterfallgruppe werden insbesondere die Nutzung von Werken durch Büchersuchmaschinen mit Auszugsansicht (unten a)) sowie die Nutzung von gesendeten Werken durch Internet-Fernsehen (unten b)) und Internet-Videorekorder (unten c)) erfasst.

a) Nutzung durch Büchersuchmaschinen mit Auszugsansicht

Das Recht, die Nutzung von Werken durch Büchersuchmaschinen mit Auszugsansicht zu verbieten und eine entsprechende Lizenz zu verweigern, bedingt eine Unternutzung (unten a)). Es ist vorbehaltlich berechtigter ideeller Interessen normativ ineffizient und zu beschränken (unten b)).

---

380 *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 31a, Rdnr. 35.
381 *Wandtke/Grunert*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 31a, Rdnr. 43; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 31a, Rdnr. 52.
382 *Wandtke/Grunert*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 31a, Rdnr. 52; *Spindler*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 31a, Rdnr. 49.
383 *Wandtke/Grunert*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 31a, Rdnr. 44.
384 *Wandtke/Grunert*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 31a, Rdnr. 42.
385 OLG München MMR 2011, 106, 107; *Wandtke/Grunert*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 31a, Rdnr. 50.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aa) Analyse

Die durch die digitale Technologie ermöglichte Entfesselung von Informationsprozessen hat die Gesamtheit verfügbarer Information in den letzten Jahrzehnten exorbitant gesteigert.[386] Der wohl wichtigste traditionelle Informationsträger ist das Buch. Einer aktuellen Schätzung zufolge existieren ca. 130 Mio. Buchtitel weltweit,[387] von denen allein die Deutsche Nationalbibliothek rund 14,5 Mio.[388] und die Bibliothèque nationale de France ca. 11,4 Mio.[389] umfassen. Traditionell erfolgt die Suche nach den in den Büchern enthaltenen Informationen anhand bibliographischer Angaben zu Titel und Verfasser des Werkes, Angaben über den Verlag, Erscheinungsjahr und -ort sowie die ISBN, die in Bibliothekskatalogen verzeichnet werden. Bis Ende des 20. Jahrhunderts wurden diese sog. Metadaten – also Daten, die Informationen über Merkmale anderer Daten enthalten, nicht aber die Daten selbst – auf Karteikarten und in Zettelkatalogen festgehalten. Trotz der dann einsetzenden Digitalisierungswelle blieb im Prinzip alles beim Alten, weil elektronische Bibliothekskataloge (sog. OPACs)[390] die Metadaten allenfalls um Inhaltsverzeichnisse ergänzen.[391] Dies muss angesichts der technischen Möglichkeiten des 21. Jahrhunderts verwundern, können doch Bücher und Zeitschriften durch das Einscannen und anschließende Bearbeiten mit einer Texterkennungssoftware Wort für Wort durchsucht werden.[392] Die Innovation einer Büchersuchmaschine ließ dann auch nicht lange auf sich warten. 2004 startete Google seine Buchsuche in Kooperation mit Verlagen („Google Books Partner-Programm") bzw. Bibliotheken („Google Books Bibliotheksprogramm").[393] Mittlerweile ermöglichen auch Büchersuchmaschinen von Amazon („Search Inside!")[394] und des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels („Li-

386 *Nolte*, S. 15.
387 *Leventer*, S. 37.
388 Bestand 2013, *DNB*, S. 40.
389 Bestand 31.12.2013, *BnF*, S. 15.
390 Abkürzung von „Online Public Access Catalogue".
391 *Leventer*, S. 39.
392 *Leventer*, S. 39.
393 Eingehend zu Google Books *Leventer*, S. 49 ff.; *Strowel*, Quand Google défie le droit, S. 26 ff.; *Lucke*, S. 32 ff.; *Kubis*, ZUM 2006, 370, 371 f.; siehe auch *Bohne/Elmers*, WRP 2009, 586, 587; *Heckmann*, AfP 2007, 314, 314 f.; *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 562 f.; *Singh/Israel*, RLDI 57 (2010), 6, 6.
394 *Leventer*, S. 289.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

breka“)[395] sowie öffentlich finanzierte digitale Bibliotheken, u.a. die Deutsche Digitale Bibliothek (DDB)[396] und das Digitalisierungsprojekt der Bibliothèque nationale de France („Gallica“)[397] – beide sind im europäischen Digitalisierungsprojekt „Europeana“[398] verbunden –, eine Internet-Volltextsuche in Büchern und Zeitschriften. Die Unterschiede sind allerdings gewaltig. Beim Google Books *Partner*-Programm, bei Libreka und bei „Search Inside!“ entscheiden die Verlage, welche Bücher überhaupt in den Suchindex aufgenommen werden und in welcher Ansicht die Suchergebnisse dargestellt werden.[399] Die Anzeige reicht von ausschließlich bibliographischen Angaben ohne Möglichkeit einer Volltextsuche („Keine Vorschau verfügbar“) über kurze Textauszüge („Auszugsansicht“) bis zur Anzeige mehrerer Seiten („eingeschränkte Vorschau“)[400] oder – freilich nur in der Theorie – ganzer Werke („vollständige Ansicht“).[401] Die DNB[402] und Gallica[403] verzeichnen in erster Linie gemeinfreie Werke, die deshalb vollständig angezeigt werden; inzwischen dürfen sie auch verwaiste Bücher digitalisieren und online stellen (§ 61 UrhG, Art. L. 134-8 CPI[404]). Das Google Books *Bibliotheks*programm ermöglicht die umfangreichste

395 *Lucke*, S. 45 f.; *Leventer*, S. 287.
396 *Leventer*, S. 285 f.
397 *Lucke*, S. 48.
398 *Leventer*, S. 283 ff.; *Lucke*, S. 47 f.
399 *Leventer*, S. 289; speziell für das Google Books Partner-Programm *Bohne/Elmers*, WRP 2009, 586, 587; siehe auch *Leventer*, S. 55 f.; *Lucke*, S. 33.
400 Z.B. die Monographien des Mohr Siebeck Verlags, einschließlich der Reihen „Jus Privatum“ und „Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht“.
401 *Bohne/Elmers*, WRP 2009, 586, 587. Zu den verschiedenen Ansichten bei Google Books siehe http://books.google.com/intl/de/googlebooks/screenshots.html bzw. http://books.google.com/intl/fr/googlebooks/screenshots.html (zuletzt besucht am 20.12.2015).
402 „Gegenwärtig sind in der DDB vorrangig nicht kommerziell verwertete Inhalte zugänglich und das kostenfrei. Geplant ist, dass künftig auch Urheber und Verwerter wie etwa Verlage oder Bildagenturen über die DDB kommerziell verwertete Werke zu einem angemessenen Preis zugänglich machen können. Abläufe und Details dieses Verfahrens sind noch zu klären“, siehe https://www.deutsche-digitale-bibliothek.de/content/about/ (zuletzt besucht am 20.12.2015).
403 „Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d’œuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF“, siehe http://gallica.bnf.fr/html/conditions-dutilisation-des-contenus-de-gallica (zuletzt besucht am 20.12.2015).
404 „Sauf refus motivé, la société de perception et de répartition des droits mentionnée à l’article L. 134-3 autorise gratuitement les bibliothèques accessibles au

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Internet-Volltextsuche, indem es nicht nur gemeinfreie, sondern auch urheberrechtsgeschützte Werke in den Suchindex aufnimmt. Im ersten Fall werden die Suchergebnisse in der vollständigen Ansicht, im zweiten in der Auszugsansicht, beschränkt auf höchstens drei Textschnipsel („Snippets"),[405] angezeigt.[406] Dieser zweite Fall ist sehr umstritten,[407] da Google prinzipiell keine Zustimmung des Rechtsinhabers einholt; dieser hat nur die Möglichkeit, Google davon in Kenntnis zu setzen, bestimmte Titel aus der Google Buchsuche ausschließen zu wollen (sog. „Opt-out").[408] Von den bei Google Books insgesamt verzeichneten Büchern – dies sind 83,8 % der Bücher, die in der weltgrößten bibliografischen Datenbank „WorldCat" katalogisiert werden[409] – sind einer Studie zufolge 36,9 % einer Volltextsuche zugänglich: 7,7 % in der vollständigen Ansicht, 13,1 % in der eingeschränkten Vorschau und 16,1 % in der Auszugsansicht.[410] Bei der Mehrheit der Buchtitel, über 60 %, bleibt das Potential also ungenutzt („Keine Vorschau verfügbar"). Denn wenn Suchmaschinen ihre Suchergebnisse nicht im Kontext darstellen können, kann die Suchanfrage nicht sinnvoll bedient werden.[411] Ebenso wenig einer Internet-Volltextsu-

---

public à reproduire et à diffuser sous forme numérique à leurs abonnés les livres indisponibles conservés dans leurs fonds dont aucun titulaire du droit de reproduction sous une forme imprimée n'a pu être trouvé dans un délai de dix ans à compter de la première autorisation d'exploitation. L'autorisation mentionnée au premier alinéa est délivrée sous réserve que l'institution bénéficiaire ne recherche aucun avantage économique ou commercial. Un titulaire du droit de reproduction du livre sous une forme imprimée obtient à tout moment de la société de perception et de répartition des droits le retrait immédiat de l'autorisation gratuite."

405 Z.B. Schulze, Die Zwangslizenz: ein Beitrag zur Urheberrechtsreform, 1960: der Suchbegriff „Zwangslizenz" erscheint dort auf 86 Seiten; angezeigt werden aber nur drei Snippets; der erste Snippet enthält etwa den Text „Vergleich mit dem PatG Im LitUrhG besteht die Zwangslizenz erst seit der Novelle vom 22.5.1910 (RGBl. S. 793). Das Rechtsinstitut der Zwangslizenz wurde".

406 Eingehend zum Google Books Bibliotheksprogramm *Lucke*, S. 34 ff.; *Leventer*, S. 50 f.; *Strowel*, Quand Google défie le droit, S. 26 f.; *Kubis*, ZUM 2006, 370, 371 f.

407 Zu den weiteren Kritiksträngen gegen Google Books im Überblick *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 563 f.; ausführlich *Strowel*, Quand Google défie le droit, S. 31 ff.

408 *Leventer*, S. 50 f.; *Lucke*, S. 38; *Kubis*, ZUM 2006, 370, 372.

409 *Chen*, 36 Online Inform. Rev. 507, 510 (2012).

410 *Chen*, 36 Online Inform. Rev. 507, 510 (2012).

411 Vgl. im Hinblick auf die Schutzausnahme vom Leistungsschutzrecht für Presseverleger (§ 87f Abs. 1 S. 1 letzter Hs. UrhG) Berichterstatter Stephan Thomae

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

che zugänglich sind schließlich Zeitschriften, die in keiner Datenbank enthalten sind, z.B. die UFITA.

Dass deutlich weniger Publikationen durchsucht werden können als durchsucht werden könnten, ist ein rechtstatsächlicher Zustand. Während das US-amerikanische Urheberrecht, namentlich das Rechtsinstitut des *fair use* (17 U.S.C. § 107), die Google Buchsuche eventuell – die Klage der Authors Guild ist gegen Google erst-[412] und zweitinstanzlich[413] abgewiesen worden, die Klägerin plant, Revision zum Supreme Court einzulegen[414] – auch ohne Zustimmung des Rechtsinhabers ermöglicht, kann nach geltendem deutschen (unten (1)) und französischen (unten (2)) Recht die Nutzung durch Büchersuchmaschinen mit Auszugsansicht verboten und eine entsprechende Lizenz verweigert werden.

(1) Deutsches Recht

Die Internet-Volltextsuche setzt voraus, dass die Publikation digitalisiert wird, der Scan in einen suchbaren Text umgewandelt wird, die Textdatei indexiert und auf den Web-Server des Suchmaschinenbetreibers übertragen wird und zumindest Snippets angezeigt werden.[415]

(FDP) in der Plenarsitzung v. 1.3.2013, BT-PlPr. 17/226, S. 28223 f. („Die Wiedergabe von kleinen Textausschnitten, die einfach nur notwendig sind, um das Suchergebnis zu beschreiben, es in einen Kontext zu stellen, soll erlaubt, soll frei sein. Denn wie will man denn eine Suchanfrage, ein Suchergebnis, einen Presseartikel anders darstellen als durch eine kleine Wiedergabe des Textes? Ein Beispiel: Wenn ich ‚Golf' eingebe, erhalte ich Treffer zu einer Meeresströmung, zu einem Fahrzeugtyp und zu einer Sportart. Damit also der Suchende erkennt: ‚Habe ich jetzt etwas gefunden, was in diesen Kontext passt?', muss man ein bisschen dazuliefern. Das sind diese kleinsten Textausschnitte oder einzelne Wörter").

412 U.S. District Court for the Southern District of New York, Urt. v. 14.11.2013, GRUR Int. 2014, 69 – „The Authors Guild, Inc. et al. v. Google Inc."; das Urteil wird besprochen von *Kochinke*, K&R 2014, 15 ff.; *Kleinemenke*, GRUR Int. 2014, 892.

413 U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, Urt. v. 16.10.2015, siehe https://www.unitedstatescourts.org/federal/ca2/13-4829/230-0.html (zuletzt besucht am 20.12.2015).

414 Siehe http://www.bloomberg.com/news/articles/2015-10-22/google-books-win-may-threaten-other-media (zuletzt besucht am 20.12.2015).

415 *Leventer*, S. 57 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Das Einscannen des Buches oder der Zeitschrift stellt eine Vervielfältigung dar, die in das Vervielfältigungsrecht des Rechtsinhabers eingreift, §§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 16 UrhG.[416] Das Ausschließlichkeitsrecht ist – sieht man von den Sondervorschriften zu verwaisten (§§ 61 ff. UrhG) und vergriffenen Werken (§§ 51 f. VGG)[417] einmal ab – auch nicht beschränkt; insbesondere handelt es sich bei der Digitalisierung um keine „flüchtige" (§ 44a UrhG), sondern um eine dauerhafte Vervielfältigung,[418] und sind die engen Voraussetzungen einer zur öffentlichen Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung erforderlichen Vervielfältigung (§ 52a Abs. 3 UrhG) nicht erfüllt.[419] Erfolgt die Digitalisierung fehlerhaft, kann u.U. auch das Urheberpersönlichkeitsrecht gem. § 14 UrhG betroffen sein.[420] Die Umwandlung der Bild- in eine Textdatei ist zwar keine Bearbeitung i.S.v. § 23 S. 1 UrhG, stellt aber eine erneute Vervielfältigung dar.[421] Während die Indexierung in keines der urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte eingreift,[422] ist mit der Übertragung der Textdatei auf den Web-Server eine (dritte) Vervielfältigung verbunden.[423] Das Recht des öffentlichen Zugänglichmachung (§§ 15 Abs. 2 Nr. 2, 19a UrhG) ist dadurch noch nicht betroffen, weil das Buch bzw. die Zeitschrift in der Auszugsansicht zwar vollständig durchsuchbar, nicht aber vollständig einsehbar – und folglich abrufbar – ist.[424] Erst die Anzeige der einzelnen Textschnipsel kann eine öffentliche Zugänglichmachung darstellen; allerdings nur in den seltenen Fällen, in denen kurze Wortfolgen von einzelnen Satzteilen oder eines ein-

---

416 *Leventer*, S. 229 f.; *Lucke*, S. 69 ff.; *Kubis*, ZUM 2006, 370, 375; *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 564; *Heckmann*, AfP 2007, 314, 315; *Bohne/Elmers*, WRP 2009, 586, 588.

417 Eingehend zur dort geregelten Wahrnehmungsvermutung 1. Kapitel B. I. 1. a).

418 *Kubis*, ZUM 2006, 370, 375; *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 564; *Heckmann*, AfP 2007, 314, 317.

419 *Kubis*, ZUM 2006, 370, 376; *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 564; *Heckmann*, AfP 2007, 314, 317.

420 *Leventer*, S. 230 f.; *Lucke*, S. 130 ff.; *Kubis*, ZUM 2006, 370, 374; *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 564; *Heckmann*, AfP 2007, 314, 315; *Bohne/Elmers*, WRP 2009, 586, 588.

421 *Leventer*, S. 231 ff.; *Lucke*, S. 75; *Kubis*, ZUM 2006, 370, 375; *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 564; *Heckmann*, AfP 2007, 314, 315; *Bohne/Elmers*, WRP 2009, 586, 588.

422 *Leventer*, S. 234.

423 *Leventer*, S. 234; *Lucke*, S. 78; *Kubis*, ZUM 2006, 370, 375.

424 *Leventer*, S. 236; *Lucke*, S. 123; *Kubis*, ZUM 2006, 370, 376; *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 564.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zigen Satzes ausnahmsweise die nach § 2 Abs. 2 UrhG nötige individuelle Gestaltungshöhe aufweisen.[425] Dann ist die Auszugsansicht auch nicht durch das Zitatrecht (§ 51 UrhG) gestattet, weil die Snippets nicht in ein selbständiges, nach § 2 Abs. 2 UrhG geschütztes zitierendes Sprachwerk aufgenommen werden.[426] Zudem ist dann auch das Bearbeitungsrecht nach § 23 S. 1 UrhG betroffen, da der dem Buch/der Zeitschrift entnommene Textschnipsel vollkommen losgelöst aus dem Sachzusammenhang des Werkes erscheint.[427] Im Einzelfall kann die Auszugsansicht zudem in das Urheberpersönlichkeitsrecht nach § 14 UrhG eingreifen.[428] Festzuhalten bleibt, dass in das Vervielfältigungsrecht nach §§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 16 UrhG stets und in die Ausschließlichkeitsrechte nach §§ 14, 15 Abs. 2 Nr. 2, 19a, 23 S. 1 UrhG nur im Einzelfall eingegriffen wird.

Zwar steht das deutsche Urheberrecht einer Vervielfältigung, die außerhalb Deutschlands erfolgt, nach dem Schutzlandprinzip nicht entgegen.[429] Dies erklärt, weshalb ein 2006 vor dem LG Hamburg gestellter Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen Google zurückgenommen werden musste: die urheberrechtsgeschützten Publikationen waren aus amerikanischen Bibliotheksbeständen heraus eingescannt worden.[430] Aus deutschen Bibliotheken dürfen aber nur gemeinfreie Werke am Google Books Bibliotheksprogramm teilnehmen.[431] Zudem bleibt die Rechtsunsicherheit, dass die Anzeige der Snippets eine öffentliche Zugänglichmachung darstellt. Unzählige deutsche Publikationen können damit nicht online durchsucht werden.

425 *Leventer*, S. 237 ff.; *Lucke*, S. 104 ff.; *Kubis*, ZUM 2006, 370, 376; *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 564; *Heckmann*, AfP 2007, 314, 316; *Bohne/Elmers*, WRP 2009, 586, 588.

426 *Leventer*, S. 252 f.; *Lucke*, S. 113 ff.; *Kubis*, ZUM 2006, 370, 376; *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 565; *Heckmann*, AfP 2007, 314, 317; *Bohne/Elmers*, WRP 2009, 586, 588.

427 *Leventer*, S. 240 ff.; *Lucke*, S. 101 ff.; *Heckmann*, AfP 2007, 314, 316; *Bohne/Elmers*, WRP 2009, 586, 588.

428 *Leventer*, S. 245 ff.; *Lucke*, S. 132 ff.; *Heckmann*, AfP 2007, 314, 316.

429 *Leventer*, S. 60 ff.; *Lucke*, S. 64 ff. u. 89 ff.; *Kubis*, ZUM 2006, 370, 378; *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 565; *Bohne/Elmers*, WRP 2009, 586, 589.

430 *Rösler*, GRUR Int. 2008, 489, 490; *Bohne/Elmers*, WRP 2009, 586, 589.

431 *Bohne/Elmers*, WRP 2009, 586, 589; siehe auch *Lucke*, S. 68.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(2) Französisches Recht

Nach französischem Recht stellt das Einscannen der Publikation eine *reproduction* i.S.v. Art. L. 122-3 Abs. 1 CPI[432] dar,[433] weil es „eine öffentliche Wiedergabe erlaubt".[434] Damit wird in das *droit de reproduction* eingegriffen, Art. L 122-1 Alt. 2 CPI[435].[436] Für die Anzeige der Textschnipsel soll es – anders als nach deutschem Recht – dagegen nicht auf deren Werkcharakter ankommen. Die Anzeige sei (stets) eine *représentation* i.S.v. Art. L. 122-2 CPI[437], weil der Suchmaschinenbetreiber das *ganze* Werk online stelle und erst der Nutzer die einzelnen Snippets generiere.[438] Eine Parallele besteht aber insoweit, als auch hier das Zitatrecht (Art. L. 122-5 Nr. 3 lit. a CPI[439]) ausscheidet: Erstens würden – wie nach deutschem Recht – die Snippets nicht in ein anderes Werk „inkorporiert";[440] zweitens sei die zufällige Auswahl der Snippets mit dem informativen

---

432 „La reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte."

433 TGI Paris, Urt. v. 18.12.2009, JurisData n° 2009-016553 („[L]a numérisation d'une œuvre, technique consistant en l'espèce à scanner l'intégralité des ouvrages dans un format informatique donné, constitue une reproduction de l'œuvre"); siehe auch *Singh/Israel*, RLDI 57 (2010), 6, 9 („Lorsque les œuvres sont diffusées selon l'affichage par extraits, Google a nécessairement numérisé l'ensemble de l'œuvre: seul l'accès est limité pour l'internaute").

434 *Singh/Israel*, RLDI 57 (2010), 6, 10 („La terme ‚permettant' doit donc être compris dans le sens de ‚rendre possible une communication de l'œuvre au public' et non pas dans le sens d',offrir la possibilité au public de consulter l'œuvre'"), da andernfalls die in Art. L. 122-5 Nr. 2 CPI geregelte Privatkopie überflüssig wäre.

435 „Le droit d'exploitation appartenant à l'auteur comprend le droit de représentation et le droit de reproduction."

436 TGI Paris, Urt. v. 18.12.2009, JurisData n° 2009-016553 („[L]a numérisation […] constitue une reproduction de l'œuvre qui requiert en tant que telle, lorsque celle-ci est protégée, l'autorisation préalable de l'auteur ou de ses ayants droits").

437 „La représentation consiste dans la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque […]."

438 *Singh/Israel*, RLDI 57 (2010), 6, 11 („Google met à disposition l'intégralité de l'œuvre et se contente d'en limiter l'accès, mais c'est l'utilisateur qui génère l'extrait").

439 „Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire: […] Les analyses et courtes citations justifiées par le caractère […] d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées."

440 *Singh/Israel*, RLDI 57 (2010), 6, 11.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Sinn und Zweck des Zitatrechts unvereinbar;[441] und drittens würde gerade das ganze Werk, keine kurzen Textauszüge, öffentlich zugänglich gemacht.[442] Ob im Einzelfall auch *droits moraux* verletzt werden, wird im französischen Schrifttum nicht problematisiert. Festzuhalten bleibt, dass nach französischem Recht – anders als nach deutschem – stets sowohl in das Vervielfältigungsrecht als auch in das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung eingegriffen wird.

Ob das französische Urheberrecht auch solche Digitalisierungen und Uploads erfasst, die im Ausland stattfinden, ist problematisch.[443] Der Tribunal de grande instance de Paris hat diese Frage bejaht und Google wegen Urheberrechtsverletzung verurteilt, weil die streitbefangenen Publikationen zwar in den USA vervielfältigt und online gestellt worden waren, der Erfolg dieser Nutzungshandlungen aber in Frankreich eingetreten war.[444] In Frankreich jedenfalls dürfen gegen den Willen des Rechtsinhabers nur gemeinfreie Werke eingescannt und öffentlich zugänglichmacht werden. Damit bleiben auch zahllose französische Publikationen einer Internet-Volltextsuche verschlossen.

---

441 TGI Paris, Urt. v. 18.12.2009, JurisData n° 2009-016553 („[L]'aspect aléatoire du choix des extraits représentés dénie tout but d'information tel que prévu par l'article L 122-5 3° du Code de la Propriété Intellectuelle").

442 *Singh/Israel*, RLDI 57 (2010), 6, 11 („Par conséquent, en l'espèce, l'objet qui est effectivement mis à disposition (c'est-à-dire, rendu accessible théoriquement) par Google n'est pas un ou plusieurs extraits, mais bien l'intégralité de chaque œuvre excluant ainsi le bénéfice de l'exception").

443 Vgl. speziell zu Google Books *Lucas*, JCP G 2010, 465 ff.; *ders.*, Propr. intell. 34 (2010), 644 ff.; *Singh/Israel*, RLDI 57 (2010), 6, 7 ff.; *Ginsburg/Sirinelli*, JCP G 2010, 894 ff.; siehe auch *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 77; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 1337, Fn. 105.

444 TGI Paris, Urt. v. 18.12.2009, JurisData n° 2009-016553 („[L]a loi applicable à la responsabilité extra contractuelle en matière de délit complexe est celle de l'Etat du lieu *où le fait dommageable s'est produit*; […] en l'espèce, il n'est pas contesté que le litige concerne des *œuvres d'auteurs français* numérisées pour être accessibles par extraits aux *internautes français* sur le territoire national; […] et que ce site est rédigé en *langue française*; […] il résulte de l'ensemble de ces éléments que la France est le pays qui entretient *les liens les plus étroits avec le litige*", Hervorh. d. Verf.).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb) Bewertung

Das Recht, die neuartige Nutzung von Werken durch Büchersuchmaschinen mit Auszugsansicht zu verbieten und eine entsprechende Lizenz zu verweigern, ist bei statischer Betrachtung ineffizient.[445] Je nach Inhalt der Publikation sind die Effizienznachteile immens. Die Online-Durchsuchbarkeit von wissenschaftlichen Publikationen etwa erspart dem Wissenschaftler wertvolle Zeit, die er für seine eigentliche Arbeit – die Forschung einschließlich der Vor- und Nachbereitung der Recherche, nicht die Recherche selbst – verwenden kann; je mehr Zeit er zum Forschen hat, desto mehr Forschung kann er betreiben und desto stärker zum wissenschaftlichen Fortschritt beitragen.[446] Diese Effizienznachteile ließen sich allenfalls dann effizienzsteigernd ausgleichen, wenn das Recht, die Verwertung durch Büchersuchmaschinen zu verbieten, erforderlich wäre, um Investitionen in die Schöpfung und Verbreitung neuer Werke zu ermöglichen.[447] Hieran bestehen Zweifel. Die Verwertung eines Werkes als Buch und die Verwertung desselben Werkes durch eine Büchersuchmaschine mit Auszugsansicht unterscheiden sich wesentlich, weil das Buch das Lesen, aber kein effizientes Durchsuchen, und die Büchersuchmaschine mit Snippets ein effizientes Durchsuchen, aber kein Lesen ermöglicht.[448] Beide sind nicht austauschbar.[449] Das gilt umso mehr, als weder das ganze Buch noch die einzelnen Snippets gespeichert oder ausgedruckt werden können.[450] Eher sind beide Komplementärgüter.[451] Das Beispiel „Search Inside!“ von

445 Siehe 1. Kapitel A. II. 2. a) bb) (3) (b).
446 Vgl. *Hausman/Sidak*, 5 J. Competition L. & Econ. 411, 419 (2009).
447 Vgl. 1. Kapitel A. II. 2. a) cc).
448 Siehe auch *Müller-Lange/Scheufen*, 8 RERCI 7, 18 (2011); *Lucke*, S. 264.
449 *Müller-Lange/Scheufen*, 8 RERCI 7, 19 u. 22 (2011); *Leventer*, S. 170; *Lucke*, S. 264; *Bohne/Elmers*, WRP 2009, 586, 589; *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 565; siehe auch *Elhauge*, 2 J. Legal Analysis 1, 31 (2010). Etwas anderes mag nur gelten, soweit die technischen Schutzmaßnahmen, mit denen der Suchmaschinenbetreiber die vollständige Ansicht unterbindet, umgangen werden, oder Programme anderer Anbieter es ermöglichen, aus den Snippets ganze Seiten oder Textpassagen einer Publikation zu rekonstruieren, *Müller-Lange/Scheufen*, 8 RERCI 7, 22 (2011); *Lichtman*, 9 IPE 55, 69 (2008); *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 564. Bislang jedenfalls ist ein solcher Fall nicht eingetreten, wohl auch, weil der Suchmaschinenbetreiber dann als Störer in Haftung genommen werden könnte, *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 564 f.
450 *Leventer*, S. 170.
451 Siehe auch *Müller-Lange/Scheufen*, 8 RERCI 7, 19 (2011).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Amazon zeigt, dass die Möglichkeit einer Internet-Volltextsuche den Absatz von Büchern steigern kann.[452] Damit wird die bisherige Verwertung des Werkes allenfalls unwesentlich beeinträchtigt.[453] Vielmehr ist anzunehmen, dass bei einer Beschränkung des in hier in Frage stehenden Ausschließlichkeitsrechts unvermindert in die Schöpfung und Verbreitung neuer Werke investiert würde. Damit ist das Recht, die Nutzung durch Büchersuchmaschinen mit Auszugsansicht zu verbieten und eine entsprechende Lizenz zu verweigern, bei wertender Betrachtung ökonomisch ineffizient. Das Ausschließlichkeitsrecht kann also allenfalls außerökonomisch gerechtfertigt werden. Dabei kommen nur berechtigte ideelle Interessen des Urhebers in Betracht. Denn das materielle Interesse des Urhebers, also das Interesse an einer „gerechten" Belohnung, kann – so es denn unter Berücksichtigung individualistischer Zielvorstellungen unabhängig von einem Anreizerfordernis überhaupt als schutzwürdig angesehen wird – auch mit einem Anspruch auf angemessene Vergütung befriedigt werden. Im Übrigen ist das Ausschließlichkeitsrecht normativ ineffizient und zu beschränken.[454] Zu demselben Ergebnis kommt der deutsche Gesetzgeber hinsichtlich der Verwertung journalistischer Beiträge in Online-Presseerzeugnissen durch *Nachrichten*suchmaschinen („Google News" statt „Google Books"): das zum 1. August 2013 in Kraft getretene Leistungsschutzrecht für Presseverleger gilt nicht für kleinste Textausschnitte (§ 87f Abs. 1 S. 1 letzter Hs. UrhG), weil diese den Besuch der Originalseite nicht entbehrlich machten.[455]

---

452 *Müller-Lange/Scheufen*, 8 RERCI 7, 24 (2011) (Umsatzsteigerungen von 15 %); *Lucke*, S. 263 (Umsatzsteigerungen von 9 % binnen 5 Tagen); *Bohne/Elmers*, WRP 2009, 586, 589; *Elhauge*, 2 J. Legal Analysis 1, 31 (2010); *Lichtman*, 9 IPE 55, 71 (2008); siehe auch *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 565.

453 Vgl. *Ohly*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 16; *Müller-Lange/Scheufen*, 8 RERCI 7, 19 f. (2011); *Bohne/Elmers*, WRP 2009, 586, 589; *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 565; *Leventer*, S. 193; *Lucke*, S. 267.

454 Vgl. *Hilty*, in: *Hargreaves/Hofheinz*, Intellectual Property and Innovation, S. 50 f.; *ders.*, in: *Geiger/Rodà*, FS Schmidt-Szalewski, S. 213 u. 215; *ders.*, laut *Peifer*, in: *Stern/Peifer/Hain*, Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und YouTube, S. 15; *Ohly*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 16; *Schäfer/Ott*, S. 680; *Leventer*, S. 316 ff.

455 Bericht des Rechtsausschusses v. 27.2.2013, BT-Drs. 17/12534, S. 4.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Nutzung im Internet-Fernsehen

Auch das Recht, die Nutzung von gesendeten Werken durch Internet-Fernsehen (OTT) zu verbieten und eine entsprechende Lizenz zu verweigern, bedingt eine Unternutzung (unten a)). Es ist normativ ineffizient und zu beschränken (unten b)).

aa) Analyse

Das Fernsehen ist im Umbruch. Durch die technologischen Entwicklungen des letzten Jahrzehnts ist neben Kabel, Satellit und Funk das Internet als vierter Übertragungsweg getreten.[456] Früher war Fernsehen nur mit einem Fernseher möglich. Heute erlaubt das Internet-Fernsehen auch eine Fernsehübertragung auf den PC, Laptop, Tablet-Computer oder das Smartphone, gleich ob zuhause oder unterwegs. Der Anteil der Internetnutzer, die zumindest gelegentlich Fernsehsendungen live über das Internet schauen, stieg von 2007 auf 2013 von 10 % auf 36 %.[457]

Mit Internet-Fernsehen ist hier das Fernsehen über das offene Internet gemeint, das in Abgrenzung zum IPTV[458] (z.B. Telekom Entertain) als OTT-TV bezeichnet wird.[459] Dabei werden die von den Fernsehsendern gesendeten und frei empfänglichen Fernsehsendungen zeitgleich („Simulcast“) und „over the top“ (OTT) ins Internet weitergesendet, also ohne dass der Internetdienstanbieter die Inhalte auswählt, dessen Einfluss mithin auf die Bereitstellung eines breitbandigen Internetzugangs beschränkt ist.[460] Die in Deutschland und Frankreich bekanntesten OTT-TV-Anbieter sind Zattoo bzw. PlayTV. Zattoo hatte lange Zeit nur eine sehr beschränkte Senderauswahl im Angebot, da u.a. die privaten Fernsehsender RTL, VOX, RTL 2, n-tv, ProSieben, Sat.1 und Kabel eins die OTT-Weitersendung ihrer Sendungen verhinderten. Diese Sender sind erst seit Juli 2013 (RTL, VOX, RTL 2, n-tv)[461] bzw. April 2014 (ProSieben, Sat.1, Kabel

456 *Neurauter*, GRUR 2011, 691, 691.
457 ARD/ZDF-Onlinestudien 2006-2013, http://www.ard-zdf-onlinestudie.de/index.php?id=425 (zuletzt besucht am 20.12.2015).
458 Abkürzung von „Internet Protocol Television“.
459 *Kempermann/Pieper*, CR 2013, 661, 661.
460 *Kempermann/Pieper*, CR 2013, 661, 662.
461 Siehe http://corporate.zattoo.com/de/new-with-rtl-channels-mobile-tv-and-improved-android-app/ (zuletzt besucht am 20.12.2015).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eins)[462] über Zattoo verfügbar. PlayTV hat weiterhin nur ein unvollständiges Angebot, das zwar die öffentlich-rechtlichen Sender France 2, France 3 und Arte umfasst,[463] nicht aber die wichtigen Privatsender TF 1 und M6.[464]

Dass deutlich weniger Fernsehsendungen über das Internet empfangen werden konnten/können als (hätten) empfangen werden können, ist ein rechtstatsächlicher Zustand. In Deutschland (unten (1)) und Frankreich (unten (2)) kann die Nutzung von gesendeten Werken durch Internet-Fernsehen nahezu uneingeschränkt verboten und eine entsprechende Lizenz verweigert werden.

(1) Deutsches Recht

Nach deutschem Recht greift das OTT-TV in das Senderecht (§§ 15 Abs. 2 Nr. 3, 20, 87 Abs. 1 Nr. 1 UrhG) und *nicht* in das Recht auf öffentliche Zugänglichmachung (§§ 15 Abs. 2 Nr. 2, 19a, 87 Abs. 1 Nr. 1 UrhG) ein, weil die Fernsehsendungen *zeitgleich* übermittelt werden, den Nutzern also gerade nicht zu „Zeiten ihrer Wahl" zugänglich sind.[465] Schutzbeschränkungen des Rechts auf *Kabelweiter*sendung, nämlich die Verwertungsgesellschaftspflicht nach § 20b Abs. 1 S. 1 UrhG hinsichtlich gesendeter Werke und die Zwangslizenz nach § 87 Abs. 5 UrhG für Sendungen, gelten de lege lata dagegen nur für das Kabelfernsehen, nicht jedoch für das OTT-TV.[466] Das wird damit begründet, dass OTT-TV-Anbieter keine „Kabelun-

462 Siehe http://corporate.zattoo.com/de/deutsch-zattoo-ab-sofort-mit-der-prosiebens at-1-gruppe/ (zuletzt besucht am 20.12.2015).

463 Siehe http://playtv.fr/pages/a-propos/ (zuletzt besucht am 20.12.2015).

464 *Blocman*, IRIS 2013-8/15.

465 Allgemein für „Simulcasts" *v. Ungern-Sternberg*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 20, Rdnr. 45; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 19a, Rdnr. 34; *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 20, Rdnr. 14; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 20, Rdnr. 17; *Schack*, GRUR 2007, 639, 641; *Poll*, GRUR 2007, 476, 480; *Bauer/v. Einem*, MMR 2007, 698, 698; a.A. *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 19a, Rdnr. 10, da dem Nutzer die zeitgleiche Übertragung nur suggeriert werde; offen gelassen von LG Hamburg ZUM 2009, 582, 585. Nach EuGH GRUR 2013, 500 – „ITV Broadcasting/TVC" – greift das OTT-TV allgemein in das Recht der öffentlichen Wiedergabe (Art. 3 Abs. 1 Informationsgesellschafts-RL) ein, *Kempermann/Pieper*, CR 2013, 661, 664.

466 LG Hamburg ZUM 2009, 582, 585 f.; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 20b, Rdnr. 9; *v. Ungern-Sternberg*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 20b, Rdnr. 8;

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ternehmen“ darstellten und das Internet nicht notwendig über „Kabelsysteme“, sondern zunehmend kabellos (Funk, WLAN) zugänglich sei.[467] Die ebenfalls mit der Satelliten- und Kabelrichtlinie 93/83/EWG umgesetzte Weitersendung über „Mikrowellensysteme“ habe im Ursprung besondere in Irland angewandte Technologien berücksichtigt, die in Deutschland ungebräuchlich seien.[468] Zudem seien die §§ 20b Abs. 1 S. 1, 87 Abs. 5 UrhG Ausnahmevorschriften, die eng ausgelegt werden müssten.[469] Eine Analogie scheide mangels einer planwidrigen Regelungslücke aus.[470] Allerdings sind die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten verpflichtet, ihre Angebote auf „geeigneten Übertragungswegen“ zu verbreiten (§§ 11 Abs. 1 S. 1, 19 S. 1 RStV); dabei ist die Auswahl „geeigneter Übertragungswege” hochgradig vom tatsächlichen Rezeptionsverhalten der Rundfunkteilnehmer abhängig.[471] Zumindest für das Kabelfernsehen gilt deshalb eine öffentlich-rechtliche, wenngleich nicht subjektiv einklagbare[472] „Must-offer“-Verpflichtung bezüglich der Senderechte.[473] Wenn das Fernsehen zunehmend über Internet empfangen wird, dürfte für das OTT-TV

Dustmann, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 20b, Rdnr. 13; *Bauer/v. Einem*, MMR 2007, 698, 699; *Neurauter*, GRUR 2011, 691, 693; siehe auch *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 2; a.A. *Kempermann/Pieper*, CR 2013, 661, 666; *Weber*, ZUM 2009, 460, 462; *Poll*, GRUR 2007, 476, 481 (zumindest analoge Anwendung); *Gounalakis*, ZUM 2009, 447, 452.

467 *v. Ungern-Sternberg*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 20b, Rdnr. 8; *Neurauter*, GRUR 2011, 691, 693; *Bauer/v. Einem*, MMR 2007, 698, 699; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 20b, Rdnr. 9.

468 LG Hamburg ZUM 2009, 582, 585; *v. Ungern-Sternberg*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 20b, Rdnr. 9; *Büchner*, CR 2007, 473, 479; eingehend *Hoeren*, MMR 2008, 139, 143 (dort „kabelergänzende Überbrückung von Netzlücken“, hier „völlig neue Technologie der drahtlosen Signalübertragung“); siehe auch *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 20b, Rdnr. 9; *ders.*, in: *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, Rdnr. 7.10.32.

469 LG Hamburg ZUM 2009, 582, 586.

470 *Bauer/v. Einem*, MMR 2007, 698, 699; siehe auch LG Hamburg ZUM 2009, 582, 586 („Die Frage, ob § 20b UrhG künftig technologieneutral ausgestaltet werden sollte, muss daher der Entscheidung des Gesetzgebers vorbehalten bleiben“).

471 *Hain/Steffen/Wierny*, MMR 2013, 769, 771; eingehend zu den Auswahlkriterien *Binder*, in: *Hahn/Vesting*, RStV[3], § 19, Rdnr. 21 ff.

472 *Binder*, in: *Hahn/Vesting*, RStV[3], § 19, Rdnr. 57.

473 *Hain/Steffen/Wierny*, MMR 2013, 769, 771. Die „Must-offer“-Verpflichtung folgt in Deutschland also nicht aus der „Must-carry“-Verpflichtung, wie sie in § 52b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 RStV, *Hain/Steffen/Wierny*, MMR 2013, 769, 771.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nichts anderes gelten. Das wird der Grund sein, weshalb die öffentlich-rechtlichen Sender von Anfang an auf Zattoo verfügbar waren.[474]

Zwar wird derzeit auf europäische Ebene eine technologieneutrale Neuregelung erwogen. Der Verordnungsvorschlag der Europäischen Kommission gilt aber ausdrücklich nicht für das OTT-TV.[475]

(2) Französisches Recht

Nach französischem Recht greift die Weitersendung ins OTT-TV in das *droit de représentation* (Art. L. 122-2, L. 216-1 CPI) ein.[476] Die Verwertungsgesellschaftspflicht für gesendete Werke (Art. L. 132-20-1 Abs. 1 S. 1 CPI[477]) und Sendungen (Art. L. 217-2 Abs. 1 S. 1 CPI[478]) gilt unstreitig nur für das Kabelfernsehen.[479] Eine § 87 V UrhG entsprechende, allerdings *rundfunk*rechtliche „Must-offer"-Regelung (Art. 34-1-1 Loi Léotard[480]) galt nur zugunsten von Kabelunternehmen und trat nach fünf

474 Vgl. *Neurauter*, GRUR 2011, 691, 693 („Allein die öffentlich-rechtlichen Sendeunternehmen verhielten sich gegenüber Zattoo bislang kulant; vermutlich allein deshalb, weil man ihnen sonst vorwerfen könnte, ihren Grundversorgungsauftrag zu konterkarieren").

475 Art. 1 lit. b u. Erwgr. 12 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates mit Vorschriften für die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten in Bezug auf bestimmte Online-Übertragungen von Rundfunkveranstaltern und die Weiterverbreitung von Fernseh- und Hörfunkprogrammen, COM(2016) 594 final.

476 Vgl. CSA, Entsch. v. 23.7.2013, JORF du 6.8.2013, n° 181, texte 94; siehe auch *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 306.

477 „[… L]e droit d'autoriser la retransmission par *câble*, simultanée, intégrale et sans changement, sur le territoire national, d'une *œuvre télédiffusée* à partir d'un Etat membre de la Communauté européenne ne peut être exercé que par une société de perception et de répartition des droits."

478 „[… L]e droit d'autoriser la retransmission par *câble*, simultanée, intégrale et sans changement, sur le territoire national, de la *prestation d'un artiste-interprète, d'un phonogramme ou d'un vidéogramme télédiffusés* à partir d'un Etat membre de la Communauté européenne ne peut être exercé […] que par une société de perception et de répartition des droits."

479 Vgl. *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 892 u. 1253; *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 320 u. 594; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 858.

480 „Les éditeurs de services diffusés par voie hertzienne terrestre […] ne peuvent s'opposer à la reprise de ces services […] sur un réseau autorisé […] pendant une période de cinq ans à compter de la promulgation de ladite loi."

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Jahren im Juli 2009 außer Kraft.[481] Allerdings folgt aus der „Must-carry"-Verpflichtung der Anbieter von Abonnementfernsehen (Art. 34-2 Abs. 1 S. 1 Loi Léotard[482]) spiegelbildlich eine „Must-offer"-Verpflichtung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten.[483] Der Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) wies die Beschwerde von PlayTV gegen France Télévisions wegen Lizenzverweigerung dann auch nur mit der Begründung ab, dass PlayTV (derzeit) über keine Abonnenten verfüge und die öffentlich-rechtlichen Sendungen ohne Vergütung nutze; zugleich wurde PlayTV eine Frist bis zum 31. Dezember 2013 gesetzt, um Abhilfe zu schaffen. [484] Da die Nutzer von PlayTV laut den AGB nunmehr als Abonnenten gelten[485] und die Sender von France Télévisions auch nach Fristablauf verfügbar sind, kann angenommen werden, dass sich beide Parteien über eine Lizenz geeinigt haben und die Lizenzerteilung auf die Entscheidung des CSA zurückgeht.

bb) Bewertung

Das Recht, die neuartige Nutzung durch Internet-Fernsehen zu verbieten und eine entsprechende Lizenz zu verweigern, ist bei statischer Betrachtung ineffizient.[486] Die Effizienznachteile ließen sich allenfalls dann effizienzsteigernd ausgleichen, wenn das Ausschließlichkeitsrecht erforderlich wäre, um Investitionen in die Schöpfung und Verbreitung neuer Werke zu ermöglichen.[487] Dies muss bezweifelt werden. Der Anreiz der Free-TV-Sender besteht in der Aussicht auf Gewinn durch Werbeeinnahmen. Diese werden aber nicht geringer, wenn die gesendeten Werke ins Internet weitergesendet werden dürfen. Im Gegenteil: Mit der Weitersendung werde mehr Rezipienten erreicht,[488] sodass eher höhere Werbeeinnahmen erzielt

481 *de Bellescize/Franceschini*, S. 195; *Scheuer/Schweda*, IRIS plus 2008-10, 1, 5.
482 „Sur le territoire métropolitain, tout distributeur de services sur un réseau n'utilisant pas de fréquences terrestres assignées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel met gratuitement à disposition de ses abonnés les services des sociétés mentionnées au I de l'article 44 et la chaîne Arte […]."
483 *Scheuer/Schweda*, IRIS plus 2008-10, 1, 5 u. 12, Fn. 28.
484 CSA, Entsch. v. 23.7.2013, JORF v. 6.8.2013, n° 181, texte 94.
485 Siehe http://playtv.fr/pages/cgu/ (zuletzt besucht am 20.12.2015).
486 Siehe 1. Kapitel A. II. 2. a) bb) (3) (b).
487 Vgl. 1. Kapitel A. II. 2. a) cc).
488 *Kempermann/Pieper*, CR 2013, 661, 666.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

werden. Die bisherige Verwertung wird also allenfalls unwesentlich beeinträchtigt. Deshalb ist anzunehmen, dass bei einer Beschränkung des Ausschließlichkeitsrechts unvermindert in die Schöpfung und Verbreitung neuer Werke investiert würde.[489] Bei wertender Betrachtung ist das Recht, die Nutzung durch Internet-Fernsehen zu verbieten und eine entsprechende Lizenz zu verweigern, also ökonomisch ineffizient. Eine außerökonomische Rechtfertigung scheidet aus: Ideelle Interessen des Urhebers, die Weitersendung zu verbieten, sind nicht ersichtlich; und sein materielles Interesse, also sein Interesse an einer „gerechten" Belohnung, kann – so es denn unter Berücksichtigung individualistischer Zielvorstellungen unabhängig von einem Anreizerfordernis überhaupt als schutzwürdig angesehen wird – auch mit einem Anspruch auf angemessene Vergütung befriedigt werden. Damit ist das geltende Ausschließlichkeitsrecht normativ ineffizient und zu beschränken.[490]

Das Ergebnis sollte nicht überraschen. Das Recht zur Weitersendung in das *Kabel*netz wird nach deutschem – Verwertungsgesellschaftspflicht (Art. 20b Abs. 1 S. 1 UrhG) einerseits, Zwangslizenz (Art. 87 Abs. 5 S. 1 UrhG) andererseits – und französischem Recht – Verwertungsgesellschaftspflicht Art. L. 132-20-1 Abs. 1 S. 1, L. 217-2 Abs. 1 S. 1 CPI) – beschränkt. Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass die (damals) neue Übertragungstechnologie Kabelfernsehen nicht behindert werden sollte:[491] weder durch Urheber, die ihre Rechte keiner Verwertungsgesellschaft eingeräumt bzw. abgetreten haben (sog. „Außenseiter"),[492] noch durch Sendeunternehmen, die Lizenzverhandlungen ohne triftigen Grund verweigern oder scheitern lassen.[493] Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb Kabel- und

489 Siehe auch *Gounalakis*, ZUM 2009, 447, 452 („Die Weiterleitung durch Dritte erhöht lediglich die Effizienz in der Auswertung der eingekauften Senderechte durch das Sendeunternehmen. Über eine Erhöhung der eigenen Effizienz kann sich das Sendeunternehmen nicht beschweren. Und der Urheber muss immer mit der maximalen Ausschlachtung seiner Werke innerhalb der eingeräumten Lizenz rechnen, das Schicksal droht ihm, wenn er seine Werke verkauft.").

490 Vgl. *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 2; *Kempermann/Pieper*, CR 2013, 661, 666; *Krogmann*, ZUM 2013, 457, 459; *Bauer/v. Einem*, MMR 2007, 698, 699; *Klass*, GRUR Int. 2013, 881, 882, Fn. 19; *Grewenig*, ZUM 2011, 27, 29; i.E. ähnlich (technologieneutrale Auslegung der §§ 20b bzw. 87 Abs. 5 UrhG) auch *Gounalakis*, ZUM 2009, 447, 452; *Weber*, ZUM 2009, 460, 462; *Poll*, GRUR 2007, 476, 481; *Ullrich*, ZUM 2010, 853, 856 f.

491 Vgl. Erwgr. 22 Satelliten- u. Kabel-RL.

492 Vgl. Erwgr. 28 Satelliten- u. Kabel-RL.

493 Vgl. Erwgr. 30 u. 11 Satelliten- u. Kabel-RL.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Internet-Fernsehen ungleich behandelt werden sollen.[494] Dabei sollte nicht zwischen geschlossenem (IPTV) und offenem (OTT-TV) unterschieden werden. Der Verordnungsvorschlag der Europäischen Kommission für eine technologieneutrale Neuregelung nimmt das OTT-TV ausdrücklich aus, weil es „– etwa im Vergleich zu Kabel- oder geschlossenen internetprotokollgestützten Netzen – eine kontrollierte Umgebung nur bedingt gewährleisten" könne.[495] Rechtsinhaber könnten die Nutzungsbedingungen (u.a. territoriale Beschränkung, Lizenzgebühren) nicht mehr voll kontrollieren.[496] Dies ist nicht wirklich überzeugend, weil der Empfang von OTT-TV beschränkt werden kann (territorial, auf Abonnementen und registrierte Kunden), wie auch die Kommission festgestellt hat.[497]

Zumindest der deutsche Gesetzgeber hat dann auch folgerichtig eine „echte" technologieneutrale Neufassung des § 20b UrhG erörtert, ohne zwischen IPTV und OTT-TV zu differenzieren. Ausdrücklich dafür ausgesprochen hat sich bereits der Bundesrat.[498] Der Bundestag hat eine Überprüfung des § 20b UrhG „wegen einer technologieneutralen Ausgestaltung angesichts der fortschreitenden technischen Entwicklung (z.B. Internet-TV)" angemahnt[499] und konnte die im Referentenentwurf bereits vorgesehene[500] Gesetzesänderung nur deshalb nicht beraten, weil die Bundesregierung den „Vorschlag des Bundesrates, die Kabelweitersendung in § 20b des Urheberrechtsgesetzes technologieneutral auszugestalten, derzeit nicht

494 Vgl. *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 2; *Poll*, GRUR 2007, 476, 481; *Gounalakis*, ZUM 2009, 447, 452; *Weber*, ZUM 2009, 460, 462; *Kempermann/Pieper*, CR 2013, 661, 663; *Ullrich*, ZUM 2010, 853, 856 f.; *Grewenig*, ZUM 2011, 27, 29.

495 Erwgr. 12 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates mit Vorschriften für die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten in Bezug auf bestimmte Online-Übertragungen von Rundfunkveranstaltern und die Weiterverbreitung von Fernseh- und Hörfunkprogrammen, COM(2016) 594 final.

496 *Kommission*, SWD(2016) 301 final PART 1/3, S. 54 f.

497 Vgl. *Kommission*, SWD(2016) 301 final PART 1/3, S. 54 („Option 2").

498 Stellungnahme des Bundesrats v. 3.5.2013, BR-Drs. 265/13, S. 1 = BT-Drs. 17/13423, S. 21.

499 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses v. 4.7.2007, BT-Drs. 16/5939, S. 3; siehe auch *Ehrhardt*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 20b, Rdnr. 16.

500 Referentenentwurf des BMJ v. 20.2.2013, S. 4 u. 13, http://blog.die-linke.de/digitalelinke/wp-content/uploads/Ref.Entwurf.pdf (zuletzt besucht am 20.12.2015).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aufgreifen“[501] möchte. Wenn nun § 20b UrhG mittelfristig neugefasst werden soll, muss dies spiegelbildlich auch für § 87 Abs. 5 UrhG gelten; einerseits wird dort auf § 20b Abs. 1 S. 1 UrhG verwiesen, andererseits ist die Zwangslizenz notwendige Folge der Freistellung der Sendeunternehmen von der Verwertungsgesellschaftsplicht nach § 20b Abs. 1 S. 2 UrhG.[502]

c) Verwertung durch Internet-Videorekorder

Auch das Recht, die Nutzung durch Internet-Videorekorder zu verbieten und eine entsprechende Lizenz zu verweigern, bedingt eine Unternutzung (unten a)). Es ist ebenfalls normativ ineffizient und zu beschränken (unten b)).

aa) Analyse

Ein Internet-Videorekorder ist ein Dienst, mit dessen Hilfe der Nutzer sich Sendungen aufzeichnen lassen und später aus dem Internet abrufen kann.[503] Bekannte Internet-Videorekorder sind bzw. waren Save.TV und Shift.TV in Deutschland sowie Wizzgo in Frankreich. Save.TV und Shift.TV sind derzeit noch verfügbar, weil über die Verletzungsklagen der Sendergruppen RTL[504] und ProSiebenSat.1[505] noch nicht rechtskräftig entschieden worden ist. Wizzgo dagegen ist seit November 2008, als die Privatsender TF1, M6 und die öffentlich-rechtliche Sendergruppe France

501 Gegenäußerung der Bundesregierung v. 8.5.2013, BT-Drs. 17/13423, S. 24 [Hervorh. d. Verf.].

502 Vgl. Gesetzentwurf v. 4.6.1996, BT-Drs. 13/4796, S. 9 u. 14; so auch KG GRUR-RR 2010, 414, 414; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 87, Rdnr. 26.

503 *Neurauter*, GRUR 2011, 691, 694.

504 Siehe zuletzt BGH GRUR 2013, 618 – „Internet-Videorekorder II“ – unter Aufhebung von OLG Dresden ZUM 2011, 913, und Zurückverweisung (RTL/Shift.TV) sowie BGH ZUM-RD 2013, 421 unter Aufhebung von OLG Dresden BeckRS 2013, 07591, und Zurückverweisung (RTL/Save.TV).

505 Siehe zuletzt OLG München K&R 2014, 360 (ProSiebenSat.1/Save.TV) und BGH ZUM-RD 2013, 421 unter Aufhebung von OLG Dresden BeckRS 2013, 07591, und Zurückverweisung (Sat.1/Shift.TV).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Télévisions ein einstweiliges[506] und schließlich endgültiges[507] Verbot erwirkten, ein für alle Mal abgeschaltet.[508]

Dass Internet-Videorekorder in Frankreich nicht und in Deutschland womöglich schon bald nicht mehr existieren, ist ein rechtstatsächlicher Zustand. Nach französischem (unten (2)) und deutschem (unten (2)) Recht kann die Nutzung gesendeter Werke durch Internet-Videorekorder uneingeschränkt bzw. möglicherweise uneingeschränkt verboten und eine entsprechende Lizenz verweigert werden.

(1) Deutsches Recht

Nach deutschem Recht greifen Internet-Videorekorder zunächst in das Vervielfältigungsrecht (§§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 16, 87 Abs. 1 Nr. 2 Fall 1 UrhG) ein, indem die jeweilige Sendung aufgezeichnet, d.h. als Datei gespeichert wird. Soweit die Sendung *unmittelbar* auf einem ausschließlich für den *einzelnen* Nutzer bereitgestellten Speicherplatz auf dem sog. File-Server abgespeichert wird – der Befehl dazu wird insoweit vom Nutzer erteilt –, handelt es sich um eine erlaubte Privatkopie (§§ 53 Abs. 1 S. 1, 87 Abs. 4 UrhG); anders, soweit sie – wie zumindest ursprünglich bei Save.TV – zunächst auf einem sog. Aufnahme-Server gespeichert wird, wo sie als zentrale Kopiervorlage („Masterkopie“) *mehreren* Nutzern dient.[509] Eine solche Vervielfältigung unterfällt auch nicht §§ 44a, 87 Abs. 4 UrhG, da sie eine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung hat.[510] Darüber hinaus sind entweder das Recht auf öffentliche Zugänglichmachung (§§ 15 Abs. 2 Nr. 2, 19a, 87 Abs. 1 Nr. 1 Fall 2 UrhG) oder das Senderecht (§§ 15 Abs. 2 Nr. 3, 20, 87 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 UrhG) betroffen: Soweit auf dem File-Server die Aufzeichnung zentral für *mehrere* Nutzer vorgehalten wird – so der vom OLG München festgestellte Sachverhalt bei Save.TV –, handelt

506 TGI Paris, Beschluss v. 6.8.2008, JurisData n° 2008-367522 (M6/Wizzgo); Beschluss v. 6.11.2008 (France Télévisions/Wizzgo); Beschluss v. 6.11.2008 (TF1/Wizzgo), siehe *Grégoire*, *RLDI* 45 (2009), 61, 61; speziell zum Beschluss v. 6.8.2008 auch *Gallego*, RLDI 41 (2008), 8 ff.

507 TGI Paris, Urt. v. 25.11.2008, abrufbar unter: http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=2491 (zuletzt besucht am 20.12.2015).

508 *Courtinat*, IRIS 2009-1:11/17.

509 BGH ZUM-RD 2013, 314, 316, Rdnr. 18 f. u. 21; OLG München K&R 2014, 360, 361.

510 BGH ZUM-RD 2013, 314, 316, Rdnr. 20; OLG München K&R 2014, 360, 361.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

es sich um eine öffentliche Zugänglichmachung (§ 19a UrhG).[511] Befinden sich auf dem File-Server dagegen *individuelle* „Nutzerkopien", die nur dem *einzelnen* Nutzer zugänglich sind – so der vom OLG Dresden festgestellte Sachverhalt bei ein und demselben Internet-Videorekorder –, ist das Senderecht betroffen (§ 20 UrhG).[512] In diesem (zweiten) Fall liegt zwar eine Weitersendung vor.[513] Tatrichterlich noch nicht entschieden ist aber, um diese Weitersendung eine *Kabel*weitersendung (§ 20a Abs. 1 S. 1 UrhG) darstellt, ob das Senderecht also durch eine urheberrechtliche Zwangslizenz beschränkt wird (§ 87 Abs. 5 UrhG).[514] Je nachdem gilt das Ausschließlichkeitsrecht nicht nur im ersten, sondern auch im zweiten Fall unbeschränkt.

(2) Französisches Recht

Nach französischem Recht greifen Online-Videorekorder in das *droit de reproduction* (Art. L. 122-1 Fall 2 CPI) und das *droit de représentation* (Art. L. 122-1 Fall 1 CPI) ein, indem sie Sendungen aufzeichnen und den Nutzern zugänglich machen.[515] Beide Ausschließlichkeitsrechte gelten un-

511 OLG München K&R 2014, 360, 361.

512 BGH ZUM-RD 2013, 314, 318, Rdnr. 31, u. 320, Rdnr. 54; GRUR 2013, 618, 619, Rdnr. 22, u. 621, Rdnr. 40 – „Internet-Videorekorder II"; ZUM-RD 2013, 421, 424, Rdnr. 27; vgl. OLG München K&R 2014, 360, 361 f.

513 BGH ZUM-RD 2013, 314, 320 f., Rdnr. 55 f.; GRUR 2013, 618, 621, Rdnr. 41 f. – „Internet-Videorekorder II"; ZUM-RD 2013, 421, 424, Rdnr. 28 f.

514 BGH GRUR 2013, 618, 622, Rdnr. 50 – „Internet-Videorekorder II" („Das BerGer. wird zunächst zu klären haben, ob die Bekl. berechtigt sind, den Zwangslizenz*einwand* zu erheben, bevor es – gegebenenfalls – das Verfahren aussetzt, um den Parteien die Anrufung der Schiedsstelle zu ermöglichen (§ 14 I Nr. 1 lit. a und Nr. 2 WahrnG) und der Schiedsstelle Gelegenheit zu geben zu prüfen, ob die Bekl. zu 1 einen *Anspruch auf Abschluss eines Vertrags* über die Einräumung des zur Weitersendung der Funksendungen der Kl. an einen Internet-Videorecorder erforderlichen Nutzungsrechts hat (§ 11 I WahrnG, § 87 V UrhG)", Hervorh. d. Verf.); ZUM-RD 2013, 314, 322, Rdnr. 66; ZUM-RD 2013, 421, 425, Rdnr. 37; die hier interessierende Frage, ob Shift.TV und Save.TV eine Zwangslizenz nach § 87 Abs. 5 UrhG beanspruchen können, soll also (zunächst) die Schiedsstelle des DPMA beantworten, *Niebler/Schuppert*, CR 2013, 384, 385 f. (die diese Frage bejahen).

515 TGI Paris, Urt. v. 25.11.2008, a.a.O. („Wizzgo a commis des actes de contrefaçon en reproduisant et communiquant au public, sans autorisation, des programmes produits et diffusés").

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

beschränkt, da weder eine vorübergehende Kopie (*copie transitoire*, Art. L. 122-5 Nr. 6, L. 211-3 Nr. 5 CPI) noch eine Privatkopie (*copie privée*, Art. L. 122-5 Nr. 1, L. 211-3 Nr. 1 CPI) angefertigt wird. Dies wird damit begründet, dass der Betreiber des Online-Videorekorders, nicht der einzelne Nutzer, die Kopie anfertige; damit strebe der Betreiber des Online-Videorekorders einen wirtschaftlichen Vorteil an bzw. vervielfältige die jeweilige Sendung zugunsten des jeweiligen Nutzers, also nicht zu privaten Zwecken.[516]

bb) Bewertung

Das Recht, die neuartige Nutzung durch Internet-Videorekorder zu verbieten und eine entsprechende Lizenz zu verweigern, ist bei statischer Betrachtung ineffizient.[517] Die Effizienznachteile ließen sich allenfalls dann effizienzsteigernd ausgleichen, wenn das Ausschließlichkeitsrecht erforderlich wäre, um Investitionen in die Schöpfung und Verbreitung neuer Werke zu ermöglichen.[518] Hieran sind Zweifel angebracht. Der Anreiz der Free-TV-Sender besteht in der Aussicht auf Gewinn durch Werbeeinnahmen, die durch die Sendungen generiert werden. Werden die Sendungen zeitversetzt online verfügbar gemacht, werden die Werbeeinnahmen nicht geringer, sondern eher größer. Denn nun werden auch jene Rezipienten erreicht, die bei der Live-Ausstrahlung verhindert waren. Die bei Festplatten- und Internet-Videorekordern gleichermaßen bestehende Möglichkeit, die Fernsehwerbung entweder schon beim Aufzeichnungsvorgang herauszuschneiden oder jedenfalls beim Anschauen der aufgezeichneten Sendungen zu überspringen (sog. Ad-Skipping), wird bei Festplattenrekordern einer Studie zufolge nur gelegentlich genutzt; in vielen Alltagssituationen

516 CA Paris, Urt. v. 14.12.2011, JurisData n° 2011-030824 („[L]e service ne génère qu'une seule et unique copie, créée par la société Wizzgo et destinée à l'utilisateur final lequel aura le loisir de la conserver […]; […] la copie opérée par le service est dotée d'une valeur économique propre dès lors qu'à chaque copie est attaché un utilisateur et que le montant des recettes publicitaires générées par le service"); siehe auch TGI Paris, Urt. v. 25.11.2008, a.a.O.; *Singh/Calmes*, RLDI 45 (2009), 6, 7 f.; *Grégoire*, RLDI 45 (2009), 61, 62 f.; *Haeri/Bonnier*, RLDI 46 (2009), 59, 60.

517 Siehe 1. Kapitel A. II. 2. a) bb) (3) (b).

518 Vgl. 1. Kapitel A. II. 2. a) cc).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und bei vielen Formaten besteht eine hinreichende Werbetoleranz.[519] Zudem besteht bei den Festplattenrekorder-Besitzern nach der anfänglichen Euphorie kaum mehr Interesse an den raffinierten Funktionalitäten dieser Geräte.[520] Nichts anderes kann für Internet-Videorekorder gelten. Die bisherige Verwertung wird also allenfalls unwesentlich beeinträchtigt. Deshalb ist anzunehmen, dass bei einer Beschränkung des Ausschließlichkeitsrechts unvermindert in die Schöpfung und Verbreitung neuer Werke investiert würde. Bei wertender Betrachtung ist das Recht, die neuartige Nutzung durch Internet-Videorekorder zu verbieten und eine entsprechende Lizenz zu verweigern, mithin ökonomisch ineffizient. Eine außerökonomische Rechtfertigung scheidet aus: Ideelle Interessen des Urhebers, dem entgegenstehen könnten, sind nicht ersichtlich; und sein materielles Interesse, also sein Interesse an einer „gerechten" Belohnung, kann – so es denn unter Berücksichtigung individualistischer Zielvorstellungen unabhängig von einem Anreizerfordernis überhaupt als schutzwürdig angesehen wird – auch mit einem Anspruch auf angemessene Vergütung befriedigt werden. Damit ist das Ausschließlichkeitsrecht normativ ineffizient und zu beschränken.[521]

Auch dieses Ergebnis dürfte nicht überraschen. Nach dem Willen des deutschen Gesetzgebers soll jede analoge und digitale Aufzeichnung einer (nicht offensichtlich rechtswidrigen) Sendung zu privaten Zwecken erlaubt sein. Mit der aus Art. 5 Abs. 2 lit. b Informationsgesellschafts-RL übernommenen Formulierung „auf beliebigen Trägern" in § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG wollte er klarstellen, dass „eine Differenzierung nach der verwendeten Technik (analog oder digital) nicht stattfindet".[522] Aus diesem Grund sind alle Hersteller, Importeure und Händler von Geräten (u.a. PC)[523] und Speichermedien (u.a. Festplatte, USB-Stick)[524], die (digitale) Kopien erlauben, vergütungspflichtig (§§ 54 Abs. 1, 54b Abs. 1 UrhG).

519 *IFM*, S. 19.
520 *SevenOne Media*, S. 16.
521 So i.E. (bereits durch Subsumtion des Internet-Videorekorders unter „Kabelsystem" i.S.v. § 87 Abs. 5 i.V.m. § 20b Abs. 1 S. 1 UrhG) auch *Niebler/Schuppert*, CR 2013, 384, 386.
522 Gesetzentwurf v. 6.11.2002 („Erster Korb"), BT-Drs. 15/38, S. 20; siehe auch Gesetzentwurf v. 15.6.2006 („Zweiter Korb"), BT-Drs. 16/1828, S. 18 („Mit der letzten Urheberrechtsreform ist klargestellt worden, dass die digitale Privatkopie erlaubt ist (§ 53 Abs. 1)").
523 Gesetzentwurf v. 15.6.2006 („Zweiter Korb"), BT-Drs. 16/1828, S. 15.
524 Gesetzentwurf v. 15.6.2006 („Zweiter Korb"), BT-Drs. 16/1828, S. 29.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Folgerichtig sollen insbesondere digitale Mitschnitte von Radio- und Fernsehsendungen (sog. Timeshifting) zu privaten Zwecken erlaubt sein.[525] Dieser angestrebte Zustand entspricht auch dem Willen des französischen Gesetzgebers,[526] was angesichts der gemeinsamen Grundlage – Art. 5 Abs. 2 lit. b Informationsgesellschafts-RL – nicht wirklich verwundert. Insbesondere erlaubt auch er die Bereitstellung von Geräten, mit denen digitale Privatkopien angefertigt werden können, und macht die Hersteller und Importeure dieser Geräte, z.B. eines Festplattenrekorders („magnétoscope numérique") ebenfalls vergütungspflichtig (Art. L. 311-1 Abs. 2[527] i.V.m. L. 311-4 Abs. 1 CPI[528]). Es ist nicht einzusehen, weshalb Aufzeichnungen mithilfe eines Festplattenrekorders erlaubt sein sollen, während die funktionsgleichen – beide sind digitale Videorekorder, die ein Ad-Skipping erlauben – Internet-Videorekorder verboten werden (könnten). Der einzige Unterschied besteht darin, dass dem Nutzer ein virtuelles „Gerät" bereitgestellt wird.[529] Denn soweit keine zentrale „Masterkopie" erstellt wird, löst der einzelne Nutzer – nicht der Betreiber des Internet-Videorekorders – durch seine Programmierung der Aufzeichnung einen rein technischen Vorgang aus, der vollständig automatisiert ohne menschlichen Eingriff von außen abläuft.[530]

d) Zwischenergebnis

Die erste Unterfallgruppe umfasst Fälle, in denen die bisherige Verwertung durch die neuartige Nutzung nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt wird. Beispiele sind die Nutzung von Werken durch Büchersuchmaschinen mit Auszugsansicht sowie die Nutzung von gesendeten Werken durch Internet-Fernsehen und Internet-Videorekorder. In diesen Fällen ist das Recht, die Nutzung zu verbieten und eine entsprechende Lizenz zu

525 Vgl. Gesetzentwurf v. 15.6.2006 („Zweiter Korb"), BT-Drs. 16/1828, S. 19.
526 Eingehend zur digitalen Privatkopie in Frankreich *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 378.
527 „Cette rémunération est également due aux auteurs et aux éditeurs des œuvres fixées sur tout autre support, […] dans les conditions prévues au 2° de l'article L. 122-5, sur un support d'enregistrement numérique".
528 „La rémunération […] est versée par le fabricant, l'importateur […] de supports d'enregistrement utilisables pour la reproduction à usage privé d'œuvres".
529 LG Köln MMR 2006, 57, 57.
530 BGH ZUM-RD 2013, 314, 316, Rdnr. 14 u. 21 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

verweigern, vorbehaltlich ideeller Interessen normativ ineffizient. Im Wege der Induktion kann dieses Ergebnis verallgemeinert werden: Das Recht, eine neuartige Nutzung zu verbieten, die die bisherige Verwertung nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt, und eine entsprechende Lizenz zu verweigern, ist vorbehaltlich ideeller Interessen normativ ineffizient und zu beschränken.

2. Wesentliche Beeinträchtigung der bisherigen Verwertung

Die zweite Unterfallgruppe erfasst Fälle, in denen eine neuartige Nutzung die bisherige Verwertung wesentlich beeinträchtigt. Das Recht, die Nutzung von Werken auf eine neue, *bereits etablierte* Art zu verbieten und eine entsprechende Lizenz zu verweigern, bedingt eine Unternutzung (unten a)). Es ist vorbehaltlich berechtigter ideeller Interessen normativ ineffizient und zu beschränken (unten b)).

a) Analyse

Für den Fall, dass die neuartige Nutzung eines Dritten die bisher übliche Verwertung des Rechtsinhabers wesentlich beeinträchtigt, gelten nach deutschem und französischem Recht keinerlei Schutzbeschränkungen, die an dieser Stelle zu erörtern wären. Damit hat der Rechtsinhaber die Wahl: Er kann sein altes Geschäftsmodell den neuen Gegebenheiten anpassen und die potentielle Nachfrage nach dem neuartigen Produkt befriedigen; oder er kann sich gegen den Trend zur Wehr setzen und der „unbekannten Person“ verbieten, das Werk an seiner statt auf die neue Art zu nutzen, bzw. ihm eine entsprechende Lizenz verweigern. Dann fallen Angebot und potentielle Nachfrage auseinander, d.h. das Werk wird als neuartiges Produkt potentiell nachgefragt, aber als solches nicht angeboten. Das Paradebeispiel war lange Zeit das Audio-on-Demand.[531] Heute ist es das E-Book. Das Interesse, also die potentielle Nachfrage an E-Books nimmt in Deutschland stetig zu. Waren 2010 noch 18,56 % der Menschen im Alter von 14-69 Jahren an E-Books interessiert, waren es 2013 bereits 30,36 %

531 Vgl. nur *Hilty*, laut *Peifer*, in: *Stern/Peifer/Hain*, Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und YouTube, S. 18.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(15,97 Mio.).[532] Die Anzahl der E-Book-Käufer betrug 2013 aber lediglich 3,4 Mio.,[533] sodass sich die Frage aufdrängt, weshalb die potentielle und die tatsächliche Nachfrage divergieren. Von den Argumenten, die von den Konsumenten gegen den Kauf von E-Books vorgebracht werden, richten sich die meisten gegen die Nutzung von E-Books an sich (insbesondere fehlende Haptik des gedruckten Buches etc.).[534] Damit kann die Divergenz aber nicht erklärt werden, denn wer ein Werk von vornherein nur als gedrucktes Buch konsumieren möchte, wird E-Books schon nicht potentiell nachfragen. Es kann sich also nur um solche Nachteile handeln, die theoretisch behoben werden könnten. Von diesen wird das geringe Angebot an E-Book-Titeln hervorgehoben.[535] Tatsächlich ist zwar der E-Book-Anteil an den neu erschienenen Büchern in den letzten Jahren auf über 50 % angestiegen.[536] Der Anteil von E-Books an der sog. Backlist (lieferbare, nicht neu erschienene Bücher) stagniert aber bei ca. 30 %.[537] Damit ist nur jedes zweite bzw. dritte Buch auch als E-Book erhältlich. Jeder dritte Verlag hat überhaupt keine E-Books im Angebot.[538] Freilich könnten rein tatsächlich alle Bücher auch als E-Books angeboten werden. Nur das Urheberrecht gibt dem Rechtsinhaber das Recht, die Nutzung von Werken auf eine neue, bereits etablierte Art zu verbieten und eine entspre-

532 *Statista*, E-Books, S. 14 u. 42 (2010: 10,06 Mio. von 54,21 Mio., 2013: 15,97 Mio. von 52,60 Mio.); die vom IfD Allensbach gestellte Frage lautete konkret: „Hier auf den Karten sind einige Angebote und technische Entwicklungen aufgeschrieben, die es bereits heute gibt oder in naher Zukunft geben wird. Einmal abgesehen davon, ob Sie über die technischen Möglichkeiten verfügen: Was davon interessiert Sie persönlich, was können Sie selbst gut gebrauchen? Angebot/technische Entwicklung: Man kann jedes beliebige Buch auf ein elektronisches Lesegerät laden, das man gut in die Tasche stecken und überall hin mitnehmen kann."

533 *Statista*, E-Books, S. 13.

534 Vgl. *PwC*, Media Trend Outlook, S. 13.

535 Vgl. *PwC*, Media Trend Outlook, S. 13 (geringe Auswahl der Titel: 20 %, umständlicher Kauf und komplizierte Handhabung der Geräte: jeweils ca. 15 %); siehe auch *dies.*, E-Books in Deutschland, S. 34 („Neben den Endgeräten ist für die Mehrheit der Experten eine breite Palette verfügbarer E-Books von maßgeblicher Bedeutung (sehr wichtig bis wichtig). Schließlich war das zu geringe Angebot an deutschsprachigen E-Books in der Vergangenheit eine der größten Barrieren für die Entwicklung des Marktes").

536 *Börsenverein*, S. 11 (2009: 39 %, 2010: 42 %, 2011: 54 %).

537 *Börsenverein*, S. 11 (2009: 26 %, 2010: 30 %, 2011: 29 %).

538 *Statista*, E-Books, S. 22 (2010: 65 %, 2011: 51 %, 2012: 47 %, 2013: 35 %).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

chende Lizenz zu verweigern. Übt er dieses Recht aus, wird das Werk untergenutzt.

b) Bewertung

Damit ist das Ausschließlichkeitsrecht bei statischer Betrachtung ineffizient.[539] Die Effizienznachteile ließen sich allenfalls dann effizienzsteigernd ausgleichen, wenn das Ausschließlichkeitsrecht erforderlich wäre, um Investitionen in die Schöpfung und Verbreitung neuer Werke zu ermöglichen.[540] Zwar wird die bisherige Verwertung durch die neuartige Nutzung wesentlich beeinträchtigt, weil das neuartige Produkt (z.B. E-Book) dasselbe Werk enthält, mithin das alte Produkt (z.B. gedrucktes Buch) zu einem wesentlichen Teil substituiert. Wenn aber der Rechtsinhaber die Möglichkeit hat, das Werk auch auf die neue Art gewinnbringend zu vermarkten – dazu sogleich –, benötigt er kein Recht, Dritten die neuartige Verwertung zu verbieten. Denn er muss nur von dieser Möglichkeit Gebrauch machen: was bereits auf eine bestimmte Art verwertet wird, kann auf die *gleiche* Art nicht mehr *neu*artig vermarktet werden. Wenn etwa ein Buch bereits als E-Book verlegt wird, ist die Zweitverwertung als (ebenfalls) E-Book nicht mehr neuartig. Beide E-Books mögen sich zwar in einzelnen Merkmalen unterscheiden – z.B. Streaming statt Download-Möglichkeit –, doch unterfallen sie nach der Verkehrsauffassung der gleichen wirtschaftlich-technisch als einheitlich und selbständig erscheinenden Nutzungsart. Das Recht, Dritten diese (dann) *gleichartige* Verwertung zu verbieten, soll hier unberührt bleiben.

Wenn der Rechtsinhaber die *objektive* Möglichkeit hat, das Werk auch auf die neue Art gewinnbringend zu vermarkten – dazu sogleich –, kann unter Zugrundelegung des normativen Effizienzziels auch erwartet werden, dass er von dieser Möglichkeit Gebrauch macht. Das Urheberrecht soll nur gewährleisten, dass das Werk überhaupt gewinnbringend vermarktet werden kann; es soll ein *Markt*versagen verhindern. Um den freien Wettbewerb nicht zu verfälschen, darf es aber kein Versagen einzelner Markt*teilnehmer* verhindern, d.h. es soll dem Rechtsinhaber nicht das Risiko abnehmen, die Aussicht auf Gewinn *subjektiv* falsch einzuschät-

539 Siehe 1. Kapitel A. II. 2. a) bb) (3) (b).
540 Vgl. 1. Kapitel A. II. 2. a) cc).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zen.[541] Mit anderen Worten gilt es, das Werk, nicht ein bestimmtes Geschäftsmodell (das Buch) zu schützen.[542]

Entscheidend ist also, ob das Werk auf die jeweils neue Art gewinnbringend verwertet werden kann. Dies hängt von den Umsatzerwartungen des neuartigen Produkts ab. Um beim Beispiel E-Book zu bleiben: Einer Modellrechnung von PricewaterhouseCoopers zufolge kann ab einem E-Book-Umsatzanteil von 3,5 % derselbe Deckungsbeitrag erwirtschaftet werden wie mit Hardcover-Büchern, können also die Fixkosten des Buches und die fixen Zusatzkosten für das E-Book (u.a. für Digitalisierung und ein Content-Management-System) gedeckt, die Investitionen amortisiert werden.[543] Mit anderen Worten ist die neue Nutzungsart gegenüber der bisherigen Verwertungsart dann kein Verlustgeschäft mehr – und verspricht einen Gewinn –, wenn sie etabliert ist.[544] Das E-Book ist in diesem Sinne etabliert. Während der Umsatzanteil von E-Books am Publikumsmarkt bis 2012 unter 3,5 % lag (2010: 0,5 %, 2011: 0,8 %, 2012: 2,4 %), wird seit 2013 der von PwC errechnete Deckungsbeitragsgrenze erreicht (2013: 3,9 %, Jan.-Sept. 2014: 4,8 %).[545] Der Umsatzanteil von E-Books am Gesamtumsatz der Verlage, die E-Books anbieten, betrug sogar schon 2010 5,4 %.[546] Damit ist anzunehmen, dass das Recht, die Nutzung von Werken auf eine neue, bereits etablierte Art zu verbieten und eine entsprechende Lizenz zu verweigern, beschränkt werden könnte, ohne dass damit der Anreiz gemindert würde, in die Schöpfung und Verbreitung neuer Werke zu investieren. Bei wertender Betrachtung ist das Ausschließlichkeitsrecht also ökonomisch ineffizient. Mithin kann es nur noch außerökonomisch gerechtfertigt werden. Soweit der Urheber das neuartige Nutzungsrecht besitzt – insbesondere, weil er der Übertragungsfiktion zugunsten des Verwerters nach § 137l Abs. 1 S. 1 UrhG fristgemäß widersprochen hat (§ 137l Abs. 1 S. 2 UrhG) –, kommen dabei allein berechtigte ideelle Interessen in Betracht. Denn das materielle Interesse des Urhebers, also sein Interesse an einer „gerechten" Belohnung, kann – so es denn un-

541 *Hilty*, in: *Beckert/Diaz-Bone/Ganßmann*, Märkte als soziale Strukturen, S. 239.
542 *Clement*, S. 46.
543 *PwC*, E-Books in Deutschland, S. 28.
544 Vgl. *PwC*, E-Books in Deutschland, S. 29 („Sobald ein genügend großer Markt erreicht ist […], können Verlage durchaus konkurrenzfähige Deckungsbeiträge aus dem E-Book-Geschäft erwirtschaften").
545 *Statista*, E-Books, S. 9.
546 *Börsenverein*, S. 7 (2010: 5,4 %, 2011: 6,2 %, 2012: 9,5 %).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ter Berücksichtigung individualistischer Zielvorstellungen unabhängig von einem Anreizerfordernis überhaupt als schutzwürdig angesehen wird – auch mit einem Anspruch auf angemessene Vergütung befriedigt werden. Im Übrigen ist das Recht, die Nutzung von Werken auf eine neue, bereits etablierte Art zu verbieten und eine entsprechende Lizenz zu verweigern, normativ ineffizient und zu beschränken.[547]

III. Keine gleichartig-konkurrierende Verwertung

Das Recht, eine gleichartig-konkurrierende Verwertung zu verbieten und eine entsprechende Lizenz zu verweigern, ist bei *statischer* Betrachtung stets ineffizient.[548] Die Effizienznachteile lassen sich allenfalls insoweit effizienzsteigernd ausgleichen, als das Ausschließlichkeitsrecht erforderlich ist, um Investitionen in die Schöpfung und Verbreitung neuer Werke zu ermöglichen.[549] Deshalb dürfen Werke nur zu ökonomisch angemessenen Preisen verwertet werden, also zu Preisen, die die Amortisation der Grenz- und Fixkosten sowie einen angemessenen Gewinn erlauben.[550] Gehen die Preise über das nötige Maß hinaus, bewirken sie also unangemessene Gewinne, ist das geltende Ausschließlichkeitsrecht, das diese Preissetzung erlaubt, vorbehaltlich einer außerökonomischen Rechtfertigung normativ ineffizient und zu beschränken.

---

547 Vgl. *Hilty*, ZUM 2003, 983, 1003 („Will der (derivative) Rechteinhaber ganz auf den eigenen Einsatz moderner Technologien verzichten, so müssen die in legitimer Weise veränderten Nutzerbedürfnisse gleichwohl Berücksichtigung finden. […] Die Berücksichtigung solcher Bedürfnisse muss mit andern Worten zur Erkenntnis führen, dass der Verwerter die ihm zustehenden Rechte nicht beliebig gegen solche Dritte geltend machen kann, welche bereit wären, entsprechende Produkte anzubieten"); siehe auch *Hilty*, in: *Hargreaves/Hofheinz*, Intellectual Property and Innovation, S. 50 f.; *ders.*, in: *Geiger/Rodà*, FS Schmidt-Szalewski, S. 213 u. 215; *ders.*, laut *Peifer*, in: *Stern/Peifer/Hain*, Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und YouTube, S. 15.

548 Siehe 1. Kapitel A. II. 2. a) bb) (3) (c).

549 Vgl. 1. Kapitel A. II. 2. a) cc).

550 Vgl. *Hilty*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 122; *ders.*, in: *Stern/Peifer/Hain*, Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und YouTube, S. 76; *ders.*, in: *Bartsch/Briner*, DGRI Jahrbuch, S. 8; *Lemley*, 83 Tex. L. Rev. 1031, 1057 (2005); *Frischmann/Lemley*, 107 Colum. L. Rev. 257, 283 (2007).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Freilich bereitet die Feststellung der Unangemessenheit im konkreten Einzelfall erhebliche Schwierigkeiten.[551] Eine auffällig hohe Marge oder – unter Zugrundelegung des ökonomischen Verhaltensmodells – eine quasi-monopolistische Preissetzungsmacht kann die Unangemessenheit nur bedingt indizieren. Insoweit ist nach dem Investitionsrisiko des Rechtsinhabers zu unterscheiden:

In der Regel ist die Nachfrage nach neuen Werken kaum vorhersehbar, besteht ein Investitionsrisiko und muss dieses diversifiziert werden.[552] Dazu wird eine Gesamtkalkulation vorgenommen, nach der erfolgreiche Werke (Bestseller, Blockbuster etc.) die Verlustbringer (Flops) quersubventionieren.[553] So schrammte etwa Sony Pictures, das die Hollywood-Studios Columbia Pictures, Metro-Goldwyn-Mayer und United Artists umfasst, im dritten Quartal 2011 haarscharf an roten Zahlen vorbei (EBIT[554]-Marge von 0,44 %[555]), erzielte aber ein Jahr später dank „Skyfall" eine ordentliche EBIT-Marge von 12,11 %[556].[557] Der angemessene Gewinn muss also stets so hoch sein, dass trotz gescheiterter Investitionen im Mittel immer noch ein genügender Gewinn erzielt wird.[558] Mit anderen Worten ist eine enorme Marge wie die von „Skyfall" (ansatzweise 81,96 %)[559] bzw. eine quasi-monopolistische Preissetzungsmacht allein noch kein Indiz für un-

---

551 So speziell für das Urheberrecht *Benabou*, in: *Derclaye*, Research handbook on the future of EU copyright, S. 559.

552 *Rauda*, S. 43 f., mit Verweis auf die Portfolio-Theorie von *Harry Markowitz*, 7 J. Finance 77 ff. (1952) („Dies wird deutlich, wenn man in Betracht zieht, dass selbst Filme mit hervorragender schauspielerischer Besetzung oder neue Musikalben bekannter Künstler ein wirtschaftlicher Flop werden können. Selbst Bekanntheit ist also kein Garant für Erfolg"); *Poll*, ZUM 2009, 611, 611; *Sprang*, ZUM 2010, 116, 121.

553 *Rauda*, S. 44; *Davies*, S. 253; *Poll*, ZUM 2009, 611, 611; *Sprang*, ZUM 2010, 116, 121; siehe auch *Hilty*, ZUM 2003, 983, 990; *ders.*, GRUR 2009, 633, 640; *ders.*, in: *Bartsch/Briner*, DGRI Jahrbuch, S. 7; allgemein für das Immaterialgüterrecht auch *Drexl*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 51.

554 Ergebnis vor Zinsen und Steuern („Earnings before Interests and Taxes") oder operativer Gewinn.

555 Operativer Gewinn von 0,7 Bio. Yen aus Umsatz von 160,6 Bio. Yen, *Sony*, S. 5.

556 Operativer Gewinn von 25,3 Bio. Yen aus Umsatz von 208,9 Bio. Yen, *Sony*, S. 5.

557 DIE WELT v. 8.2.2013, Nr. 33, S. 12.

558 *Rauda*, S. 44.

559 Weltweites Einspielergebnis von 1.108,56 Mio. US-Dollar bei Produktionskosten von 200 Mio. US-Dollar, also Gewinn von 908,56 US-Dollar, http://de.statista.co

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

angemessene Preise. Quasi-Monopolpreise können zur Investition in die Schöpfung und Verbreitung neuer Werke durchaus erforderlich sein.[560]

Etwas anderes muss gelten, wenn die Nachfrage einschätzbar, das Investitionsrisiko gering, mithin eine Quersubventionierung nicht geboten ist. Dann können ungewöhnlich hohe Margen oder eine quasi-monopolistische Preissetzungsmacht durchaus eine Verwertung zu unangemessenen Preisen indizieren.[561] Beispiele für diese Unterfallgruppe sind wissenschaftliche Aufsätze (unten 1.) und Sole-source-Datenbanken (unten 2.). Über diese Beispiele hinaus sollte das Ausschließlichkeitsrecht allgemein in Fällen beschränkt werden, in denen ein Verwerter das Werk zu unangemessenen Preisen verwertet.[562] Die Schwierigkeit, die Unangemessenheit von Preisen konkret festzustellen, mag gegen die Effektivität einer Schutzbeschränkung sprechen, nicht aber gegen das Problem überhöhter Preise.

Da die dem Droit d'auteur zugrundeliegenden individualistischen Begründungsansätze unter Zugrundelegung des *normativen* Effizienzziels nicht außer Acht gelassen werden sollen, erscheint es angebracht, das Ausschließlichkeitsrecht nur in den Fällen zu beschränken, in denen eine *andere* Person als der Urheber das Werk zu unangemessenen Preisen vermarktet. Denn eine solche kann sich – anders als ein Urheber – auf individualistische Begründungsansätze nicht berufen.[563]

1. Wissenschaftliche Aufsätze

Das Recht, eine gleichartig-konkurrierende Verwertung wissenschaftlicher Aufsätze zu verbieten und eine entsprechende Lizenz zu verweigern, be-

---

m.statista.emedia1.bsb-muenchen.de/statistik/daten/studie/315126/umfrage/produktionskosten-und-weltweites-einspielergebnis-der-james-bond-filme/ (zuletzt besucht am 20.12.2015). Freilich ist die eigentliche Marge des Filmproduzenten geringer, weil ein nicht unwesentlicher Teil des Brutto-Einspielergebnisses an die Kinobetreiber und Filmverleiher fließt.

560 Vgl. *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 112; *ders.*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 48; *ders.*, in: *Ehlermann/Atansiu*, The Interaction between Competition Law and IP Law, S: 663; *Drexl et al.*, IIC 2006, 558, 569.

561 In diese Richtung wohl auch *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 113.

562 Vgl. *Hilty*, GRUR 2009, 633, 636 ff.; *ders.*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 123 ff.; *ders.*, in: *Bartsch/Briner*, DGRI Jahrbuch, S. 16 ff.

563 *Hilty*, ZUM 2003, 983, 999.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dingt eine Unternutzung (unten a)). Es ist im Regelfall – vorbehaltlich berechtigter ideeller Interessen – normativ ineffizient und zu beschränken (unten b)).

a) Analyse

Jeder, der einmal in der Elektronischen Zeitschriftenbibliothek[564] nach einem Aufsatz in einer wissenschaftlichen Zeitschrift gesucht hat, kennt das Ampelsystem: Grün für „überall frei zugänglich", Gelb für „in der Bibliothek frei zugänglich" und Rot für „nicht frei zugänglich". Häufig zeigt die Ampel Rot – so auch für die Mathematiker der Technischen Universität München. Seitdem die Universitätsbibliothek ein Abonnement-Paket von Elsevier „aufgrund unzumutbarer Kosten und Bezugsbedingungen" zum 1. Januar 2013 gekündigt hat, haben Wissenschaftler und Studenten keinen Zugriff mehr auf die Mathematik-Zeitschriften eines der Marktführer.[565] Auch die Harvard University ließ 2012 mitteilen, zahlreiche Fachzeitschriften wegen übermäßiger Preissteigerungen nicht mehr abonnieren zu wollen.[566]

Die Abbestellung durch die TU München und die Harvard University ist nur die Spitze des Eisberges. Die weit oberhalb der Inflationsrate liegenden Preissteigerungen führen bei gleichbleibenden Etats dazu, dass Bibliotheken und Forschungseinrichtungen viele Abonnements kündigen bzw. auf die Beschaffung sonstiger wissenschaftlicher Publikationen verzichten.[567] So stieg der Durchschnittspreis wissenschaftlicher Zeitschriften in den USA zwischen 1984 und 2005 von 72,47 US-Dollar auf 449,69 US-Dollar, eine Steigerung um mehr als das Sechsfache; im Durchschnitt der Jahre stiegen die Preise jährlich um 9,2 %, seit 2000 zwar mäßiger,

564 Die Elektronische Zeitschriftenbibliothek ist eine Verweisdatenbank, an der über 600 Bibliotheken und Forschungseinrichtungen aus dem deutschsprachigen Raum beteiligt sind.

565 Der Tagesspiegel v. 23.5.2012, Nr. 21340, S. 21.

566 Neue Zürcher Zeitung v. 23.5.2012, Nr. 118, S. 59.

567 *Kommission*, KOM(2007) 56 endg., S. 7; *dies.*, Study on the scientific publication markets in Europe, S. 5; *House of Commons*, S. 29; *CNRS*, Avis sur le libre accès aux publications scientifiques, S. 2; *Farchy/Froissart*, Hermès 57 (2010), 137, 144; *Boni*, Leviathan 2010, 293, 295; *Krujatz*, S. 41; *Lutz*, S. 168 f.; *Steinhauer*, Das *Recht* auf Sichtbarkeit, S. 18; *Eger*, S. *133*; siehe auch *Hilty*, 53 JCSUSA 103, 121 (2006); *ders.*, GRUR Int. 2006, 179, 182; *Kerber*, ZGE 2013, 245, 268.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aber immer noch um mehr als 7 %.[568] Ein ähnliches Bild ergibt sich für den Euro-Raum: Hier erhöhte sich der Durchschnittspreis wissenschaftlicher Zeitschriften zwischen 2000 und 2014 um jährlich 6,3 %[569] auf heute 977,79 Euro p.a.[570]. Spitzenreiter sind Zeitschriften aus den Disziplinen Naturwissenschaft, Technik und Medizin, kurz STM[571], mit durchschnittlich jeweils 2.250,81 Euro, 1.027,16 Euro bzw. 1.047,09 Euro p.a.[572] Für die Elsevier-Zeitschriften „Biochimica et Biophysica Act", „Journal of chromatography" und „Cell" musste die Universitätsbibliothek Erlangen-Nürnberg zuletzt 24.102,07 Euro, 23.677,61 Euro bzw. 18.823,55 Euro p.a. aufwenden.[573]

Trotz der rückläufigen Abonnentenzahlen verzeichnen die Wissenschaftsverlage – zumindest diejenigen, die ihre Zahlen veröffentlichen (müssen) – seit Jahren Margen von um die 30 %.[574] So verbuchte Elsevier (d.i. das STM-Geschäftsfeld von Reed Elsevier) 2012 einen operativen Gewinn (EBIT[575]) von 868 Mio. Euro aus einem Umsatz von 2,538 Mrd. Euro,[576] also eine EBIT-Marge in Höhe von 34,2 %. In den Vorjahren betrug die operative Umsatzrendite 33,8 % (2011),[577] 31,9 % (2010),[578]

568 *Dingley*, Tabelle 8, S. 8.

569 Um 5,4 % (2000-01), 7,4 % (2001-02), 6,9 % (2003-03), 7,6 % (2003-04), 7,3 % (2004-05), 6,6 % (2005-06), 6,8 % (2006-07), 6,5 % (2007-08), 7,2 % (2008-09), 5,2 % (2009-10), 6,0 % (2010-11), 6,0 % (2011-12), 4,6 % (2012-13) und 5,3 % (2013-14), *Swets*, Serials Price Increase Report – Historical Overview 2001 onwards; *Swets*, Serials Price Increase Report – Historical Overview 2006 onwards.

570 *Swets*, Serials Price Increase Report 2014, S. 6.

571 Abkürzung für „Science, Technology, Medicine".

572 Dagegen sind geistes- und sozialwissenschaftliche Zeitschriften mit durchschnittlich 285,57 Euro bzw. 444,81 Euro p.a. deutlich preiswerter, *Swets*, Serials Price Increase Report 2014, S. 3; siehe auch *Chanier*, S. 39.

573 Siehe http://www.ub.fau.de/elektronische-medien/elektronische-zeitschriften/teuerste-zeitschriften.shtml (zuletzt besucht am 20.12.2015).

574 Vgl. *Hilty*, Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 15; *Farchy/Froissart*, Hermès 57 (2010), 137, 142; *Eger*, S. 133.

575 Ergebnis vor Zinsen und Steuern („Earnings before Interests and Taxes") oder operativer Gewinn.

576 *Reed Elsevier*, 2012, S. 138.

577 EBIT von 799 Mio. Euro aus Umsatz von 2.367 Mio. Euro, *Reed Elsevier*, 2011, S. 128.

578 EBIT von 757 Mio. Euro aus Umsatz von 2.370 Mio. Euro, *Reed Elsevier*, 2010, S. 134.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

28,4 % (2009),[579] 26,1 % (2008),[580] 27,2 % (2007),[581] 26,0 % (2006),[582] 27,7 % (2005),[583] 29,5 % (2004)[584] und 27,2 % (2003),[585] also konstant um die 30 %. Im selben Jahr verzeichnete Wiley-Blackwell (d.i. das Geschäftsfeld „Research" von John Wiley & Sons) eine operative Marge von 30,5 % (2011: 29,1 %), nämlich einen operativen Gewinn von 317,5 Mio. US-Dollar (2011: 291,1 Mio. US-Dollar) aus einem Umsatz von 1,04 Mrd. US-Dollar (2011: 998,9 Mio. US-Dollar).[586] Springer[587] erwirtschaftete 2012 einen angepassten EBIDTA[588] von 342,8 Mio. Euro aus einem Umsatz von 981,1 Mio. Euro; dies ergibt eine angepasste EBIDTA-Marge in Höhe von 34,9 %.[589] In den Vorjahren betrug diese 35,8 % (2011),[590] 28,8 % (2010),[591] 32,5 % (2009),[592] 32,0 % (2008),[593] 29,9 % (2007)[594]

---

579 EBIT von 631 Mio. Euro aus Umsatz von 2.223 Mio. Euro, *Reed Elsevier*, 2009, S. 128.

580 EBIT von 558 Mio. Euro aus Umsatz von 2.142 Mio. Euro, *Reed Elsevier*, 2008, S. 132.

581 EBIT von 598 Mio. Euro aus Umsatz von 2.200 Mio. Euro, *Reed Elsevier*, 2007, S. 138.

582 EBIT von 581 Mio. Euro aus Umsatz von 2.236 Mio. Euro, *Reed Elsevier*, 2006, S. 98.

583 EBIT von 578 Mio. Euro aus Umsatz von 2.097 Mio. Euro, *Reed Elsevier*, 2005, S. 65.

584 EBIT von 591 Mio. Euro aus Umsatz von 2.004 Mio. Euro, *Reed Elsevier*, 2004, S. 123.

585 EBIT von 544 Mio. Euro aus Umsatz von 2.002 Mio. Euro, *Reed Elsevier*, 2003, S. 46.

586 *John Wiley & Sons*, S. 42. Für die Vorjahre kann keine Umsatzrendite berechnet werden, da die Geschäftsberichte bis 2011 für den Geschäftsbereich „Research" nur die direkten, aber nicht die indirekten Kosten ausweisen.

587 Springer Science+Business Media S.A., nicht zu verwechseln mit der Axel Springer SE.

588 Ergebnis vor Zinsen, Steuern und Abschreibungen („Earnings before Interests, Taxes, Depreciation and Amortization").

589 *Springer*, Overview 2012, S. 3.

590 Adjusted EBIDTA von 313,3 Mio. Euro aus Umsatz von 875,1 Mio. Euro, *Springer*, 2011, S. 5.

591 Adjusted EBIDTA von 249 Mio. Euro aus Umsatz von 866 Mio. Euro, *Springer*, 2010, S. 4.

592 Adjusted EBIDTA von 275 Mio. Euro aus Umsatz von 845 Mio. Euro, *Springer*, 2009, S. 4.

593 Adjusted EBIDTA von 285 Mio. Euro aus Umsatz von 892 Mio. Euro, *Springer*, 2008, S. 5.

594 Adjusted EBIDTA von 271 Mio. Euro aus Umsatz von 907 Mio. Euro, *Springer*, 2007, S. 5.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und 30,0 % (2006),[595] also ebenfalls konstant um die 30 %. Dagegen verzeichnete Bertelsmann, eines der größten Medienunternehmen der Welt, 2014 eine EBIDTA-Marge von „nur" 14,2 % (nach 14,3 %, 13,8 %, 14,6 % und 15,6 % in den Vorjahren);[596] dort wird eine solche Ertragskraft – wohlgemerkt weniger als die Hälfte derjenigen von Elsevier, Wiley-Blackwell und Springer – aber als hoch eingestuft.[597] Und dies völlig zu Recht, gelten doch eigentlich EBIT-Margen von 2,8 % (Handel) bis 19,8 % (Öl, Bergbau) als üblich.[598] In der deutschen Verlagsbranche lag die durchschnittliche EBT[599]-Marge in den Jahren 2008 bis 2011 zwischen 8,3 und 10,6 %.[600]

Die außergewöhnlich hohen Margen sind ein Indiz für Monopolrenten.[601] Die wesentliche Ursache für die Zeitschriftenkrise sind dann auch die monopolartigen Strukturen des wissenschaftlichen Zeitschriftenmarktes:[602] Wissenschaftliche Artikel werden quasi-monopolisiert, weil die darin enthaltenen *Aufsätze* (unten aa)) und deren Veröffentlichung als Artikel in Subskriptionszeitschriften (unten bb)) kaum substituiert werden *können* und die *Artikel* kaum substituiert werden *dürfen* cc)). Hinzu kommt eine sehr geringe Preiselastizität (unten dd)).

---

595 Adjusted EBIDTA von 277 Mio. Euro aus Umsatz von 920 Mio. Euro, *Springer*, 2007, S. 5.

596 *Bertelsmann*, S. ii.

597 *Bertelsmann*, S. 72.

598 Vgl. „Die Top 20 der profitabelsten Industriezweige weltweit im Jahr 2008 (nach Anteil des EBIT am Umsatz in %)", abrufbar unter: http://de.statista.com.statista.emedia1.bsb-muenchen.de/statistik/daten/studie/37227/umfrage/die-top-20-der-profitabelsten-industriezweige-weltweit/ (zuletzt besucht am 20.12.2015).

599 Ergebnis vor Steuern („Earnings before Taxes").

600 *Statista*, Branchenreport 2014, S. 15 (2008: 8,3 %, 2009: 9,3 %, 2010: 9,5 %, 2011: 10,6 %).

601 *Hilty*, Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 15; *Farchy/Froissart*, Hermès 57 (2010), 137, 142; *Eger*, S. 133; siehe auch allgemein *Schwalbe/Zimmer*, S. 70 f.; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 224.

602 *House of Commons*, S. 10 u. 12; *Hilty/Seemann*, S. 75 f.; *Meier*, 40 f. u. 89; *Farchy/Froissart*, Hermès 57 (2010), 137, 142; *Kunz-Hallstein/Loschelder*, GRUR 2009, 135, 139; *Engel*, 160 JITE 35, 36 (2004); *Bajon*, S. 76 u. 114; *Boni*, Leviathan 2010, 293, 308 f.; *Brintzinger*, Leviathan 2010, 331, 334; siehe auch *Kommission*, Study on the scientific publication markets in Europe, S. 21 f.; *Dubini/di Trani/Micheli,* S. 14.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aa) Substituierbarkeit wissenschaftlicher Aufsätze

Wissenschaftliche Artikel können überhaupt nur quasi-monopolisiert werden, wenn sie in der Lage sind, einen eigenen, atomistischen „Markt“[603] zu bilden, also nur sehr eingeschränkt substituierbar sind. Maßgeblich für die Substituierbarkeit dieses Produktes ist in erster Linie die Austauschbarkeit des darin enthaltenen Aufsatzes, eines wissenschaftlichen Werkes (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG, Art. L. 112-2 Nr. 1 CPI[604]).

Für die Substituierbarkeit wissenschaftlicher Werke ist zwischen der „nackten“ Information und dem „Gewebe“ zu unterscheiden. Information ist nicht substituierbar.[605] So kann die Frage, ob Streaming bereits nach § 44a UrhG erlaubt ist, nicht damit beantwortet werden, dass es im Einzelfall nach § 53 Abs. 1 UrhG erlaubt sein kann. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber die „nackte“ Information, den „Kern“ des wissenschaftlichen Werkes, gemeinfrei gestellt,[606] mit der Folge, dass ein und dieselbe Information (etwa die Formel $E = mc^2$) rechtstatsächlich in verschiedenen Werken enthalten sein kann. Urheberrechtlich geschützt kann aber das individuelle „Gewebe“ des wissenschaftlichen Werkes sein.[607] Damit können die Gedanken des Wissenschaftlers in ihrer Fülle und ihrer Beziehung zu-

603 Der Begriff „Markt“ wird hier untechnisch verwendet, also gerade nicht im Sinne einer kartellrechtlichen Marktabgrenzung, die hier zu anderen Ergebnissen gelangen mag.

604 „Sont considérés notamment comme œuvres de l’esprit au sens du présent code: 1° Les livres, brochures et autres écrits littéraires, artistiques et scientifiques“.

605 *Hilty*, Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 13; *Hilty/Klass*, S. 1; *Bajon*, S. 75; siehe auch *Krujatz*, S. 230.

606 St. Rspr. und allgemeine Ansicht in Deutschland und Frankreich. Zum deutschen Recht siehe *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 2, Rdnr. 62 u. 65; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 2, Rdnr. 93; *A. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 2, Rdnr. 43 u. 118; *Schricker*, in: *Beier/Kraft/Schricker/Wadle*, FS 100 Jahre GRUR, Bd. 2, S. 1112; *Bajon*, S. 42 ff.; zum französischen Recht siehe *Caron*, Droit d’auteur et droits voisins, Rdnr. 128; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 136; *Strubel*, S. 39; siehe auch *Hilty*, Propr. intell. 15 (2005), 140, 143.

607 *Ulmer*, UrhR[3], S. 123; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 2, Rdnr. 43; *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 2, Rdnr. 64 u. 66; *Schricker*, in: *Beier/Kraft/Schricker/Wadle*, FS 100 Jahre GRUR, Bd. 2, S. 1112; *Götting*, S. 21; BGH GRUR 1991, 449 – Betriebssystem – hat sich der Gewebetheorie angeschlossen oder zumindest sehr weitgehend angenähert, *Götting*, S. 17; *Haberstumpf*, ZUM 2001, 819, 822; *Straus*, in: *Beier/Götting/Lehmann/Moufang*, FS Schricker, S. 303; *Bajon*, S. 59. Die Gedankenführung und die Formung des dargestellten Inhalts kann auch nach französischem Recht schutzfähig sein, siehe *Caron*, Droit

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einander, die wissenschaftliche Begründung in der Vielheit der gewählten Beispiele, der inneren Bezüge und Schlussfolgerungen,[608] die inhaltliche Verarbeitung der wissenschaftlichen Erkenntnisse, die Auswahl, Abstimmung, Korrektur, Verknüpfung, Systematisierung und Anordnung der wiedergegeben Daten und Befunde[609] (rechtstatsächlich) in nur einem Werk enthalten sein. Kurz: Die „nackte" Information ist nicht substituierbar, kann aber (rechtstatsächlich) in verschiedenen Werken enthalten sein. Das geschützte „Gewebe" ist (rechtstatsächlich) nur in einem Werk enthalten, kann aber substituierbar sein. Damit sind wissenschaftliche Werke nicht-substituierbar, soweit sie eine andere Information enthalten oder soweit das geschützte „Gewebe" nicht-substituierbar ist.

Daraus folgt im Einzelnen: Werke verschiedener Disziplinen oder Subdisziplinen, etwa einkommens- und umsatzsteuerrechtliche Aufsätze,[610] sind aus Nutzersicht stets nicht-substituierbar,[611] da sie eine andere Information enthalten. Bei Werken derselben Disziplin, etwa den in der GRUR und der GRUR Int. veröffentlichten Aufsätzen, ist zu unterscheiden: Soweit sie eine spezifische Information enthalten, sind sie ebenfalls nicht substituierbar.[612] Das gilt insbesondere für neue Erkenntnisse, namentlich solche der Grundlagenforschung, die bisher nur in einem Werk vorliegen.[613] Im Übrigen sind wissenschaftliche Werke, etwa rechtswissenschaftliche Aufsätze zum Open Access, nur sehr eingeschränkt austauschbar. Das hat folgende Gründe: Zunächst verpflichten den Wissenschaftler nicht nur die Grundsätze wissenschaftlicher Praxis, sondern zumeist auch der eigene Anspruch an seine wissenschaftliche Tätigkeit, eine möglichst

---

d'auteur et droits voisins, Rdnr. 128; *Linant de Bellefonds*, Rdnr. 203; *Strubel*, S. 84 f. u. 116 ff.

608 *Ulmer*, UrhR[3], S. 121 f.; *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 2, Rdnr. 65.

609 *Schricker*, in: *Beier/Kraft/Schricker/Wadle*, FS 100 Jahre GRUR, Bd. 2, S. 1112; *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 2, Rdnr. 65; *Götting*, S. 21.

610 Kommission, Entsch. v. 15.2.1999, IV/M.1377, Rdnr. 10 – „Bertelsmann/Wissenschaftsverlag Springer".

611 Kommission, Entsch. v. 15.2.1999, IV/M.1377, Rdnr. 10 – „Bertelsmann/Wissenschaftsverlag Springer"; Entsch. v. 29.7.2003, COMP/M.3197, Rdnr. 17 – „Candover/Cinven/Bertelsmann/Springer"; *Golz*, S. 204.

612 *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 77; *ders.*, in: *IRPI*, La propriété intellectuelle en question(s), S. 74; siehe auch *Hilty*, Propr. intell. 15 (2005), 140, 143.

613 *Hilty*, GRUR 2009, 633, 639; *ders.*, in: *Bartsch/Briner*, DGRI Jahrbuch, S. 13; *Hilty/Bajon*, ZfBB 2008, 257, 258; *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 8.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

große Bandbreite vorangegangener Literatur auszuwerten und die eigene wissenschaftliche Tätigkeit auf einer möglichst vollständigen Repräsentation des bisherigen Erkenntnisstandes aufzubauen.[614] Nur eine umfassende Berücksichtigung des vorbestehenden Wissens verhindert, überflüssigerweise längst Bekanntes erneut und damit doppelt zu „erforschen".[615] Sodann kann die Primärquelle einer wissenschaftlichen Information nicht einfach mit deren Sekundärquelle gleichgesetzt werden. Denn eine wissenschaftliche Auseinandersetzung erfordert über das bloße Ergebnis hinaus eine eingehende Untersuchung der meist nur in der Primärquelle im Detail beschriebenen Methodik; um das Forschungsergebnis entweder selbst durch weitere Forschung zu verifizieren, zu falsifizieren, oder sie auf gesicherter Grundlage für die eigene Forschung zu verwenden, um darauf aufbauend neue Erkenntnisse gewinnen zu können, ist der Zugriff auf die Forschungsergebnisse in ihrem ursprünglichen „Gewebe" meist unverzichtbar.[616] Damit sind wissenschaftliche Werke, insbesondere wissenschaftliche Aufsätze, allenfalls sehr eingeschränkt substituierbar; dasselbe gilt notwendigerweise für als Artikel veröffentlichte Aufsätze (so sie denn nicht durch Zweitverwertung substituiert werden dürfen).[617]

---

614 *Krujatz*, S. 230.

615 *Peifer*, UFITA 2007/II, 327, 330; *Bajon*, S. 77.

616 *Bajon*, S. 75 f.; *Krujatz*, S. 243; siehe auch Kommission, Entsch. v. 29.7.2003, COMP/M.3197, Rdnr. 13 – „Candover/Cinven/Bertelsmann/Springer" („There usually are differences in the coverage, comprehensiveness and content provided by two different publications").

617 Kommission, Entsch. v. 29.7.2003, COMP/M.3197, Rdnr. 13 – „Candover/Cinven/Bertelsmann/Springer" („From the point of view of functional interchangeability, two different publications could hardly be regarded as substitutable by the end-users, the readers"); BKartA NJWE-WettbR 2000, 101, 101, Rdnr. 7 – „C.H. Beck/Nomos" („da für die Nachfrager eine bestimmte Fachpublikation so gut wie nie mit einer anderen vollständig austauschbar ist"); *Hilty*, GRUR 2009, 633, 635 u. 639; *ders.*, GRUR Int. 2006, 179, 185 f.; *ders.*, in: *Bartsch/Briner*, DGRI Jahrbuch, S. 13; *ders.*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 121 u. 125; *ders.*, in: *Torremans*, Copyright Law, S. 328; *ders.*, in: *Bartsch/Briner*, DGRI Jahrbuch, S. 13; *Hilty et al.*, IIC 2009, 309, 314; *Hilty/Seemann*, S. 76; *Hilty/Bajon*, ZfBB 2008, 257, 258; *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 8; *CNRS*, Avis sur les relations entre chercheurs et maisons d'édition scientifique, S. 3; *Farchy/Froissart/Méadel*, Hermès 57 (2010), 9, 10; *Farchy/Froissart*, Hermès 57 (2010), 137, 146; *Engel*, 160 JITE 35, 36 (2004); *Bajon*, S. 76; *Krujatz*, S. 230; *House of Commons*, S. 10; *Lutz*, S. 176; *Kunz-Hallstein/Loschelder*, GRUR 2009, 135, 139; *Meier,* S. 40; *Rosenkranz*, S. 5; *Szilágyi*, S. 66; *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit, S. 17.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb) Substituierbarkeit wissenschaftlicher Zeitschriften aus Autorensicht

Quasi-monopolisiert werden können wissenschaftliche Artikel schließlich nur, wenn sie auch *tatsächlich* eigene, atomistische „Märkte" bilden, d.h. vermarktet werden. Auf wissenschaftliche Artikel übertragen heißt das, dass sie in einer Subskriptionszeitschrift statt in einer Open-Access-Zeitschrift erscheinen müssen.

Maßgeblich für die Frage, in welchem Medium ein wissenschaftlicher Beitrag publiziert wird, ist nach geltendem Recht die Sicht des Autors. Er allein hat das Recht zu bestimmen, ob und wie sein Werk zu veröffentlichen ist (§ 12 Abs. 1 UrhG, Art. L. 121-2 Abs. 1 CPI[618]). Mit der Frage, ob der Autor für seine Veröffentlichung bestimmte Zeitschriften (z.B. das 1818 gegründete „Archiv für die civilistische Praxis" oder andere „Archivzeitschriften"[619]) anderen Publikationen (z.B. dem „Anwaltsblatt") vorzieht oder die Publikationen untereinander beliebig austauschbar sind, ist die Substituierbarkeit wissenschaftlicher Zeitschriften aus Autorensicht betroffen. Dabei geht es vor allem um die Frage, ob aus Autorensicht Subskriptions- durch Open-Access[620]-Zeitschriften („Golden Road")[621] ersetzt werden können. Nicht behandelt wird an dieser Stelle die Open-Access-*Zweit*veröffentlichung („Green Road")[622], die die *Erst*veröffentlichung in

618 „L'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre. Sous réserve des dispositions de l'article L. 132-24, il détermine le procédé de divulgation et fixe les conditions de celle-ci." Siehe auch *Benabou*, Hermès 57 (2010), 95, 103.

619 Etwa das 1928 gegründete „Archiv für Urheber- und Medienrecht" (UFITA) oder das 1885 gegründete „Archiv des öffentlichen Rechts". Allgemein zum Publikationsverhalten in der Jurisprudenz siehe *Roxin*, S. 64 ff.

620 Zu den Grundlagen von Open Access siehe etwa *Krujatz*, S. 33 ff.; *Dillaerts*, S. 20 ff.; *Link*, S. 21 ff.; *Hirschfelder*, Anforderungen an eine rechtliche Verankerung des Open Access Prinzips, S. 5 ff.

621 *Hilty/Seemann*, S. 16; *CNRS*, Avis sur le libre accès aux publications scientifiques, S. 3; *Dillaerts*, S. 34; *Benabou*, Hermès 57 (2010), 95, 99; *Bajon*, S. 102; *Krujatz*, S. 57; *Lutz*, S. 180; *Hirschfelder*, Anforderungen an eine rechtliche Verankerung des Open Access Prinzips, S. 14; *Link*, S. 33.

622 *Hilty/Seemann*, S. 16; *CNRS*, Avis sur le libre accès aux publications scientifiques, S. 2; *Dillaerts*, S. 34; *Benabou*, Hermès 57 (2010), 95, 99; *Bajon*, S. 103; *Krujatz*, S. 58 f.; *Lutz*, S. 181; *Hirschfelder*, Anforderungen an eine rechtliche Verankerung des Open Access Prinzips, S. 16; *Link*, S. 34.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einer Abo-Zeitschrift schon begrifflich allenfalls aus Nutzersicht substituiert.[623]

Zunächst wird die Austauschbarkeit mit Publikationen einer anderen Art (unten (1)) und derselben Art (unten (2)) im Allgemeinen erörtert. Sodann wird die Substituierbarkeit von Subskriptions- und Open-Access-Zeitschriften im Besonderen untersucht (unten (3)).

(1) Austauschbarkeit mit Publikationen einer anderen Art

Wissenschaftliche Publikationen belegen die Daseinsberechtigung des Wissenschaftlers.[624] Ein Doktorand, der seine Dissertation nicht veröffentlicht, wird nicht promoviert;[625] ein Wissenschaftler, der nicht publiziert, wird nicht anerkannt („publish or perish").[626] Anerkennung ist seine wesentliche extrinsische Motivationsquelle,[627] sein „wissenschaftliches Kapital".[628] Alle anderen extrinsischen Anreize wie Geld, wissenschaftliche Karriere und ein verbesserter Zugang zu Forschungsressourcen leiten sich daraus ab.[629] Gradmesser für Anerkennung ist dabei nicht nur die Quantität, sondern vor allem die Qualität seiner Publikationen.[630]

623 Deshalb wird diese Frage als Substituierbarkeit aus Nutzersicht diskutiert, siehe 1. Kapitel B. III. 1. a) cc).

624 *Straus*, in: *Beier/Götting/Lehmann/Moufang*, FS Schricker, S. 293.

625 Vgl. etwa §§ 22, 23 Promotionsordnung für die Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München.

626 *Meier*, S. 27; *Boni*, Leviathan 2010, 293, 304; *Krujatz*, S. 24; *Pflüger/Ertmann*, ZUM 2004, 436, 437; *Farchy/Froissart*, Hermès 57 (2010), 137, 138.

627 *Hornbostel/Klingsporn/v. Ins*, S. 14; *Hilty*, GRUR 2009, 633, 635; *ders.*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 122; *ders.*, Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 14; *Drexl*, in: *IRPI*, La propriété intellectuelle en question(s), S. 74; *Farchy/Froissart*, Hermès 57 (2010), 137, 142; *Peukert*, JIPITEC 4 (2013), 142, 145; *Krujatz*, S. 25; *Lutz*, S. 171; *Weishaupt*, S. 186; siehe auch *Dillaerts*, S. 155.

628 *Herb*, S. 82 f.

629 *Merton*, 79 Isis 606, 621 (1988); siehe auch *Hirschfelder*, Anforderungen an eine rechtliche Verankerung des Open Access Prinzips, S. 95; *Peukert*, JIPITEC 4 (2013), 142, 145; *Herb*, S. 83; *Eger*, S. 131; *Kerber*, ZGE 2013, 245, 270.

630 *Bajon*, S. 78; *Weishaupt*, S. 167 („Nur was Qualität hat, ist wissenschaftlich anerkannt").

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Je nach Publikationskultur einer Disziplin lässt bereits die Art der Publikation Rückschlüsse auf die Qualität des jeweiligen Inhalts zu.[631] Die Geschwindigkeit, mit der Forschungsergebnisse mitgeteilt werden, hat disziplinspezifisch zur Herausbildung recht unterschiedlicher Publikationsgepflogenheiten geführt.[632] In den STM-Disziplinen und einigen sozialwissenschaftlichen Fächern ist eine wissenschaftliche Publikation heute gleichbedeutend mit einer Veröffentlichung in einer Zeitschrift.[633] Wenn etwa in den Wirtschaftswissenschaften auf „die Literatur" verwiesen wird, sind damit stets Artikel in Journalen gemeint; eine Monographie, die zu großen Teilen oder gar ausschließlich Inhalte enthält, die auch in sehr guten Journalen hätten publiziert werden können, ist kaum noch anzutreffen.[634] Zunehmend wird die monographische Dissertation durch eine kumulative ersetzt, bei der der Doktorand eine bestimmte Anzahl von Publikationen in wissenschaftlichen Zeitschriften einreicht; an der Berliner Charité ist die kumulative Promotion bereits der Regelfall.[635] Dagegen spielen Monographien nur noch in wenigen Disziplinen eine Rolle, etwa in der Jurisprudenz und allgemein in den Geisteswissenschaften.[636] Die Bedeutung von Zeitschriftenartikeln nimmt aber auch in den Geisteswissenschaften zu.[637] Zumindest in den STM-Disziplinen und den Sozialwissenschaften ist die Zeitschrift nicht oder nur noch sehr eingeschränkt durch andere Publikationsarten substituierbar.

(2) Austauschbarkeit mit Publikationen derselben Art

Innerhalb der Publikationsart Zeitschrift ist das Renommee, d.i. die Qualität,[638] neben dem fachlichen Schwerpunkt und der internationalen Verbreitung das wichtigste Kriterium, nach der ein Journal aus Autorensicht sub-

631 *Schuh*, S. 6; *Peifer*, in: *Peifer/Gersmann*, Forschung und Lehre im Informationszeitalter, S. 34; *Boni*, Leviathan 2010, 293, 304 („Reputation wird durch die Publikationen in Zeitschriften gewonnen").
632 *Hornbostel/Klingsporn/v. Ins*, S. 19.
633 *Brintzinger*, Leviathan 2010, 331, 332; *Schuh*, S. 6.
634 *Leininger*, S. 67; siehe auch *Farchy/Froissart/Méadel*, Hermès 57 (2010), 9, 10.
635 Deutsches Ärzteblatt Nr. 18/109 v. 4.5.2012, S. M333.
636 *Schuh*, S. 6 f.
637 *Schuh*, S. 6.
638 *Meier*, S. 47 f.; *Lutz*, S. 174; *Taubert/Weingart*, S. 172.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

stituiert werden kann.[639] Als wichtige Qualitätsmerkmale gelten dabei das Peer-Review und der Impact Factor einer Zeitschrift.[640] Weitere, wenn auch weniger wichtige Kriterien sind die Schnelligkeit der Publikation, die Langzeitverfügbarkeit der Zeitschrift und etwaige Veröffentlichungskosten für den Autor.[641]

Das Peer-Review bezeichnet ein im Einzelnen unterschiedlich strukturiertes, teilweise sehr aufwändiges und formalisiertes Auswahlverfahren, in dem Fachkollegen *(peers)* die Relevanz, Qualität und Veröffentlichungswürdigkeit begutachten.[642] Die Wissenschaftsgemeinde kennt die jeweilige Selektionshärte oft schon aus eigener Erfahrung und ist sich einig, welches „die guten, die mittelguten und die weniger mittelguten" Journale sind.[643] Ansonsten ist die Einstufung in vielen Disziplinen formalisiert. So werden volkswirtschaftliche Zeitschriften etwa in die Kategorien AA, A, B, C und D eingestuft.[644] Ein „führender" Forscher muss zwingend in den fünf als AA klassifizierten Journalen publiziert haben (die Annahmequote von AA-Journals liegt unter 10 %); ein ambitionierter Nachwuchswissenschaftler sollte Teile seiner kumulativen Dissertation zumindest in A-Journalen platzieren können.[645] Auch in anderen Disziplinen ist es erstrebenswert, in den weltweit angesehensten Zeitschriften mit der striktesten Zurückweisungsrate (oft über 90 %) zu publizieren.[646] Als besonders selektiv gelten die STM-Zeitschriften „Nature" und „Science", die

---

639 *DFG*, S. 26; *Engel*, 160 JITE 35, 36 (2004) („Vis-à-vis the author, the proximity of substitutes rests on the vocation of the journal, and on its ranking"); siehe auch *Hilty*, GRUR Int. 2006, 179, 185; *ders.*, GRUR 2009, 633, 635 u. 638; *ders.*, Propr. intell. 15 (2005), 140, 143; *ders.*, in: *Torremans*, Copyright Law, S. 328; *ders.*, Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 14; *Hilty/Bajon*, ZfBB 2008, 257, 262; *Hilty et al.*, IIC 2009, 309, 312; *Fry/Probets/Creaser/Greenwood/Spezi/Whitery*, S. 62; *House of Commons*, S. 12; *Farchy/Froissart*, Hermès 57 (2010), 137, 142; *Chanier*, S. 45; *Meier*, S. 48; *Lutz*, S. 174; *Taubert/Weingart*, S. 171; *Pflüger/Ertmann*, ZUM 2004, 436, 437; *Stempfhuber*, S. 129; *Eger*, S. 131; *Kerber*, ZGE 2013, 245, 270.

640 *Weishaupt*, S. 186; *Schuh*, S. 9; *Bajon*, S. 78 f.; *Farchy/Froissart*, Hermès 57 (2010), 137, 142; *Chanier*, S. 45.

641 *DFG*, S. 26; siehe auch *Meier*, S. 78.

642 *Bajon*, S. 78; ausführlich *Meier*, 51 ff.; zu den verschiedenen Peer-Review-Arten, siehe auch *Ware/Mabe*, S. 34 f.

643 *Peifer*, in: *Peifer/Gersmann*, Forschung und Lehre im Informationszeitalter, S. 35; *Bajon*, S. 78.

644 *Leininger*, S. 67.

645 *Leininger*, S. 67.

646 *Fiedler*, S. 42 speziell für die Psychologie; allgemein *Schuh*, S. 9.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dennoch oder gerade deshalb mit Einreichungen überschwemmt werden; die dort abgelehnten Arbeiten werden dann bei weniger selektiven Journalen eingereicht.[647]

Als ein weiteres Qualitätsmerkmal gilt die Resonanz innerhalb der Wissenschaftsgemeinde, gemessen an der Häufigkeit von Zitierungen.[648] Die Aussagekraft und Brauchbarkeit von Zitierungsraten als Resonanzmaß zur Bewertung von Forschungsergebnissen ist umstritten.[649] Dennoch gilt eine Arbeit weithin als umso nützlicher und wichtiger für die Fachdisziplin, je häufiger sie zitiert wird.[650] Grundlage zitierungsbasierter Indikatoren sind Zitierindizes, allen voran der Science Citation Index (SCI) mit aktuell 8.539 und der Social Science Citation Index (SSCI) mit aktuell 3080 Zeitschriften.[651] Diese strenge Auswahl von schätzungsweise gerade einmal 10 bis 20 % aller wissenschaftlichen Zeitschriften wird in den Journal Citation Reports (JCR) von Thomson Reuters nach ihrem sog. Impact Factor in Ranglisten eingestuft und jedes Jahr aktualisiert.[652] Zur Bestimmung des Impact Factor werden die Artikel einer Zeitschrift aus zwei Jahren herangezogen, deren Zitierungen innerhalb des darauffolgenden Jahres ermittelt und die Anzahl dieser Zitierungen durch die Anzahl der Artikel geteilt.[653] Den höchsten Impact Factor auf Basis des SCI verzeichnet etwa aktuell die Wiley-Zeitschrift „Cancer Journal for Clinicians" (162,500), gefolgt vom „New England Journal of Medicine" (54,420) und den „Chemical Reviews" (45,661). Die berühmten STM-Zeitschriften „Nature", „Cell" und „Science" folgen auf den Plätzen 5 (42,351), 16 (33,116) und 17 (31,477).[654] Der Impact Factor bezieht sich zwar immer nur auf die Zeitschrift als Ganzes, nicht auf den einzelnen Artikel; dennoch ist die Be-

---

647 *Schleich*, S. 89.

648 *Schuh*, S. 9.

649 *Marx*, S. 132; *Ware/Mabe*, S. 43; *Weishaupt*, S. 187; *Meier*, S. 50 f.; *Boni*, Leviathan 2010, 293, 305; *Schmalenbach*, S. 34.

650 *Marx*, S. 132.

651 Vgl. JCR 2013, abrufbar unter: http://admin-apps.webofknowledge.com/JCR/JCR?RQ=HOME (zuletzt besucht am 20.12.2015).

652 *Marx*, S. 144 f.; siehe auch *Chartron*, Hermès 57 (2010), 123, 124.

653 *Marx*, S. 145; *Hirschfelder*, Anforderungen an eine rechtliche Verankerung des Open Access Prinzips, S. 95; *Weishaupt*, S. 186; *Meier*, S. 49 (mit Berechnungsbeispiel).

654 JCR Science Edition 2013, abrufbar unter: http://admin-apps.webofknowledge.com/JCR/JCR?RQ=LIST_SUMMARY_JOURNAL (zuletzt besucht am 20.12.2015).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wertung der Publikationsleistung eines Wissenschaftlers auf Grundlage des Impact Factor der Zeitschriften, in denen er publiziert hat, zu einer weit verbreiteten Praxis in der Forschungsevaluierung geworden.[655] Nicht selten gibt der persönliche Impact Factor des jeweiligen Wissenschaftlers – im Sinne der Anzahl der Veröffentlichungen in Zeitschriften mit einem hohen Impact Factor – den Ausschlag für die Berufung auf einen Lehrstuhl.[656]

Das System weist dabei in seinen Wechselwirkungen Netzwerkeffekte auf, die sich selbst verstärken.[657] So führen ein strenges Peer-Review und ein hoher Impact Factor zu einem Überangebot publikationswilliger Autoren, aus denen der Verleger wählen kann.[658] Damit nimmt die Qualität der Beiträge zu, was wiederum den Selektionsdruck und den Impact Factor der Zeitschrift steigert.[659] Die wachsende Anzahl von Wissenschaftlern erhöht diesen Effekt noch einmal zusätzlich; in einem immer stärker umkämpften Arbeitsumfeld steigt die Notwendigkeit, in einer renommierten Zeitschrift zu publizieren.[660] Damit sind aus Autorensicht qualitativ angesehene und weniger angesehene Publikationen nicht austauschbar. Jenseits verbleibender Wahlmöglichkeiten zwischen vergleichbar renommierten Zeitschriften (z.B. den fünf AA-Journals in der Volkswirtschaftslehre) kann der Autor kaum auf Publikationen in einem der Top-Journale verzichten.[661] So erfährt der Wissenschaftler bereits in seiner Rolle als Autor eine sehr geringe Substituierbarkeit wissenschaftlicher Publikationen.[662]

---

655 *Marx*, S. 145; *Meier*, S. 48 f.

656 *Hirschfelder*, Anforderungen an eine rechtliche Verankerung des Open Access Prinzips, S. 95.

657 *Bajon*, S. 80; *Kommission*, Study on the scientific publication markets in Europe, S. 22.

658 *Peifer*, in: *Peifer/Gersmann*, Forschung und Lehre im Informationszeitalter, S. 35; *Spindler*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 299; *Bajon*, S. 80; siehe auch *Kommission*, Study on the scientific publication markets in Europe, 2006, S. 22 („vicious circle"); *Farchy/Froissart*, Hermès 57 (2010), 137, 142.

659 *Bajon*, S. 80; siehe auch *Farchy/Froissart*, Hermès 57 (2010), 137, 142.

660 *Meier*, S. 26; siehe auch *Boni*, Leviathan 2010, 293, 304 („Publikationsraum ist begehrter denn je").

661 *Bajon*, S. 80; ähnlich *Hilty*, GRUR Int. 2006, 179, 185; *ders.*, in: *Torremans*, Copyright Law, S. 328; *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 78; *Herb*, S. 81 f.; *Egloff*, sic! 2007, 705, 712; *Eger*, S. 133.

662 *Hilty*, GRUR Int. 2006, 179, 185; *ders.*, in: *Torremans*, Copyright Law, S. 328; *Bajon*, S. 80; *Egloff*, sic! 2007, 705, 714.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(3) Austauschbarkeit mit Open-Access-Zeitschriften („Golden Open Access“)

Die Substituierbarkeit von Zeitschriften im Allgemeinen spiegelt sich bei der Frage wider, ob Subskriptions- und Open-Access-Zeitschriften miteinander austauschbar sind. Maßgeblich sind hier die Kriterien Renommee, Langzeitverfügbarkeit und Veröffentlichungskosten, da Open-Access-Journale in aller Regel ebenfalls über einen fachlichen Schwerpunkt verfügen und als Online-Medien mindestens ebenso gut eine internationale und schnelle Verbreitung garantieren.[663]

(a) Veröffentlichungskosten

Während bei Subskriptionszeitschriften für die Autoren regelmäßig keine Veröffentlichungskosten anfallen („Reader-Pay“-Modell),[664] kommen für Open-Access-Zeitschriften – neben einem Hybridmodell – vereinfacht drei Finanzierungsmodelle in Betracht:[665] Entweder bezahlt der Autor die Veröffentlichungsgebühren aus seinem eigenen Etat („Author-Pay“-Modell); oder seine Lehr- oder Forschungseinrichtung bezahlt die Autorengebühren; oder eine Forschungsorganisation finanziert die Open-Access-Zeitschrift. In einer Befragung präferierten 14,6 % der Autoren das erste,

663 So begründeten in einer Befragung 87 % der Autoren von Open-Access-Artikeln („OA authors“) ihre Open-Access-Präferenz mit der schnelleren Publizierung; umgekehrt glaubten nur 14 % der Autoren, die sich gegen eine Open-Access-Erstveröffentlichung entschieden hatten („non-OA authors“), dass ihre Artikel in Subskriptionszeitschriften schneller publiziert würden, s. *Swan/Brown*, S. 26 u. 29. In einer weiteren Befragung glaubten 79 % der Autoren, dass sie mit Open Access schneller publizieren könnten, *Hess/Wigand/Mann/v. Walter*, S. 9. In einer dritten Befragung gaben 50,1 % der „OA authors“ an, ihre Forschungsergebnisse in Open-Access-Zeitschriften besonders schnell publizieren zu können, s. *Weishaupt*, S. 91.

664 *Hilty et al.*, IIC 2009, 309, 315; *Dubini/di Trani/Micheli,* S. 15. Teilweise werden aber Druckkostenzuschüsse von den Autoren verlangt, *Hilty*, GRUR Int. 2006, 179, 185; *Boni*, Leviathan 2010, 293, 304; *Brintzinger*, Leviathan 2010, 331, 338; *Spindler*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 299; *Weishaupt*, S. 116.

665 Zu den verschiedenen Finanzierungsmodellen, s. *Hilty/Seemann*, S. 17 f.; *Kommission*, Study on the scientific publication markets in Europe, S. 64; *Dallmeier-Thiessen et al.*, S. 4 f.; *Chanier*, S. 100 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

45 % das zweite und 72,1 % das dritte Modell.[666] 58,1 % waren unter keinen Umständen bereit, Zeitschriftenbeiträge aus ihrem eigenen Etat zu bezahlen, 29,3 % nur bis zu 250 Euro pro Artikel;[667] die Autorengebühren lagen aber z.B. 2010 bei durchschnittlich 906 US-Dollar.[668] Eine andere Befragung kommt zu ähnlichen Ergebnissen; danach lehnen 55,9 % das „Author-Pay"-Modell völlig ab.[669] Damit kann aus Sicht der meisten Autoren eine eigenfinanzierte Open-Access-Erstveröffentlichung die Veröffentlichung in einer Subskriptionszeitschrift nicht substituieren.[670] Soweit aber die Lehr- oder Forschungseinrichtung die Autorengebühren bezahlt – etwa die Max-Planck-Gesellschaft für Veröffentlichungen ihrer Wissenschaftler in Zeitschriften von BMC, PLoS, SpringerOpen, Wiley Open Access u.a.[671] – oder eine Forschungsorganisation die Open-Access-Zeitschrift finanziert – etwa die Max-Planck-Gesellschaft die „Living Reviews" [672] –, stehen die Veröffentlichungskosten der Austauschbarkeit nicht entgegen. Ob eine solche „umgekehrte" öffentliche Finanzierung auf ein Nullsummenspiel hinausläuft, spielt für die Frage der Substituierbarkeit aus Autorensicht keine Rolle.[673]

(b) Langzeitverfügbarkeit

Problematischer ist das Kriterium der Langzeitverfügbarkeit. Verschiedene Befragungen kamen zu dem Ergebnis, dass die Mehrheit – 59,3[674], 53[675] bzw. 59,8 %[676] – der Autoren in diesem Punkt ein Defizit der Open-Ac-

666 *DFG*, S. 57.
667 *DFG*, S. 56.
668 *Solomon/Björk*, 63 JASIST 1485, 1488 (2012); siehe auch die Übersicht der Autorengebühren verschiedener Open-Access-Verlage bei *Ware/Mabe*, S. 63.
669 *Weishaupt*, S. 115; siehe auch *Fry/Probets/Creaser/Greenwood/Spezi/Whitery*, S. 54.
670 Siehe auch *Shavell*, 2 J. Legal Analysis 301, 334 (2010).
671 Siehe http://www.mpdl.mpg.de/services/scip_content_oacontracts_de.htm (zuletzt besucht am 20.12.2015).
672 Siehe http://openaccess.mpg.de/1431088/Open-Access-Publishing---Initiativen (zuletzt besucht am 20.12.2015).
673 Siehe aber 2. Kapitel B. V. 1.
674 *DFG*, S. 49.
675 *Hess/Wigand/Mann/v. Walter*, S. 10.
676 *Weishaupt*, S. 143.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

cess-Zeitschrift erblickt und 74 %[677] insoweit die Subskriptionszeitschrift präferiert. Die Skepsis hängt mit der Flüchtigkeit des Internets zusammen.[678] Während Subskriptionszeitschriften immer noch überwiegend als Online- und Print-Ausgaben vertrieben werden,[679] sind Open-Access-Journale überwiegend nur elektronisch *(e-only)* verfügbar.[680] Allerdings haben Verlage, Bibliotheken und Nationalbibliotheken bereits konzertierte Maßnahmen getroffen, die die Langfristverfügbarkeit von *e-only*-Zeitschriften sicherstellen.[681] Damit sind die Vorbehalte der befragten Autoren wohl auf Informationsdefizite zurückzuführen, die sich in absehbarer Zeit beheben lassen.[682]

(c) Renommee

Es bleibt die Frage, ob Subskriptions- und Open-Access-Zeitschriften aus Autorensicht über ein vergleichbares Renommee verfügen. Prinzipiell sind Open-Access-Journale durchaus in der Lage, es mit renommierten Subskriptionszeitschriften aufzunehmen. Ein Paradebeispiel sind die von der Max-Planck-Gesellschaft herausgegebenen Open-Access-Zeitschriften „Living Reviews in Relativity" und „Living Reviews in Solar Physics", die mit einem Impact Factor von 22,333 bzw. 13,833 Spitzenplätze in der JCR Science Edition 2012 belegen (Platz 41 bzw. 93). Insgesamt verzeichneten die in den Journal Citation Reports 2010 enthaltenen Open-Access-Journale einen durchschnittlichen Impact Factor von immerhin 76 % des Durchschnittsfaktors der Subskriptionszeitschriften.[683] Es wäre also völlig

677 *Schmalenbach*, S. XVII.
678 *Weishaupt*, S. 171.
679 *Ware/Mabe*, S. 24 („The main reason is continuing demand from residual parts of the market, including individual and society member copies, and institutional customers in some parts of the world. The factors sustaining this demand for print include its superiority for some uses, concerns about the long-term preservation of digital formats, concerns about access to digital content following subscription cancellation or in the event of publisher demise, caution by some advertisers in switching to digital formats, and tax disincentives in some territories"); siehe auch *Gooden/Owen/Simon/Singlehurst*, S. 6.
680 *Dubini/di Trani/Micheli,* S. 15.
681 *Ware/Mabe*, S. 55 f.
682 *Weishaupt*, S. 172.
683 *Björk/Solomon*, BMC Medicine 2012, 10:73, S. 6.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

verfehlt, der Open-Access-Erstveröffentlichung von vornherein einen „Wert" abzusprechen.

Allerdings berücksichtigen die Zitierindizes, die dem Impact Factor zugrundliegen, nur einen äußerst geringen Teil der Open-Access-Zeitschriften.[684] Von den 11.619 in den JCR 2013 gelisteten Zeitschriften sind nur 1.246 (10,72 %) frei zugänglich.[685] Umgekehrt sind von den aktuell 16.271 im Ulrich's Periodicals Directory verzeichneten Open-Access-Journalen nur 1.276, also 7,8 %, in den JCR 2013 gelistet.[686] Der große Rest – aktuell 92,2 % – erhält keinen Impact Factor zugewiesen und gilt damit in der Wissenschaftsgemeinde automatisch weniger.[687] Ein ähnliches Bild ergibt sich im Hinblick auf das Peer-Review: Von den in der Datenbank Scopus enthaltenen 20.000 Peer-Review-Zeitschriften sind nur 2.800 bzw. 14 % Open-Access-Journale.[688] Hier liegt das eigentliche Problem von Open-Access-Zeitschriften. Nur die wenigsten verfügen – wie die „Living Rev. Relativity" und die „Living Rev. Solar Physics" – über einen angesehenen Herausgeber, an dessen Renommee sie teilhaben können.[689] Das Gros muss sich zunächst am Markt etablieren, was Zeit in Anspruch nimmt.[690] So fehlt den Zeitschriften der Open-Access-Verleger PloS und BMC das Renommee von Verlegern, die seit Jahrzehnten auf dem Markt sind.[691] Zahlreiche Open-Access-Zeitschriften haben deshalb Schwierigkeiten, hochkarätige Beiträge zu gewinnen; umgekehrt würde das Ansehen dieser Zeitschriften gerade durch wissenschaftlich wertvolle Artikel steigen – ein Teufelskreis.[692] Da verwundert es nicht, wenn noch immer viele Wissenschaftler an der Qualität von Open-Access-Zeitschrif-

684 *Weishaupt*, S. 186.
685 Vgl. http://ulrichsweb.serialssolutions.com/ (zuletzt besucht am 20.12.2015).
686 Vgl. http://ulrichsweb.serialssolutions.com/ (zuletzt besucht am 20.12.2015).
687 *Weishaupt*, S. 186.
688 Siehe http://www.elsevier.com/online-tools/scopus/content-overview (zuletzt besucht am 20.12.2015).
689 *Lutz*, S. 185; *Weishaupt*, S. 186.
690 *Lutz*, S. 185; *Shavell*, 2 J. Legal Analysis 301, 334 (2010); *Fry/Probets/Creaser/Greenwood/Spezi/Whitery*, S. 54.
691 *Björk/Solomon*, BMC Medicine 2012, 10:73, S. 3.
692 *Weishaupt*, S. 99; *Dubini/di Trani/Micheli,* S. 13; *Denicola*, 85 Neb. L. Rev. 351, 360 (2006); *Taubert/Weingart*, S. 177; *Meier*, S. 78; *Boni*, Leviathan 2010, 293, 306; *Schmalenbach*, S. 34; siehe auch *Kommission*, Study on the scientific publication markets in Europe, S. 22.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ten zweifeln:[693] In einer US-amerikanischen Befragung begründeten 69 % der Autoren, die Veröffentlichungen in Open-Access-Zeitschriften ablehnen („non-OA authors"), ihre Präferenz für Subskriptionszeitschriften mit dem geringen Impact Factor und allgemein dem geringen Renommee von Open-Access-Journalen.[694] Im Rahmen einer Studie der Deutschen Forschungsgemeinschaft äußerten 73,1 % der Autoren die Sorge, dass sie mit Open-Access-Erstveröffentlichungen seltener zitiert würden; 65,2 % befürchteten Nachteile bei der Beurteilung ihrer wissenschaftlichen Leistung.[695] Eine Befragung deutscher und amerikanischer Wissenschaftler hat ergeben, dass 58 % den Impact Factor von Open-Access-Zeitschriften als zu gering erachten und 60 % mit Open-Access-Erstveröffentlichungen Nachteile für ihre wissenschaftliche Karriere verbinden.[696] In einer weiteren Befragung hielten 77 % der Autoren die Subskriptionszeitschrift im Hinblick auf den Impact Factor für überlegen; ganze 92 % hielten Subskriptionszeitschriften für renommierter![697] Zwar spiegeln die Ergebnisse dieser Befragungen rein subjektive Meinungen wider und existieren Studien, die objektiv höhere Zitierraten – wenngleich keinen höheren Impact Factor – bei Open-Access-Zeitschriften feststellen.[698] Bei der Substituierbarkeit aus Autorensicht kommt es aber auf die subjektive Sichtweise an.[699]

693 *Lutz*, S. 184; *Loos*, MDMV 2013, 90, 94; *Schmalenbach*, S. 34; siehe auch *Shavell*, 2 J. Legal Analysis 301, 334 (2010) („Indeed, I suspect that many academic authors would consider their lack of prestige a more serious disadvantageous of open access publications than possibly having to pay publication fees").

694 *Swan/Brown*, S. 29.

695 *DFG*, S. 49.

696 *Hess/Wigand/Mann/v. Walter*, S. 9 u. 10.

697 *Schmalenbach*, S. XVII.

698 *Stempfhuber*, S. 119 m.w.N.; *Schmalenbach*, S. 27 m.w.N.; *Chanier*, S. 42 ff. m.w.N.; *Farchy/Froissart*, Hermès 57 (2010), 137, 143 m.w.N.

699 *Denicola*, 85 Neb. L. Rev. 351, 360 (2006) („In any case, authors' perceptions matter here more than reality").

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(d) Zwischenergebnis

Damit sind Subskriptions- und Open-Access-Zeitschriften im Hinblick auf das Renommee aus Autorensicht nur sehr eingeschränkt austauschbar.[700] Wohl deshalb[701] nehmen Open-Access-Zeitschriften noch immer eine untergeordnete Rolle ein.[702] So sind von den aktuell 140.574 im Ulrich's Periodicals Directory verzeichneten Zeitschriften nur 16.271, also 11,6 %, frei zugänglich.[703] Solange einige Subskriptionszeitschriften ähnlich einem Rating als „Triple A" gelten und Open-Access-Journale den Odeur einer niederen Qualität genießen, wird sich an der eingeschränkten Substituierbarkeit aus Autorensicht auch wenig ändern.[704] Bis eine Open-Access-Zeitschrift das enorme Prestige einer „Nature" oder „Science" erreicht, wird viel Zeit vergehen.[705]

(4) Zwischenergebnis

Aus Autorensicht ist die Veröffentlichung wissenschaftlicher Aufsätze in einer Subskriptionszeitschrift auf absehbare Zeit nur eingeschränkt substituierbar. Damit werden die meisten wissenschaftlichen Artikel in Sub-

700 *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 6; *Bramble*, 20 Harv. J. L. & Tech. 209, 220 (2006); *Denicola*, 85 Neb. L. Rev. 351, 360 (2006); *Shavell*, 2 J. Legal Analysis 301, 334 (2010); *Egloff*, sic! 2007, 705, 712.

701 *Denicola*, 85 Neb. L. Rev. 351, 357 (2006) („The most formidable obstacle to the success of open-access journals, however, is not their competitors but their prospective authors"); *Weishaupt*, S. 17.

702 *Lutz*, S. 191; *Brintzinger*, Leviathan 2010, 331, 335 („Die Aufregung in der Diskussion steht in völlig umgekehrtem Verhältnis zur quantitativen Bedeutung des Open Access"); *Dillaerts*, S. 37 („Peu de revues scientifiques en libre accès sont éditées en France").

703 Vgl. http://ulrichsweb.serialssolutions.com/ (zuletzt besucht am 20.12.2015).

704 *Spindler*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 301; siehe auch *Peukert*, JIPITEC 4 (2013), 142, 152 („Abgesehen von politischen Widerständen bedarf es noch erheblicher infrastruktureller und wissenschaftsinstitutioneller Vorleistungen, um einen solchen Paradigmenwechsel überhaupt als wissenschaftsadäquat und damit verfassungsrechtlich zulässig erscheinen zu lassen"); *Bajon*, S. 107 f.

705 *House of Commons*, S. 12; *Bramble*, 20 Harv. J. L. & Tech. 209, 219 (2006); siehe auch *Boni*, Leviathan 2010, 293, 304 („Die ‚natürlichen Eintrittsbarrieren' der etablierten STM-Zeitschriften wurden nicht geschleift, Open-Access-Zeitschriften erreichen nicht deren gewachsenes Renommee").

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

skriptionszeitschriften vermarktet. Aufgrund ihrer sehr eingeschränkten Substituierbarkeit bilden sie dann jeweils eigene, atomistische „Märkte". Solange sich die Autoren gegen eine Veröffentlichung in Open-Access-Zeitschriften („Golden Open Access") entscheiden dürfen, ist mit einem Systemwechsel allenfalls langfristig zu rechnen.[706] Bisher jedenfalls hat der „Golden Open Access" kaum Abhilfe geschaffen.[707]

cc) Substituierbarkeit wissenschaftlicher Artikel aus Nutzersicht

Die Frage ist nun, wie viele Anbieter auf diesen „Märkten" vorhanden sind. Kann der in einer Subskriptionszeitschrift erschienene Artikel durch ein anderes „Produkt" desselben Aufsatzes aus Nutzersicht substituiert werden? Oder steht einer solchen Substituierbarkeit das geltende Recht entgegen? Als Substitute kommen öffentlich verfügbare Kopien des Artikels (unten (1)), Open-Access-Zweitveröffentlichungen („Green Open Access", unten (2)) und Zweitverwertungen (unten (3)) in Betracht.

(1) Öffentlich verfügbare Kopien des Artikels

Die Substituierbarkeit wissenschaftlicher Artikel durch öffentlich verfügbare Kopien hängt davon ab, inwieweit das Urheberrecht die öffentliche Verfügbarmachung erlaubt.

706 *Peukert*, in: *Grünberger/Leible*, Die Kollision von Urheberrecht und Kommunikationsverhalten der Nutzer, S. 148; *Spindler*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 303; *Bäuerle*, S. 7; *Egloff*, sic! 2007, 705, 712.

707 Vgl. *Hilty*, GRUR 2009, 633, 638 („So sehr diese Überlegungen in der Fachwelt zu Reden geben, […] so wenig durchschlagend sind bei nüchterner Betrachtung bis heute die Erfolge"); *Hilty/Bajon*, ZfBB 2008, 257, 261; *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 6; *Dillaerts*, S. 37 („La voie d'Or n'a pas réellement réussi à percer autant en France que la voie Verte"); *Boni*, Leviathan 2010, 293, 309 („Open-access hat bisher die Strukturen auf dem Markt vor allem der durch ein quasi natürliches Monopol geschützten traditionell hoch reputierlichen STM-Zeitschriften nicht aufbrechen können. Eine spürbare und dauerhafte preisliche Entlastung ist nicht eingetreten"); *Peukert*, JIPITEC 4 (2013), 142, 150; *Krujatz*, S. 62; *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit, S. 16.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(a) Öffentliche Verfügbarmachung nach deutschem Recht

Das geltende deutsche Urheberrecht erlaubt die öffentliche Verfügbarmachung von Kopien wissenschaftlicher Artikel auf dreifache Weise: als öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung (unten (aa)), als Wiedergabe an elektronischen Leseplätzen in öffentlichen Bibliotheken, Museen und Archiven (unten (bb)) und als Kopienversand auf Bestellung (unten (cc)).[708]

(aa) Öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung

Nach § 52a Abs. 1 UrhG dürfen veröffentlichte kleine Teile eines Werkes, Werke geringen Umfangs sowie einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften zur Veranschaulichung im Unterricht ausschließlich für den bestimmt abgegrenzten Kreis von Unterrichtsteilnehmern (Nr. 1) und veröffentlichte Teile eines Werkes, Werke geringen Umfangs sowie einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften ausschließlich für einen bestimmt abgegrenzten Kreis von Personen für deren eigene wissenschaftliche Forschung (Nr. 2) öffentlich zugänglich gemacht[709] werden, soweit dies zu dem jeweiligen Zweck geboten und zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist.

Damit ist das Uploaden zu Unterrichts- und Forschungszwecken zwar erlaubt, aber nur sehr eingeschränkt: Erstens dürfen nur „einzelne" Zeitschriftenartikel, also wenige Beiträge, keinesfalls die ganze Zeitschrift,[710] hochgeladen werden. Zweitens dürfen diese Kopien nur einem „bestimmt abgegrenzten Personenkreis" zugänglich gemacht werden, nämlich nur denjenigen Studenten, die die betreffende Veranstaltung besuchen,[711] bzw.

708 Dabei handelt es sich um gesetzliche Lizenzen mit Vergütungspflicht, §§ 52a Abs. 4 S. 1, 52b S. 3, 53a Abs. 2 S. 1 UrhG. Die gesetzlichen Lizenzen der §§ 46, 53 UrhG, die eine Vervielfältigung zum Gebrauch durch behinderte Menschen bzw. zum privaten oder eigenen wissenschaftlichen Gebrauch erlauben, bleiben unberücksichtigt.

709 Zur Legaldefinition des „Uploadrechts" siehe § 19a UrhG.

710 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 52a Rdnr. 5, u. § 53, Rdnr. 33; *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 52a, Rdnr. 7; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 52a, Rdnr. 10; *Bajon*, S. 338; *Lutz*, S. 73.

711 BGH GRUR 2014, 549, 553, Rdnr. 40 – „Meilensteine der Psychologie".

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

denjenigen Wissenschaftlern, die demselben – kleinen[712] – Forschungsteam (z.B. Lehrstuhl, Arbeitsgruppe von Doktoranden)[713] angehören.[714] Drittens ist die öffentliche Zugänglichmachung nur „geboten", soweit der Artikel nicht in digitaler Form zu „angemessenen Bedingungen" vom Rechtsinhaber bezogen werden kann.[715] Weil der Uploader das Risiko einer unzutreffenden Einschätzung der Angemessenheit trägt,[716] wird er einem Online-Angebot des Verlages kaum „Konkurrenz" machen wollen.[717]

Damit ist die Wahrscheinlichkeit, einen Artikel durch eine öffentlich zugänglich gemachte Kopie substituieren zu können, sehr gering: Der Uploader muss den Artikel – oder eine Kopie derselben – erst einmal besitzen, um ihn kopieren und hochladen zu können; er muss dies tatsächlich tun; er darf nur „einzelne" Artikel uploaden; der Rechtsinhaber darf den Artikel nicht online anbieten; und der Nutzungswillige muss auch noch „zufällig" die Veranstaltung des Uploaders besuchen bzw. dessen Forschungsteam angehören. Damit ist aus Sicht des einzelnen Nutzers ein wissenschaftlicher Artikel nur sehr eingeschränkt durch öffentlich zugänglich gemachte Kopien substituierbar.

712 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 15/837, S. 34; *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 52a, Rdnr. 12; *ders.*, in: *Loewenheim*, HdbUrhR[2], § 31, Rdnr. 90; *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 52a, Rdnr. 14; *Bajon*, S. 342; *Lutz*, S. 74.

713 *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 52a, Rdnr. 33; *Lutz*, S. 75.

714 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 52a Rdnr. 11; *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 52a, Rdnr. 12; *ders.*, in: *Loewenheim*, HdbUrhR[2], § 31, Rdnr. 90; *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 52a, Rdnr. 14; *Bajon*, S. 342 ff.; *Lutz*, S. 74.

715 BGH GRUR 2014, 549, 554, Rdnr. 58 – „Meilensteine der Psychologie"; GRUR 2013, 1220, 1225, Rdnr. 45 – „Gesamtvertrag Hochschul-Intranet".

716 BGH GRUR 2013, 1220, 1225, Rdnr. 47 u. 57 – „Gesamtvertrag Hochschul-Intranet".

717 *Hilty/Bajon*, ZfBB 2008, 257, 258; *Bajon*, S. 550; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 52a Rdnr. 12; LG Stuttgart GRUR-RR 2011, 419, 423; siehe auch *Pflüger*, ZUM 2012, 444, 450 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(bb) Wiedergabe von Werken an elektronischen Leseplätzen in öffentlichen Bibliotheken, Museen und Archiven

Nach § 52b UrhG dürfen veröffentlichte Werke aus dem Bestand öffentlich zugänglicher Bibliotheken, Museen oder Archive, die keinen unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlichen oder Erwerbszweck verfolgen, ausschließlich in den Räumen der jeweiligen Einrichtung an eigens dafür eingerichteten elektronischen Leseplätzen zur Forschung und für private Studien zugänglich gemacht werden, soweit dem keine vertraglichen Regelungen entgegenstehen (S. 1); zudem dürfen nicht mehr Exemplare eines Werkes wiedergegeben werden, als der Bestand der Einrichtung erfasst (S. 2).

Anders als § 52a UrhG ist § 52b UrhG in seinem Anwendungsbereich weder im Hinblick auf die Nutzer – die Bibliothek ist öffentlich zugänglich –, noch im Hinblick auf das Werk – es darf vollständig wiedergegeben werden[718] – eingeschränkt. § 52b UrhG gilt auch für den Fall, dass die Publikation in digitaler Form zu „angemessenen Bedingungen" vom Rechtsinhaber bezogen werden könnte, aber nicht bezogen wird („keine Regelungen über Verkauf und Lizenzen gelten"[719]).[720] Dennoch kann ein wissenschaftlicher Artikel nur sehr eingeschränkt durch eine elektronisch wiedergegebene Kopie substituiert werden: Zum einen ist die elektronische Wiedergabe auf grafische Dateien beschränkt, die – anders als eine Online-Publikation – keine Volltextsuche erlauben;[721] da hilft es wenig, dass „Wiedergabe" auch das Ausdrucken auf Papier und das Abspeichern auf einen USB-Stick erfasst.[722] Zum anderen – dies ist entscheidend – muss die Bibliothek die Publikation, z.B. die den Artikel enthaltene Zeitschrift, zunächst erwerben und ihrem Bestand hinzufügen, um sie anschließend elektronisch wiedergeben können.[723] Damit mag zwar die Nachfrage nach einem zusätzlichen Zeitschriftenexemplar ersetzt werden,

718 *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 52b, Rdnr. 5; *Bajon*, S. 377.
719 Art. 5 Abs. 3 lit. n Informationsgesellschafts-RL.
720 Pressemitteilung des BGH Nr. 064/2015 v. 16.4.2015.
721 *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 52b, Rdnr. 18; *Lutz*, S. 150.
722 Pressemitteilung des BGH Nr. 064/2015 v. 16.4.2015.
723 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 52b, Rdnr. 8; *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 52b, Rdnr. 6; *ders.*, in: *Loewenheim*, HdbUrhR[2], § 31, Rdnr. 102; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 52b, Rdnr. 3; *Bajon*, S. 392; *Lutz*, S. 144.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

etwa wenn das bereits erworbene gerade ausgeliehen ist.[724] Die Nachfrage nach dem Artikel als solchem können elektronische Leseplätze aber nicht substituieren.

(cc) Kopienversand auf Bestellung

Nach § 53a Abs. 1 UrhG ist die Vervielfältigung und Übermittlung einzelner in Zeitungen und Zeitschriften erschienener Beiträge im Wege des Post- oder Faxversands durch öffentliche Bibliotheken auf Einzelbestellung erlaubt, sofern der Besteller das Werk zum privaten oder sonstigen eigenen, also auch wissenschaftlichen, Gebrauch i.S.v. § 53 UrhG nutzen möchte (S. 1). In sonstiger elektronischer Form ist die Vervielfältigung und Übermittlung ausschließlich als grafische Datei und zur Veranschaulichung des Unterrichts oder für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung zulässig, soweit dies zur Verfolgung nicht gewerblicher Zwecke gerechtfertigt ist (S. 2); zudem darf der Zugang zu den Beiträgen den Mitgliedern der Öffentlichkeit nicht offensichtlich von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl mittels einer vertraglichen Vereinbarung zu angemessenen Bedingungen ermöglicht werden (S. 3).

Der wesentliche Unterschied zu § 52b UrhG besteht darin, dass die Bibliothek die Zeitschrift bzw. den einzelnen Artikel nicht selbst vorhalten muss; zum Kopienversand kann die Bibliothek auch auf Bestände anderer Bibliotheken zurückgreifen.[725] Einer vollständigen Substituierbarkeit stehen aber weitreichende Beschränkungen entgegen: Zunächst dürfen – wie bei § 52a Abs. 1 Nr. 1 UrhG – nur „einzelne" Zeitschriftenartikel übermittelt werden.[726] Dabei werden nur Aufsatzkopien aus gedruckten Zeitschriften versendet;[727] Artikel aus *e-only*-Zeitschriften stehen von vornhe-

724 *Hilty*, Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 8; siehe auch *Bajon*, S. 393.

725 *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 53a, Rdnr. 5; *ders.*, in: *Loewenheim*, HdbUrhR[2], § 31, Rdnr. 66; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 53a Rdnr. 3; *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 53a, Rdnr. 15; *Bajon*, S. 447 f.; *Lutz*, S. 129.

726 *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 53a, Rdnr. 4; *ders.*, in: *Loewenheim*, HdbUrhR[2], § 31, Rdnr. 66; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 53a Rdnr. 8; *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 53a, Rdnr. 16 u. 18; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 53a, Rdnr. 10; *Bajon*, S. 448 f.; *Lutz*, S. 124.

727 Siehe http://www.subito-doc.de/index.php?lang=de&mod=page&pid=Dokumentlieferung (zuletzt besucht am 20.12.2015).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rein nicht zur Verfügung.[728] Weiter dürfen die Artikel grundsätzlich nur im Wege des Post- oder Faxversandes übermittelt werden, was selbst bei einer Eilbestellung mehrere Tage in Anspruch nehmen kann.[729] Nur für den Fall, dass kein „angemessenes" Online-Angebot des Rechtsinhabers existiert, dürfen die Zeitschriftenartikel auch per E-Mail verschickt werden. Praktisch scheidet ein elektronischer Kopienversand aber bereits dann aus, wenn überhaupt ein Online-Angebot existiert und dieses über die Elektronische Zeitschriftenbibliothek nachgewiesen ist;[730] den Bibliotheken ist das Risiko einer unzutreffenden Einschätzung der Angemessenheit offenbar zu hoch.[731] Zwar hat Subito mit einzelnen Verlegern Lizenzverträge geschlossen, die auch bei Bestehen eines Online-Angebotes einen E-Mail-Versand erlauben;[732] in diesen Fällen wird aber nur eine DRM-geschützte Bilddatei übermittelt, die keine Volltextsuche erlaubt[733] und auf nur einem Rechner höchstens zehnmal angesehen bzw. zweimal ausgedruckt werden kann, und das auch nur für die Dauer eines Monats.[734] Der Kopienversand ist in der Informationsgesellschaft ein Auslaufmodell.[735] Kaum ein Wissenschaftler wird zu jeder in einer Fußnote zitierten Publikation eine Kopie bestellen, um dann nach Bearbeitung des Bestellauftrages und Eingang des Aufsatzes in einer Fußnote auf die nächsten Publikation zu stoßen, deren Kopie er erneut in Auftrag geben muss.[736] Stattdessen wird er bzw. sein Mitarbeiter in die Bibliothek gehen, dort die entsprechende Literatur unter Nachverfolgung ganzer Ketten von Literaturverweisen zusammensuchen und selbst kopieren bzw. ausdrucken.[737] Das

728 *Hilty/Bajon*, ZfBB 2008, 257, 260.
729 Vgl. http://www.subito-doc.de/index.php?pid=Liefer (zuletzt besucht am 20.12.2015).
730 Siehe http://www.subito-doc.de/index.php?pid=Emaillieferung-Wasserzeichen (zuletzt besucht am 20.12.2015).
731 Vgl. *Bajon*, S. 503; siehe auch *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 53a, Rdnr. 36 („Wie die Angemessenheit in der Praxis ermittelt werden soll, ist unklar"); *Lutz*, S. 133.
732 Siehe http://www.subito-doc.de/index.php?pid=Vertraege.
733 *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 53a, Rdnr. 26; *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, HdbUrhR[2], § 31, Rdnr. 73; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 53a Rdnr. 10; *Bajon*, S. 476; *Lutz*, S. 125.
734 Siehe http://www.subito-doc.de/index.php?pid=DRM-GALS (zuletzt besucht am 20.12.2015).
735 *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 53a, Rdnr. 5.
736 *Hilty*, Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 11.
737 *Hilty*, Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 11.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kann er aber nur, wenn die entsprechende Literatur in der Bibliothek vorhanden ist. Damit kann auch der Kopienversand die Nachfrage nach wissenschaftlichen Artikeln nur sehr eingeschränkt ersetzen.[738]

(dd) Zwischenergebnis

Nach geltendem deutschem Recht können wissenschaftliche Artikel nur sehr eingeschränkt durch öffentlich verfügbare Kopien substituiert werden.

(b) Öffentliche Verfügbarmachung nach französischem Recht

Das geltende französische Urheberrecht gestattet eine öffentliche Verfügbarmachung von Kopien wissenschaftlicher Artikel als Wiedergabe oder Vervielfältigung für Unterricht und Forschung (unten (aa)) und als Wiedergabe an Terminals in öffentlichen Bibliotheken, Museen und Archiven (unten (bb)).[739] Eine gesetzliche Lizenz zum Kopienversand ist dem geltenden französischen Recht unbekannt.[740]

(aa) Wiedergabe oder Vervielfältigung für Unterricht und Forschung

Nach Art. L. 122-5 Nr. 3 lit. e CPI[741] ist die Wiedergabe oder die Vervielfältigung von Werkauszügen, ausschließlich zur Veranschaulichung des Unterrichts und der Forschung, erlaubt, sofern sich die Wiedergabe bzw.

738 *Hilty*, Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 8; siehe auch *Hilty/Bajon*, ZfBB 2008, 257, 260.

739 Dabei handelt es sich um gesetzliche Lizenzen mit (Art. L. 122-5 Nr. 3 lit. e CPI) bzw. ohne Vergütungspflicht (Art. L. 122-5 Nr. 8 Alt. 2 CPI). Die gesetzlichen Lizenzen der Art. L. 122-5 Nr. 2, Nr. 7, Nr. 8 Alt. 1 CPI, die eine Vervielfältigung zum privaten Gebrauch, zum Gebrauch durch behinderte Menschen, bzw. zu Aufbewahrungszwecken erlauben, bleiben unberücksichtigt.

740 Vgl. die Übersicht bei *Galopin*, S. 438 f.

741 Für die verwandten Leistungsschutzrechte *(droits voisins)* und Datenbankschutzrechte *(droits des producteurs de bases de donnés)* sind in Art. L. 211-3 Nr. 3, L. 342-3 Nr. 4 CPI ähnliche gesetzliche Lizenzen geregelt, eingehend *Alleaume*, Légicom 39 (2007), 47, 51 f.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Vervielfältigung, insbesondere durch einen digitalen Arbeitsraum, an ein Publikum richtet, das überwiegend aus Schülern, Studenten, Lehrern oder Forschern besteht, die direkt von dem Unterricht, der Lehre oder der Forschung, die diese Vervielfältigung und Wiedergabe erfordern, betroffen sind, und sofern die Nutzung dieser Wiedergabe oder Vervielfältigung keinerlei kommerzieller Verwertung dient.[742]

Die Vorschrift unterscheidet sich von § 52a UrhG im Wesentlichen darin, dass dort nur die öffentliche Zugänglichmachung und die dazu erforderliche Vervielfältigung (Abs. 3) geregelt sind, während hier auch die zum Upload nicht erforderliche Vervielfältigung zu Unterrichts- und Forschungszwecken erlaubt wird; darüber hinaus wird „erfordern" – anders als „geboten" i.S.v. § 52a Abs. 1 UrhG – nicht als eine negative Voraussetzung eines „angemessenen" Online-Angebots ausgelegt.[743] Andererseits sollen – in Anlehnung an Art. 5 Abs. 3 lit. n Informationsgesellschafts-RL – für die betroffenen Werke „keine Regelungen über Verkauf und Lizenzen gelten" dürfen[744], was bei entsprechender Auslegung auf dasselbe hinausläuft. Aber selbst wenn die Möglichkeit, die Publikation online zu beziehen, der Anwendbarkeit des Art. L. 122-5 Nr. 3 lit. e CPI nicht entgegensteht, ermöglicht auch diese Vorschrift nur sehr eingeschränkt eine Substitution wissenschaftlicher Artikel. Denn der Uploader muss den Arti-

742 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dietz*, GRUR Int. 2007, 692, 693, unter Berücksichtigung der geltenden Fassung: „Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire: […] 3° […] e) La représentation ou la reproduction d'extraits d'œuvres […] à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche […] dès lors que cette représentation ou cette reproduction est destinée, notamment au moyen d'un espace numérique de travail, à un public composé majoritairement d'élèves, d'étudiants, d'enseignants ou de chercheurs directement concernés par l'acte d'enseignement, de formation ou l'activité de recherche nécessitant cette représentation ou cette reproduction, […] que l'utilisation de cette représentation ou cette reproduction ne donne lieu à aucune exploitation commerciale […]."

743 Beide beruhen auf Art. 5 Abs. 3 lit. a Informationsgesellschafts-RL. Ausführlich zu Art. L. 122-5 Nr. 3 lit. e CPI *Alleaume*, Légicom 39 (2007), 47 ff.; *ders.*, Comm. com. électr. 11/2006, 11, 14 ff.; *Lebois*, RLDI 25 (2007), supplément, 18 ff.; *Galopin*, Rdnr. 216 ff.; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 437 ff.

744 *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 43. Bis zur Gesetzesänderung im Jahre 2013, die Art. L. 122-5 Nr. 3 lit. e CPI ausdrücklich um die Wiedergabe und damit die öffentliche Zugänglichmachung ergänzte, hielt ein Teil der Literatur das Uploaden von Kopien daher generell für unzulässig, *Alleaume*, Légicom 39 (2007), 47, 55; *ders.*, Comm. com. électr. 11/2006, 11, 16; a.A. *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 438.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kel – oder eine Kopie derselben – überhaupt besitzen; er muss ihn kopieren und in den „digitalen Arbeitsraum" stellen; er darf nur „Werkauszüge" (mehr als ein kurzes Zitat, höchstens zwei Artikel aus einer Ausgabe, höchstens 10 % der Ausgabe)[745] hochladen; und der Nutzungswillige muss mit dem Uploader auch noch „zufällig" denselben „digitalen Arbeitsraum" teilen.

(bb) Wiedergabe an Terminals in öffentlichen Bibliotheken, Museen und Archiven

Art. L. 122-5 Nr. 8 Alt. 2 CPI erlaubt öffentlichen Bibliotheken, Museen und Archiven die Vervielfältigung und die Wiedergabe eines Werkes in ihren Räumen an dafür eingerichteten Terminals, um die Bedingungen seiner Konsultierung zu Zwecken der Forschung und privater Studien aufrechtzuerhalten, unter der Voraussetzung, dass sie damit keine wirtschaftlichen oder kommerziellen Vorteile anstreben.[746]

Die Vorschrift entspricht § 52b UrhG,[747] mit dem Unterschied, dass dort eine Vergütungspflicht geregelt ist, hier nicht,[748] und die negative Voraus-

745 Art. 2.1 Bull. off. Education n° 7 du 17 février 2011 („[D]e toute partie d'une publication périodique qui excède la courte citation. L'extrait peut s'entendre de la reprise intégrale d'un article, étant convenu qu'un même travail pédagogique ou de recherche ne peut inclure plus de deux articles d'une même parution, sans excéder 10 % de la pagination"); siehe auch *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 381; *Alleaume*, Légicom 39 (2007), 47, 53; *ders.*, Comm. com. électr. 11/2006, 11, 15; *Lebois*, RLDI 25 (2007), supplément, 18, 19 f.; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 439.

746 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dietz*, GRUR Int. 2007, 692, 694, unter Berücksichtigung der geltenden Fassung: „Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire: […] 8° La reproduction d'une œuvre et sa représentation effectuées à des fins de conservation ou destinées à préserver les conditions de sa consultation à des fins de recherche ou d'études privées par des particuliers, dans les locaux de l'établissement et sur des terminaux dédiés par des bibliothèques accessibles au public, par des musées ou par des services d'archives, sous réserve que ceux-ci ne recherchent aucun avantage économique ou commercial."

747 Beide gehen auf Art. 5 Abs. 3 lit. n Informationsgesellschafts-RL zurück. Ausführlich zu Art. L. 122-5 Nr. 8 Alt. 2 CPI *Alleaume*, Légicom 39 (2007), 25 ff.; *ders.*, Comm. com. électr. 11/2006, 11, 16 f.; *Alix*, RLDI 25 (2007), supplément, 25 ff.; *Galopin*, Rdnr. 203 ff.; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 452.

748 *Alleaume*, Légicom 39 (2007), 25, 29 f.; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 452.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

setzung eines Online-Angebotes der Verleger zu „angemessenen Bedingungen“ fehlt, die aber – in europarechtskonformer Auslegung – von einem Teil der Literatur „hineingelesen“ wird.[749] Weil die Bibliothek die Zeitschrift auch hier zunächst erwerben muss[750], können die Terminals allenfalls die Nachfrage nach einem zusätzlichen Exemplar, nicht aber die Nachfrage nach dem Artikel als solchem ersetzen.[751]

(cc) Zwischenergebnis

Nach geltendem französischem Recht sind wissenschaftliche Artikel und öffentlich verfügbare Kopien ebenfalls nur sehr beschränkt substituierbar, zumal – anders als im deutschen Recht – keine gesetzliche Lizenz zum Kopienversand existiert.

(c) Zwischenergebnis

Sowohl nach geltendem deutschem als auch französischem Recht sind wissenschaftliche Artikel damit kaum durch öffentlich verfügbare Kopien substituierbar.

(2) Open-Access-Zweitveröffentlichung („Green Open Access“)

Die Substituierbarkeit des Artikels durch eine Open-Access-Zweitveröffentlichung setzt voraus, dass der Aufsatz überhaupt zweitveröffentlicht, also selbstarchiviert wurde. Deshalb wird zunächst untersucht, inwieweit Autoren eine Open-Access-Zweitveröffentlichung den Nutzern „anbieten“ (dürfen) (unten (a)). Erst in einem zweiten Schritt wird die Austauschbar-

749 *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 452 mit Verweis auf Art. 5 Abs. 3 lit. n Informationsgesellschafts-RL.

750 *Alleaume*, Comm. com. électr. 11/2006, 11, 16 („Concrètement, il ne s’agit pas de permettre aux bibliothèques de photocopier des revues sans les acheter“); *ders.*, Légicom 39 (2007), 25, 27 f.; *Galopin*, Rdnr. 204.

751 Siehe auch *Alleaume*, Comm. com. électr. 11/2006, 11, 16 („Toutes les discussions parlementaires indiquent qu’elle doit être comprise strictement, de façon à éviter que les reproductions autorisées ne se substituent aux achats“); *ders.*, Légicom 39 (2007), 25, 27.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

keit von Artikel und selbstarchiviertem Aufsatz aus Nutzersicht erörtert (unten (b)). Dabei sind jeweils die noch nicht akzeptierte Manuskriptversion („Preprint"), die akzeptierte Manuskriptversion und die Verlagsversion (jeweils „Postprints") zu unterscheiden: Die akzeptierte Manuskriptversion hat bereits ein Peer-Review durchlaufen und die Verlagsversion ist die exakte Kopie (typischerweise eine PDF-Datei) des nach Lektorat und Layout endgültigen Artikels.[752]

(a) Angebot

Ob Autoren ihren Aufsatz selbstarchivieren, hängt davon ab, ob sie es rechtlich dürfen und tatsächlich tun.

(aa) Zweitveröffentlichungsrecht

Hinsichtlich des Zweitveröffentlichungsrechts ist zwischen Preprints (unten [1]) und Postprints (unten [2]) zu unterscheiden.

[1] Preprints

Preprints dürfen – solange der Autor noch ausschließlicher Rechtsinhaber ist – stets frei zugänglich selbstarchiviert werden. Das französische Recht stellt dies sogar ausdrücklich klar.[753] Fraglich ist allein, ob der Verleger einen bereits vom Autor „zweitveröffentlichten" Beitrag überhaupt noch „erstveröffentlicht". Laut Datenbank RoMEO sind dazu aktuell 42 % der Verleger bereit.[754] Ein anderes Bild ergibt sich, wenn man nicht auf die Verlage, sondern auf die Artikel abstellt. Einer aktuellen Studie zufolge dürfen von den über 1,1 Mio. Aufsätzen, die 2010 in den Zeitschriften der 100 größten Verlage publiziert wurden, 82,5 % als Preprints auf der eige-

752 *Björk/Laakso/Welling/Paetau*, 65 JASIST 237, 238 (2014).

753 Art. L. 122-7-1 CPI („L'auteur est libre de mettre ses œuvres gratuitement à la disposition du public, sous réserve des droits des éventuels coauteurs et de ceux des tiers ainsi que dans le respect des conventions qu'il a conclues").

754 Vgl. http://www.sherpa.ac.uk/romeo/statistics.php?la=en&fIDnum=|&mode=simple (zuletzt besucht am 20.12.2015); siehe auch *Dillaerts*, S. 141; *Sandberger*, ZUM 2013, 466, 467; *Bajon*, S. 92.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nen Internetseite, in einem institutionellen (z.B. MPG.PuRe[755]) oder in einem disziplinären (z.B. arXiv[756]) Repositorium selbstarchiviert werden.[757]

[2] Postprints

Bei Postprints kommt es darauf an, was die Parteien vereinbart haben. Nach deutschem Recht bilden die Urheberpersönlichkeitsrechte und Verwertungsrechte ein einheitliches Urheberrecht, das nicht übertragen werden kann (§ 29 Abs. 1 UrhG) (sog. Monismus)[758]. Freilich kann der Autor dem Verleger das einfache oder ausschließliche Recht einräumen, das Werk auf einzelne oder alle Nutzungsarten zu verwerten (§§ 29 Abs. 2, 31 Abs. 1 UrhG). Nach französischem Recht sind die *droits moraux* und *droit patrimoniaux* getrennte Rechte (sog. Dualismus). Während die *droits moraux* ebenfalls unveräußerlich sind (Art. L. 121-1 Abs. 3 CPI[759]), kann der Autor dem Verleger einzelne oder alle *droits patrimoniaux* übertragen (Art. L. 122-7 Abs. 1[760], L. 131-4 Abs. 1 S. 1 CPI[761]) bzw. ihm eine einfache oder ausschließliche Lizenz[762] erteilen.[763] Zwar geht der französische Gesetzgeber davon aus, dass der Verlagsvertrag (stets) die Übertragung

755 So die Bezeichnung des Publikationsrepositoriums der Max-Planck-Gesellschaft, siehe http://pubman.mpdl.mpg.de/pubman/ (zuletzt besucht am 20.12.2015).

756 Das von der Cornell University Library betriebene Repositorium enthält Preprints aus den Disziplinen Physik, Mathematik, Informatik, quantitative Biologie, Finanzmathematik und Statistik, siehe http://arxiv.org/ (zuletzt besucht am 20.12.2015).

757 *Laakso*, Scientometrics 2013, DOI: 10.1007/s11192-013-1205-3, S. 12 u. 14.

758 Zum deutschen Monismus und französischen Dualismus siehe bereits 1. Kapitel A. I. 3.

759 „Il est […] inaliénable […]."

760 „Le droit de représentation et le droit de reproduction sont cessibles […]."

761 „La cession par l'auteur de ses droits sur son œuvre peut être totale ou partielle."

762 Die Lizenz ist im französischen Urheberrecht zwar nicht gesetzlich geregelt, aber in praxi natürlich anerkannt, *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 298; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 821; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 630. Zur einfachen und ausschließlichen Lizenz *Boisson*, Rdnr. 358; *Abello*, Rdnr. 561.

763 Zur Abgrenzung von Übertragung und Lizenzierung *Hilty*, Lizenzvertragsrecht, § 1 D. I.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

beinhaltet (Art. L. 132-1 CPI[764]).[765] Allerdings gilt die Ausschließlichkeit des übertragenen Verwertungsrechts nur, soweit nichts anderes vereinbart ist (Art. L. 132-8 Abs. 1 CPI[766]). Haben die Parteien die „Übertragung" ohne Ausschließlichkeit vereinbart, ist der Verleger einem (einfachen) Lizenznehmer gleichgestellt.[767] Grundsätzlich können sich die Autoren also sowohl nach deutschem[768], als auch französischem Recht[769] ein Open-Access-Zweitveröffentlichungsrecht vorbehalten, entweder indem sie das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a UrhG) – in Frankreich ein unbenannter Fall des Darbietungsrechts *(droit de représentation)* (Art. L. 122-2 CPI[770])[771] – überhaupt nicht einräumen/übertragen; oder indem sie dem Verleger lediglich eine einfache Lizenz zur öffentlichen Zugänglichmachung erteilen.

Praktisch lassen sich die Verleger aber alle Nutzungsrechte ausschließlich einräumen bzw. alle *droits patrimoniaux* zu ihrer ausschließlichen Nutzung übertragen.[772] Meistens erhalten die Autoren dafür noch nicht

764 „Le contrat d'édition est le contrat par lequel l'auteur […] ou ses ayants droit cèdent […] le droit de fabriquer ou de faire fabriquer en nombre des exemplaires de l'œuvre […].".

765 *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 429; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 718; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 710; *Linant de Bellefonds*, Rdnr. 792.

766 „L'auteur doit garantir à l'éditeur l'exercice paisible et, sauf convention contraire, exclusif du droit cédé."

767 *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 436 („[S]i le droit n'est pas cédé à titre exclusif, il faut considérer que le contrat s'apparente à une licence"); *Linant de Bellefonds*, Rdnr. 815 („Or, en prévoyant la possibilité de la cession non exclusive d'un droit, il semble que cette disposition évoque davantage une licence, non exclusive de surcroît"); *Boisson*, Rdnr. 417.

768 *Peukert*, JIPITEC 4 (2013), 142, 149; *Bäuerle*, S. 6; *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit, S. 16.

769 *Benabou*, Hermès 57 (2010), 95, 103.

770 „La représentation consiste dans la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque."

771 *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 316; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 527; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 309; *Linant de Bellefonds*, Rdnr. 427.

772 *Hilty*, GRUR 2009, 633, 638; *Bäuerle*, S. 6; *CNRS*, Avis sur les relations entre chercheurs et maisons d'édition scientifique, S. 1; *Dillaerts*, S. 155; *Chanier*, S. 50; *Ginsburg*, in: *Loewenheim*, FS Nordemann, S. 714; *Steinhauer*, Bibliotheksdienst 2006, 734, 735; *Bajon*, S. 91.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einmal eine Vergütung.[773] Die Einräumung/Übertragung aller Rechte an den Verleger ist der Preis, den die Autoren für ihr wissenschaftliches Fortkommen zahlen.[774] Da wissenschaftliche Publikationen aus Autorensicht nur sehr eingeschränkt substituierbar sind, tendiert die Preiselastizität gegen Null,[775] zumal die meisten Wissenschaftler ein Gehalt ihres öffentlich-rechtlichen Dienstherrn beziehen.[776] Damit geben die Autoren auch ihr Zweitveröffentlichungsrecht preis. Der deutsche Gesetzgeber hat reagiert, indem er zum 1. Januar 2014 mit § 38 Abs. 4 UrhG ein zwingendes Zweitveröffentlichungsrecht für wissenschaftliche Aufsätze eingeführt hat.[777] Danach hat der Autor eines wissenschaftlichen Beitrages, der im Rahmen einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit entstanden und in einer periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung erschienen ist, auch dann, wenn er dem Verleger oder Herausgeber ein ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt hat, das unabdingbare Recht, den Beitrag nach Ablauf von 12 Monaten seit der Erstveröffentlichung in der akzeptierten Manuskriptversion öffent-

---

773 *Hilty*, GRUR Int. 2006, 179, 184; *ders.*, in: *Torremans*, Copyright Law, S. 326; *Peukert*, JIPITEC 4 (2013), 142, 145; *CNRS*, Avis sur les relations entre chercheurs et maisons d'édition scientifique, S. 1; *Chanier*, Archives ouvertes et publication scientifique, S. 50; *Farchy/Froissart*, Hermès 57 (2010), 137, 144; *Dillaerts*, S. 145; *Bajon*, S. 95; *Peifer*, NJW 2014, 6, 11; *Eger*, S. 131; *Kerber*, ZGE 2013, 245, 269; *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 148.

774 *Ginsburg*, in: *Loewenheim*, FS Nordemann, S. 714; *Bajon*, S. 94; *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit, S. 17; *Eger*, S. 132.

775 *Farchy/Froissart*, Hermès 57 (2010), 137, 146; *Bajon*, S. 93 f.; siehe auch *Hilty*, GRUR 2009, 633, 635; *ders.*, Propr. intell. 15 (2005), 140, 143; *ders.*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 122; *Hilty et al.*, IIC 2009, 309, 315.

776 *Hilty*, 53 JCSUSA 103, 122 (2006); *Peukert*, JIPITEC 4 (2013), 142, 145; *Dillaerts*, S. 155; s. auch *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 148.

777 Zu § 38 Abs. 4 UrhG siehe den Gesetzentwurf v. 8.5.2013, BT-Drs. 17/13423; die Beschlussempfehlung und den Bericht des Rechtsausschusses v. 26.6.2013, BT-Drs. 17/14194 u. BT-Drs. 17/14217; das Plenarprotokoll v. 27.6.2013, BT-PlPr. 17/250, S. 32442 ff.; den Beschluss des Bundesrates v. 20.9.2013, BR-Drs. 643/13; *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 4 ff.; *Krings/Hentsch*, ZUM 2013, 909 ff.; *Sandberger*, ZUM 2013, 466 ff.; *Sprang*, ZUM 2013, 461 ff.; *Klass*, GRUR Int. 2013, 881, 893; *Kunz-Hallstein/Loschelder*, GRUR 2013, 480, 481 ff.; *Peifer*, NJW 2014, 6, 10 ff. Zu den in der Literatur unterbreiteten Vorschlägen im Vorfeld siehe *Hansen*, GRUR Int. 2005, 378 ff.; *ders.*, GRUR Int. 2009, 799 ff.; *Krujatz*, S. 279 ff.; *Lutz*, S. 227 ff.; *Hirschfelder*, Anforderungen an eine rechtliche Verankerung des Open Access Prinzips, S. 144 ff.; *ders.*, MMR 2009, 444 ff.; *Heckmann/Weber*, GRUR Int. 2006, 995 ff.; *Steinhauer*, Bibliotheksdienst 2006, 734 ff..

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lich zugänglich zu machen, soweit dies keinem gewerblichen Zweck dient. Das französische Recht kennt keine vergleichbare Regelung, wohl deshalb, weil die meisten Verlage ohnehin eine Selbstarchivierung wissenschaftlicher Artikel zulassen.[778] Laut Datenbank RoMEO sind dies weltweit derzeit 69 %; zählt man die Preprints hinzu, erlauben sogar 76 % der Verleger eine Selbstarchivierung.[779] Ein ähnliches Bild ergibt sich, wenn man nicht auf die Verlage, sondern auf die Artikel abstellt. Einer aktuellen Studie zufolge dürfen von den über 1,1 Mio. Artikeln, die 2010 in den Zeitschriften der 100 größten Verlage erstveröffentlicht wurden, 81,3 % als akzeptierte Manuskriptversion zweitveröffentlicht werden: 64,6 % ohne Wartefrist, 3,4 % nach sechs Monaten, 11,2 % nach 12 Monaten und 1,8 % nach 18 Monaten und 0,3 % nach zwei Jahren.[780] Allerdings dürfen nur 11,4 % der Artikel (9,3 % sofort, 0,8 % nach sechs Monaten, 1,3 % nach einem Jahr) als Verlagsversion selbstarchiviert werden; 88,6 % der Verleger verbieten die Zweitveröffentlichung ihrer Version.[781] Postprints können also ganz überwiegend nur als akzeptierte Manuskriptversion in das Internet gestellt werden.[782] So dürfen etwa die in den STM-Journals von Wiley[783] und den Zeitschriften von Springer[784] erstveröffentlichten Artikel nach 12 Monaten als Manuskriptversion zweitveröffentlicht werden. Auch die von Elsevier erstveröffentlichten Artikel können nach einer Wartezeit von überwiegend 12 bis 24 Monaten als Manuskriptversion frei zugänglich gemacht werden.[785] Im Regelfall dürfen wissenschaftliche Autoren damit ihre Aufsätze zweitveröffentlichen – wenn auch nur als akzeptierte Manuskriptversion und erst nach einer Wartefrist.

778 *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 6; *Lutz*, S. 203.
779 Siehe http://www.sherpa.ac.uk/romeo/statistics.php?la=en&fIDnum=|&mode=simple (zuletzt besucht am 20.12.2015); siehe auch *Dillaerts*, S. 141; *Sandberger*, ZUM 2013, 466, 467; *Bajon*, S. 92.
780 *Laakso*, Scientometrics 2013, DOI: 10.1007/s11192-013-1205-3, S. 12 u. 14.
781 *Laakso*, Scientometrics 2013, DOI: 10.1007/s11192-013-1205-3, S. 12 u. 14.
782 *Lutz*, S. 203; *Kunz-Hallstein/Loschelder*, GRUR 2013, 480, 482.
783 Siehe http://olabout.wiley.com/WileyCDA/Section/id-817011.html (zuletzt besucht am 20.12.2015).
784 Siehe http://www.springer.com/gp/open-access/authors-rights/self-archiving-policy/2124 (zuletzt besucht am 20.12.2015).
785 Vgl. http://www.elsevier.com/embargoperiodlist (zuletzt besucht am 20.12.2015).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(bb) Gebrauch des Zweitveröffentlichungsrechts

Allerdings machen nur relativ wenige Autoren von ihrem Zweitveröffentlichungsrecht Gebrauch.[786] Nach einer Studie aus 2010 wurden von den 2008 in Subskriptionszeitschriften erstveröffentlichten Aufsätzen lediglich 11,9 % in irgendeiner Weise frei zugänglich zweitveröffentlicht.[787] Eine jüngste Schätzung geht ebenfalls von ca. 12 % aus.[788] Im Rahmen der PEER-Studie entschieden sich sogar weniger als 2 % der Autoren für eine Open-Access-Zweitveröffentlichung.[789] Die Zurückhaltung der Autoren hat verschiedene Gründe: Erstens ziehen Autoren die direkte Verbreitung eines Artikels unter Kollegen der indirekten Verbreitung durch eine frei zugängliche Zweitveröffentlichung vor.[790] Zweitens möchten Autoren möglichst mit der Verlagsversion zitiert werden.[791] Denn nur die Zitierung der Verlagsversion trägt zum Impact Factor der Zeitschrift und damit ihres Artikels bei; die Zitierung einer Manuskriptversion bleibt bei der Bestimmung außen vor.[792] Wie gezeigt ist die Open-Access-Zweitveröffentlichung zumeist aber nur als Manuskriptversion zulässig. Drittens befürchten manche Autoren, dass ihr Werk, wenn es auf einen „chaotischen" offenen Markt gestoßen und plötzlich von jedermann frei zugänglich ist, nicht mehr die Exklusivität der Subskriptionszeitschrift genießt:[793] während der offene Zugang in der Recherche- und Herstellungsphase hoch geschätzt wird, sieht man sein fertiges Produkt unverändert am liebsten in einer Verlagsdatenbank, die weiterhin das größte Renommee verspricht;[794] die Zurückhaltung beruht also auch auf einer gewissen Eitelkeit.[795] Viertens ist die Wissenschaftsgemeinde tendenziell konservativ im Hinblick auf ein

786 *Denicola*, 85 Neb. L. Rev. 351, 364 (2006); *Ware/Mabe*, S. 68.
787 *Björk/Paetau*, 38 BASIST 39, 41 (2012); *Björk/Welling/Laakso/Majlender/Hedlund/Guðnason*, PLoS ONE 5(6) e11271 (2010), S. 6; *Björk/Laakso/Welling/Paetau*, 65 JASIST 237, 242 (2014); *Dillaerts*, S. 154.
788 *Björk/Laakso/Welling/Paetau*, 65 JASIST 237, 248 (2014); *Laakso*, Scientometrics 2013, DOI: 10.1007/s11192-013-1205-3, S. 2.
789 *Wallace*, S. 13.
790 *Morris*, S. 6; *Björk/Laakso/Welling/Paetau*, 65 JASIST 237, 241 (2014).
791 *Fry/Probets/Creaser/Greenwood/Spezi/Whitery*, S. 64 f.; *Morris*, S. 6 f.; *Björk/Laakso/Welling/Paetau*, 65 JASIST 237, 241 (2014).
792 *Fry/Probets/Creaser/Greenwood/Spezi/Whitery*, S. 65.
793 *Bramble*, 20 Harv. J. L. & Tech. 209, 220 (2006).
794 *Peukert*, JIPITEC 4 (2013), 142, 151.
795 *Rieble*, S. 41.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

funktionierendes, auch Elite signalisierendes Publikationswesen:[796] so werden zwar Schwächen bei der Publikationsgeschwindigkeit, dem Peer-Review und den hohen Subskriptionspreisen gesehen; bei der Frage, wie Forschung verbreitet und publiziert werden soll, werden aber keine wesentlichen Änderungen gewünscht.[797]

(b) Substituierbarkeit

Aufgrund des beschränkten Angebotes können von vornherein nur wenige Artikel in Subskriptionszeitschriften – eben ca. 12 % – durch Open-Access-Zweitveröffentlichungen aus Nutzersicht ersetzt werden. Für die Substituierbarkeit ist aber nicht nur maßgeblich, dass der Aufsatz überhaupt selbstarchiviert wird, sondern auch in welcher Form, zu welchem Zeitpunkt und für welchen Zeitraum.[798]

Zunächst ist von Bedeutung, in welcher Form die Open-Access-Zweitveröffentlichung erfolgt. Die Verlagsversion ist stets, die Manuskriptversion nur bedingt mit dem Qualitätssiegel der Erstveröffentlichung versehen: Während bei einer akzeptierten Manuskriptversion die stets zulässige bzw. nach § 38 Abs. 4 S. 2 UrhG sogar vorgeschriebene Quellenangabe der Erstveröffentlichung belegt, dass das wissenschaftliche Werk mit der Aufnahme in die Subskriptionszeitschrift einem Peer-Review standgehalten hat,[799] fehlt eine solche Qualitätskontrolle bei einer noch nicht akzeptierten Manuskriptversion, dem Preprint. Preprints gelten daher aus Nutzersicht als nicht gleichwertig.[800] Noch wichtiger dürfte aber die Zitierfähigkeit sein. Denn verwenden die Wissenschaftler Informationen, ohne der gebräuchlichen Zitierkultur zu entsprechen, verstoßen sie nicht nur gegen

796 *Peukert*, JIPITEC 4 (2013), 142, 151; *ders.*, in: *Grünberger/Leible*, Die Kollision von Urheberrecht und Kommunikationsverhalten der Nutzer, S. 147; *Fry/Probets/Creaser/Greenwood/Spezi/Whitery*, S. 76 („Academic researchers have a conservative set of attitudes, perceptions and behaviours towards the scholarly communication system and do not desire fundamental changes in the way research is currently disseminated and published"); *Herb*, S. 81.

797 *Fry/Probets/Creaser/Greenwood/Spezi/Whitery*, S. 76.

798 *Dillaerts*, S. 149 f.

799 *Krujatz*, S. 272.

800 *Fry/Probets/Creaser/Greenwood/Spezi/Whitery*, S. 20 („A great majority of participants recognised that they would not trust a repository version of an article as much as the published article itself").

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wissenschaftsethische Regeln, sondern unter Umständen auch gegen das Urheberrecht.[801] So erfolgen Zitierungen häufig mit Seitenangaben; dazu ist aber zumindest eine identische Paginierung erforderlich.[802] Zudem verlangen Verleger für die Erstveröffentlichung in einer Subskriptionszeitschrift oft die Zitierung der Verlagsversion.[803] Da überrascht es nicht, dass 80 % der befragten Wissenschaftler nur die Verlagsversion zitieren möchten,[804] und Manuskriptversionen allgemein als nicht zitierfähig gelten.[805] Ein ähnliches Bild hat eine Befragung unter Bibliotheken ergeben, die die Nachfrage der Wissenschaftler bündeln. 97 % der befragten Bibliotheken betrachten die selbstarchivierte Verlagsversion als substitutionsfähig, aber nur 39 % die akzeptierte Manuskriptversion und lediglich 9 % ein Preprint.[806] Insgesamt sind Verlags- und Manuskriptversion damit aus Nutzersicht kaum austauschbar.[807]

Problematisch ist weiter der zeitlich verzögerte Zugang zu Werken, die im Zeitpunkt der Erstveröffentlichung aktuell sind, aber danach schnell veralten; in der Wissenschaft, zumindest in jenen Disziplinen, die auf Innovation gerichtet ist, ist die Zeit der alles entscheidende Faktor.[808] Deshalb müssen die Wartefristen sehr kurz sein, um in zeitlicher Hinsicht eine Substitution zu ermöglichen.[809] Einer Studie zufolge verlangen 82 % der befragten Bibliotheken für eine Substitution eine Wartefrist von höchstens drei Monaten. [810] Dabei variierten die Angaben je nach Disziplin: für STM-Journals sind Wartezeiten weniger akzeptabel als für Zeitschriften

---

801 *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 15.
802 *Björk/Laakso/Welling/Paetau*, 65 JASIST 237, 238 (2014); *Fry/Probets/Creaser/Greenwood/Spezi/Whitery*, S. 24.
803 *Björk/Laakso/Welling/Paetau*, 65 JASIST 237, 238 (2014); *Fry/Probets/Creaser/Greenwood/Spezi/Whitery*, S. 24.
804 *Fry/Probets/Creaser/Greenwood/Spezi/Whitery*, S. 22.
805 *Fry/Probets/Creaser/Greenwood/Spezi/Whitery*, S. 68; *Hansen*, GRUR Int. 2009, 799, 803, Fn. 34; *Lutz*, S. 205; *Steinhauer*, Bibliotheksdienst 2006, 734, 739; *Heckmann/Weber*, GRUR Int. 2006, 995, 999; *Peifer*, NJW 2014, 6, 11.
806 *Ware*, 19 Learned Publishing 226, 228 (2006).
807 *Björk/Laakso/Welling/Paetau*, 65 JASIST 237, 238 (2014); *Ware*, 19 Learned Publishing 226, 228 (2006); *Dillaerts*, S. 157; *Lutz*, S. 203 f.; *Krujatz*, S. 272 u. 285; *Steinhauer*, Bibliotheksdienst 2006, 734, 735; *Heckmann/Weber*, GRUR Int. 2006, 995, 999; wohl auch *Kunz-Hallstein/Loschelder*, GRUR 2013, 480, 482.
808 *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 7; *Kunz-Hallstein/Loschelder*, GRUR 2009, 135, 140; *Sandberger*, ZUM 2006, 818, 822.
809 *Ware*, 19 Learned Publishing 226, 228 (2006).
810 *Ware*, 19 Learned Publishing 226, 228 (2006).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

anderer Disziplinen.[811] So ist etwa die oft geforderte, relativ kurze Frist von sechs Monaten, erst recht aber die in § 38 Abs. 4 UrhG vorgesehene Frist von 12 Monaten für die medizinische Forschung bei weitem zu lange.[812] Kein Wissenschaftler wird warten, bis ein neuer Beitrag mit aktuellsten Forschungsergebnissen kostenlos als Open-Access-Zweitveröffentlichung verfügbar ist – bei vielen Gebieten der Grundlagenforschung zählen Tage.[813]

Ein wichtiges Kriterium ist schließlich die Langzeitverfügbarkeit des Artikels. Einer Studie zufolge sind Artikel, die auf der Lehrstuhl- oder der eigenen Internetseite selbstarchiviert werden, am wenigsten beständig; drei Jahre später waren nur noch 56 % der Hyperlinks aktiv.[814] Zwar konnten 80 % der in institutionellen und 95 % der in disziplinären Repositorien archivierten Artikel wiedergefunden werden.[815] Dennoch wird in der lückenhaften Langzeitverfügbarkeit ein wichtiges Hindernis für die Substituierbarkeit gesehen.[816]

(c) Zwischenergebnis

Mithin ist der einzelne Artikel einer Subskriptionszeitschrift in aller Regel nicht durch die zeitlich verzögerte frei zugängliche Manuskriptversion aus Nutzersicht substituierbar.[817] Damit lässt sich auch die vergleichsweise liberale Haltung der meisten Verleger gegenüber der Zweitveröffentlichung erklären: Ganz offensichtlich fürchten sie keine „Konkurrenz“ durch eine Open-Access-Zweitveröffentlichung.[818] Erst recht nicht austauschbar sind die den einzelnen Artikel enthaltenen Subskriptionszeitschriften und

811 *Ware*, 19 Learned Publishing 226, 228 (2006); siehe auch *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 18.
812 *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 7.
813 *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 7.
814 *Björk/Laakso/Welling/Paetau*, 65 JASIST 237, 245 (2014).
815 *Björk/Laakso/Welling/Paetau*, 65 JASIST 237, 246 (2014).
816 *Ware*, 19 Learned Publishing 226, 228 (2006).
817 *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 19 („[D]ie Wissenschaftseinrichtungen werden so oder anders nicht umhin kommen, die Zugangsrechte zu der betreffenden Information (auch bei überzogenen Preisen) zu erwerben, wenn sie nicht riskieren wollen, dass ihre Forscher im Vergleich zu jenen von Konkurrenzeinrichtungen marginalisiert werden“); *Sandberger*, ZUM 2006, 818, 822.
818 *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 6; *Sandberger*, ZUM 2006, 818, 822.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Open-Access-Repositorien.[819] Hier stellt sich das Problem der fehlenden Vollständigkeit des online verfügbaren Inhalts.[820] So würden 76 % der befragten Bibliotheken das Abonnement einer Zeitschrift erst abbestellen, wenn das Repositorium über 90 % des Inhalts der Zeitschrift enthielte; für knapp die Hälfte (48 %) müsste das Repositorium sogar 100 % der Zeitschrift aufweisen.[821] Damit ist die Open-Access-Zweitveröffentlichung eher ein komplementäres Gut.[822] Im Ergebnis hat der „Green Open Access" zur Lösung der Zeitschriftenkrise wenig beigetragen[823] und wird auch weiterhin kaum Abhilfe schaffen[824].

(3) Zweitverwertung

Wenn wissenschaftliche Artikel durch Open-Access-Zweitveröffentlichungen kaum substituiert werden *können* und durch öffentlich verfügbare Kopien kaum substituiert werden *dürfen*, stellt sich die Frage nach der Austauschbarkeit mit zweitverwerteten Aufsätzen. Anders als bei einer Kopie des Artikels wird durch eine Zweitverwertung nicht das Produkt, sondern *allein* das Werk genutzt, und durch diese Nutzung eine Substitution ermöglicht. So sind die in verschiedenen Zeitschriften erschienenen Artikel ein und desselben Aufsatzes, z.B. Fichtes „Beweis der Unrechtmäßigkeit

819 *Ware*, 19 Learned Publishing 226, 229 (2006); *Dillaerts*, S. 149.
820 *Kunz-Hallstein/Loschelder*, GRUR 2009, 135, 140.
821 *Ware*, 19 Learned Publishing 226, 228 (2006).
822 *Fry/Probets/Creaser/Greenwood/Spezi/Whitery*, S. 76; *Krujatz*, S. 61.
823 *Hilty*, GRUR 2009, 633, 638 („So sehr diese Überlegungen in der Fachwelt zu Reden geben, […] so wenig durchschlagend sind bei nüchterner Betrachtung bis heute die Erfolge"); *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 9; *Hilty/Klass*, S. 15; *Dillaerts*, S. 37 („La voie d'Or n'a pas réellement réussi à percer autant en France que la voie Verte"); *Boni*, Leviathan 2010, 293, 309 („Open-access hat bisher die Strukturen auf dem Markt vor allem der durch ein quasi natürliches Monopol geschützten traditionell hoch reputierlichen STM-Zeitschriften nicht aufbrechen können. Eine spürbare und dauerhafte preisliche Entlastung ist nicht eingetreten"); *Krujatz*, S. 62.
824 Vgl. *Hilty/Bajon*, ZfBB 2008, 257, 261; *Spindler*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 303; *Peifer*, NJW 2014, 6, 11; *Heckmann/Weber*, GRUR Int. 2006, 995, 1000; *Peukert*, JIPITEC 4 (2013), 142, 151; *ders.*, in: *Grünberger/Leible*, Die Kollision von Urheberrecht und Kommunikationsverhalten der Nutzer, S. 148; *Bäuerle*, S. 7; *Egloff*, sic! 2007, 705, 712; *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit, S. 16.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

des Büchernachdrucks“ in der Berlinischen Monatsschrift, Band 21 (1793), S. 443-483, und der UFITA, Band 106 (1987), S. 155-172, natürlich austauschbar. Ebenso substituierbar sind die Parallelveröffentlichungen ein und derselben Gerichtsentscheidung in verschiedenen Fachzeitschriften.[825] Rechtstatsächlich ist die Zweitverwertung wissenschaftlicher Aufsätze hingegen der absolute Ausnahmefall. Theoretisch besitzen die Autoren zwar ein Zweitverwertungsrecht – ebenso wie ein Zweitveröffentlichungsrecht –, weil ihnen ursprünglich alle Rechte ausschließlich zustehen. Praktisch verzichten sie aber auf dieses Recht, indem sie den Verlegern alle Nutzungsrechte *ausschließlich* einräumen bzw. ihnen alle *droits patrimoniaux* zu ihrer ausschließlichen Nutzung abtreten.[826] Die bereits dargestellten geltenden Wissenschaftsschranken der §§ 52a, 52b, 53a UrhG bzw. Art. L. 122-5 Nr. 3 lit. e, Nr. 8 Alt. 2 CPI scheiden aus, da sie eine Nutzung zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke voraussetzen, also eine Zweitverwertung gerade nicht erlauben. Die Schutzausnahme des § 5 Abs. 1 und 2 UrhG gilt nur für amtliche Werke einschließlich Gerichtsentscheidungen. Damit erlaubt einzig der Ablauf der Schutzfrist – wie bei Fichtes „Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks“ – eine Zweitverwertung wissenschaftlicher Aufsätze gegen den Willen des Rechtsinhabers. Eine Zwangslizenz für wissenschaftliche Aufsätze ist dem geltenden deutschen und französischen Urheberrecht unbekannt.

(4) Zwischenergebnis

Die in Subskriptionszeitschriften erschienenen wissenschaftlichen Artikel können durch öffentlich verfügbare Kopien, Open-Access-Zweitveröffentlichungen und Zweitverwertungen kaum substituiert werden. Damit kann der wissenschaftliche Aufsatz nur sehr eingeschränkt von einer zweiten

825 Vgl. etwa EuGH NJW 2012, 2565 – „UsedSoft GmbH/Oracle International Corp. “ = GRUR 2012, 904 = GRUR Int. 2012, 759 = JZ 2013, 37 = ZUM 2012, 661 = CR 2012, 498 = MMR 2012, 586 = K&R 2012, 493 etc.

826 Siehe bereits 1. Kapitel B. III. 1. a) cc) (2) (a) (aa) [2].

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Quelle bezogen werden. Die Subskriptionszeitschrift ist dann die einzige Quelle *(sole source)*[827] und der Artikel quasi-monopolisiert.[828]

dd) Preiselastizität

Die Quasi-Monopolisierung wissenschaftlicher Artikel allein führt noch nicht zu den eingangs dargestellten außergewöhnlichen Preissteigerungen und Umsatzrenditen.[829] Maßgeblich ist die Preissetzungsmacht des Wissenschaftsverlegers. Freilich ist diese in einem Quasi-Monopol allgemein[830] – und so auch hier[831] – erheblich. Von Bedeutung ist aber letztlich, wie sehr die Nachfrage auf den wissenschaftlichen Artikel bzw. die Zeitschrift oder Datenbank, in der er enthalten ist, angewiesen ist. Je geringer die Abhängigkeit, desto eher wird die Nachfrage auf die Nutzung verzichten und desto elastischer wird sie auf Preisänderungen reagieren.[832]

Die Preiselastizität ist zunächst schon deshalb gering, weil regelmäßig nicht der Wissenschaftler, sondern die Bibliothek die Zeitschrift bzw. Datenbank bezieht und die Wissenschaftler von Preissteigerungen unmittelbar nicht betroffen sind.[833] Während die Wissenschaftler aber auf Biblio-

827 *Hilty*, GRUR 2009, 633, 636 u. 639 (speziell zu *e-only*-Zeitschriften); *ders.*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 122 u. 126 (speziell zu *e-only*-Zeitschriften); *ders.*, in: *Bartsch/Briner*, DGRI Jahrbuch, S. 13; *Hilty et al.*, IIC 2009, 309, 314 (speziell zu *e-only*-Zeitschriften).

828 *House of Commons*, S. 10 („The publisher therefore becomes the monopoly supplier of the articles published"); *Engel*, 160 JITE 35, 36 (2004) („Vis-à-vis the reader, each individual article is a monopoly product"); *Bajon*, S. 76 („Die Position wissenschaftlicher Verlage nähert sich bezüglich der von ihnen publizierten Beiträge einer Monopolstellung an"); siehe auch *Hilty/Seemann*, S. 75 f.; *Farchy/Froissart*, Hermès 57 (2010), 137, 142; *Kunz-Hallstein/Loschelder*, GRUR 2009, 135, 139; *Boni*, Leviathan 2010, 293, 308 f.; *Brintzinger*, Leviathan 2010, 331, 334.

829 Vgl. *Hilty*, GRUR 2009, 633, 635; S. 121; *ders.*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 121.

830 Siehe 1. Kapitel A. II. 2. a) bb) (1).

831 Vgl. *House of Commons*, S. 10.

832 Siehe 1. Kapitel A. II. 2. a) bb) (1).

833 Kommission, Entsch. v. 29.7.2003, COMP/M.3197, Rdnr. 32 – „Candover/Cinven/Bertelsmann/Springer"; *House of Commons*, S. 10; damit stellt der Etat der Bibliothek bzw. Forschungseinrichtung aus Sicht der Wissenschaftler ein Allmende-Gut dar, *Brintzinger*, Leviathan 2010, 331, 334; siehe auch *Hilty*, GRUR Int. 2006, 179, 182.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

theken ausweichen können, bleibt diesen nur die Kündigung des Abonnements.[834] Hinzu kommt, dass Bibliotheken an einem möglichst vollständigen Archivbestand interessiert sind und einen durchgängigen Bezug anstreben.[835] Das gilt erst recht für *e-only*-Abonnements. Konnte das Print-Abo nämlich auch einmal vorübergehend eingestellt bzw. zumindest mit einer Kündigung gedroht werden, weil die bis dahin angeschafften Ausgaben im Regal blieben, ist die Situation bei *e-only*-Zeitschriften eine andere: Wenn ein *e-only*-Abonnement gekündigt wird, entfallen nicht nur die neuen Ausgaben; es fehlen auch die alten Zeitschriftenbände im Regal.[836]

Allerdings bestehen aus Sicht der Bibliotheken Unterschiede zwischen unerlässlichen *("must have" journals)* und weniger wichtigen Zeitschriften.[837] So treffen die Bibliotheken ihre Entscheidung, welche Zeitschrift sie abonnieren und welche nicht, nach einer Kosten-Nutzen-Analyse. Dazu ranken sie die Zeitschriften einer Subdisziplin nach ihrem aggregierten Nutzen bis zur für die Subdisziplin geltenden Budgetgrenze.[838] Die hoch gerankten *"must have" journals* sind die von den Wissenschaftlern einer (Sub-)Disziplin am meisten gelesenen Zeitschriften.[839] Als solche sind sie nahezu vollkommen preisunelastisch: Preissteigerungen führen hier regelmäßig nicht zu deren Abbestellung und zur Bestellung „ähnlicher", aber preiswerterer Zeitschriften, sondern zur Kündigung der niedrig gerankten Titel.[840]

---

834 *Meier*, S. 95.

835 *Meier*, S. 95.

836 *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 78; *House of Commons*, S. 33 f. („[I]f you subscribe to an electronic version of that journal only and cease to subscribe, almost always you lost access to everything that you have paid for in the past"); siehe auch *Drexl*, in: *IRPI*, La propriété intellectuelle en question(s), S. 76.

837 Kommission, Entsch. v. 29.7.2003, COMP/M.3197, Rdnr. 30 – „Candover/ Cinven/Bertelsmann/Springer".

838 *McCabe*, 92 Am. Econ. Rev. 259, 261 (2002).

839 Kommission, Entsch. v. 29.7.2003, COMP/M.3197, Rdnr. 30 – „Candover/ Cinven/Bertelsmann/Springer".

840 Kommission, Entsch. v. 29.7.2003, COMP/M.3197, Rdnr. 32 – „Candover/ Cinven/Bertelsmann/Springer"; *McCabe*, 92 Am. Econ. Rev. 259, 261 (2002); speziell zu den Elsevier-Zeitschriften *Hilty*, GRUR Int. 2006, 179, 183 („Ohne die führenden Zeitschriften, welche von diesem international agierenden Verlag verlegt werden, könnten Forschungseinrichtungen wie eine Max-Planck-Gesellschaft die Türen gleich schließen").

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Freilich kann ein und dieselbe Zeitschrift für die eine Bibliothek unverzichtbar, für die andere weniger wichtig sein; der „Must-have"-Charakter hängt vom Profil der jeweiligen Bibliothek ab.[841] Wohl deshalb schnüren einige Wissenschaftsverlage – allen voran die STM-Marktführer[842] Elsevier, Wiley-Blackwell und Springer – stark und wenig nachgefragte Titel zu Abonnement-Paketen mit einer Laufzeit von üblicherweise drei Jahren zusammen.[843] Für die Bibliotheken liegt der Vorteil von Subskriptionsportfolios in der Sicherheit gegen unerwartete Preisänderungen und der leichteren verwaltungstechnischen Handhabung.[844] Außerdem entgehen sie so prohibitiven Kosten für Einzelabonnements.[845] Die Kehrseite der Medaille ist, dass an sich preiselastische Zeitschriften im Bündel mit *"must have" journals* ebenfalls unelastisch werden; das Bündel ist deutlich preisunelastischer als die Einzelabonnements.[846] Zugleich fällt ein wesentliches Druckmittel der Bibliotheken in Form von Abonnementkündigungen weg.[847]

Im Ergebnis ist die Preiselastizität der die Artikel enthaltenen Zeitschriften damit insgesamt sehr gering.[848]

---

841 Kommission, Entsch. v. 29.7.2003, COMP/M.3197, Rdnr. 33 – „Candover/Cinven/Bertelsmann/Springer".

842 So betrugen nach Angaben von Springer die STM-Marktanteile, gemessen an der Zahl der Zeitschriftenartikel, 2010 jeweils 26 % (Elsevier), 12 % (Wiley-Blackwell) und 11 % (Springer), siehe http://www.stm-assoc.org/2010_08_03_Springer_EBooks_Madrid_17_June_2010.pdf (zuletzt besucht am 20.12.2015).

843 *Boni*, Leviathan 2010, 293, 297; *Meier*, S. 115; *House of Commons*, S. 32 ff.

844 *Meier*, S. 116.

845 *House of Commons*, S. 33 („Although it would theoretically be possible for libraries to subscribe individually to the ‚must-have titles' contained within the bundle, we suspect that the cost of doing so is prohibitive, even where the library decides not to subscribe to the majority of lower-impact journals within the bundle").

846 *Meier*, S. 116.

847 *Meier*, S. 116.

848 Kommission, Entsch. v. 29.7.2003, COMP/M.3197, Rdnr. 32 – „Candover/Cinven/Bertelsmann/Springer" („This characteristic leads to a significant inelasticity of demand. The market investigation confirmed that due to this feature of the market and the fact that the researchers, as final consumers, are normally not the customers paying for the subscriptions, competition in the market for academic publishing is perceived not to be on price but on quality"); Entsch. v. 15.2.1999, IV/M.1377, Rdnr. 10 – „Bertelsmann/Wissenschaftsverlag Springer" („Deswegen werden Abnehmer im Falle einer Preiserhöhung nicht die eine Veröffentlichung gegen eine andere, ein anderes Thema betreffende aus-

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ee) Zwischenergebnis

Wissenschaftliche Artikel bilden eigene, atomistische „Märkte", weil die *Aufsätze* (aus Nutzersicht) und deren Veröffentlichung in Subskriptionszeitschriften (aus Autorensicht) kaum substituiert werden *können*. Die so als *Artikel* vermarkteten Aufsätze sind quasi-monopolisiert, weil sie durch Kopien, Open-Access-Zweitveröffentlichungen und Zweitverwertungen nicht substituiert werden *dürfen*. Hinzu tritt eine sehr geringe Preiselastizität. Damit verfügen die Rechtsinhaber regelmäßig über eine quasi-monopolistische Preissetzungsmacht. Die Folge sind Preissteigerungen und Abbestellungen ganzer Zeitschriftenabonnements (sog. Zeitschriftenkrise). Bisherige Lösungsansätze, namentlich der „Golden" und der „Green Open Access" haben kaum Abhilfe geschaffen.

b) Bewertung

Das Recht, eine gleichartig-konkurrierende Verwertung zu verbieten eine gleichartig-konkurrierende Verwertung zu verbieten und eine entsprechende Lizenz zu verweigern, ist bei statischer Betrachtung stets ineffizient.[849] Hier wiegen die Effizienznachteile aber besonders schwer. Nicht nur verfügen Wissenschaftsverleger über eine quasi-monopolistische Preissetzungsmacht, sodass die Konsumentenrente *deutlich* stärker sinkt als die Produzentenrente steigt.[850] Auch bewirkt das Ausschließlichkeitsrecht letzten Endes keine konsumtive, sondern eine *kreative* Unternutzung. Damit sind *zusätzliche* Effizienznachteile verbunden, weil Wissenschaftler Zugang zum vorhandenen Wissen benötigen, um neues Wissen zu schaffen,[851] und ein versperrter Zugang die Schaffung neuen Wissens, mithin den wissenschaftlichen Fortschritt behindert.[852] Diese Effizienznachteile

---

tauschen"); *House of Commons*, S. 12; *Farchy/Froissart*, Hermès 57 (2010), 137, 146; *Meier*, S. 40 f.; *Gooden/Owen/Simon/Singlehurst*, S. 2; *CNRS*, Avis sur les relations entre chercheurs et maisons d'édition scientifique, S. 3.

849 Siehe 1. Kapitel A. II. 2. a) bb) (3) (c).

850 Vgl. 1. Kapitel A. II. 2. a) bb) (1).

851 *Hilty*, Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 13; *Kommission*, KOM(2007) 56 endg., S. 2 f.

852 *Hilty*, Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 12 f.; Gesetzentwurf v. 8.5.2013, BT-Drs. 17/13423, S. 9 („Nur wenn Forschungsergebnisse frei verfügbar sind, können sie Grundlage weiterer Forschungsaktivitäten sein und die damit verbunde-

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ließen sich allenfalls dann effizienzsteigernd ausgleichen, wenn das Ausschließlichkeitsrecht erforderlich wäre, um Investitionen in die Schöpfung und Verbreitung neuer wissenschaftlicher Aufsätze zu ermöglichen.[853] An dieser Stelle ist streng zu unterscheiden zwischen dem Wissenschaftler, der den Aufsatz schöpft, und dem Verleger, der diesen verbreitet. Die wesentliche extrinsische Motivationsquelle des Wissenschaftlers ist nicht die Aussicht auf Gewinn, sondern Anerkennung, die er insbesondere durch Veröffentlichungen in Subskriptionszeitschriften mit einem hohen Impact Factor erzielt.[854] Damit ist das Ausschließlichkeitsrecht zwar eine „Währung", mit der er sich die Veröffentlichung des Aufsatzes als Artikel „erkaufen" kann – eine andere wird praktisch nicht akzeptiert.[855] Wenn diese „Währung" aber für *alle* Autoren gleichermaßen abgeschwächt, also beschränkt würde, erlitte er *relativ* gesehen – vorbehaltlich einer Beeinträchtigung seiner ideellen Interessen, die es außerökonomisch unstreitig zu schützen gilt – keinen wirklichen Nachteil. Allein der Verleger mag als homo oeconomicus ernstlich auf ein Ausschließlichkeitsrecht angewiesen sein. Allerdings benötigt er dieses nicht schon für den Aufsatz als solchen – er erhält die Nutzungsrechte zumeist kostenlos[856] –,[857] sondern allenfalls für seine Mehrwertleistungen, die ebenfalls den Charakter eines öffentlichen Gutes aufweisen, aber anders als der Aufsatz sehr wohl Investitionen erfordern:[858] inhaltsbezogene Mehrwertleistungen also, welche auf die inhaltliche Gestaltung des Aufsatzes direkt Einfluss nehmen, etwa Korrekturhinweise im Gange eines Peer-Reviews oder einer orthografischen Kontrolle;[859] und zertifizierende Mehrwertleistungen, namentlich das Peer-Review und das mit der Aufnahme in die Zeitschrift verbundene Re-

---

nen positiven gesamtwirtschaftlichen Effekte auslösen"); siehe auch *Drexl*, in: *IRPI*, La propriété intellectuelle en question(s), S. 74.

853 Vgl. 1. Kapitel A. II. 2. cc).

854 Siehe bereits 1. Kapitel B. III. 1. a) bb) (2).

855 Siehe bereits 1. Kapitel B. III. 1. a) cc) (2) (a) (aa) [2].

856 Siehe bereits 1. Kapitel B. III. 1. a) cc) (2) (a) (aa) [2].

857 *Kerber*, ZGE 2013, 245, 270; siehe auch *Hilty*, GRUR Int. 2006, 179, 184.

858 *Krujatz*, S. 218. Dokumentenbezogene Mehrwertleistungen wie Druck, Bindung und das elektronische Aufbereiten eines Artikels, wie das Verlinken, erfordern keinen urheberrechtlichen Schutz, da hier kein Trittbrettfahrerverhalten droht, a.a.O., S. 223. Davon zu trennen ist die *Aggregation* der einzelnen Artikel in Datenbanken, die durchaus schutzbedürftig sein kann, aber eigenständig geschützt wird. Eingehend zur Kostenstruktur von Wissenschaftsverlagen *Dubini/di Trani/Micheli,* S. 39 ff.

859 *Krujatz*, S. 219.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nommee.[860] Da derart „veredelte" Aufsätze nicht nur aus Autorensicht,[861] sondern – wie der Vergleich Verlags- vs. Manuskriptversion gezeigt hat – auch aus Nutzersicht nur sehr eingeschränkt substituierbar sind,[862] mögen die entsprechenden Investitionen durchaus schutzwürdig sein.[863] Indes darf der Verleger unter Zugrundelegung des Ziels normativer Effizienz den Artikel bzw. die Zeitschrift, die diesen enthält, nur zu angemessenen Preisen verwerten, also zu Preisen, die für die Amortisation der genannten Investitionen – und nur für diese – erforderlich sind.[864] Das Ausschließlichkeitsrecht verleiht dem Wissenschaftsverleger aber regelmäßig eine quasi-monopolistische Preissetzungsmacht, von der er – wie eingangs dargelegt und unter Zugrundelegung des ökonomischen Verhaltensmodells – auch Gebrauch macht. Die Quasi-Monopolpreise können nun auch nicht etwa damit gerechtfertigt werden, dass die Veröffentlichung eines Aufsatzes in einer wissenschaftlichen Zeitschrift mit einem Investitionsrisiko verbunden sei, mithin eine Quersubventionierung erfordere.[865] Denn die Aufsätze werden als Bestandteil einer Zeitschrift nachgefragt und ist die Nachfrage nach dieser – wenn denn die Preise nicht stetig weiter erhöht würden – mehr oder weniger konstant. Damit aber sind die Preise regelmäßig unangemessen, d.h. das Recht, eine gleichartig-konkurrierende Verwertung wissenschaftlicher Aufsätze zu verbieten und eine entsprechende Lizenz zu verweigern, ist bei wertender Betrachtung im Regelfall ökonomisch ineffizient. Das Ausschließlichkeitsrecht ist also regelmäßig – vorbehaltlich berechtigter ideeller Interessen – normativ ineffizient und zu beschränken.[866]

Das Ergebnis dürfte kaum überraschen, da der Gesetzgeber das Problem bereits zu lösen versucht. Der deutsche Gesetzgeber verfolgt mit § 38

860 *Krujatz*, S. 219 f.
861 Siehe 1. Kapitel B. III. 1. a) bb).
862 Siehe 1. Kapitel B. III. 1. a) cc) (2) (b).
863 Vgl. *Hilty*, GRUR Int. 2006, 179, 184; *Hilty et al.*, IIC 2009, 309, 316.
864 Vgl. 1. Kapitel B. III. a.A.
865 Siehe 1. Kapitel B. III. a.A.
866 Vgl. *Hilty*, GRUR 2009, 633, 636 ff.; *ders.*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 123 ff.; *ders.*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 128 f.; *Hilty et al.*, IIC 2009, 309, 322; *Hilty/Seemann*, S. 91 ff.; *Hilty/Bajon*, ZfBB 2008, 257, 262; *Drexl*, in: *IRPI*, La propriété intellectuelle en question(s), S. 77; *Spindler*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 303 f.; *Engel*, 160 JITE 35, 37 (2004); *Kunz-Hallstein*, GRUR 2009, 135, 140; *Krujatz*, S. 279 f.; *Egloff*, sic! 2007, 705, 714.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Abs. 4 UrhG ausdrücklich das Ziel, die Zeitschriftenkrise zu lösen.[867] Auch die französische Regierung erkennt die Preissteigerungen als ein Problem an.[868] Nicht zuletzt wird die Zeitschriftenkrise von der Europäischen Kommission problematisiert.[869] Allerdings haben die bisherigen Lösungsansätze, namentlich der „Golden" und der mit § 38 Abs. 4 UrhG bezweckte „Green Open Access", wie gezeigt kaum Abhilfe geschaffen. Das Problem besteht fort und muss auf eine andere Art gelöst werden.

2. Sole-source-Datenbanken

Das geltende Recht, eine gleichartig-konkurrierende Verwertung von Sole-source-Datenbanken zu verbieten und eine entsprechende Lizenz zu verweigern, bedingt eine Unternutzung (unten a)). Es ist normativ ineffizient und zu beschränken (unten b)).

---

867 Gesetzentwurf v. 8.5.2013, BT-Drs. 17/13423, S. 14 („Die Regelung zielt allein auf die so genannte Publikationskrise ab, die sich vor allem im Bereich der wissenschaftlichen Zeitschriften manifestiert"); siehe auch a.a.O., S. 9 („Soweit die Wissenschaftsverlage dabei über Inhalte verfügen, die für Wissenschaft und Forschung unverzichtbar sind, können für diese Inhalte praktisch beliebig hohe Preise verlangt werden. Dementsprechend sind besonders seit Mitte der 90er-Jahre die Preise für Zeitschriften in den Bereichen Naturwissenschaft, Technik und Medizin stark angestiegen, während die Etats der Bibliotheken stagnieren oder rückläufig sind").

868 Vgl. die Open-Access-Rede der Wissenschaftsministerin Geneviève Fioraso vom 24.1.2013 („Sur le plan économique, l'édition scientifique est un marché international. Il est caractérisé, depuis quinze ans, par un accroissement conséquent des prix pratiqués par les éditeurs. […] Mais je note aussi que, dans certains domaines scientifiques, les marges des principaux éditeurs atteignent un niveau impressionnant. Le risque est donc réel de voir les exigences financières prendre le pas sur les enjeux scientifiques"), abrufbar unter: http://www.enseignementsup-recherche.gouv.fr/cid66992/discours-de-genevieve-fioraso-lors-des-5e-journees-open-access.html (zuletzt besucht am 20.12.2015).

869 *Kommission*, KOM(2007) 56 endg., S. 7 („In den letzten zwanzig Jahren sind die Kosten für das Abonnieren von wissenschaftlichen Zeitschriften durchschnittlich um mehr als die Inflationsrate gestiegen, gemäß einer Studie um 4,5% pro Jahr über der Inflationsrate. […] Das hat öffentlich getragene Bibliotheken, ihre Hauptkunden, vor finanzielle Probleme gestellt und in einigen Fällen zur Kündigung von Abonnements geführt").

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a) Analyse

Information ist nicht substituierbar.[870] So kann etwa die Frage, wer bei der FIFA Fußball-Weltmeisterschaft 2014 den dritten Platz erzielte (Niederlande), nicht damit beantwortet werden, dass Argentinien Zweiter wurde. Damit ist eine bestimmte Information, die nur in einer einzigen Quelle („sole source") zugänglich ist, monopolisiert. Eine wichtige Informationsquelle sind Datenbanken, welche bestimmte Informationen nicht nur sammeln (dann bloßer „Datenhaufen")[871], sondern darüber hinaus systematisch oder methodisch anordnen.[872] Soweit nun der Datenbankhersteller zugleich der Produzent dieser Informationen oder dessen ausschließlicher Lizenznehmer ist (unten aa)) und die Datenbank sui-generis-geschützt ist (unten bb)), dürfen sie als wesentlicher, z.T. auch als unwesentlicher Teil der Datenbank – entgegen dem Grundsatz der Gemeinfreiheit von Information – nicht entnommen und in konkurrierende Datenbanken inkorporiert werden (unten cc)). Damit wird Information *indirekt* untergenutzt und monopolisiert.

aa) Sole-source-Daten

Zunächst darf das nicht-substituierbare Gut Information nur in einer einzigen Datenbank verfügbar sein („Sole-source-Daten").[873] Andernfalls kann es schon begrifflich nicht monopolisiert sein. Dazu muss der Datenbankhersteller entweder die Informationen selbst generiert oder ausschließlich

870 *Hilty*, Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 13; *Hilty/Klass*, S. 1; *Bajon*, S. 75.

871 *Vogel*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 87a, Rdnr. 22; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 87a, Rdnr. 7; *Thum/Hermes*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87a, Rdnr. 24.

872 Vgl. Art. 1 Abs. 2 Datenbanken-RL; § 87a Abs. 1 S. 1 UrhG; Art. L. 112-3 Abs. 2 CPI („On entend par base de données un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen").

873 *Derclaye*, IIC 2007, 275, 288; *Bartmann*, S. 114 f.; *Rieger*, S. 263; *Große Ruse-Khan*, Der europäische Investitionsschutz für Datenbanken, S. 329 f.; *Beunen*, S. 233 f.; *Leistner*, Der Rechtsschutz von Datenbanken, S. 2354; *ders.*, IIC 2005, 592, 592; *Bensinger*, S. 254.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

erworben haben.[874] Beispiele aus der Rechtsprechung sind die elektronischen Telefonbücher von DeTeMedien[875] und France Télécom[876]; hier waren die Daten entweder selbst generiert (France Télécom) oder ausschließlich lizenziert worden (von der Deutschen Telekom). Weitere Beispiele für vom Datenbankhersteller selbst generierte Daten sind Börsendaten, Wetterdaten, Flugdaten, Fernsehprogrammdaten, Wettkampfdaten von Sportveranstaltungen und öffentliche Registerdaten.[877] Keine Sole-source-Daten sind also Informationen, die zwar (bisher) nur in einer einzigen Datenbank enthalten sind, aber als „Datenhaufen" in einer anderen Quelle verfügbar sind und deshalb in eine konkurrierende Datenbank übernommen werden können.[878]

bb) Schutz der Datenbank nach deutschem und französischem Recht

Nach Art. 7 Abs. 1 Datenbanken-RL (§ 87 Abs. 1 UrhG, Art. L. 341-1 Abs. 1 CPI[879]) ist eine Datenbank sui-generis-geschützt, wenn für die Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung ihres Inhalts eine in qualitativer oder quantitativer Hinsicht wesentliche Investition erforderlich ist. Danach

---

874 *Vogel*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 87a, Rdnr. 47; *Thum/Hermes*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87a, Rdnr. 45 f.; *Leistner*, Der Rechtsschutz von Datenbanken, S. 235; *Bartmann*, S. 114; *Davison/Hugenholtz*, EIPR 27 (2005), 113, 115; *Beunen*, S. 233 f.; siehe auch *Kommission*, First evaluation of the database directive, S. 14 („databases where the database maker and the proprietor of the underlying information are the same person or entity"); *Derclaye*, IIC 2007, 275, 288; *Grützmacher*, S. 371; *Leistner*, IIC 2005, 592, 593.

875 BGH GRUR 1999, 923, 923 – „Tele-Info-CD"; siehe auch *Thum/Hermes*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87a, Rdnr. 46.

876 Cass. com., Urt. v. 23.5.2010, JurisData n° 2010-002593 – „Lectiel II"; siehe auch *Bouche*, Propr. ind. 7/2010, 40; *Castets-Renard*, RLDI 62 (2010), 12.

877 *Thum/Hermes*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87a, Rdnr. 41; *Bartmann*, S. 114; siehe auch *Große Ruse-Khan*, Der europäische Investitionsschutz für Datenbanken, S. 330.

878 *Derclaye*, The Legal Protection of Databases, S. 39 („If there are several sources of the same information, there is (potential) competition and the price will be reasonable. If one database maker refuses access, the user can get access to another existing or future source. Too high a price will entice new producers to enter the market"); *dies.*, IIC 2007, 275, 288; *Bartmann*, S. 114.

879 „Le producteur d'une base de données […] bénéficie d'une protection du contenu de la base lorsque la constitution, la vérification ou la présentation de celui-ci atteste d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel."

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ist zunächst zu prüfen, ob eine bestimmte Investition überhaupt berücksichtigungsfähig ist, sodann, ob die Summe der berücksichtigungsfähigen Investitionen die Schwelle der Wesentlichkeit erreicht.[880] Seit der „British Horseracing Board"-Entscheidung des EuGH ist nur noch ein solcher Beschaffungsaufwand berücksichtigungsfähig, der im Hinblick auf die Datenbank als solche erfolgt.[881] Damit können nur noch die Mittel für die Ermittlung und Sammlung vorhandener Inhalte, nicht die Mittel für deren Erzeugung, berücksichtigt werden.[882] Denn das Ziel des sui-generis-Datenbankschutzes besteht allein darin, einen Anreiz für die Einrichtung von Systemen für die Speicherung und die Verarbeitung vorhandener Informationen zu geben und nicht für das Erzeugen von Inhalten, die später in einer Datenbank zusammengestellt werden können.[883] Der Schutzbereich für Sole-source-Datenbanken ist damit reduziert.[884] Allerdings können Sole-source-Datenbanken auch dann sui-generis-Schutz erlangen, wenn entweder die Sole-source-Daten ausschließlich erworben wurden – die Lizenzgebühren sind als Investition in die Beschaffung bereits vorhandener Daten berücksichtigungsfähig – oder die Investitionen in die Überprüfung und Darstellung die Wesentlichkeitsschwelle überschreiten.[885] Ein Beispiel für die erste Fallgruppe ist das elektronische Telefonbuch von DeTe-

880 *Thum/Hermes*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87a, Rdnr. 34.

881 EuGH GRUR 2005, 244, 247, Rdnr. 30 – „British Horseracing Board"; GRUR 2005, 252, 253, Rdnr. 23 – „Fixtures Marketing I"; GRUR 2005, 254, 256, Rdnr. 39 – „Fixtures Marketing II".

882 EuGH GRUR 2005, 244, 247, Rdnr. 31 – „British Horseracing Board"; GRUR 2005, 252, 253, Rdnr. 24 – „Fixtures Marketing I"; GRUR 2005, 254, 256, Rdnr. 40 – „Fixtures Marketing II"; GRUR Int. 2005, 244, 247, Rdnr. 49 – „Fixtures Marketing III".

883 EuGH GRUR 2005, 244, 247, Rdnr. 31 – „British Horseracing Board"; GRUR 2005, 252, 253, Rdnr. 24 – „Fixtures Marketing I"; GRUR 2005, 254, 256, Rdnr. 40 – „Fixtures Marketing II". Ob sich der EuGH damit der sog. Spin-off-Theorie angeschlossen hat, ist umstritten; dafür offenbar *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 87a, Rdnr. 13; *Vivant*, Rdnr. 214; dagegen *Gaster*, in: *Hoeren/Sieber/Holznagel*, Multimedia-Recht[39], Teil 7.6, Rdnr. 95; *Derclaye*, The Legal Protection of Databases, S. 94; *Rieger*, S. 137; eine Klarstellung durch den Richtliniengeber empfehlen *Kur/Hilty/Geiger/Leistner*, IIC 2006, 551, 555.

884 *Kur/Hilty/Geiger/Leistner*, IIC 2006, 551, 554; *Thum/Hermes*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87a, Rdnr. 41; *Leistner*, IIC 2005, 592, 593; *Davison/Hugenholtz*, EIPR 27 (2005), 113, 114 f.; *Beunen*, S. 234; *Derclaye*, IIC 2010, 275, 285 u. 288; *Kommission*, First evaluation of the database directive, S. 14.

885 *Thum/Hermes*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87a, Rdnr. 45 ff.; *Vogel*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 87a, Rdnr. 47 f.; *Beunen*, S. 234; *Davison/Hugen-*

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Medien, zu dessen Herstellung Lizenzzahlungen in Höhe von 93 Mio. DM an die Deutsche Telekom geleistet wurden.[886] Gesellschaftsrechtlich kann die „British Horseracing Board"-Entscheidung damit problemlos umgangen werden – die DeTeMedien GmbH ist eine hundertprozentige Tochter der Telekom.[887] Weder der ersten noch der zweiten Fallgruppe zuordenbar ist die nach französischem Recht erfolgende Beurteilung des elektronischen Telefonbuchs der France Télécom, die die zugrunde liegenden Daten selbst erhoben hatte. Hier lehnte die Cour de cassation zwar einen sui-generis-Schutz für das „annuaire universel" ab – wenn auch mit dem Argument, dass die France Télécom insoweit kein Datenbankhersteller i.S.v. Art. L. 341-1 Abs. 1 CPI (Erwgr. 41 Datenbanken-RL) sei, da sie als verpflichteter Universaldienstleister weder die Initiative ergriffen noch das Investitionsrisiko getragen habe[888] –, bejahte aber einen Schutz für das „annuaire électronique". Denn die Daten stammten nicht nur von den Anschlussinhabern, sondern zu mehr als der Hälfte von der France Télécom, und bestünde die wesentliche Investition in der auf einem „apport intellectuel" beruhenden Zusammenstellung dieser Daten in Höhe von 10,6 Mio. Euro zwischen 1992 und 2000.[889] Man mag die Entscheidung kritisieren,

---

holtz, EIPR 27 (2005), 113, 116 („possibly even by way of resale back"); *Rieger*, S. 146.

886 BGH GRUR 1999, 923, 923 – „Tele-Info-CD"; siehe *Thum*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87a, Rdnr. 46.

887 Vgl. *Thum/Hermes*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87a, Rdnr. 46.

888 Cass. com., Urt. v. 23.5.2010, JurisData n° 2010-002593 – „Lectiel II" („[L]e droit sui generis […] n'est applicable qu'au producteur d'une base de données ayant pris l'initiative et le risque des investissements correspondants; […] tel n'est pas le cas de France Télécom dans la constitution de l'annuaire téléphonique, élément public par nature, entrant dans le cadre de sa mission statutaire et ne correspondant à aucun ‚risque' d'investissement, son coût étant, en outre, essentiellement pris en charge par les abonnés eux-mêmes").

889 Cass. com., Urt. v. 23.5.2010, JurisData n° 2010-002593 – „Lectiel II" („[C]ette base n'est pas constituée seulement des renseignements fournis par les abonnés mais […] elle est enrichie d'autres informations, dont plus de la moitié viennent de la société France Télécom, de façon à former un ensemble spécifique pour lequel celle-ci a conçu et défini les opérations utiles en leur affectant les moyens correspondants; […] cette base de données avait été constituée par un apport intellectuel de la société France Télécom, chiffré par l'expert en effort d'investissement de sept cent trois hommes par mois de travail correspondant à 10,6 millions d'euros entre 1992 et 2000"); siehe auch *Bouche*, Propr. ind. 7/2010, 40, 41; *Castets-Renard*, RLDI 62 (2010), 12, 14; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 1152.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

da sie die Rspr. des EuGH offensichtlich ignoriert[890] und das Kriterium des „apport intellectuel" – es wird normalerweise zur Bestimmung der *originalité* von Computerprogrammen herangezogen[891] – dem Leistungsschutzrecht fremd ist.[892] Dies ändert aber nichts am Ergebnis: Die Beispiele der elektronischen Telefonbücher von DeTeMedien und France Télécom zeigen, dass Sole-source-Datenbanken in Deutschland und Frankreich auch nach der „British Horseracing Board"-Entscheidung durchaus sui-generis-geschützt sein können.[893] Dieser Schutz kennt kaum Schranken[894] – im Wesentlichen nur zum privaten, zum wissenschaftlichen und zum Unterrichtsgebrauch (Art. 6 Abs. 2 Datenbanken-RL, § 87c Abs. 1 UrhG, Art. L. 342-3 Nr. 2 und 4 CPI[895]) – und gilt – wenn die Datenbank laufend aktualisiert wird – auf unbeschränkte Zeit.[896]

---

890 Vgl. *Castets-Renard*, RLDI 62 (2010), 12, 13 („La Cour de Justice de l'Union européenne fait scrupuleusement respecter les termes de la directive 96/9/CE. Mais en l'espèce, la Cour de cassation se montre bien moins rigoureuse"); siehe auch *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 214, Fn. 1 a.E.

891 *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 117; *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 182; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 270.

892 *Castets-Renard*, RLDI 62 (2010), 12, 14.

893 So allgemein auch *Kur/Hilty/Geiger/Leistner*, IIC 2006, 551, 554; *Vogel*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 87a, Rdnr. 47; *Thum/Hermes*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87a, Rdnr. 47; *Beunen*, S. 234; *Derclaye*, IIC 2007, 275, 288; siehe auch *Davison/Hugenholtz*, EIPR 27 (2005), 113, 116; *Rieger*, S. 146.

894 *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 316; *Derclaye*, S. 136; *dies.*, IIC 2007, 275, 287; *Bensinger*, S. 259 f.

895 „Lorsqu'une base de données est mise à la disposition du public par le titulaire des droits, celui-ci ne peut interdire: […] 2° L'extraction à des fins privées d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu d'une base de données non électronique […]; 4° L'extraction et la réutilisation d'une partie substantielle, appréciée de façon qualitative ou quantitative, du contenu de la base […]."

896 Vgl. Art. 10 Abs. 3 Datenbanken-RL, § 87a Abs. 1 S. 2 UrhG, Art. 342-5 Abs. 3 CPI („Toutefois, dans le cas où une base de données protégée fait l'objet d'un nouvel investissement substantiel, sa protection expire quinze ans après le 1er janvier de l'année civile suivant celle de ce nouvel investissement"); sonst für 15 Jahre, Art. 10 Abs. u. 2 Datenbanken-RL, § 87d UrhG, Art. 342-5 Abs. 2 CPI. Nach der in Deutschland wohl h.M. soll aber bei der Frage, ob wesentliche Teile – oder auch ungeschützte unwesentliche Teile – dieser insgesamt geschützten Datenbank übernommen werden, nur auf die geänderten Bestandteile abzustellen sein, *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 87d, Rdnr. 8; *Vogel*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 87d, Rdnr. 7; *Thum/Hermes*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87a, Rdnr. 128; *Kotthoff*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 87d,

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

cc) Schutz der Sole-source-Daten nach deutschem und französischem Recht

Soweit die Datenbank sui-generis-Schutz genießt, kann der Datenbankhersteller die Entnahme und/oder Weiterverwendung des *gesamten* oder eines *wesentlichen Teils* des Inhalts verbieten (Art. 7 Abs. 1 Datenbanken-RL, § 87b Abs. 1 S. 1 UrhG, Art. L. 342-1 CPI[897]). Zudem kann er die Nutzung *unwesentlicher Teile* untersagen, wenn diese systematisch und wiederholt erfolgt, in ihrer Summe das Ausmaß der Nutzung des gesamten oder eines wesentlichen Teils des Inhalts erreicht[898] und darüber hinaus entweder die „normale Auswertung" verletzt (z.B. durch Inkorporation in eine unmittelbar konkurrierende Datenbank)[899] oder die berechtigten Interessen des Herstellers unzumutbar beeinträchtigt (Art. 7 Abs. 5 Datenbanken-RL, § 87b Abs. 1 S. 2 UrhG, Art. L. 342-2 CPI[900]).[901] Damit kann sich das Ausschließlichkeitsrecht – entgegen dem Grundsatz der Gemeinfreiheit von Information – *indirekt* auch auf die in der Datenbank enthaltenen Sole-source-Informationen erstrecken,[902] nämlich soweit sie den gan-

---

Rdnr. 4; *Leistner*, Der Rechtsschutz von Datenbanken, S. 212 f.; ohne diese Einschränkung dagegen *Decker*, in: *Möhring/Nicolini*, UrhG[2], § 87d, Rdnr. 5; *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 628; siehe auch *Derclaye*, IIC 2007, 275, 287; *Kreutzer*, S. 246.

897 „Le producteur de bases de données a le droit d'interdire: 1° L'extraction […] de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu d'une base de données […]; 2° La réutilisation […] de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu de la base […]."

898 EuGH GRUR 2005, 244, 251, Rdnr. 89 – „British Horseracing Board".

899 BGH GRUR 2011, 724, 727, Rdnr. 42 – „Zweite Zahnarztmeinung II".

900 „Le producteur peut également interdire l'extraction ou la réutilisation répétée et systématique de parties qualitativement ou quantitativement non substantielles du contenu de la base lorsque ces opérations excèdent manifestement les conditions d'utilisation normale de la base de données."

901 Vgl. *Kreutzer*, S. 250.

902 *Leistner*, Der Rechtsschutz von Datenbanken, S. 146; *Rieger*, S. 263; *Bartmann*, S. 114; *Grützmacher*, S. 328; *Bensinger*, S. 108 ff.; *Große Ruse-Khan*, Der europäische Investitionsschutz für Datenbanken, S. 332; *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 315; *Passa*, Dr. et Patri. 91 (2001), 64, 69; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 1198; siehe auch *Dreier*, GRUR Int. 1992, 739, 749.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zen Inhalt oder einen wesentlichen Teil des Inhalts ausmachen.[903] Die nur in einer einzigen Quelle verfügbare, nicht-substituierbare Information ist dann monopolisiert.[904]

b) Bewertung

Das Recht, eine gleichartig-konkurrierende Verwertung zu verbieten und eine entsprechende Lizenz zu verweigern, ist bei statischer Betrachtung stets ineffizient.[905] Hier wiegen die Effizienznachteile aber besonders schwer. Nicht nur verfügen die Rechtsinhaber einer Sole-source-Datenbank über eine monopolistische Preissetzungsmacht, sodass die Konsumentenrente *deutlich* stärker sinkt als die Produzentenrente steigt.[906] Auch bewirkt das Ausschließlichkeitsrecht letzten Endes nicht nur eine konsumtive, sondern auch eine *kreative* Unternutzung. Damit sind *zusätzliche* Effizienznachteile verbunden, weil Informationsmonopole den freien Informationsfluss beschränken, was sich nachteilig auf Innovation und Fortschritt auswirken kann.[907] Diese Effizienznachteile ließen sich allenfalls dann effizienzsteigernd ausgleichen, wenn das Ausschließlichkeitsrecht erforderlich wäre, um Investitionen in die Herstellung neuer Datenbanken zu ermöglichen.[908] Eben dies muss bezweifelt werden. Zunächst ist eine

---

903 *Passa*, Dr. et Patri. 91 (2001), 64, 69 („On ne peut donc véritablement parler d'appropriation d'une information par le droit du producteur de base de données que dans la situation […] où cette information représente à elle seule une partie substantielle du contenu de la base et n'est pas accessible par d'autres voies"); *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 315, Fn. 2; siehe auch *Bensinger*, S. 111.

904 *Thum/Hermes*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87a, Rdnr. 41 u. 47; *Vogel*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 87a, Rdnr. 47; *Leistner*, Der Rechtsschutz von Datenbanken, S. 177 f.; *ders.*, IIC 2005, 592, 592; *Bartmann*, S. 115; *Derclaye*, The Legal Protection of Databases, S. 280; *dies.*, IIC 2007, 275, 288; *Rieger*, S. 263; *Grützmacher*, S. 371; *Große Ruse-Khan*, Der europäische Investitionsschutz für Datenbanken, S. 330; *Beunen*, S. 233; *Davison/Hugenholtz*, EIPR 27 (2005), 113, 115; *Kreutzer*, S. 246.

905 Siehe 1. Kapitel A. II. 2. a) bb) (3) (c).

906 Vgl. 1. Kapitel A. II. 2. a) bb) (1); siehe auch *Derclaye*, The Legal Protection of Databases, S. 280 („decrease in quantity and quality and increase in price"); *Grützmacher*, S. 111.

907 Vgl. *Bartmann*, S. 115; *Rieger*, S. 93; siehe auch *Grützmacher*, S. 111.

908 Vgl. 1. Kapitel A. II. 2. a) cc).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Anreizwirkung des sui-generis-Datenbankschutzes generell nicht belegt. Ein entsprechender Evaluierungsbericht der Europäischen Kommission kommt zu dem Ergebnis, dass „the ‚sui generis' protection has had no proven impact on the production of databases".[909] So wurden 1998, als die ersten Mitgliedstaaten die Datenbanken-RL umgesetzt hatten, 3.092 neue Datenbanken in Westeuropa produziert (1996: 2.052).[910] Kaum war der sui-generis-Datenbankschutz in den meisten der damals noch 15 Mitgliedstaaten verankert, sank die Produktion neuer Datenbanken in Westeuropa von 4.085 (2001) auf 3.095 (2004).[911] Dagegen nahm die Anzahl neuer Datenbanken in den USA – dort genießen Datenbanken keinen sui-generis-Schutz – von 6.000 (1996) auf über 8.000 (2004) zu.[912] Man kann mit guten Gründen die Methodik des Evaluierungsberichts kritisieren[913] und auf den vertragsrechtlichen, lauterkeitsrechtlichen und technischen Schutz US-amerikanischer Datenbanken verweisen.[914] Aber selbst wenn man einen sui-generis-Datenbankschutz für erforderlich hält, darf der Rechtsinhaber die Datenbank nur zu angemessenen Preisen verwerten, also zu Preisen, die für die Amortisation der Investitionen erforderlich sind.[915] Das Ausschließlichkeitsrecht verleiht dem Sole-source-Datenbankhersteller aber eine monopolistische Preissetzungsmacht, von der er unter Zugrundelegung des ökonomischen Verhaltensmodells auch Gebrauch macht. Die Monopolpreise können nun auch nicht etwa damit gerechtfertigt werden, dass die Herstellung einer Sole-source-Datenbank mit einem Investitionsrisiko verbunden sei, mithin eine Quersubventionierung erfordere.[916] Denn die Nachfrage nach Sole-source-Daten wie Telefonnummern, Börsendaten, Wetterdaten etc. ist einschätzbar, weil es hier – anders als bei Büchern, Filmen usw. – auf objektive Bedürfnisse, statt auf rein individuelle Geschmäcker und Präferenzen ankommt. Damit sind die Preise für den Zugang zu Sole-source-Datenbanken unangemessen, d.h. das

909 *Kommission*, First evaluation of the database directive, S. 20.
910 *Kommission*, First evaluation of the database directive, S. 24 u. 19.
911 *Kommission*, First evaluation of the database directive, S. 24.
912 *Kommission*, First evaluation of the database directive, S. 23 u. 25 („The ‚sui generis' right is somewhat at odds with the continued success of US publishing and database production that thrives without ‚sui generis' type protection").
913 *Rieger*, S. 89 f.; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 430, Fn. 90; *Derclaye*, IIC 2007, 275, 297.
914 *Rieger*, S. 88; *Grützmacher*, S. 96; *Bartmann*, S. 36.
915 Vgl. 1. Kapitel B. III. a.A.
916 Siehe 1. Kapitel B. III. a.A.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Recht, eine gleichartig-konkurrierende Verwertung von Sole-source-Datenbanken zu verbieten und eine entsprechende Lizenz zu verweigern, ist bei wertender Betrachtung ökonomisch ineffizient. Da eine außerökonomische Rechtfertigung des sui-generis-Schutzes als eines reinen Investitionsschutzes ausscheidet,[917] ist das Ausschließlichkeitsrecht normativ ineffizient und zu beschränken.[918]

Das Ergebnis dürfte kaum überraschen. Die Freiheit der Information ist ein Menschen- (Art. 19 AEMR, Art. 10 Abs. 1 EMRK) und Grundrecht (Art. 11 Abs. 1 GRC, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG, Art. 11 DDHC[919]). Die Datenbanken-RL beruht dann auch auf der Erwägung, dass das sui-generis-Recht „in keinerlei Hinsicht eine Ausdehnung des urheberrechtlichen Schutzes auf reine Fakten oder Daten" bedeutet (Erwgr. 45) und „nicht zur Entstehung eines neuen Rechts an diesen Werken, Daten oder Elementen selbst" führt (Erwgr. 46). Beide Erwägungsgründe spiegeln das besondere Anliegen des Richtliniengebers wieder, jede Möglichkeit des Entstehens von Informationsmonopolen zu verhindern.[920] Aus diesem Grund hatte der von der Europäischen Kommission beschlossene und vom Europäischen Parlament gebilligte Richtlinienentwurf auch eine Zwangslizenz für Sole-source-Datenbanken vorgesehen.[921] Dass die Zwangslizenz letzten Endes keinen Eingang in den am 10. Juli 1995 vom Rat beschlossenen Gemeinsamen Standpunkt – und damit in das deutsche und französische Urheber-

---

917 Vgl. *Hilty*, ZUM 2003, 983, 999.

918 Vgl. *Hilty*, ZUM 2003, 983, 999; *Kur/Hilty/Geiger/Leistner*, IIC 2006, 551, 554 f.; *Derclaye*, The Legal Protection of Databases, S. 280; *dies.*, IIC 2007, 275, 297; *Leistner*, Der Rechtsschutz von Datenbanken, S. 236; *Beunen*, S. 234; *Bartmann*, S. 121; *Grützmacher*, S. 382; *Große Ruse-Khan*, Der europäische Investitionsschutz für Datenbanken, S. 332; *Thum/Hermes*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87a, Rdnr. 47; *Vogel*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 87a, Rdnr. 47; *Kreutzer*, S. 258.

919 Zwar regelt Art. 11 DDHC unmittelbar nur die Meinungsfreiheit, mittelbar aber auch die Informationsfreiheit; grundlegend Cons. const., Entsch. v. 11.10.1984, n ° 84-181 DC, Rdnr. 38 („[E]n définitive l'objectif à réaliser est que les lecteurs qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration de 1789 soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions ni qu'on puisse en faire l'objet d'un marché"), eingehend *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 133.

920 *v. Lewinski*, in: *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, Rdnr. 9.7.54.

921 *Kommission*, KOM(93) 464 endg., ABl. C 308 v. 15.11.1993, S. 1, 13 ff. (= Art. 11 RL-Vorschlag 2); siehe auch 4. Kapitel A. IV.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

recht – fand, geht nicht zuletzt auf die drei Monate zuvor ergangene „Magill"-Entscheidung des EuGH zurück.[922] Da nunmehr die kartellrechtliche Zwangslizenz bereit stand, glaubte der Rat die urheberrechtliche Zwangslizenz streichen, eine diesbezügliche Revisionsklausel (Art. 16 Abs. 3 Datenbanken-RL) einführen und auf die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle (Erwgr. 47 Datenbanken-RL) verweisen zu können.[923] Der auf die Revisionsklausel hin ergangene erste und bisher einzige Evaluierungsbericht der Europäischen Kommission vom 12. Dezember 2005 – ein Jahr nach der „British Horseracing Board"-Entscheidung des EuGH – kam zu dem Schluss, dass „the ECJ in November 2004 significantly curtailed the scope of ‚sui generis' protection, thereby pre-empting concerns that the right negatively affects competition".[924] Wie gezeigt ist eine solche Feststellung unzutreffend. Das Problem besteht fort und muss gelöst werden.

IV. Exkurs: Beschränkung der Interoperabilität von Computerprogrammen und technischen Schutzmaßnahmen

Nach geltendem Recht kann die Interoperabilität von Computerprogrammen und technischen Schutzmaßnahmen beschränkt werden (unten 1.). Dieser Zustand ist aber nur im Einzelfall normativ ineffizient (unten 2.) und im Übrigen kein Problem des Urheberrechts (unten 3.)

1. Analyse

a) Interoperabilität von Computerprogrammen

Computerprogramme sind in zwei verschiedenen Sprachen verfasst: als *Quellcode* in der nur für den Menschen lesbaren Programmiersprache (z.B. Java)[925] und als *Objektcode* in der nur den Computer lesbaren Ma-

922 Vgl. *Gaster*, in: *Hoeren/Sieber/Holznagel*, Multimedia-Recht[39], Teil 7.6, Rdnr. 158 f.; eingehend zu „Magill" 2. Kapitel A. II. 5. b) aa) (2).
923 Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 20/95, ABl. C 288 v. 30.10.1995, S. 14, 27.
924 *Kommission*, First evaluation of the database directive, S. 6.
925 *Schweyer*, S. 58; *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 69e, Rdnr. 4; *Hoeren*, in: *Möhring/Nicolini*, UrhG[2], § 69e, Rdnr. 2; *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 175; *Pellegrini/Canevet*, Rdnr. 122; *van Rooijen*, S. 12.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schinensprache[926]. Ausgeliefert werden Computerprogramme in der Maschinensprache.[927] Eine ganz wesentliche Funktion von Computerprogrammen besteht nun darin, „mit den anderen Komponenten eines Computersystems und den Benutzern in Verbindung zu treten und zu operieren".[928] Diese Eigenschaft der „Fähigkeit zum Austausch von Informationen und zur wechselseitigen Verwendung der ausgetauschten Informationen" wird als Interoperabilität bezeichnet.[929] Die Teile des Programms, die eine solche Verbindung und Interaktion ermöglichen sollen, sind als Schnittstellen bekannt[930] und im Objektcode nicht identifizierbar.[931] Die bekanntesten Schnittstellen sind die Anwendungsprogrammierschnittstellen (kurz APIs[932]).[933] Wer etwa ein Anwendungsprogramm (z.B. Mozilla Firefox) entwickeln möchte, das mit einem bestimmten Betriebssystem (z.B. Microsoft Windows) interoperabel ist, bedarf dazu eines passenden „Steckers".[934] Die Schnittstelle besteht aus der Spezifikation und dessen Implementierung im Quellcode. Die Spezifikation legt nur fest, *was* zur Herstellung von Interoperabilität erreicht werden muss, nicht *wie*, d.h. durch welche Abfolge von Logarithmen, dies implementiert wird;[935] sie ist als zugrunde liegende Idee und Grundsatz urheberrechtlich nicht schutzfähig (Art. 1 Abs. 2 S. 2 Computerprogramme-RL, § 69a Abs. 2 S. 2 UrhG). Schutzfähig sind aber alle Ausdrucksformen des Computerprogramms (Art. 1 Abs. 2 S. 1 Computerprogramme-RL, § 69a Abs. 2 S. 1 UrhG), also insbesondere der Objektcode, der Quellcode und die Quell-

926 *Schweyer*, S. 55; *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 69e, Rdnr. 4; *Grützmacher*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 69e, Rdnr. 1; *Hoeren*, in: *Möhring/Nicolini*, UrhG[2], § 69e, Rdnr. 2; *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 175; *Pellegrini/Canevet*, Rdnr. 119; *van Rooijen*, S. 12; *Wiebe*, JIPITEC 2 (2011), 89, 90.

927 *van Rooijen*, S. 12.

928 *Schweyer*, S. 61; Erwgr. 10 Computerprogramme-RL.

929 Erwgr. 10 Computerprogramme-RL.

930 Erwgr. 10 Computerprogramme-RL.

931 *Schweyer*, S. 62.

932 Abkürzung von „Application Programming Interface".

933 *Schweyer*, S. 63; siehe auch *Pellegrini/Canevet*, Rdnr. 315.

934 *Schweyer*, S. 63.

935 *Drexl*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 442; Kommission, Entsch. v. 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, Rdnr. 570 – „Microsoft"; ähnlich *van Rooijen*, S. 15.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

codefragmente, die die Schnittstellenspezifikation implementieren.[936] Soll nun ein neues Computerprogramm entwickelt werden, das mit dem bestehenden Computerprogramm interoperabel ist, muss es stets[937] dieselbe Spezifikation und bisweilen[938] auch dieselbe Implementierung aufweisen.

Der Programmierer benötigt also Informationen darüber, wie die Schnittstelle spezifiziert und gegebenenfalls wie diese Spezifikation implementiert ist. Diese sog. Schnittstelleninformationen erlangt er nur durch Offenlegung oder durch sog. Reverse Engineering. In der ersten Alternative muss der Softwarehersteller – wenn er nicht von sich aus den Quellcode offen zugänglich macht (sog. Open Source) – zur Offenlegung verpflichtet werden. In der zweiten Alternative muss das Urheberrecht u.a.[939] die Rückübersetzung des Objektcodes in den Quellcode – die sog. Dekom-

---

936 EuG BeckEuRS 2007, 455432, Rdnr. 289 – „Microsoft"; Kommission, Entsch. v. 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, Rdnr. 190 – „Microsoft"; *Drexl*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 443; ausdrücklich auch *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 69a, Rdnr. 13; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 69a, Rdnr. 23; *ders.*, CR 1991, 577, 583; *Grützmacher*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 69a, Rdnr. 31; *Hoeren*, in: *Möhring/Nicolini*, UrhG[2], § 69a, Rdnr. 5 u. 11; *Haberstumpf*, in: *Lehmann*, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, II, Rdnr. 173; *Marly*, S. 324 („Auch vermag der Hinweis keine allgemeingültige Lösung zu bieten, sofern es sich nur um kurze Codeteile handele, fehle es zumeist an deren Schutzfähigkeit, so daß die Übernahme zulässig sei, denn es ist nicht ausgeschlossen, daß ein notwendigerweise zu übernehmender Teil umfangreich genug zur Begründung ist"); siehe auch *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 179; *Bernault*, in: *Synodinou*, Codification of European Copyright Law, S. 312 f.; offen gelassen von *Schulte*, CR 1992, 648, 650; siehe auch *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 179.

937 *van Rooijen*, S. 15 („For two computer programs to be interoperable, they must thus adhere to the *exact* same interface specifications", Hervorh. i. Orig.).

938 *Schweyer*, S. 64 f. u. 140; *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 69e, Rdnr. 18; *Vinje*, GRUR Int. 1992, 250, 259; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 69e, Rdnr. 20; *ders.*, CR 1991, 577, 583; *Wiebe*, in: *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien[3], § 69e UrhG, Rdnr. 10; *Haberstumpf*, in: *Lehmann*, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, II, Rdnr. 173; *Bernault*, in: *Synodinou*, Codification of European Copyright Law, S. 312 f.; *Ghidini/Arezzo*, S. 363; *Pres*, S. 141; *Marly*, S. 324; *Schulte*, CR 1992, 648, 650; siehe auch *Drexl*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 441. Im Fall „Microsoft" war nach Auffassung der Europäischen Kommission nur die Offenlegung der Spezifikationen, nicht der Quellcodes erforderlich, Kommission, Entsch. v. 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, Rdnr. 572 – „Microsoft".

939 Eingehend zu den urheberrechtlich relevanten Nutzungshandlungen im Rahmen des Reverse Engineering *Schweyer*, S. 87 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

pilierung[940] – erlauben. Ist zur Entwicklung eines interoperablen Computerprogramms auch die Übernahme von Quellcodefragmenten erforderlich und sind diese *als solche* geschützt, muss ihm in beiden Alternativen auch diese Vervielfältigung erlaubt sein.

Das Reverse Engineering ist nach europäischem, deutschem und französischen Recht freigestellt.[941] Zunächst erlaubt Art. 5 Abs. 3 Computerprogramme-RL (d.i. § 69 Abs. 3 UrhG, Art. L. 122-6-1 Abs. 3 CPI) das Laden, Anzeigen, Ablaufen, Übertragen und Speichern des Programms – was *an sich* bereits nach Art. 5 Abs. 1 freigestellt ist[942] –, um mittels Beobachten, Untersuchen oder Testen des Funktionierens des Programms – was streng genommen nicht mehr von Abs. 1 gedeckt ist[943] –die einem Programmelement, insbesondere einer Schnittstelle, zugrundeliegenden Ideen und Grundsätze in Erfahrung zu bringen. Darüber hinaus ist nach Art. 6 Computerprogramme-RL (d.i. § 69e UrhG, Art. L. 122-6-1 Abs. 4 CPI) die Dekompilierung zulässig, wenn diese unerlässlich ist, um die erforderlichen Informationen zur Herstellung der Interoperabilität zu erhalten, und wenn weitere Voraussetzungen erfüllt werden (insbesondere die Nutzung nur zu Interoperabilitätszwecken)[944].

Solange Computerprogramme ausschließlich im Objektcode ausgeliefert wurden, bei dem ein Reverse Engineering nur unter großen zeitlichen und finanziellen Anstrengungen möglich ist, bedurften die Softwarehersteller keiner technischen Mittel, die eine Dekompilierung erschweren oder gar unmöglich machen.[945] Dies änderte sich Mitte der 1990er mit der Schaffung von Programmiersprachen wie Java, bei denen das Programm in einem dem Quellcode nahen Zwischencode, dem sog. Bytecode, ausge-

940 *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 69d, Rdnr. 6; *Grützmacher*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 69e, Rdnr. 4; *Schweyer*, S. 131; *Lucas/Lucas/Schloetter*, Rdnr. 415; *Wiebe*, JIPITEC 2 (2011), 89, 90.

941 Eingehend zu den verschiedenen Reverse-Engineering-Techniken *Schweyer*, S. 73 ff.

942 *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 69d, Rdnr. 21; *Schweyer*, S. 131; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 629; siehe auch *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 414.

943 *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 69d, Rdnr. 21; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 69d, Rdnr. 20.

944 Art. 6 Abs. 2 lit. a Computerprogramme-RL (d.i. § 69e Abs. 2 Nr. 1 UrhG, Art. L. 122-6-1 Abs. 4 Unterabs. 2 Nr. 1 CPI).

945 *Schweyer*, S. 167.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

liefert wird.[946] Die allermeisten der zum Schutze von Java entwickelten Techniken können und werden nun auch für Programme verwendet, die in den „traditionellen" Maschinensprachen geschrieben werden.[947] Im Wesentlichen handelt es sich dabei um Verschlüsselungs-[948] und Verschleierungstechniken,[949] die den zeitlichen und finanziellen Aufwand für das Reverse Engineering, dessen Ausgang ungewiss ist,[950] in die Höhe treiben.[951] Aber selbst wenn es gelingt, den Objektcode in den Quellcode zurückzuübersetzen, um auf diese Weise deren Spezifikation zu ermitteln, kann der Softwarehersteller jederzeit die Schnittstelle ändern; dann war das Reverse Engineering umsonst.[952]

Ein Beispiel aus der jüngeren Zeit ist der Versuch von Microsoft, eine mit YouTube interoperable Anwendungssoftware (sog. App) für sein Smartphone-Betriebssystem Windows Phone zu entwickeln. Im Mai 2013 war es Microsoft gelungen, die APIs von YouTube mittels Reverse Engineering zu ermitteln.[953] Kaum aber war die Windows Phone YouTube-App veröffentlicht, forderte Google Microsoft auf, sie binnen einer Woche zurückzunehmen.[954] Zwar gelang es den Parteien, sich zu einigen, und Mitte August 2013 kam eine gemeinsam entwickelte YouTube-App auf

946 *Schweyer*, S. 167.
947 *Schweyer*, S. 167.
948 Eingehend *Schweyer*, S. 168 ff.
949 Eingehend *Schweyer*, S. 171 ff.
950 *Berns*, S. 417; *Wolf*, S. 124; siehe auch Kommission, Entsch. v. 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, Rdnr. 685 – „Microsoft".
951 *Schweyer*, S. 177 („Es muss nicht das Ziel von Obfuskatoren sein – und ist es im Zweifel auch nicht – das reverse engineering unmöglich, sondern es wirtschaftlich völlig impraktikabel zu machen. Dieses Ziel kann man mit den dargestellten Methoden der Verschleierung erreichen"); *Bechtold*, in: *Becker/Buhse/Günnewig/Rump*, Digital Rights Management, S. 621; siehe auch *Bernault*, RLDI 25 (2007), supplément, 6, 8 („Inutile de s'attarder ici pour vous dire qu'évidemment, l'opération est complexe et réservée aux meilleurs informaticiens"); *Mazziotti*, World Competition 28 (2005), 253, 272 f.; *Berns*, S. 417; *Wolf*, S. 124.
952 Vgl. Kommission, Entsch. v. 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, Rdnr. 686 – „Microsoft"; *Mazziotti*, World Competition 28 (2005), 253, 272 f.; *Wiebe*, JIPITEC 2 (2011), 89, 94.
953 Siehe http://www.theverge.com/2013/5/7/4308662/youtube-windows-phone-app/in/3603277 (zuletzt besucht am 20.12.2015).
954 Siehe http://www.theverge.com/2013/5/15/4334030/google-demands-microsoft-remove-youtube-windows-phone-app (zuletzt besucht am 20.12.2015).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den Markt.[955] Allerdings änderte Google bereits wenige Tage später einen Microsoft zur Verfügung gestellten API-Schlüssel, da Microsoft angeblich die Nutzungsbedingungen verletzt habe.[956] Seitdem handelt es sich bei der Windows Phone YouTube-App im Wesentlichen nur noch um einen Link auf die YouTube-Startseite – ohne die zusätzlichen Funktionen einer App, wie sie ein Smartphone mit Googles Betriebssystem Android oder ein iPhone (mit Apples Betriebssystem iOS) bietet.[957] Ein weiteres – und das wohl bekannteste – Beispiel ist Microsofts Weigerung 13 Jahre zuvor, Sun Microsystems die Schnittstelleninformationen seines Client-Betriebssystems Windows XP zur Produktion eines interoperablen Server-Betriebssystems zugänglich zu machen.[958]

In solchen Fällen laufen die urheberrechtlichen Reverse-Engineering-Schranken faktisch leer.[959] Soweit man die Interoperabilität von Computerprogrammen anstrebt, reicht es nicht aus, dass der Inhaber die Erlangung der Schnittstelleninformationen *dulden* muss; er muss die Informa-

---

955 Siehe http://www.theverge.com/2013/5/15/4334956/microsoft-responds-to-youtube-windows-phone-takedown-notice/in/3603277 (zuletzt besucht am 20.12.2015).

956 „Google responded by revoking an essential API key that Microsoft was using, blocking access to YouTube from the app", siehe http://www.theverge.com/2013/8/16/4627342/microsoft-google-battle-over-youtube-windows-phone/in/3603277 (zuletzt besucht am 20.12.2015).

957 c't – Magazin für Computertechnik, 19/2013, S. 42 („„Für uns sieht es so aus, als fabriziere Google Gründe für die Blockade, damit wir unseren Nutzern nicht dasselbe bieten können wie Android oder iPhone', klagte [Microsoft's Deputy General Counsel] Howard. ‚Die Hürden, die Google aufgestellt hat, sind nicht zu überwinden – und das wissen sie.' Windows-Phone-Nutzer können YouTube im Browser nutzen, wenn auch weniger komfortabel als in einer App", Anm. d. Verf.).

958 EuG BeckEuRS 2007, 455432 – „Microsoft"; Kommission, Entsch. v. 24.3.2004, COMP/C-3/37.792 – „Microsoft".

959 *Bernault*, in: *Synodinou*, Codification of European Copyright Law, S. 308 („[T]he directive appears to authorize an act that would be virtually impossible to carry out"); *Schweyer*, S. 239; *Bechtold*, in: *Becker/Buhse/Günnewig/Rump*, Digital Rights Management, S. 621; siehe auch *Ledieu*, Comm. com. électr. 7-8/2004, 19, 21; *Wolf*, S. 178; Kommission, Entsch. v. 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, Rdnr. 687 – „Microsoft" („In conclusion, reverse engineering – as opposed to disclosures from Microsoft – does not constitute a viable solution for companies willing to compete with Microsoft on the work group server operating system market").

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tionen *offenlegen*.[960] Weder das deutsche noch das französische Urheberrecht verpflichten zur Offenlegung von Software-Schnittstelleninformationen. Ebenso wenig erlaubt es die im Einzelfall unerlässliche Vervielfältigung von durch Reverse Engineering erlangten, urheberrechtlich geschützten Quellcodefragmenten, die die Spezifikation implementieren.[961] Damit kann – vorbehaltlich des Kartellrechts – nach geltendem Recht die Interoperabilität von Computerprogrammen beschränkt werden.

b) Interoperabilität von technischen Schutzmaßnahmen

Bekanntlich lassen sich digitale Inhalte (z.B. E-Books, Filme und Musik) problemlos vervielfältigen. Musste man früher das entsprechende Buch, den Bild- oder Tonträger kaufen, ist es heutzutage möglich, die Inhalte im Internet kostenlos herunterzuladen (sog. Filesharing) oder unmittelbar kostenlos zu konsumieren (sog. Streaming). Die Rechtsinhaber reagierten – zunächst in der Musik- und Filmindustrie, zuletzt in der E-Book-Industrie – mit technischen Schutzmaßnahmen, allen voran Verschlüsselungsmethoden. Unter Zugrundelegung des normativen Effizienzziels sind technische Schutzmaßnahmen durchaus berechtigt, weil – und soweit – sie das Trittbrettfahrerproblem lösen und eine Unterproduktion neuer Werke ver-

960 *Schweyer*, S. 239 f.; *Ghidini/Arezzo*, S. 364; siehe auch *Bernault*, in: *Synodinou*, Codification of European Copyright Law, S. 309 („Article 6 of Directive 91/250/EEC is, therefore, a long way achieving a consensus of opinion but today, the question interoperability can no longer necessarily be limited to this enactment alone").

961 *Grützmacher*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 69e, Rdnr. 11 („Weiter kann […] nicht der Argumentation zugestimmt werden, dass die Übernahme urheberschutzfähiger Elemente zur Herstellung der Interoperabilität im Einzelfall erforderlich und daher nach dem Zweck des § 69e erlaubt sein müsse […]. Zunächst können auch die Vertreter dieser Auffassung nicht erklären, woher sie das dann notwendige Verbreitungsrecht ableiten. […] Und schließlich gewährleistet nur die hier vertretene Lösung, dass der Zweithersteller auch in solchen Fällen keine Investitionen des Originalherstellers für die Programmentwicklung übernimmt"); *Wiebe*, in: *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien[3], § 69e UrhG, Rdnr. 10; *ders.*, JIPITEC 2 (2011), 89, 92; *Dreier*, CR 1991, 577, 583; wohl auch *Czychowski*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 69e, Rdnr. 14; a.A. *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 69e, Rdnr. 18; *Vinje*, GRUR Int. 1992, 250, 259; *Pres*, S. 141; *Schweyer*, S. 140; *Marly*, S. 324. In der französischen Literatur wird diese Frage soweit ersichtlich nicht erörtert.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hindern.[962] Aus diesem Grund ist die Umgehung technischer Schutzmaßnahmen strafbewehrt verboten (§§ 95a Abs. 1, 108b Abs. 1 UrhG, Art. L. 335-3-1 Abs. 1, L. 335-4-1 Abs. 1 CPI). Allerdings decken sich rechtlicher und technischer Schutz nur bedingt. Während das Urheberrecht z.B. die digitale Privatkopie erlaubt, versetzen technische Schutzmaßnahmen den Rechtsinhaber in die Lage, eine solche Nutzung zu verbieten.[963] Mithilfe technischer Schutzmaßnahmen kann dieser bis ins Detail bestimmen, ob, wann, wo, wie und wie oft der digitale Inhalt genutzt wird (sog. Digitales Rechtemanagement, kurz: DRM[964]).[965] Solange der Konsument den Inhalt lediglich konsumieren möchte, kann er dies regelmäßig unbeschränkt tun. Sobald er aber das technische Gerät, das den Zugang zum Inhalt erlaubt, wechseln, oder jemandem in seinem privaten Umfeld, der über ein anderes technisches Gerät verfügt, eine Kopie zukommen lassen möchte, ist er darauf angewiesen, dass die jeweiligen technischen Schutzmaßnahmen von technischem Gerät und digitalem Inhalt interoperieren. Damit besteht eine ähnliche Situation wie bei Computerprogrammen: Möchte der Inhalte-Anbieter bzw. Hersteller des technischen Geräts einen interoperablen DRM-Schutz entwickeln, benötigt er zwingend die Schnittstelleninformationen derjenigen technischen Schutzmaßnahme, mit der eine Interoperabilität angestrebt wird.

Ein bekanntes Beispiel hierfür ist der Versuch der Internet-Musikdienste RealMusic Store (USA) und Virgin Megastore (Frankreich) Mitte der 2000er Jahre, die eigenen MP3-Dateien mit einem DRM-Schutz zu verse-

---

962 *Hilty*, GRUR 2009, 633, 634 f. („Gäbe es keine technischen Schutzmaßnahmen, würden die notwendigen Anreize fehlen, um die durch sie abgesicherten Angebote überhaupt zur Verfügung zu stellen; ohne diese technische ‚Aussperrungsmöglichkeit' wäre nämlich kein Nutzer ‚gezwungen', in eine individualrechtliche Vereinbarung einzuwilligen, welche Leistung und Gegenleistung regeln – eine Nutzung wäre vielmehr kostenlos möglich, ein adäquater ‚return on investment' seitens des betreffenden Werkmittlers mithin ausgeschlossen. Und auch der Rechtsschutz solcher technischer Schutzmaßnahmen ist insoweit unumgänglich, als falschen Negativanreizen, diese zu umgehen, entgegengewirkt werden muss"); ausführlich zur ökonomischen Analyse technischer Schutzmaßnahmen *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 282 ff.

963 Eingehend zu der Gefahr, dass technische Schutzmaßnahmen die Schrankenregelungen unterlaufen *Hilty*, 53 JCSUSA 103, 114 ff. (2006); *ders.*, GRUR Int. 2006, 179, 180; *ders.*, ZUM 2003, 983, 990; *Geiger*, GRUR Int. 2004, 815, 820; *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 378 ff.

964 Überblicksartig zum Digitalen Rechtemanagement *Rump*, S. 3 ff.

965 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 71; *Harrang*, 49 Ariz. L. Rev. 29, 33 (2007).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hen, den QuickTime, die Abspielsoftware des iPod, akzeptieren würde.[966] Zunächst baten sie Apple um eine Lizenz der in QuickTime eingebundenen DRM-Technologie FairPlay.[967] Als Apple beiden eine Lizenz verweigerte und während Virgin mit einem Antrag auf eine kartellrechtliche Zwangslizenz beim Conseil de la Concurrence im November 2004 scheiterte,[968] entwickelte Real Networks schließlich mittels Reverse Engineering die interoperable DRM-Technologie Harmony.[969] Kaum aber war Harmony Mitte 2004 auf dem Markt, aktualisierte Apple seine Abspielsoftware (einschließlich der Schnittstellen), sodass die im RealMusic Store erhältlichen MP3-Dateien erneut nicht auf dem iPod abgespielt werden konnten.[970] Während Internet-Musikdienste mittlerweile auf technische Schutzmaßnahmen verzichten, besteht heute dieselbe bzw. eine ähnliche Situation bei E-Books. Auf dem iPad können nur solche DRM-geschützten E-Books gelesen werden, die im iTunes Store gekauft wurden.[971] Umgekehrt können iBooks nur mit QuickTime gelesen werden, die nur auf Apple-Geräten vorhanden ist.[972] Amazon verfügt ebenfalls über ein geschlossenes Ökosystem: Die Lesesoftware des Kindle liest nur solche E-Books (nämlich die Kindle eBooks), die mit dem DRM-Schutz von Amazon versehen sind.[973] Umgekehrt sind Kindle eBooks nur mit der Lesesoftware des Kindle nutzbar.[974]

Soweit die DRM-Technologie Computerprogramme umfasst,[975] können deren Schnittstelleninformationen zwar theoretisch mittels Reverse Engi-

---

966 *Schweyer*, S. 180; *Harrang*, 49 Ariz. L. Rev. 29, 35 u. 37 (2007).

967 Siehe auch Cons. conc., Entsch. v. 9.11.2004, n° 04-D-54, Rdnr. 7.

968 Cons. conc., Entsch. v. 9.11.2004, n° 04-D-54; zur ökonomischen Analyse dieser Entscheidung *Lévêque*, RDLC 1/2005, 15 ff.

969 *Schweyer*, S. 180; *Harrang*, 49 Ariz. L. Rev. 29, 35 (2007).

970 *Harrang*, 49 Ariz. L. Rev. 29, 35 (2007); *Schweyer*, S. 180; *Mazziotti*, World Competition 28 (2005), 253, 272.

971 Apple verhindert also den „Import" DRM-geschützter E-Books, erlaubt aber – anders als Amazon – einen „Import" von E-Books ohne DRM-Schutz, *Bläsi/Rothlauf*, S. 19.

972 Apple verhindert also den „Export", *Bläsi/Rothlauf*, S. 19; siehe auch *Vercken/Macrez*, Légicom 51 (2014), 85, 86.

973 Damit wird der „Import" fremder E-Books verhindert, *Bläsi/Rothlauf*, S. 9 u. 45; siehe auch *Vercken/Macrez*, Légicom 51 (2014), 85, 86.

974 Es wird ein „Export" verhindert, *Bläsi/Rothlauf*, S. 45; siehe auch *Vercken/Macrez*, Légicom 51 (2014), 85, 86.

975 Vgl. *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 181 („Bien souvent, la mesure technique consistera en un programme informatique"); *Bernault*, in: *Synodinou*,

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

neering erlangt werden. Im Übrigen aber bleiben die Schnittstelleninformationen – so sie denn nicht freiwillig offen gelegt werden – unzugänglich. Allerdings regelt das französische Urheberrecht als Reaktion[976] auf Apples Lizenzverweigerung gegenüber Virgin eine – praktisch freilich völlig unbedeutende[977] – gesetzliche Verpflichtung zur Offenlegung der technischen Dokumentation und der Programmierungsschnittstellen, die erforderlich sind, um einem technischen Gerät den Zugang zu einem durch technische Maßnahmen geschützten Werk oder Gegenstand zu erlauben (Art. L. 331-5 Abs. 4 S. 2 i.V.m. Art. L. 331-32 CPI).[978] Das deutsche Urheberrecht enthält hingegen keine Offenlegungspflicht. Damit kann – vorbehaltlich des Kartellrechts – nach geltendem Recht die Interoperabilität von technischen Schutzmaßnahmen beschränkt werden.

2. Bewertung

Dass nach geltendem Recht die Interoperabilität von Computerprogrammen und technischen Schutzmaßnahmen beschränkt werden kann, ist aber nur im Einzelfall normativ ineffizient. Unter Zugrundelegung des ökonomischen Effizienzziels (unten aa)) und aus einer außerökonomischen Überlegung heraus (unten bb)) sollte die Offenlegung von Software- und DRM-Schnittstelleninformationen nur im Einzelfall erzwungen werden.

Codification of European Copyright Law, S. 310 („As technological measures usually take the form of software programs, French copyright law now offers two ways of obtaining the information needed to achieve their interoperability"); zu weitgehend wohl *Bitan*, RLDI 29 (2007), 64, 66 („La mesure technique de protection est constituée par un composant logiciel qui peut être incorporé au fichier contenant l'œuvre, mais c'est cette partie logiciel qui constitue le sujet principal de l'interopérabilité").

976 Vgl. *Goldsmith*, RLDI 23 (2007), supplément, 42, 42; *Harrang*, 49 Ariz. L. Rev. 29, 37 (2007).

977 Siehe 3. Kapitel B. II. 2. d).

978 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dietz*, GRUR Int. 2007, 692, 698; siehe eingehend 3. Kapitel B. II. 2.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a) Ökonomische Effizienz

Die Nicht-Offenlegung von Software- und DRM-Schnittstelleninformationen ist nur im Einzelfall ineffizient, nämlich soweit die Effizienznachteile (unten aa)) die Effizienzvorteile (unten bb)) überwiegen (Kaldor-Hicks-Kriterium).[979]

aa) Effizienzvorteile

Die Nicht-Offenlegung von Schnittstelleninformationen wirkt sich auf sog. zweiseitigen Märkten *(two-sided markets)* aus. Zweiseitige Märkte sind Märkte, die durch sog. indirekte Netzwerkeffekte geprägt sind.[980] Anders als direkte Netzwerkeffekte, bei denen ein Gut für alle Nutzer umso nützlicher ist, je mehr Nutzer *dieses* nachfragen (z.B. ein Faxgerät),[981] bedeuten indirekte Netzwerkeffekte, dass ein Gut für alle Nutzer umso nützlicher ist, je mehr Nutzer *komplementäre Güter* nachfragen.[982] Da die Nachfrage mit dem Angebot korreliert, ist der Nutzen komplementärer Güter für die Produzenten umso größer, je mehr Konsumenten solche nachfragen, und umgekehrt.[983] Auf die Fallgruppen interoperable Computerprogramme und technische Schutzmaßnahmen übertragen heißt das:[984] Je mehr Konsumenten ein bestimmtes Betriebssystem nutzen (z.B. Windows), desto größer ist der Nutzen für diejenigen, die interoperable Com-

979 Vgl. 1. Kapitel A. II. 1. b) bb) (1).

980 *Schwalbe/Zimmer*, S. 61; *Surblytė*, S. 154 ff.; grundlegend zu zweiseitigen Märkten *Rochet/Tirole*, JEEA 1 (2003), 990 ff.

981 *Schwalbe/Zimmer*, S. 61; *Mackenrodt*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 88; *Conde Gallego*, GRUR Int. 2006, 16, 22 f.; *van Rooijen*, S. 25; *Wolf*, S. 84; grundlegend *Katz/Shapiro*, 75 AER 424, 424 (1985).

982 *Schwalbe/Zimmer*, S. 61; *Mackenrodt*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 88; *Conde Gallego*, GRUR Int. 2006, 16, 23; *van Rooijen*, S. 26; *Wolf*, S. 85 f.; *Surblytė*, S. 153 f.; grundlegend *Katz/Shapiro*, 75 AER 424, 424 (1985).

983 Vgl. *Conde Gallego*, GRUR Int. 2006, 16, 23 („Je höher die Anzahl der angebotenen Komponenten für ein System, desto höher die Attraktivität des Systems für die Nutzer. Dies wiederum steigert die Nachfrage nach diesem System und den Anreiz der Komponentenhersteller, Güter für dieses System anzubieten").

984 Vgl. *Mackenrodt*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 88.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

puterprogramme (z.B. Windows Internet Explorer, Mozilla Firefox) für dasselbe Betriebssystem produzieren; und umgekehrt: je mehr Computerprogramme produziert werden, die mit einem bestimmten Betriebssystem interoperieren, desto größer ist der Nutzen für die Konsumenten dieses Betriebssystems. Ebenso gilt: Je mehr Konsumenten eine bestimmte DRM-Technologie auf einem technischen Gerät nutzen (z.B. auf einem iPad), desto größer ist der Nutzen für diejenigen, die Inhalte mit diesem DRM-Schutz vertreiben (iBooks); und umgekehrt: je mehr Inhalte mit einer bestimmten DRM-Schutz angeboten werden (z.B. E-Books auf Amazon), desto größer ist der Nutzen von technischen Geräten, die dieselbe DRM-Technologie aufweisen (Amazon Kindle), für die Produzenten. Anders als in konventionellen Märkten nimmt die Nachfragekurve also nicht ab, sondern zu.[985]

Aufgrund der indirekten Netzwerkeffekte besteht zunächst ein Anreiz, die Schnittstelleninformationen offenzulegen, um eine kritische Masse an Nutzern zu erreichen.[986] Ist erst einmal diese Schwelle erreicht, neigt der Markt dazu, zugunsten eines De-facto-Standards zu „kippen".[987] Welches Computerprogramm oder welche in einem technischen Gerät bzw. digitalen Inhalt enthaltene technische Schutzmaßnahme sich zum De-facto-Standard entwickelt, kann nur der Wettbewerb „entdecken". Weil der *standard race* eine marktbeherrschende Stellung verspricht,[988] nennt man diesen Wettbewerb einen Wettbewerb *um* den Markt *(competition* for *the market)*. Er gilt als besonders intensiv und verspricht erhebliche dynami-

985 *Mackenrodt*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 88.

986 *Mackenrodt*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 91; *Rochelandet/Ida*, RLDI 23 (2007), supplément, 25, 27; *Schweyer*, S. 68; Kommission, Entsch. v. 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, Rdnr. 728 – „Microsoft" („Non-dominant players in the work group server operating system market have incentives to provide their competitors with interoperability information, since the existence of interoperable and complementary software products enhances the value of their own products in the eyes of users"); EuG BeckEuRS 2007, 455432, Rdnr. 702 – „Microsoft"; siehe auch *Wolf*, S. 98; *Drexl*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 453.

987 *Mackenrodt*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 88; siehe auch *Surblytė*, S. 146; *Wolf*, S. 100 f.

988 *Drexl*, in: *FIW*, Innovation und Wettbewerb, S. 41; *Mackenrodt*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 96 ff.; *Surblytė*, S. 163; *van Rooijen*, S. 33.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sche Effizienzvorteile.[989] Eine marktbeherrschende Stellung kann aber nur erlangen, wer als einziger Anbieter von den indirekten Netzwerkeffekten profitiert, wer also seine Schnittstelleninformationen *nicht* offenlegt.[990] Unter Zugrundelegung des ökonomischen Verhaltensmodells wird am *standard race* also nur teilnehmen, wer sein System verschließen kann.[991]

bb) Effizienznachteile

Freilich führt die Nicht-Offenlegung der Schnittstelleninformationen auch zu Effizienznachteilen. Während eines *standard race* – etwa gegenwärtig um den DRM-Standard für E-Book-Reader und E-Books –[992] sind stati-

989 Vgl. *Mackenrodt*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 93 u. 82; *Surblytė*, S. 163; *Gasser/Palfrey*, S. 14 („[T]his sort of (Schumpeterian) competition for the market sets incentives to come up with entirely new generations of technologies or ways of doing business (so-called ‚leapfrog competition') in order to replace incumbent players and achieve temporary dominance"); *Rochelandet/Ida*, RLDI 23 (2007), supplément, 25, 27; *van Rooijen*, S. 36; siehe auch *Schwalbe/Zimmer*, S. 27 f.; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 168; *Drexl*, IIC 2004, 788, 805; *ders.*, in: *Ehlermann/Atansiu*, The Interaction between Competition Law and IP Law; S. 663; *ders.*, in: *Ghidini/Genovesi*, Intellectual Property and Market Power, S. 175; *Drexl et al.*, IIC 2006, 558, 561 u. 569. Eingehend zum Begriff der dynamischen Effizienz *Schwalbe/Zimmer*, S. 9 f.; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 135; *Motta*, S. 55.

990 Vgl. *Mackenrodt*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 93 („During a standard race there is by definition incompatibility between competing network standards. If compatibility were introduced the standard race would end"); *Surblytė*, S. 162.

991 Vgl. *Surblytė*, S. 145 u. 218 f.; *Mackenrodt*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 91; *Samuelson/Scotchmer*, 111 Yale L. J. 1575, 1617 (2002); siehe auch *Harrang*, 49 Ariz. L. Rev. 29, 35 (mit dem iPod/iTunes-System als Beispiel).

992 In Deutschland hat der E-Book-Reader Amazon Kindle bereits einen Marktanteil von 43 % (Tolino und Sony-Reader mit jeweils 12 bzw. 11 %) (Stand: Anfang 2014), siehe http://de.statista.com.statista.emedia1.bsb-muenchen.de/statistik/daten/studie/183611/umfrage/marktanteile-von-e-readern-in-deutschland/ (zuletzt besucht am 20.12.2015). Im deutschen E-Book-Reader-Markt verzeichnen Amazon und iTunes einen Anteil von 41 (Platz 1) bzw. 10 % (Platz 4) (Stand: 2012), siehe http://de.statista.com.statista.emedia1.bsb-muenchen.de/statistik/daten/studie/190132/umfrage/marktanteile-der-groessten-e-book-plattformen-in-deutschland/ (zuletzt besucht am 20.12.2015).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sche Effizienznachteile zu vernachlässigen, weil es kaum rational wäre, „kurz vor dem Ziel" die Preise zu erhöhen und den Absatz zu verringern; im Gegenteil wird der Produzent die Preise senken und den Absatz steigern, um möglichst schnell möglichst viele Nutzer für sein System zu gewinnen.[993] Ist der *standard race* – wie im Markt für Betriebssysteme[994] – beendet, ist der Wettbewerb *innerhalb* des Marktes *(competition* within *the market)*, also der Wettbewerb zwischen den mit dem Standard interoperablen Produkten, so gut wie ausgeschlossen. Der Sieger erhält seine Prämie: die Quasi-Monopolrente. Die Folge sind ein statischer Effizienzverlust[995] und – weil der Quasi-Monopolist einen deutlich geringeren Druck verspürt, in Innovationen und Folge-Innovationen zu investieren – dynamische Effizienznachteile.[996] Denn hat sich erst einmal ein De-facto-Standard durchgesetzt, werden – unter Zugrundelegung des ökonomischen Verhaltensmodells – die Nutzer kaum noch das System wechseln wollen (sog. Lock-in-Effekt), weil dies versunkene Kosten und geringere Netzwerkeffekte zur Folge hat.[997] Damit steht der De-facto-Standard nur – aber immerhin – mit solchen Innovationen im Wettbewerb (*um* den Markt), de-

993 *Mackenrodt*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 95; siehe auch *Wolf*, S. 102 f.; *Surblytė*, S. 164.

994 Kommission, Entsch. v. 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, Rdnr. 472 – „Microsoft"; *Drexl*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 439 u. 453; *Samuelson/Scotchmer*, 111 Yale L. J. 1575, 1619 (2002). Der Marktanteil von Windows liegt in Deutschland bei 79,09 % (Stand: März 2015), vgl. http://de.statista.com.statista.emedia1.bsb-muenchen.de/statistik/daten/studie/158102/umfrage/marktanteile-von-betriebssystemen-in-deutschland-seit-2009/ (zuletzt besucht am 20.12.2015).

995 *Mackenrodt*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 100. Allgemein zum statischen Effizienzverlust im Monopol siehe 1. Kapitel A. II. 2. a) bb) (1).

996 *Mackenrodt*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 97 f. u. 99; siehe auch *Schwalbe/Zimmer*, S. 27 f.; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 168; *Drexl*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 36; *ders.*, in: *FIW*, Innovation und Wettbewerb, S. 23; *ders.*, in: *Ghidini/Genovesi*, Intellectual Property and Market Power, S. 171; *Drexl et al.*, IIC 2006, 558, 569.

997 *Mackenrodt*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 97; *Surblytė*, S. 151 f.; *van Rooijen*, S. 27; *Wolf*, S. 98 f.; *Harrang*, 49 Ariz. L. Rev. 29, 36 (2007) (mit dem iPod/iTunes-System als Beispiel); siehe auch *Drexl*, in: *FIW*, Innovation und Wettbewerb, S. 28.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ren Nutzen so hoch ist, dass die mit einem Wechsel verbundenen Nachteile kompensiert werden.[998]

cc) Zwischenergebnis

Aufgrund ihrer äußerst komplexen Wettbewerbsauswirkungen kann die Nicht-Offenlegung von Software- und DRM-Schnittstelleninformationen nicht pauschal bewertet werden.[999] Zwar wird vor und während eines *standard race* eine Offenlegungspflicht eher schaden als nützen, weil sie einen dynamischen Wettbewerb behindert.[1000] Nach Abschluss des *standard race* sprechen aber der statische Effizienzverlust im Quasi-Monopol und der deutlich verringerte dynamische Wettbewerbsdruck für einen Offenlegungszwang. Auf der anderen Seite ist es bei dynamischer Betrachtung gerade die Aussicht auf die Quasi-Monopolrente, die den *standard race* in Gang setzt, zumal De-facto-Standards auch abgelöst werden können.[1001] Im Ergebnis sollte deshalb nur im Einzelfall die Nicht-Offenlegung von

998 *Mackenrodt*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 97; *Surblytė*, S. 152 („In such a case, consumers are likely to switch only if the incompatible technology promises dramatic improvement *and* other consumers are expected to join the network creating the necessary critical mass for it", Hervorh. i. Orig.); siehe auch *van Rooijen*, S. 34.

999 Vgl. *Gasser/Palfrey*, S. 18 („Despite anecdotal evidence from our case studies that higher degrees of interoperability foster innovation, we have found no reliable empirical evidence that would support a general conclusion in favor of interoperability"); *van Rooijen*, S. 37 („[M]andating interoperability, although welfare enhancing in some instances, may be detrimental in other instances"); *Lévêque*, RDLC 1/2005, 15, 19; *Ullrich/Heinemann*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR[5], Bd. 1, VII., B., Rdnr. 56; *Rochelandet/Ida*, RLDI 23 (2007), supplément, 25, 27; *Surblytė*, S. 216; *Berns*, S. 437;.

1000 Vgl. *van Rooijen*, S. 37 („In order to stimulate innovation and investments in the development of strong standards, […] permitting competition for the market temporarily (until a *de facto*-standard has emerged) might, therefore, be the best option"); *Berns*, S. 437; *Wolf*, S. 199; siehe auch *Drexl*, in: *Govaere/Ullrich*, Intellectual Property, Market Power and the Public Interest, S. 32 („[C]ompetition law should not intervene in situations in which competition by substitution is possible"); *ders.*, in: *Ghidini/Genovesi*, Intellectual Property and Market Power, S. 175; *ders.*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 46; *ders.*, in: *Ehlermann/Atansiu*, The Interaction between Competition Law and IP Law, S. 663; *Drexl et al.*, IIC 2006, 558, 568.

1001 Vgl. *Drexl et al.*, IIC 2006, 558, 568; *Conde Gallego*, GRUR Int. 2006, 16, 23.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Software- und DRM-Schnittstelleninformationen als ineffizient bewertet und die Offenlegung erzwungen werden.[1002] Maßgeblich ist dann u.a. der Innovationsgrad der jeweiligen Schnittstelleninformationen.[1003]

b) Außerökonomische Überlegung

Eine von De-facto-Standards und Lock-in-Effekten losgelöste Offenlegungspflicht könnte nur noch außerökonomisch gerechtfertigt werden. Sicher mag es dem Verbraucher nicht gefallen, wenn für sein Smartphone-Betriebssystem Windows Phone keine YouTube-App erhältlich ist oder er auf seinem Amazon Kindle keine iBooks lesen kann. Allerdings zwingt ihn keiner, Windows Phone zu nutzen bzw. einen Kindle zu kaufen. Ebenso gut könnte er statt Windows Phone Android installieren oder statt eines Kindle einen Tolino kaufen. Solange der Hersteller den Verbraucher darüber aufklärt,[1004] dass sein Ökosystem geschlossen ist, kann sich der Verbraucher ohne weiteres auch für ein offenes Ökosystem entscheiden.[1005] Diese Möglichkeit ist ihm erst dann genommen, wenn ein System – etwa das PC-Betriebssystem Windows mit MS Office – einen De-facto-Standard bildet. Wäre hier keine Interoperabilität gewährleistet, d.h. könnte man etwa auf einem Apple MacBook mit dem Betriebssystem Mac OS kein MS Word nutzen oder könnte man E-Books fast nur noch bei Amazon kaufen und diese nur auf einem Kindle lesen, dann könnte sich der

1002 Vgl. *Gasser/Palfrey*, S. 18 („As such, we refrain from arguing that interoperability should be pursued as a matter of public policy in all cases. We instead recommend a case-by-case analysis to determine whether and how to achieve an optimal level of interoperability"); *van Rooijen*, S. 37; *Ullrich/Heinemann*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR[5], Bd. 1, VII., B., Rdnr. 56; *Berns*, S. 436 f.; *Wolf*, S. 200 f.; *Surblytė*, S. 216.

1003 Vgl. *Drexl*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 453 („So sind im *Microsoft*-Fall die Interoperabilitätsinformationen, was ihren innovativen Gehalt angeht, innerhalb des Programms eher von untergeordneter Bedeutung […]. Die Werthaltigkeit dieser Informationen hat also nicht das Geringste mit ihrem innovativen Gehalt zu tun, sondern beruht allein auf dem Umstand, dass sich das Windows-Betriebsprogramm als *de facto*-Standard durchgesetzt hat"); *ders.*, in: *FIW*, Innovation und Wettbewerb, S. 41; *Mackenrodt*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 102; *Surblytė*, S. 218 f.; *van Rooijen*, S. 37.

1004 Vgl. *Dreier*, Propr. intell. 25 (2007), 419, 421.

1005 Vgl. *Dreier*, Propr. intell. 25 (2007), 419, 422.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Verbraucher tatsächlich nicht mehr für oder gegen ein bestimmtes Ökosystem entscheiden. Dies ist aber – erneut – eine Frage des Einzelfalls. So gesehen war die in Frankreich mit reichlich Pathos[1006] – „l'interopérabilité est acte de fraternité, mais aussi, bien-sûr, de liberté et d'égalité"[1007] – geführte Debatte um die – aus heutiger Sicht praktisch völlig unbedeutende[1008] – gesetzliche Verpflichtung zur Offenlegung von DRM-Schnittstelleninformationen „viel Lärm um nichts".[1009]

3. Zwischenergebnis

Die Beschränkung der Interoperabilität von Computerprogrammen und technischen Schutzmaßnahmen ist nicht ohne Grund in einem Exkurs behandelt worden. Zwar ist dieser Zustand – im Einzelfall – durchaus ein Problem, das in einem engen Zusammenhang mit dem Urheberrecht steht, weil dieses die Nutzung von Computerprogrammen und die Umgehung technischer Schutzmaßnahmen verbietet. Es ist aber im eigentlichen Sinn kein Problem des Urheberrechts. Erstens beruht die Unternutzung von Software- und DRM-Schnittstelleninformationen – abgesehen von dem seltenen Ausnahmefall, dass urheberrechtlich geschützte Quellcodefragmente untergenutzt werden – nicht auf einem urheberrechtlichen, sondern einem faktischen Schutz. Zweitens ist diese Unternutzung selbst noch kein Problem. Die Beschränkung der Interoperabilität von Computerprogrammen und technischen Schutzmaßnahmen wird erst dann zu einem Problem, wenn der relevante Markt zugunsten eines Computerprogramms bzw. einer DRM-Technologie „kippt" und die prokompetitiven Effekte einer Offenlegungspflicht die antikompetitiven Effekte überwiegen. Dieses Problem kann aber nur mithilfe kartellrechtlicher Kriterien gelöst werden. Es ist deshalb von vornherein ein Problem des Kartellrechts[1010] und als

---

1006 *Bernault*, in: *Synodinou*, Codification of European Copyright Law, S. 309 f. („grandiloquence").

1007 Berichterstatter Thiollière, zitiert nach *Sirinelli*, Propr. intell. 20 (2006), 297, 325.

1008 Siehe 3. Kapitel B. II. 2 d).

1009 *Dreier*, Propr. intell. 25 (2007), 419, 422.

1010 So auch *Wiebe*, JIPITEC 2 (2011), 89, 95 („Andererseits wäre eine aktive Offenlegungspflicht für das Urheberrecht ein Fremdkörper, im Kartellrecht dagegen am richtigen Platz"); allgemein auch *Drexl*, in: *Govaere/Ullrich*, Intellectual Property, Market Power and the Public Interest, S. 24 („Even if intellectual pro-

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

solches – wie die „Microsoft"-Entscheidung des EuG beweist[1011] – auch lösbar. Aus diesem Grund wird es – mit Ausnahme der in der Première partie du Code de la propriété intellectuelle geregelten Verpflichtung zur Offenlegung von DRM-Schnittstelleninformationen – nicht weiter behandelt.

V. Zwischenergebnis

Vorbehaltlich berechtigter ideeller Interessen ist das urheberrechtliche Ausschließlichkeitsrecht in den folgenden Fallgruppen zu beschränken:

1. Das Werk wird seit zwei Jahren nicht mehr verwertet.
2. Das Werk wird nicht auf eine neue Art verwertet und die bisherige Nutzung wird nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt.
3. Das Werk wird nicht auf eine neue, etablierte Art verwertet.
4. Das Werk wird von einer Person, die nicht der Urheber ist, zu unangemessenen Preisen verwertet.
5. Das Ausschließlichkeitsrecht schützt einen wissenschaftlichen Aufsatz oder eine Sole-source-Datenbank.

In einem Exkurs wurde dargelegt, dass die Beschränkung der Interoperabilität von Computerprogrammen und technischen Schutzmaßnahmen kein Problem des Urheberrechts, sondern ein Problem des Kartellrechts ist.

---

perty laws are pro-competitively designed, competition laws still have to intervene in situations in which specific market circumstances, like *de facto* standardisation based on network effects, produce anti-competitive effects"); *Conde Gallego*, GRUR Int. 2006, 16, 27 („Sicherlich werden sich wettbewerbsbeschränkende Situationen, die aus der Entwicklung der geschützten Leistung als De-facto-Standard […] beruhen, nur extern korrigieren lassen, denn Immaterialgüterrechte sind nicht der Ort, wo einzelfallbezogene Marktgegebenheiten berücksichtigt werden müssen"); in dieselbe Richtung aus französischer Sicht *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 999 („[C]ette régulation de l'interopérabilité n'aurait-elle pas pu être confiée au juge de la concurrence?"); *Bruguière*, Comm. com. électr. 2/2007, 8, 13.

1011 Siehe eingehend 2. Kapitel A. II. 5. b) aa) (5).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Kapitel: Lösungsansätze

Im vorhergehenden Unterkapitel „Problemanalyse im Einzelnen“ wurden konkrete Probleme analysiert, die nun einer Lösung zugeführt werden. Dazu werden zunächst Lösungsansätze abstrakt erörtert (unten A.), ehe untersucht wird, welche Lösungsansätze konkret in Betracht kommen (unten B.).

A. Lösungsansätze im Überblick

Nach dem hier vertretenen Incentive-Access-Ansatz, dem das Ziel normativer Effizienz zugrunde liegt, muss der Gesetzgeber das Urheberrecht so maßschneidern, dass es erst gar nicht zu Problemen kommt. Dazu stehen ihm drei Stellschrauben zur Verfügung: die *Schutzvoraussetzungen* als die „Höhe“, die *Schutzfrist* als die „Länge“ und die *Schutzbeschränkungen* als die „Breite“ des Urheberrechts.[1012]

Zunächst werden die Begriffe geklärt (unten I.). Sodann werden (nur) die *Schutzbeschränkungen* als Lösungsansätze erörtert (unten II.).

I. Begriffe

1. Schutzvoraussetzungen

Die *Schutzvoraussetzungen* regeln das *Entstehen* des Ausschließlichkeitsrechts. Dabei folgen sie einem Alles-oder-nichts-Prinzip:[1013] Das Ausschließlichkeitsrecht besteht – vorbehaltlich der Schutzfrist und der Schutzbeschränkungen – entweder ganz oder gar nicht; entweder für alle oder für überhaupt keine Nutzungshandlungen. Schutzvoraussetzungen

---

1012 *Varian*, 19 JEP 121, 124 ff. (2005) („height, width and length“); *Eger/Scheufen*, S. 157; ähnlich auch *Eger*, S. 127; *Müller-Lange/Scheufen*, 8 RERCI 7, 15 (2011).

1013 *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 210.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

können positiv (Werkbegriff)[1014] und negativ (z.B. Ausschluss amtlicher Werke)[1015] geregelt werden. Diese erste Stellschraube ist dem nationalen Gesetzgeber mit der „Infopaq"-Entscheidung des EuGH weitestgehend entzogen worden; nunmehr gilt – in Gesamtanalogie[1016] zu den Schutzvoraussetzungen für Computerprogramme[1017], Datenbanken[1018] und Fotografien[1019] – der allgemeine und werkartübergreifende Werkbegriff der „eigenen geistigen Schöpfung"[1020].[1021] Zwar kann der *europäische* Gesetzgeber weitgehend frei an den Schutzvoraussetzungen „drehen".[1022] Allerdings stellt sich die Frage, ob mit einer Revision des Werkbegriffs der Lösung des Problems eines in *bestimmten* Fallgruppen übermäßigen Schutzes gedient wäre. Aufgrund des hohen Abstraktionsgrades, die ein Werkbegriff immer aufweisen wird und aufweisen muss – schon allein, um neue Werkarten erfassen zu können –[1023], kann eine wirkliche Differenzierung erst auf der Ebene der Rechtsauslegung erfolgen. Diese ist aber nicht Aufgabe des Gesetzgebers, sondern der Gerichte.[1024]

1014 § 2 Abs. 2 UrhG, Art. L. 112-1 CPI („Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination").

1015 § 5 Abs. 1 UrhG. Der französische Gesetzgeber hat amtliche Werke *(actes officiels)* zwar nicht ausdrücklich vom Schutz ausgenommen; dennoch besteht nach allgemeiner Meinung für *actes officiels* überhaupt kein Ausschließlichkeitsrecht, eingehend *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 95-99; *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 110; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 133.

1016 *Leistner*, ZGE 2013, 4, 8; *Metzger*, GRUR 2012, 118, 121.

1017 Art. 1 Abs. 3 Computerprogramme-RL.

1018 Art. 3 Abs. 1 Datenbanken-RL.

1019 Art. 6 Schutzdauer-RL.

1020 EuGH GRUR 2009, 1041, 1044, Rdnr. 37 – „Infopaq"; GRUR 2011, 220, 222, Rdnr. 45 – „BSA"; GRUR Int. 1063, 1070, Rdnr. 97 – „Murphy"; GRUR 2012, 814, 815, Rdnr. 45 – „SAS Institute".

1021 Vgl. *Leistner*, ZGE 2013, 4, 7; *Metzger*, GRUR 2012, 118, 121 f.; *Berger*, ZUM 2012, 353, 355; *Handig*, GRUR Int. 2012, 973, 974 ff.; *van Eechoud*, 4 JIPITEC 60, 69 (2012); siehe auch *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 1595; *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 87.

1022 Vgl. *Leistner*, ZGE 2013, 4, 6, Fn. 5; *Schulze*, GRUR 2009, 1019, 1020; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 1423 f.; *van Eechoud*, 4 JIPITEC 60, 75 (2012); siehe auch *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 119.

1023 Vgl. den Gesetzentwurf v. 23.3.1962, BT-Drs. 4/270, S. 37; *Poeppel*, S. 31; *Förster*, S. 75 f.

1024 So ausdrücklich EuGH GRUR 2011, 220, 222, Rdnr. 46 f. („Daher kann eine grafische Benutzeroberfläche als Werk urheberrechtlichen Schutz genießen, wenn es sich bei ihr um eine geistige Schöpfung seines Urhebers handelt. Es ob-

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Schutzfrist

Eher könnte man als „Maßschneider" an der *Schutzfrist* ansetzen,[1025] die – spiegelbildlich zu den Schutzvoraussetzungen – das *Erlöschen* des Ausschließlichkeitsrechts regelt und ebenso einem Alles-oder-nichts-Prinzip folgt:[1026] das Ausschließlichkeitsrecht besteht – vorbehaltlich der Schutzbeschränkungen – entweder *ganz* oder *gar nicht (mehr)*; entweder für *alle* oder für *überhaupt keine* Nutzungshandlungen. So könnte man nach Werkgattungen (z.B. grundsätzlich 10 Jahre, für Filmwerke mit einer Dauer von über einer Stunde 20 Jahre, Computerprogramme 3 Jahre)[1027] oder – überzeugender[1028] – nach Werken (z.B. Frist für Verwertungsrechte von 5[1029], 15[1030] oder 20[1031] Jahren ab Veröffentlichung mit Möglichkeit der Verlängerung bis zu 50[1032], 70[1033] oder 80[1034] Jahren) differenzieren. Allerdings stehen einer solchen Revision das Konventions- (min. 50 Jahre p.m.a.[1035]) und Unionsrecht (genau 70 Jahre p.m.a.[1036]) entgegen. Selbst wenn es gelänge, die Schutzdauer-RL zu ändern, so müssten doch auf in-

---

liegt dem nationalen Gericht, zu prüfen, ob dies in dem bei ihm anhängigen Rechtsstreit der Fall ist").

1025 Siehe auch *Hilty*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 132 („Der Kernpunkt einer Differenzierung, die darauf gerichtet ist, den Rechtsschutz auf ein wettbewerbsverträgliches Maß zu beschränken, liegt in der Schutzfrist").

1026 *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 210.

1027 *Stallman*, S. 69.

1028 Vgl. *Bischoffshausen*, S. 329 ff. u. 341; so auch *Hilty*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 132 f., der eine „kurze, relativ eng bemessene" Schutzfrist mit anschließender Verlängerungsoption vorschlägt; ebenso *ders.*, in: *Bartsch/Briner*, DGRI Jahrbuch, S. 11; siehe auch *Farchy*, Propr. intell. 21 (2006), 388, 392; *Ohly*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 8.

1029 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 373 f.

1030 *Bischoffshausen*, S. 344 ff.

1031 *Landes/Posner*, 70 U. Chi. L. Rev. 471, 473 (2003).

1032 *Bischoffshausen*, S. 347 ff.

1033 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 380.

1034 *Landes/Posner*, 70 U. Chi. L. Rev. 471, 473 (2003).

1035 Art. 7 Abs. 1 RBÜ. Die praktische Bedeutung des Art. 12 TRIPS, der eine alternative Berechnung der Schutzfrist erlaubt (min. 50 Jahre nach der Veröffentlichung des Werks), ist gering, da die allermeisten Schutzfristregelungen – auch in den USA – an den Tod des Urhebers anknüpfen, *Füller/Langeloh*, in: *Busche/Stoll/Wiebe*, TRIPS[2], Art. 12, Rdnr. 1.

1036 Art. 1 Abs. 1 Schutzdauer-RL.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ternationaler Ebene *alle* Mitgliedstaaten der RBÜ – einschließlich den USA – einer Revision zustimmen.[1037] Dass dies kaum realisierbar ist, räumen auch die Befürworter ein.[1038]

3. Schutzbeschränkungen

Die folgenden Ausführungen beschränken sich deshalb – und weil eine Darstellung aller drei Stellschrauben den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde – auf die *Schutzbeschränkungen* (frz. *exceptions*)[1039]. Diese ermöglichen dem Gesetzgeber – im Gegensatz zu den Schutzvoraussetzungen – einen größtmöglichen „Maßschnitt" des Urheberrechts und sind darüber

---

1037 Art. 27 Abs. 3 RBÜ („Vorbehaltlich des für die Änderung der Artikel 22 bis 26 maßgebenden Artikels 26 bedarf jede Revision dieser Fassung der Übereinkunft einschließlich des Anhangs der Einstimmigkeit unter den abgegebenen Stimmen").

1038 *Bischoffshausen*, S. 349 („Die praktischen Erfolgsaussichten für eine Abänderung der über Jahrzehnte hinweg auf internationaler und europäischer Ebene erlassenen Regelungen mögen nicht sehr groß sein"); *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 380 („Wenn man sich die gegenwärtigen Bemühungen der Musikindustrie im Erinnerung ruft, den Schutz für Tonträgerunternehmen sogar auf 95 Jahre p.m.a. auszudehnen, braucht man kein Prophet zu sein, um sich auszumalen, wie es um die rechtspolitische Durchsetzbarkeit einer solchen Revision bestellt ist"); auch *Hilty*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 132, möchte nicht „den Anspruch […] erheben, hiermit einen gangbaren Weg aufzuzeigen".

1039 *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 336 („Les dérogations au droit exclusif sont parfois dénommées ‚limites', ‚limitations', ‚restrictions', ‚actes autorisés'. Dans la tradition française, on les a toujours désignées comme des ‚exceptions'"); *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 221 („La doctrine française utilise le terme ‚exceptions' pour les dérogations énumérées par la loi, qu'elle différencie des limites naturelles du droit d'auteur, liées à la nature et à l'objet du droit, telles que l'appartenance au domaine public à l'expiration du délai de protection ou la libre circulation des idées"); *Galloux*, S. 321 („Die terminologischen Unterschiede zeigen, wie stark auch die Konzepte in diesem Bereich voneinander abweichen: Die Ausnahme ist keine Beschränkung des Urheberrechts, keine natürliche Grenze, die es von der *domaine public* trennen würde (wie es das Wort Schranke impliziert). Sie ist eine Schwachstelle in der Flanke des urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechts, eine Angriffsfläche; kurz gesagt: sie ist exzeptionell"); krit. *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 220 ff.; *ders.*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 150 f.; *ders.*, in: *Berger/Macciacchini,* FS Hilty, S. 81 ff.; *ders.*, GRUR Int. 2004, 815, 818 f.; *ders.*, GRUR Int. 2008, 459, 461.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hinaus – anders als die Schutzfrist – noch am ehesten revidierbar, da sie allenfalls bestimmten konventions- und unionsrechtlichen Vorgaben, insbesondere dem Dreistufentest[1040] und dem Numerus clausus an „Ausnahmen und Beschränkungen“[1041], unterliegen. Die Schutzbeschränkungen können nach ihrer Wirkung (unten a)), ihrer Verortung (unten b)), den Vorgaben des Konventions- und Unionsrechts (unten c)) und ihren Vor- und Nachteilen (unten d)) unterschieden werden.

a) Wirkung

Zunächst kann nach der Wirkung der Schutzbeschränkung unterschieden werden, also danach, in welchem Ausmaß in das Ausschließlichkeitsrecht und die Vertragsfreiheit eingegriffen wird.

In der Literatur werden die Schutzbeschränkungen in eigentliche („Schranken“) und uneigentliche („Ausübungsregelungen“) Schutzbeschränkungen unterteilt: *Schranken* sind Regelungen, die das Ausschließlichkeitsrecht insgesamt – also einschließlich des *negativen* Ausschließlichkeitsrechts oder Verbotsrechts – teilweise aufheben[1042] und hinsichtlich dieses Teils die Vertragsfreiheit *vollständig* aufheben: was nicht verboten werden darf, kann auch nicht (lizenzvertraglich) erlaubt werden. Dagegen sind *Ausübungsregelungen* Regelungen, die die *Ausübung* des Ausschließlichkeitsrechts regeln, etwa indem sie die Rechts*zuständigkeit* verlagern, das positive und negative Ausschließlichkeitsrecht *als solches* aber unberührt lassen,[1043] oder hinsichtlich eines Teils des Ausschließlichkeits-

1040 Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 10 WCT, Art. 16 Abs. 2 WPPT, Art. 13 TRIPS, Art. 5 Abs. 5 Informationsgesellschafts-RL.

1041 Art. 5 i.V.m. Erwgr. 32 Informationsgesellschafts-RL.

1042 Vgl. nur *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 211; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], vor §§ 44a ff., Rdnr. 6; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], vor §§ 44a ff., Rdnr. 11; *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], vor §§ 44a ff., Rdnr. 1; *Rehbinder/Peukert*, Rdnr. 594.

1043 Vgl. nur *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], vor §§ 44a ff., Rdnr. 38; *v. Ungern-Sternberg*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 20b, Rdnr. 13; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], vor §§ 44a ff., Rdnr. 13; *Ehrhardt*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 20b, Rdnr. 6; *Rehbinder/Peukert*, Rdnr. 597; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 890; *Pollaud-Dulian*, Le droit d’auteur, Rdnr. 2374.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rechts die Vertragsfreiheit beschränken, *ohne* sie ganz aufzuheben.[1044] Damit geht zwar notwendig eine teilweise Aufhebung des *positiven* Ausschließlichkeitsrechts einher,[1045] nämlich des Rechts, über die Erteilung und/oder die Bedingungen der Lizenz frei zu entscheiden; das eigentliche *Schutz*recht, d.i. das *negative* Ausschließlichkeitsrecht bleibt aber unberührt.[1046] Denn (lizenzvertraglich) erlaubt werden kann nur, was auch verboten werden darf, und umgekehrt.

Die (Lizenz-)Vertragsfreiheit umfasst die Vertragsbegründungs- und die Vertragsgestaltungsfreiheit.[1047] Die Vertragsbegründungsfreiheit bezeichnet die Freiheit, überhaupt einen Vertrag abzuschließen (positive Abschlussfreiheit), den Vertragsabschluss zu verweigern (negative Abschlussfreiheit) und seinen Vertragspartner zu wählen (Kontrahentenwahlfreiheit).[1048] Die Vertragsgestaltungsfreiheit erfasst die Freiheit, den Inhalt des Vertrages, insbesondere eine Vergütungspflicht und die Höhe der Vergütung, zu bestimmen.[1049]

1044 Vgl. nur *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 211; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], vor §§ 44a ff., Rdnr. 36 f.; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], vor §§ 44a ff., Rdnr. 11; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 1; *Schmid/Wirth*, in: *Schmid/Wirth/Seifert*, UrhG[2], § 42a, Rdnr. 1; *Rehbinder/Peukert*, Rdnr. 597.

1045 Vgl. nur *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 42a, Rdnr. 4.

1046 Vgl. nur *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 211; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 4; vor §§ 44a ff., Rdnr. 36; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], vor §§ 44a ff., Rdnr. 11; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 1; *Schmid/Wirth*, in: *Schmid/Wirth/Seifert*, UrhG[2], § 42a, Rdnr. 1; *Rehbinder/Peukert*, Rdnr. 597.

1047 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 63 ff.; *ders.*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 1, vor § 145, Rdnr. 10; *Fikentscher/Heinemann*, S. 72; *Larenz*, S. 41; rechtsvergleichend zum deutschen und französischen Recht *Klingenfuß*, S. 20.

1048 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 67 ff.; *ders.*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 1, vor § 145, Rdnr. 11; *Fikentscher/Heinemann*, S. 72;; *Larenz*, S. 41 f.; *Klingenfuß*, S. 20.

1049 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 70 f.; *ders.*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 1, vor § 145, Rdnr. 24; *Fikentscher/Heinemann*, S. 72; *Larenz*, S. 51; *Klingenfuß*, S. 20.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Verortung

Weiter wird in der Literatur danach differenziert, ob die Schutzbeschränkungen dem Urheberrecht immanent sind (sog. *interne* Schutzbeschränkungen) oder in anderen Rechtsgebieten, insbesondere dem Zivil- und Kartellrecht, zu verorten sind (sog. *externe* Schutzbeschränkungen).[1050]

c) Vorgaben des Konventions- und Unionsrechts

Eingehend werden die Vorgaben des Konventions- und Unionsrechts (erst) im Zusammenhang mit der urheberrechtlichen Zwangslizenz behandelt.[1051] In diesem Kapitel wird nur erörtert, ob die übrigen Lösungsansätze dem konventionsrechtlichen Dreistufentest (Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 10 WCT, Art. 16 Abs. 2 WPPT, Art. 13 TRIPS) und dem Numerus clausus an „Ausnahmen und Beschränkungen" der Informationsgesellschafts-RL[1052] unterfallen.

d) Vor- und Nachteile

Anhand der Wirkung auf das Ausschließlichkeitsrecht bzw. die Vertragsfreiheit können die Vor- und Nachteile der jeweiligen Schutzbeschränkung ermittelt werden. Kriterien sind u.a. das Maß an Rechtssicherheit (unten bb)), an Flexibilität (unten bb)), an generalisierender und Einzelfallgerechtigkeit (unten cc)), an Transaktionskosten (unten dd)) und an Effektivität (unten ee)).

1050 Vgl. *Heinemann*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 207; *Dreier*, in: *Schricker/Dreier/Kur*, Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, S. 79; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 342; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 564; *Sirinelli*, Exceptions and Limits to Copyright and Neighboring Rights, S. 3; *Goldstein/Hugenholtz*, § 11.6.

1051 Siehe 3. Kapitel A. I. u. II.

1052 Art. 5 i.V.m. Erwgr. 32 Informationsgesellschafts-RL.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aa) Rechtssicherheit

Der Begriff der Rechtssicherheit umschreibt einen hohen Grad von *formaler* Realisierbarkeit des Rechts.[1053] Formal realisierbar sind Rechtsnormen, die sich leicht, sicher und eindeutig auf den konkreten Sachverhalt anwenden lassen.[1054] Solche *Regeln* bzw. *règles juridiques*[1055] steigern die Effizienz, da sie die Transaktionskosten[1056], die Kosten der Rechtsanwendung[1057] und die Kosten, die durch das Risiko der Enttäuschung von Rechtsfolgenerwartungen entstehen,[1058] gering halten: Ein homo oeconomicus ist eher bereit, in eigene Schöpfungen zu investieren, wenn er den durch das Ausschließlichkeitsrecht vermittelten Wettbewerbsvorteil einschätzen kann.[1059] Umgekehrt hat er mehr Anreize zur Zweitverwertung, wenn er die dazu erforderliche Nutzungserlaubnis mit Sicherheit erhält.

1053 Vgl. *Auer*, S. 47 u. 50 ff.; *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1688 (1976).

1054 *Auer*, S. 47; grundlegend *v. Jhering*, S. 42 („Unter formaler Realisirbarkeit aber verstehe ich die Leichtigkeit und Sicherheit der Anwendung des abstracten Rechts auf die concreten Fälle"); siehe auch *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1687 f. (1976).

1055 *Boulanger*, S. 56 („Une règle juridique est générale en ce qu'elle est établie pour un nombre indéterminé d'actes ou de faits. Mais, sous un certain rapport, elle est spéciale, en ce qu'elle *ne régit que tels actes ou tels faits*; elle est édictée en vue d'une situation juridique déterminée", Hervorh. i. Orig.).

1056 *Schmitt*, S. 100 f.; zum Begriff der Transaktionskosten siehe 2. Kapitel A. I. 3. d) dd).

1057 *Schäfer/Ott*, S. 88; *Posner*, S. 747 f.; ausführlich *Ehrlich/Posner*, 3 J. Leg. Stud. 257, 264 ff. (1974); siehe auch *Schack*, in: *Ohly/Bodewig/Dreier/Götting/Haedicke/Lehmann*, FS Schricker, S. 511, für den *fair use* („Eine derart flexible (Nicht-)Regelung ist ein gefundenes Fressen für Anwälte, sie sich auf Kosten ihrer Mandanten gerne auf Stundenhonorarbasis streiten").

1058 *Auer*, S. 51 f.; *Schmitt*, S. 101 ff.; *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1698 (1976); siehe auch *Posner*, S. 748 f.; *Ehrlich/Posner*, 3 J. Leg. Stud. 257, 262 ff. (1974).

1059 Vgl. *Auer*, S. 52; speziell zu kartellrechtlichen Beschränkungen des Immaterialgüterrechts *Lévêque/Ménière*, S. 95 („Ne sachant pas à l'avance si leurs droits seront rabotés ou maintenus par les autorités de la concurrence, ils ne pourraient pas anticiper correctement leur retour sur investissement. Ce surcroît d'insécurité juridique réduirait les incitations et donc les efforts de R & D"); *Lévêque*, World Compet. 28 (2005), 71, 80; *van Rooijen*, S. 104.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb) Flexibilität

Das Gegenteil von Rechtssicherheit ist Flexibilität.[1060] Der Begriff der Flexibilität umschreibt einen hohen Grad von *materieller* Realisierbarkeit des Rechts.[1061] Materiell realisierbare Rechtsnormen – sog. *Prinzipien* bzw. *principes*[1062] – bringen die normativen Zielvorstellungen des Gesetzgebers weitgehend unmittelbar, also ohne Übersetzung in eine „juristische Symptomatik"[1063], zum Ausdruck, womit sie dem Richter den nötigen Spielraum verschaffen, um die dem Einzelfall am besten gerecht werdende Regel selbst zu bilden.[1064] Prinzipien steigern die Effizienz, indem sie zum einen die Kosten für Rechtsetzung und Rechtsänderung[1065] und zum anderen die Kosten, die durch Über- und Unterinklusion – also das Über- oder Unterschreiten des Scheitelpunktes der Effizienzkurve[1066] – entstehen, gering halten. Denn Regeln können ein Verhalten verbieten, das erlaubt wäre, wenn das zugrunde liegende Prinzip unmittelbar angewandt worden wäre; und umgekehrt ein Verhalten erlauben, das bei unmittelbarer Anwendung des Prinzips verboten worden wäre.[1067] Ähnliches gilt bei dynamischer Betrachtung,[1068] da die Urheberrechtsgesetzgebung in ihrer Geschwindigkeit allenfalls gleich bleibt, während die technologische Entwicklung immer schneller verläuft.[1069]

1060 *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1688 (1976); *Auer*, S. 48 („Je geringer also die formale Realisierbarkeit, desto höher ist typischerweise die materielle Realisierbarkeit einer Rechtsnorm und umgekehrt"); siehe auch *v. Jhering*, S. 45; speziell für das Urheberrecht *Sirinelli*, Exceptions and Limits to Copyright and Neighboring Rights, S. 17; *Schack*, in: *Ohly/Bodewig/Dreier/Götting/Haedicke/Lehmann*, FS Schricker, S. 513; *Ohly*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 8; siehe auch *Griffiths*, JIPITEC 1 (2010), 87, 91.

1061 Vgl. *Auer*, S. 47 f. u. 54 ff.; *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1688 (1976).

1062 *Boulanger*, S. 56 („Un principe, au contraire, est général en ce qu'il comporte une *série indéfinie d'applications*", Hervorh. i. Orig.).

1063 *v. Jhering*, S. 46 („Der Gedanke der formalen Realisirbarkeit des Rechts […] führt zur Ausbildung einer juristischen Symptomatik").

1064 *Auer*, S. 47 f.; *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1688 (1976).

1065 *Schäfer/Ott*, S. 88; *Posner*, S. 748; *Ehrlich/Posner*, 3 J. Leg. Stud. 257, 267 u. 273 f. (1974).

1066 Zur Effizienzkurve siehe 1. Kapitel A. II. 2. a) cc).

1067 *Ehrlich/Posner*, 3 J. Leg. Stud. 257, 268 ff. (1974).

1068 *Ehrlich/Posner*, 3 J. Leg. Stud. 257, 277 ff. (1974).

1069 Vgl. *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 369; *ders.*, ZGE 2013, 103, 115; *Dreier*, CR 2000, 45, 49.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

cc) Generalisierende und Einzelfallgerechtigkeit

Mit Rechtssicherheit und Flexibilität korreliert jeweils die generalisierende bzw. Einzelfallgerechtigkeit.[1070] *Generalisierende Gerechtigkeit* bedeutet die möglichst weitgehende Gleichbehandlung gleichgelagerter Fälle und damit Gerechtigkeit *ohne* Ansehen der Person.[1071] Dahinter steht der Gedanke der Vermeidung von Richterwillkür, denn je weiter der richterliche Ermessensspielraum in Bezug auf Ausnahme- und Einzelfallentscheidungen reicht, desto mehr Raum besteht auch für die Berücksichtigung sachfremder Gesichtspunkte und damit für Willkürentscheidungen unter Aushöhlung der richterlichen Neutralität und des Vorbehalts des Gesetzes.[1072] *Einzelfallgerechtigkeit* bedeutet die Differenzierung nach den besonderen Umständen des konkreten Falles, also Gerechtigkeit *in* Ansehung der Person.[1073] Dahinter steht der Gedanke der Vermeidung „mechanischer" Willkür, die den Richter zwingt, sehenden Auges ein den Umständen des Einzelfalls nicht gerecht werdendes Gesetz anzuwenden.[1074]

dd) Transaktionskosten

Transaktionskosten sind Kosten, die bei der Benutzung eines Marktes entstehen: Such- und Informationskosten *(search costs)*, Verhandlungs- und Entscheidungskosten *(bargaining costs)*, Überwachungs- und Durchset-

1070 *Auer*, S. 47.
1071 *Auer*, S. 51.
1072 *Auer*, S. 47; grundlegend *v. Jhering*, S. 44 („Denn die Wichtigkeit dieser letzteren Eigenschaft liegt nicht bloß darin, daß die Operation der Anwendung des Rechts erleichtert und vereinfacht wird, also auch beschleunigt werden kann, sondern daß die gleichmäßige Verwirklichung des Rechts dadurch gesichert wird. Je äußerlicher und in die Augen springend die Merkmale für eine Klassifikation bestimmt sind, um so sicherer die Aussicht, daß jedes Stück richtig klassificirt wird; je innerlicher, um so mehr steigt die Gefahr der Mißgriffe"); ähnlich *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1687 f. (1976).
1073 *Auer*, S. 54.
1074 *Auer*, S. 53; siehe auch *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1689 (1976) („From the point of view of the purpose of the rules, this combined over- and underinclusiveness amounts not just to licensing but to requiring official arbitrariness").

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zungskosten *(enforcement costs)* sowie Anpassungskosten.[1075] *Such- und Informationskosten* sind die Kosten, die bei der Kontaktanbahnung mit einem potentiellen Vertragspartner entstehen. So müssen Nutzungswillige den Rechtsinhaber ausfindig machen bzw. Rechtsinhaber potentielle Nutzer darüber informieren, dass sie lizenzieren wollen.[1076] Ist der Vertragspartner gefunden, entstehen Kosten für das Aushandeln und den Abschluss des Vertrages (Verhandlungs- und Entscheidungskosten); dieser Prozess erfordert nicht nur Zeit, sondern häufig auch rechtliche und nicht selten kostenintensive Beratung.[1077] Ist der Vertrag schließlich geschlossen, muss dessen Einhaltung kontrolliert und gegebenenfalls (rechtlich) durchgesetzt werden (Überwachungs- und Durchsetzungskosten).[1078] Zu guter Letzt können gerade längerfristige Verträge nach einer gewissen Zeit einer Überarbeitung bedürfen (Anpassungskosten).[1079] Transaktionskosten werden in Relation zu dem Nutzen aus einer Transaktion, als (zu) hoch oder niedrig bewertet.[1080] Soweit diese Kosten – relativ betrachtet – so hoch sind, dass sie mögliche Transaktionen be- oder sogar verhindern („prohibieren"), müssen sie – unter Zugrundelegung des ökonomischen Effizienzziels – minimiert werden. Denn wenn Transaktionen aufgrund *prohibitiver Transaktionskosten* – nicht etwa, weil die Zahlungsbereitschaft des Konsumenten geringer ist als der Preis, den der Produzent min-

1075 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 203; *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, 461, 467; *Bischoffshausen*, S. 292 f.; grundlegend zu Transaktionskosten *Coase*, 3 J. Law Econ. 1, 15 (1960); siehe auch *Langus/Neven/Shier*, S. 19; *Reich*, S. 88.

1076 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 203 f.; *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, 461, 467; *Bischoffshausen*, S. 292.

1077 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 204; *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, 461, 468.

1078 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 204; *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, 461, 468.

1079 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 204; *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, 461, 468.

1080 *Krujatz*, S. 252.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

destens fordert[1081] – ausbleiben, ist weder dem Nutzer noch dem Rechtsinhaber gedient: ein solcher Zustand ist pareto-ineffizient[1082].[1083]

ee) Effektivität

Effektivität von Recht umschreibt das Maß der Erreichung jener Ziele, die dem Recht zugrunde liegen.[1084] Damit ist eine Rechtsnorm, die die produktive Unternutzung auf das nötige Minimum begrenzen soll, effektiv, wenn sie eine maximal mögliche Verwertung zu angemessenen Preisen bewirkt.[1085] Dabei ist die Schutzbeschränkung kein Selbstzweck. Wer das Werk normativ effizient verwertet – der Rechtsinhaber oder die „unbekannte Person" – ist letztlich zweitrangig. Entscheidend ist, dass das zugrundeliegende Ziel – die normative Effizienz – erreicht wird. Dieser Gedanke erinnert an die Theorie der *contestable markets*, die im Kartellrecht eine wichtige Rolle spielt.[1086] Danach wird der Monopolist den Wettbewerbspreis verlangen, soweit sein Monopol angreifbar, ein Markteintritt und -austritt also ohne Zeitverzögerung und ohne Kosten möglich ist.[1087]

1081 *Langus/Neven/Shier*, S. 19 („However, if a transaction does not take place simply because the parties cannot agree a price, this represents a valid outcome of a well-functioning market process").

1082 Zum Pareto-Kriterium siehe bereits 1. Kapitel A. II. 1. b) aa).

1083 *Langus/Neven/Shier*, S. 23 („Since prohibiting copying for a low-value use does not result in returns to the producer, social benefit is lost without any of the corresponding gains to the producer"); *Lévêque/Ménière*, S. 81 („L'existence de ces différents coûts de transaction réduit l'efficacité allocative du droit d'auteur. Elle peut même l'annuler si les coûts de transactions sont supérieurs aux gains à l'échange. Il est donc opportun de les minimiser"); *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 202 („Potentielle Kooperationsgewinne werden in diesem Fall nicht realisiert"); *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, 461, 467; *Bischoffshausen*, S. 293.

1084 *Jost*, S. 59.

1085 Vgl. *Jost*, S. 59, im haftungsrechtlichen Zusammenhang.

1086 Grundlegend *Baumol/Panzar/Willig*, Contestable Markets and The Theory of Industry Structure (1982); siehe auch *Schwalbe/Zimmer*, S. 190 ff.; *Mestmäcker/Schweitzer*, § 26, Rdnr. 76 ff.; speziell für das Kartellrecht im immaterialgüterrechtlichen Zusammenhang *Heinemann*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 54 ff.; *Drexl*, in: *Govaere/Ullrich*, Intellectual Property, Market Power and the Public Interest, S. 22 f.

1087 Zu den weiteren, in diesem Zusammenhang weniger relevanten Voraussetzungen *Schwalbe/Zimmer*, S. 190; *Mestmäcker/Schweitzer*, § 26, Rdnr. 76; *Heine-*

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Denn bei höheren Preisen und damit auch positiven Gewinnen würde sofort die „unbekannte Person" in den Markt eintreten, den Monopolpreis etwas unterbieten, positive Gewinne erwirtschaften und kurz vor der Gegenreaktion des Monopolisten den Markt wieder verlassen. Allein die Drohung eines solchen „hit and run entry" genügt, um in einem angreifbaren Markt dasselbe Ergebnis zu erzielen wie bei vollkommenem Wettbewerb: statische Effizienz.[1088] Nun ist die hier zu lösende, weil ungelöste Aufgabe nicht die Steigerung statischer, sondern die Steigerung normativer Effizienz. Es kann also nicht darum gehen, den Rechtsinhaber zur Festsetzung des Wettbewerbspreises – d.i. der Preis, der den Grenzkosten entspricht –[1089] zu zwingen, weil er dann nicht mehr in die Schöpfung und Verbreitung neuer Werke investieren würde.[1090] Er soll aber – vorbehaltlich außerökonomischer Zielvorstellungen – den nötigen Druck verspüren, seine Werke überhaupt, auf eine neue, etablierte Art und zu angemessenen Preisen zu verwerten. Dazu muss das jeweils zu beschränkende Ausschließlichkeitsrecht im konkreten Einzelfall nicht tatsächlich beschränkt werden. Es genügt, wenn über der normativ ineffizienten Verwertung des Rechtsinhabers das Damoklesschwert[1091] der Zweitverwertung schwebt bzw. die „unbekannte Person" über eine „fleet in being"[1092] verfügt. Die Gefahr einer Zweitverwertung ist – in Anlehnung an die Theorie der *contestable markets* – umso größer, je schneller und (transaktions-)kostengünstiger mit ihr begonnen werden kann und – darüber hinaus – je rechtssicherer die Nutzungserlaubnis ist. Daran muss die Effektivität der jeweiligen Schutzbeschränkung gemessen werden.[1093]

---

mann, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 55.

1088 *Schwalbe/Zimmer*, S. 190.

1089 Siehe bereits 1. Kapitel A. II. 2. a) bb) (1).

1090 Siehe 1. Kapitel A. II. 2. a) aa).

1091 So *Benabou*, in: *Derclaye*, Research handbook on the future of EU copyright, S. 566, für die (vermeintliche) Wirkung einer kartellrechtlichen Zwangslizenz, allerdings in Bezug auf alle Ausschließlichkeitsrechte, nicht nur die zu beschränkenden, und damit mit einer negativen Bedeutung.

1092 So in Anlehnung an die Seekriegsstrategie der nur existenten, aber nicht agierenden Flotte die treffende Bezeichnung von *Stieger*, in: *Bertschinger/Münch/Geiser*, Hdb Schweizerisches und europäisches PatR, § 13, Rdnr. 13.24, für die (verbleibende) Funktion einer patentrechtlichen Zwangslizenz.

1093 In dieselbe Richtung auch *Aden*, S. 89, für die patentrechtliche Zwangslizenz („[D]ie Handhabung dieser rechtlichen Zwangsmaßnahme als Drohmittel kann im Ernstfall nur effektiv wirken, wenn sie tatsächlich eingesetzt werden könnte.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Schutzbeschränkungen im Überblick

Fasst man interne und externe, eigentliche und uneigentliche Schutzbeschränkungen zusammen, ergeben sich folgende Beschränkungen, die eine Zweitverwertung ermöglichen können: die *gesetzliche Lizenz* mit und ohne Vergütungspflicht (unten 1.), die *konditionale kollektive Lizenz* mit den Unterarten Verwertungsgesellschaftspflicht, Wahrnehmungsfiktion, Wahrnehmungsvermutung und erweiterte kollektive Lizenz (unten 2.), das *Zweitverwertungsrecht* (unten 3.), die *kartellrechtliche Zwangslizenz* (unten 5.), das *Rechtsmissbrauchsverbot* (unten 6.), der *Verhältnismäßigkeitsvorbehalt* (unten 7.) und die *urheberrechtliche Zwangslizenz* (unten 8.). Keine Schutzbeschränkung, aber ein weiterer möglicher Lösungsansatz ist die *kartellrechtliche Preiskontrolle*; sie soll deshalb ebenfalls behandelt werden (unten 4.).

1. Gesetzliche Lizenz

Die gesetzliche Lizenz ist eine Erlaubnis, die dem Nutzer kraft *Gesetzes* – deshalb *gesetzliche* Lizenz – zusteht, ohne dass es dazu einer Einigung der Parteien oder eines Richterspruchs bedürfte.[1094] Das Ausschließlichkeitsrecht wird für eine bestimmte Nutzungshandlung (z.B. die *Privat*kopie) aufgehoben.[1095] Damit besteht hinsichtlich dieses Teils des Ausschließlichkeitsrechts überhaupt keine Vertragsfreiheit – auch keine positive Abschlussfreiheit –, weil (lizenzvertraglich) nur erlaubt werden kann, was auch verboten werden darf. Allenfalls könnte der Rechtsinhaber mit dem Nutzungswilligen darüber einigen, dass dieser von seiner gesetzlichen Li-

---

Mit anderen Worten bedeutet dies, dass jene Bestimmung in ihrer Eigenschaft als Drohmittel nur dann Sinn und Zweck hat, wenn die Möglichkeit für ihre praktische Durchführung ohne weiteres gegeben ist").

1094 *Hilty*, Lizenzvertragsrecht, S. 197; *ders.*, in: *Ohly/Bodewig/Dreier/Götting/Haedicke/Lehmann*, FS Schricker, S. 333.

1095 *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], vor §§ 44a ff., Rdnr. 6; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 61; *Förster*, S, 78; *Kröger*, S. 120; *Stöhr*, S. 40; *Poeppel*, S. 35; *Plate*, S. 44; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], vor §§ 44a ff., Rdnr. 11; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], vor §§ 44a ff., Rdnr. 42.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zenz *keinen* Gebrauch macht.[1096] Diese arg konstruierte „umgekehrte" Vertragsfreiheit tendiert aber gegen Null, weil der Rechtsinhaber den einzelnen Nutzungswilligen erst einmal ausfindig machen muss – was faktisch unmöglich sein wird – und er eine äußerst schwache Verhandlungsposition hätte, sobald sich herumspräche, dass er bereit ist, für das Unterlassen einer bestimmten Nutzungshandlung zu zahlen.[1097] Damit handelt es sich bei der gesetzlichen Lizenz um eine *Schranke* und – weil urheberrechtlich geregelt – um eine *interne Schutzbeschränkung*. Die gesetzliche Lizenz kann unterteilt werden in die *gesetzliche Lizenz ohne Vergütungspflicht* (unten a)) und die *gesetzliche Lizenz mit Vergütungspflicht* (unten b)).[1098] Die Vorgaben des Konventions- und Unionsrechts (unten d)) sowie ihre Vor- und Nachteile (unten c)) werden jeweils gemeinsam behandelt.

a) Gesetzliche Lizenz ohne Vergütungspflicht

Die gesetzliche Lizenz *ohne* Vergütungspflicht – oder „Freistellung"[1099], „Zustimmungs- und Vergütungsfreiheit"[1100], „ersatzlose Aufhebung"[1101] – hebt das Ausschließlichkeitsrecht für eine bestimmte Nutzungshandlung

---

1096 Vgl. *Ayres/Talley*, 104 Yale L. J. 1027 ff. (1995). Einen ähnlichen Gedanken hat *Burk*, ZGE 2012, 405 ff., wenn er *reverse liability rules* vorschlägt, also den Unterlassungsanspruch von der Zahlung eines finanziellen Ausgleichs an den Nutzer abhängig machen will.

1097 Vgl. *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 184 f.; *Merges*, 84 Cal. L. Rev. 1293, 1305 (1996) („Once word got out that people were being paid not to infringe a right, the number of people who suddenly showed an interest in infringing (and who therefore needed to be bought out in advance by the right holder) would skyrocket. There would soon be a long line of potential infringers at the right holder's door").

1098 *Hilty*, in: *Ohly/Bodewig/Dreier/Götting/Haedicke/Lehmann*, FS Schricker, S. 333 f.; *ders.*, Lizenzvertragsrecht, S. 198; *ders.*, UrhR[1], Rdnr. 212.

1099 *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], vor §§ 44a ff., Rdnr. 42; *Stieper*, S. 6; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 61; *Stöhr*, S. 38.

1100 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], vor §§ 44a ff., Rdnr. 15; *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], vor §§ 31 ff., Rdnr. 92; *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], vor §§ 44a ff., Rdnr. 8; *Kröger*, S. 120 („genehmigungsfreie- und vergütungsfreie Nutzung").

1101 *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], vor §§ 44a ff., Rdnr. 6; *Götting*, in: *Loewenheim*, HdbUrhR[2], § 30, Rdnr. 16; *Förster*, S, 78; *Stöhr*, S. 38; *Poeppel*, S. 35; *Plate*, S. 44.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

vergütungsfrei auf.[1102] Die in Deutschland und Frankreich formell realisierbaren gesetzlichen Lizenzen ohne Vergütungspflicht sind die §§ 44a („Vorübergehende Vervielfältigungshandlungen"), 45 („Rechtspflege und öffentliche Sicherheit"), 45a Abs. 2 S. 1 Hs. 2, 47, 48 („Öffentliche Reden"), 49 Abs. 1 S. 2 letzter Hs., 50, 51 („Zitate"), 52 Abs. 1 S. 3, 55, 55a, 56, 57, 58, 59, 60, 69d, 69e („Dekompilierung"), 87c UrhG,[1103] bzw. die Art. L. 122-5 Nr. 1, 3 lit. a (Zitate), b, c (öffentliche Reden), d, Nr. 4 (Parodien), 5, 6 (vorübergehende Vervielfältigungshandlungen), 7, 8 (Wiedergabe an Terminals in öffentlichen Bibliotheken, Museen und Archiven), 9 Unterabs. 1, L. 122-6-1 Abs. 4 (Dekompilierung), L. 211-3 Nr. 1, 3 Spstr. 1 u. 2, Nr. 4, 5, 6 u. 7, L. 331-4 (Rechtspflege und öffentliche Sicherheit) und L. 342-3 CPI[1104]. Ebenfalls hier zu verorten sind der Erschöpfungsgrundsatz (§§ 17 Abs. 2, 69c Nr. 3 u. 87b Abs. 2 UrhG[1105] bzw. Art. L. 122-3-1, 122-6 Nr. 3 u. 342-3 CPI[1106]) und – wenngleich materiell realisierbar – die US-amerikanische Schrankengeneralklausel des *fair use* (17 U.S.C. § 107).[1107] Letztere erlaubt eine vergütungsfreie Nutzung unter Ab-

1102 Weshalb die gesetzliche Lizenz ohne Vergütungspflicht allgemein anders bezeichnet wird, leuchtet nicht ein, da auch eine vertragliche Lizenz nicht zwingend an eine Vergütungspflicht geknüpft ist (z.B. eine Lizenz, die ein wissenschaftlicher Autor seinem Verleger erteilt, siehe 1. Kapitel B. III. 1. a) cc) (2) (a) (aa) [2]) und sich beide Schutzbeschränkungen eben nur durch das Merkmal der Vergütungspflicht unterscheiden, so zutreffend *Hilty*, in: *Ohly/Bodewig/Dreier/Götting/Haedicke/Lehmann*, FS Schricker, S. 334, Fn. 40; a.A. *Stöhr*, S. 38, Fn. 4, mit dem Argument, dass mit einer solchen Terminologie *wenig* gewonnen sei, da es einer weiteren Untergliederung bedürfte, um die Unterschiede kenntlich zu machen; dieser Begründung – freilich nicht dem Ergebnis – kann gefolgt werden: es ist nicht *viel*, aber immerhin *etwas* gewonnen: die Bezeichnungen „gesetzliche Lizenz ohne Vergütungspflicht" und „gesetzliche Lizenz ohne Vergütungspflicht" führen einem unmittelbar die Gemeinsamkeit (Erlaubnis kraft Gesetzes) und den Unterschied (mit/ohne Vergütungspflicht) beider Schutzbeschränkungen vor Augen und tragen damit zur Systematisierung bei.

1103 Vgl. *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], vor §§ 44a ff., Rdnr. 6; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], vor §§ 44a ff., Rdnr. 34 u. 42; *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], vor §§ 31 ff., Rdnr. 92; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], vor §§ 44a ff., Rdnr. 15; *Rehbinder/Peukert*, Rdnr. 595.

1104 Vgl. *Carre*, S. 393 f.

1105 *Stieper*, S. 136; [6], Rdnr. 429; *Ahlberg*, in: *Möhring/Nicolini*, UrhG[2], Einl., Rdnr. 61.

1106 Vgl. *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 326 („Le droit de distribution est limité par l'épuisement des droits").

1107 Vgl. *Förster*, S. 23 u. 34 f.; siehe auch *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 125.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wägung von vier Faktoren: des Zwecks und Charakters der Nutzung, insbesondere der Frage, ob sich um eine gewerbliche und/oder transformative[1108] Nutzung handelt; der Natur des geschützten Werkes, insbesondere des Grades der Kreativität; des Umfangs und der Bedeutung des genutzten Werkteils im Verhältnis zum geschützten Werk als Ganzem; und – als wichtigster Faktor –[1109] der Auswirkungen der Nutzung auf die Verwertung des Werkes.[1110]

b) Gesetzliche Lizenz mit Vergütungspflicht

Die gesetzliche Lizenz *mit* Vergütungspflicht – sie allein wird allgemein als gesetzliche Lizenz[1111] bzw. häufig als *licence légale*[1112] bezeichnet – knüpft die gesetzliche Erlaubnis für eine bestimmte Nutzungshandlung an die Zahlung einer Vergütung. Das Ausschließlichkeitsrecht wird damit zu einem bloßen Vergütungsanspruch herabgestuft.[1113] Das gesetzliche

---

1108 Dabei wird das genutzte Werk durch die Nutzungshandlung einem neuen Zweck zugeführt, *Förster*, S. 43 f.

1109 *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 105; siehe auch *Förster*, S. 67.

1110 *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 105 ff.; *Förster*, S. 43 ff.

1111 Siehe etwa *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], vor §§ 44a ff., Rdnr. 6; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], vor §§ 44a ff., Rdnr. 11; *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], §§ vor 44a ff., Rdnr. 1; *Götting*, in: *Loewenheim*, HdbUrhR[2], § 30, Rdnr. 17; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], vor §§ 44a ff., Rdnr. 39; *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], vor §§ 31 ff., Rdnr. 92; *Stieper*, S. 6; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 62; *Förster*, S, 78; *Kröger*, S. 120; *Stöhr*, S. 37 f.; *Poeppel*, S. 35; *Rossbach*, S. 18.

1112 *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 336; siehe etwa *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 262; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 564; *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 372, Fn. 2; *Galopin*, Rdnr. 22, Fn. 4; *Bergé*, Rdnr. 58; *Strowel*, Droit d'auteur et copyright, Rdnr. 485; *ders.*, Cah. propr. intell. 3 (1990/91), 161, 163; *Strowel/Doutrelepont*, RIEJ 22 (1989), 133, 135 f.; *Siiriainen*, S. 434; *Bouchet-Le Mappian*, Rdnr. 635; *Edelman*, Rdnr. 303; *Bergé*, Rdnr. 60.

1113 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], vor §§ 44a ff., Rdnr. 11; *Strowel*, Cah. propr. intell. 3 (1990/91), 161, 177; *Strowel/Doutrelepont*, RIEJ 22 (1989), 133, 144; *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], §§ vor 44a ff., Rdnr. 1; *Rehbinder/Peukert*, Rdnr. 596; *Förster*, S, 78; *Kröger*, S. 120; *Noel*, RIDA 108 (1981), 50, 57; siehe auch *Stieper*, S. 142 („Im Hinblick auf die urheberrechtliche Zulässigkeit der er-

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Schuldverhältnis entsteht (erst) mit dem Realakt der Nutzungshandlung („take now, pay later“[1114]).[1115] Die in Deutschland und Frankreich ebenfalls *katalogartig* geregelten gesetzlichen Lizenzen mit Vergütungspflicht sind die §§ 17 Abs. 2 i.V.m. 27 Abs. 2 (Bibliothekstantieme), 45a Abs. 2 S. 1 Hs. 1, 46 Abs. 4, 47 Abs. 2 S. 2 letzter Hs., 49 Abs. 1 S. 2 Hs. 1, 52 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2, 52a Abs. 4 („Öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung“), 52b S. 3 („Wiedergabe von Werken an elektronischen Leseplätzen in öffentlichen Bibliotheken, Museen und Archiven“), 53 i.V.m. 54 ff. (Privatkopie), 53a („Kopienversand auf Bestellung“), 61b S. 2 und 78 Abs. 2 (öffentliche Wiedergabe von Darbietungen) UrhG[1116] bzw. Art. L. 122-5 Nr. 2 i.V.m. L. 311-1, 211-3 Nr. 2 i.V.m. 311-1 CPI (jeweils Privatkopie von Phono- und Videogrammen), L. 122-5 Nr. 3 lit. e, 211-3 Nr. 3 Spstr. 3 (jeweils Wiedergabe oder Vervielfältigung für Unterricht und Forschung), L. 122-5 Nr. 9 Unterabs. 2[1117], L. 133-1 (Bibliothekstantieme) und L. 214-1 Abs. 3 (öffentliche Wiedergabe von Phonogrammen) CPI[1118]. Die Vergütungsansprüche sind grundsätzlich verwertungsgesellschaftspflichtig.[1119] Dabei wird die Höhe der Vergütung durch

---

laubnisfreien Nutzung ist die Rechtsstellung des Urhebers somit dieselbe wie bei einer völligen Freistellung“).

1114 So die treffende Formulierung von *Merges*, 84 Cal. L. Rev. 1293, 1302 (1996).

1115 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], vor §§ 44a ff., Rdnr. 16; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], vor §§ 44a ff., Rdnr. 23; *Schack*, UrhR[7], Rdnr. 476.

1116 Vgl. die Auflistung gesetzlicher Lizenzen mit Vergütungspflicht bei *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], vor §§ 44a ff., Rdnr. 39; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], vor §§ 44a ff., Rdnr. 6; *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], vor §§ 31 ff., Rdnr. 92. Beachte auch die Verweisvorschriften §§ 70 Abs. 1, 71 Abs. 1 S. 3, 72 Abs. 1, 77 Abs. 2 S. 2, 83, 85 Abs. 4, 87 Abs. 4, 87b Abs. 2, 94 Abs. 4, 95 UrhG.

1117 Gesetzliche Lizenz *mit* Vergütungspflicht für die Vervielfältigung oder Wiedergabe eines graphischen, plastischen oder architektonischen Kunstwerkes durch die gedruckte, audiovisuelle oder Online-Presse zu dem ausschließlichen Zweck der unmittelbaren Information und in direkter Verbindung mit letzterer, soweit die Vervielfältigung oder Wiedergabe wegen ihrer Anzahl und ihrer Größe in keinem strikten Verhältnis zu dem unmittelbar verfolgten Informationszweck oder nicht in direkter Verbindung mit der Information steht (andernfalls *ohne* Vergütungspflicht), in Anlehnung an die Übersetzung von *Dietz*, GRUR Int. 2007, 692, 694.

1118 Vgl. *Carre*, S. 394 f.

1119 In Deutschland sind nahezu alle Vergütungsansprüche aus den gesetzlichen Lizenzen verwertungsgesellschaftspflichtig; in den wenigen Fällen, in denen keine

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eine Verwertungsgesellschaft oder den Staat[1120] bestimmt, indem die kollektiv erzielten Einnahmen zwischen den Berechtigten an *verschiedenen* Werken – z.B. pauschal und einmalig 1080 Euro für das Verleihen (§ 27 UrhG) und Vervielfältigen (§ 54c UrhG) eines wissenschaftlichen Buches durch bzw. in Bibliotheken[1121] – und zwischen den Berechtigten an *denselben* Werken – z.B. pauschal 60:40 zwischen Verleger und Urheber bei der GEMA[1122] – nach festen Quoten verteilt werden.[1123]

Verwertungsgesellschaftspflicht besteht (§§ 46 Abs. 4, 47 Abs. 2 S. 2 letzter Hs. und 52 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2 UrhG), werden die Nutzungsrechte regelmäßig einer Verwertungsgesellschaft eingeräumt, *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], vor §§ 44a ff., Rdnr. 29. In Frankreich sind die Vergütungsansprüche aus Art. L. 122-5 Nr. 2 i.V.m. L. 311-1, 211-3 Nr. 2 i.V.m. 311-1 CPI (jeweils Privatkopie von Phono- und Videogrammen), L. 133-1 (Bibliothekstantieme) und L. 214-1 Abs. 3 (öffentliche Wiedergabe von Phonogrammen) verwertungsgesellschaftspflichtig, Art. L. 311-6, L. 133-2 bzw. L. 214-5 CPI. Bei den Art. L. 122-5 Nr. 3 lit. e, 122-5 Nr. 9 Unterabs. 2 CPI wird die Höhe der Vergütung durch „représentants" der Rechtsinhaber, insbesondere Verwertungsgesellschaften, ausgehandelt, vgl. *Galopin*, Rdnr. 293 ff.

1120 In Frankreich wird Höhe der Bibliothekstantieme durch Gesetz (Art. L. 133-3, R. 133-1 f. CPI) und die Höhe der Vergütung für die Privatkopie von Phono- und Videogrammen durch eine Kommission unter Vorsitz eines staatlichen Vertreters bestimmt (Art. L. 311-5 CPI).

1121 *Schack*, UrhR[7], Rdnr. 1368, Fn. 8.

1122 *Schack*, UrhR[7], Rdnr. 1369.

1123 Eingehend zur Verteilung der Einnahmen an die Berechtigten *Melichar*, in: *Loewenheim*, HdbUrhR[2], § 47, Rdnr. 31 ff.; *Schack*, UrhR[7], § 38 (jeweils zu Deutschland); *Piaskowski*, S. 190 ff. (zu Frankreich); *Nérisson*, Rdnr. 750 ff. (rechtsvergleichend).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c) Vorgaben des Konventions- und Unionsrechts

Die gesetzliche Lizenz zählt unstreitig zu den „Ausnahmen und Beschränkung“[1124] im Sinne des konventionsrechtlichen Dreistufentests[1125] und des Numerus clausus der Informationsgesellschafts-RL[1126], weil sie das Ausschließlichkeitsrecht einschließlich des Verbotsrechts teilweise aufhebt. Deshalb kann der nationale Gesetzgeber nur solche gesetzliche Lizenzen einführen, die in Art. 5 Abs. 1 bis 4 Informationsgesellschafts-RL abschließend geregelt sind. Im Übrigen muss er erst auf eine Änderung des *acquis communautaire* hinwirken. Eine Schrankengeneralklausel wie der *fair use* wäre etwa mit dem geltenden Unionsrecht unvereinbar.[1127]

d) Vor- und Nachteile

Im Hinblick auf die Vor- und Nachteile ist zwischen einer *(eher) formell realisierbaren Variante*, wie sie das deutsche und französische Urheberrecht vorsieht (unten aa)), und einer *(eher) materiell realisierbaren Vari-*

1124 Die Begriffe „Ausnahmen“ und „Beschränkungen“ werden unterschiedlich verwendet: In der konventionsrechtlichen Literatur wird z.T. die gesetzliche Lizenz *ohne* Vergütungspflicht als „Ausnahme“ und die gesetzliche Lizenz *mit* Vergütungspflicht als „Beschränkung“ bezeichnet, so etwa *v. Lewinski*, International Copyright Law and Policy, Rdnr. 5.150; wohl auch *Reinbothe/v. Lewinski*, Rdnr. 7.10.41 u. 8.16.29. Im Übrigen werden beide Begriffe synonym gebraucht und sollen allein eine individualistische bzw. utilitaristische Konnotation aufweisen, *v. Lewinski/Walter*, in: *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, Rdnr. 11.5.11; *Geiger/Schönherr*, in: *Stamatoudi/Torremans*, EU Copyright Law, Rdnr. 11.64; *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 22; *Galopin*, Rdnr. 10.

1125 Vgl. nur *Ricketson/Ginsburg*, Bd. 1, Rdnr. 13.01 f.; *v. Lewinski*, International Copyright Law and Policy, Rdnr. 5.150; *Reinbothe/v. Lewinski*, Rdnr. 7.10.41 u. 8.16.29.

1126 Vgl. nur *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 4; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 1; *Rehbinder/Peukert*, Rdnr. 599; *Lewinski/Walter*, in: *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, Rdnr. 11.5.11; *Geiger/Schönherr*, in: *Stamatoudi/Torremans*, EU Copyright Law, Rdnr. 11.64.

1127 Vgl. nur *Schack*, in: *Ohly/Bodewig/Dreier/Götting/Haedicke/Lehmann*, FS Schricker, S. 5, 12(„ganz offensichtlich unvereinbar“); *Förster*, S. 209; *Cohen Jehoram*, GRUR Int. 2001, 807, 809, bezweifelt darüber hinaus die Vereinbarkeit mit der RBÜ.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ante entsprechend dem US-amerikanischen *fair use* zu unterscheiden (unten bb)).

aa) Formell realisierbare Variante

(Eher) formell realisierbare gesetzliche Lizenzen zeichnen sich zunächst durch ein hohes Maß an *Rechtssicherheit* aus,[1128] da das Gesetz selbst detailliert beschreibt, welche Nutzungshandlungen unter welchen Voraussetzungen zulässig sind.[1129] Vorbehaltlich einer generellen Auslegung der Tatbestandsmerkmale durch die höchstrichterliche Rspr. kann der potentielle Nutzer den Tatbestand einer solchen gesetzlichen Lizenz leicht, sicher und eindeutig auf den konkreten Sachverhalt anwenden und steht die individuelle Nutzungserlaubnis nicht im Belieben eines Richters. Mithin bewirkt die (eher) formell realisierbare gesetzliche Lizenz auch ein hohes Maß an *generalisierender Gerechtigkeit*.[1130] Das wohl bekannteste und zugleich rein effizienzbasierte Argument für gesetzliche Lizenzen – gleich ob (eher) formell oder materiell realisierbar – ist die Minimierung von *Transaktionskosten*.[1131] Prohibitiv hohe Transaktionskosten entstehen na-

1128 Vgl. *Hilty*, in: *Amstutz/Reinert*, KG[1], Art. 3 Abs. 2, Rdnr. 36; *ders.*, in: *Bartsch/Briner*, DGRI Jahrbuch, S. 12; *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 286; *Sirinelli*, Exceptions and Limits to Copyright and Neighboring Rights, S. 19; *Kur*, 8 Rich. J. Global L. & Bus. 287, 296 (2009); *Schack*, in: *Ohly/Bodewig/Dreier/Götting/Haedicke/Lehmann*, FS Schricker, S. 511; *Spindler*, GRUR 2002, 105, 115; *Dreier*, CR 2000, 45, 49; *Cohen Jehoram*, GRUR Int. 2001, 807, 809; *Kubis*, ZUM 2006, 370, 373; *Förster*, S. 220; siehe auch *Metzger*, in: *Leistner*, Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, S. 121.

1129 Vgl. *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 250 („[L]es systèmes continentaux énumèrent précisément les cas dans lesquels l'utilisation est exemptée au sein de leur loi sur le droit d'auteur"); *Sirinelli*, Exceptions and Limits to Copyright and Neighboring Rights, S. 17; *Schack*, in: *Ohly/Bodewig/Dreier/Götting/Haedicke/Lehmann*, FS Schricker, S. 511; *Götting*, in: *Loewenheim*, HdbUrhR[2], § 30, Rdnr. 4; *Förster*, S. 220.

1130 Vgl. *Griffiths*, JIPITEC 1 (2010), 87, 91.

1131 *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 157; *Stieper*, S. 85 ff.; *Strowel*, Cah. propr. intell. 3 (1990/91), 161, 174 f.; *Strowel/Doutrelepont*, RIEJ 22 (1989), 133, 141 f.; *Landes/Posner*, 18 J. Leg. Stud. 325, 357 f. (1989); *Langus/Neven/Shier*, S. 18 ff.; *Cassler*, 37 JCSUSA 231, 249 ff. (1990); *Gordon*, 82 Colum. L. Rev. 1600, 1618 u. 1622 (1982); *Reich*, S. 142; siehe auch *Lévêque/Ménière*, S. 82 f.; *Galopin*, Rdnr. 562; *Farchy*, Propr. intell. 21 (2006), 388, 391

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mentlich in Fällen der Massennutzung, in denen die Anzahl der Rechtsinhaber und/oder Nutzer unüberschaubar ist.[1132] Paradebeispiele sind das Zitat[1133] und die Privatkopie[1134]. Hier hält sich der Nutzen aus einer Transaktion für *beide* Seiten in Grenzen: für den Nutzer, da er aus dem einzelnen Werk nur wenige Sätze zitieren oder nur einige Seiten kopieren möchte; und für den Rechtsinhaber, da er aufgrund des geringen Nutzens nur ein geringes Nutzungsentgelt erwarten kann.[1135] Umgekehrt sind (schon) die beiderseitigen Such- und Informationskosten *relativ* hoch.[1136] Unter Zugrundelegung des ökonomischen Verhaltensmodells werden deshalb beide Seiten von einer Transaktion absehen, sodass *weder* die Konsumenten- *noch* die Produzentenrente gesteigert wird. Indem nun gesetzliche Lizenzen, gleich ob mit (z.B. Recht auf Privatkopie) oder ohne pauschale Vergütungspflicht (z.B. Zitatrecht), Transaktionen ermöglichen, die sonst verhindert worden wären, steigern sie die Pareto-Effizienz.[1137] Schließlich sind (eher) formell realisierbare gesetzliche Lizenzen in hohem Maße *ef-*

---

u. 394; *Sirinelli*, Exceptions and Limits to Copyright and Neighboring Rights, S. 24; *Abello*, Rdnr. 398 ff.; grundlegend *Calabresi/Melamed*, 85 Harv. L. Rev. 1089, 1106 ff. (1972) mit ihrer Unterscheidung von Ausschließlichkeitsrechten *(property rules)* und gesetzlichen Lizenzen mit Vergütungspflicht *(liability rules)*.

1132 *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 210; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], vor §§ 44a ff., Rdnr. 14 („Die gesetzliche Lizenz erscheint überall dort als das geeignete Instrument, wo aufgrund der Massenhaftigkeit urheberrechtsrelevanter Vorgänge und/oder der unüberschaubaren Zahl der betroffenen Rechteinhaber und/oder Nutzer eine Kontrolle nicht möglich ist und Einzelverhandlungen zu umständlich bzw. zu langwierig wären"); *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], vor §§ 44a ff., Rdnr. 11; *Schack*, UrhR[7], Rdnr. 486; *Poeppel*, S. 36; *Früh*, S. 22; *Huuskonen*, S. 159.

1133 *Stieper*, S. 85; *Landes/Posner*, 18 J. Leg. Stud. 325, 357 (1989); *Posner*, S. 54; *Förster*, S. 142.

1134 *Stieper*, S. 86; *Langus/Neven/Shier*, S. 23; *Gordon*, 82 Colum. L. Rev. 1600, 1648 f. u. 1655 (1982).

1135 Vgl. *Stieper*, S. 85 f.; *Langus/Neven/Shier*, S. 23; *Lévêque/Ménière*, S. 82; *Gordon*, 82 Colum. L. Rev. 1600, 1628 (1982).

1136 Vgl. *Stieper*, S. 85 f.; *Langus/Neven/Shier*, S. 23; *Lévêque/Ménière*, S. 82; *Gordon*, 82 Colum. L. Rev. 1600, 1628 (1982).

1137 *Langus/Neven/Shier*, S. 23 („If the use in question can be isolated, so as to avoid spill-over into other, higher-value uses, then the exception for such a use could represent a Pareto improvement"); offenbar auch *Abello*, Rdnr. 399 u. 401; zum Pareto-Kriterium siehe bereits 1. Kapitel A. II. 1. b) aa).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

fektiv, weil die „unbekannte Person" rechtssicher, sofort und ohne wesentliche Transaktionskosten mit der Zweitverwertung beginnen kann.

Die (eher) formell realisierbare Variante hat aber auch gewichtige Nachteile. Zunächst ist sie wenig *flexibel*.[1138] Das Gesetz ist in Fällen neuartiger Werknutzungen – z.B. als E-Book und zur Internet-Volltextsuche – häufig zu starr, als dass es durch Auslegung und Analogieschlüsse argumentativ überwunden werden könnte.[1139] Mit der immer schneller verlaufenden technologischen Entwicklung kann die Gesetzgebung kaum Schritt halten.[1140] Weiter ist sie kaum *einzelfallgerecht*:[1141] Das Ausschließlichkeitsrecht wird für die bestimmte Nutzungshandlung ausnahmslos aufgehoben, die Vertragsfreiheit auf Null reduziert. Erfolgt die Aufhebung ersatzlos – wie bei der gesetzlichen Lizenz *ohne* Vergütungspflicht – ist der Eingriff besonders schwerwiegend (Alles-oder-nichts-Prinzip). Im Übrigen erhält der Rechtsinhaber keine „marktgerechte" Vergütung, da grundsätzlich eine Verwertungsgesellschaft oder der Staat „paternalistisch" die Höhe bestimmen. Die Pauschalisierung hat zur Folge, dass das Nutzungsentgelt mancher Rechtsinhaber zu gering ist, während andere Rechtsinhaber zu viel verdienen.[1142] Dies ist nicht nur einzelfallungerecht,[1143] sondern führt – unter Zugrundelegung des ökonomischen Verhaltensmodells –

1138 Vgl. *Hilty*, in: *Ohly/Bodewig/Dreier/Götting/Haedicke/Lehmann*, FS Schricker, S. 329; *ders.*, in: *Amstutz/Reinert*, KG[1], Art. 3 Abs. 2, Rdnr. 36; *Sirinelli*, Exceptions and Limits to Copyright and Neighboring Rights, S. 19; *Dreier/Leistner*, GRUR 2013, 881, 889; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 430; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 367; *ders.*, ZGE 2013, 103, 103; *Förster*, S. 112; siehe auch *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 286; *Metzger*, in: *Leistner*, Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, S. 120; *Dreier*, CR 2000, 45, 49; *W. Nordemann*, GRUR 1979, 280, 281; *Ohly*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 8; *Schack*, in: *Ohly/Bodewig/Dreier/Götting/Haedicke/Lehmann*, FS Schricker, S. 513.

1139 *Förster*, S. 112; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 367; *ders.*, ZGE 2013, 103, 104.

1140 Vgl. *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 369; *ders.*, ZGE 2013, 103, 104; *Dreier*, CR 2000, 45, 49; ähnlich *Dreier/Leistner*, GRUR 2013, 881, 889.

1141 *Hilty*, GRUR 2009, 633, 637; *Dreier*, CR 2000, 45, 49.

1142 *Reich*, S. 131; *Besen/Manning/Mitchell*, 21 J. Law. Econ. 67, 92 (1978); *Krujatz*, S. 261.

1143 Vgl. *Hilty*, GRUR 2009, 633, 637 („Als Schwachstellen sind zu erwähnen, dass die notwendigen Pauschalierungen eine Einzelfallgerechtigkeit nur in sehr begrenztem Maße zulassen und dass die Entschädigungen oftmals nicht als ad-

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

auch zu Fehlanreizen und damit zwangsläufig zu Effizienznachteilen.[1144] In den wenigen Fällen, in denen der Rechtsinhaber nicht „entmündigt"[1145] wird, kann er die Vergütung erst im Nachhinein aushandeln (Prinzip des „take now, pay later"); er befindet sich also in der schwächeren Verhandlungsposition[1146] und trägt das Zahlungsausfallrisiko. Dennoch kommt die (eher) formell realisierbare gesetzliche Lizenz als transaktionskostenminimierender Lösungsansatz in Betracht, nämlich wenn viele Werke einer Vielzahl von Rechtsinhabern *vorhersehbar* zweitverwertet werden sollen.

bb) Materiell realisierbare Variante

Die (eher) materiell realisierbare Variante der gesetzlichen Lizenz (sog. Schrankengeneralklausel) wie das US-amerikanische Prinzip des *fair use* weist nahezu die umgekehrten Vor- und Nachteile auf. Ein hohes Maß an *Flexibilität* wird mit einem Verlust an *Rechtssicherheit* und *generalisierender Gerechtigkeit* erkauft.[1147] Allerdings kann die Rspr. durch Fallgrup-

äquat erachtet werden im Verhältnis zu den Einschränkungen des Rechteinhabers"); *ders.*, in: *Stern/Peifer/Hain*, Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und YouTube, S. 86; *ders.*, in: *Bartsch/Briner*, DGRI Jahrbuch, S. 18; *ders.*, ZUM 2003, 983, 1000; *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 157.

1144 *Besen/Manning/Mitchell*, 21 J. Law. Econ. 67, 68 (1978) („The compulsory license will be less efficient in providing authors with the financial incentives to produce original work than would fees negotiated in the marketplace"); *Reich*, S. 132.

1145 So die treffende Formulierung von *W. Nordemann*, GRUR 1979, 280, 282.

1146 *W. Nordemann*, GRUR 1979, 280, 282; *Noel*, RIDA 108 (1981), 50, 57; *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], vor §§ 44a ff., Rdnr. 10; *Fischer*, S. 321; ebenso BGH GRUR 2002, 248, 252 – „SPIEGEL-CD-ROM", wonach die gesetzliche Lizenz „im Gesetz streng von den Fällen der Zwangslizenz getrennt ist und […] den Urheber in eine deutlich ungünstigere Position versetzt, weil er seinen Vergütungsanspruch nach erfolgter Nutzung seines Werkes geltend machen muss, statt – wie im Falle der Zwangslizenz – die Erteilung der Zustimmung von der Zahlung der geschuldeten Vergütung abhängig machen zu können".

1147 Vgl. *Hilty*, in: *Amstutz/Reinert*, KG[1], Art. 3 Abs. 2, Rdnr. 36; *ders.*, in: *Bartsch/Briner*, DGRI Jahrbuch, S. 12; *Ohly*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 8; *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 286; *Griffiths*, JIPITEC 1 (2010), 87, 91; *Sirinelli*, Exceptions and Limits to Copyright and Neighboring Rights, S. 19; *Kur*, 8 Rich. J. Global L. & Bus. 287, 296 (2009); *Leistner*, ZGE 2009, 403, 430 f.; *Metzger*, in: *Leistner*, Euro-

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

penbildung zur Rechtssicherheit beitragen; die Generalklausel bleibt dann immer noch für neue Nutzungsarten bzw. einzelfallgerechte Entscheidungen offen.[1148] Zwar könnte eine dem *fair use* nachgebildete Schrankengeneralklausel die hier behandelten Probleme nur bedingt lösen, weil eine Zweitverwertung, d.i. regelmäßig eine gewerbliche (1. Faktor) Nutzung vollständiger (3. Faktor) Werke, die Auswirkungen auf die Verwertung durch den Rechtsinhaber hat (4. Faktor), grundsätzlich verboten bliebe (eben „fair" statt „competitive use"). Denkbar wäre aber eine Schrankengeneralklausel, die auch und gerade kompetitive Nutzungshandlungen erfasst; sie wäre *effektiv*, soweit sich die Nutzungshandlung ohne weiteres einer richterrechtlichen Nutzungserlaubnis zuordnen ließe, und im Übrigen flexibel genug, um noch nicht präjudizierte Nutzungen zu ermöglichen (dann aber auch wenig effektiv)[1149]. Einen Nachteil hätte aber auch diese Schrankengeneralklausel: sie wäre wenig *einzelfallgerecht*, weil sie entweder – wie der *fair use* – überhaupt keine oder eine pauschale Vergütungspflicht vorsähe oder jedenfalls – bei einer individuellen Vergütungspflicht nach der Nutzung („take now, pay later") – die Verhandlungsposition des Rechtsinhabers erheblich schwächte. Dennoch kommt die (eher) materiell realisierbare gesetzliche Lizenz als transaktionskostenminimierender Lösungsansatz in Betracht, nämlich wenn viele Werke einer Vielzahl von Rechtsinhabern *unvorhersehbar* zweitverwertet werden sollen.

---

päische Perspektiven des Geistigen Eigentums, S. 120 f.; *Schack*, in: *Ohly/Bodewig/Dreier/Götting/Haedicke/Lehmann*, FS Schricker, S. 511; *Spindler*, GRUR 2002, 105, 115; *Dreier*, CR 2000, 45, 49; *Kubis*, ZUM 2006, 370, 373; *Förster*, S. 220; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 368 f.; *ders.*, ZGE 2013, 103, 116.

1148 Vgl. *Metzger*, in: *Leistner*, Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, S. 121; *Förster*, S. 220; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 368 ff.; *ders.*, ZGE 2013, 103, 114 f.; *ders.*, GRUR Int. 2014, 892, 899 f.

1149 Vgl. *Griffiths*, JIPITEC 1 (2010), 87, 91 („It is sometimes suggested that such an approach to decision-making produces a level of unpredictability that not only places the rights of copyright owners in jeopardy, but also diminishes the defence's utility for users. Where a user is uncertain whether a use is fair, he or she may be unwilling to run the risk of infringement proceedings"); siehe auch *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 371; *ders.*, ZGE 2013, 103, 1016.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Konditionale kollektive Lizenz

Als konditionale kollektive Lizenz wird hier – in Anlehnung an die Unterscheidung von konsensualer und konditionaler Lizenz[1150] – eine Nutzungserlaubnis bezeichnet, die von einer Verwertungsgesellschaft erteilt wird, *ohne* dass der Rechtsinhaber diese freiwillig dazu ermächtigt hat. Sie kann auf einer *Verwertungsgesellschaftspflicht* (unten a)), einer *Wahrnehmungsfiktion* (unten b)), einer *Wahrnehmungsvermutung* (unten c)) und einer *erweiterten kollektiven Lizenz* (unten d)) beruhen. Die jeweiligen Vor- und Nachteile werden gemeinsam erörtert (unten e)).

a) Verwertungsgesellschaftspflicht

aa) Wirkung

Mit der Verwertungsgesellschaftspflicht wird der Rechtsinhaber verpflichtet, sein Ausschließlichkeitsrecht von einer Verwertungsgesellschaft wahrnehmen zu lassen. Sie gilt allgemein als *Ausübungsregelung*, da sie lediglich die Rechts*zuständigkeit* abweichend bestimmt,[1151] das Ausschließlichkeitsrecht also solches aber nicht berührt.[1152] Zwar kann die Verwertungsgesellschaftspflicht nicht zwangsweise durchgesetzt werden („verpflich-

---

1150 *Hilty*, Lizenzvertragsrecht, S. 197 f. („Anzustreben ist eine Zweiteilung von Lizenzen, die (letztlich) auf freier Entscheidung der Parteien, mithin auf einem *Konsens* beruhen, und Lizenzen, welche darauf beruhen, dass gewisse vom positiven Recht bestimmte *Bedingungen* erfüllt sein müssen“, Hervorh. i. Orig.); in diesem Sinne auch *Salamolard*, S. 30.

1151 *Rosenkranz*, S. 120.

1152 *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], vor §§ 44a ff., Rdnr. 38; *v. Ungern-Sternberg*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 20b, Rdnr. 13; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], vor §§ 44a ff., Rdnr. 13; *ders.*, in: *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, Rdnr. 7.9.4;
Ehrhardt, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 20b, Rdnr. 6; *Götting*, in: *Loewenheim*, HdbUrhR[2], § 30, Rdnr. 19; *Rehbinder/Peukert*, Rdnr. 597; *Stöhr*, S. 39; *Kröger*, S. 122 f.; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 64 f.; *Grages*, S. 129 f.; *Plate*, S. 183; *Geiger*, e-Copyright Bulletin 1-3/2007, S. 10; *v. Lewinski*, e-Copyright Bulletin 1-3/2004, S. 5; *Hugenholtz/Okediji*, S. 19; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 890; *Pollaud-Dulian*, Le droit d'auteur, Rdnr. 2374; *Noguier*, Légicom 3 (1994), 69, 70; *Siiriainen*, S. 436 ff.; *Liaskos*, Rdnr. 337; *Guibault*, S. 26 f.; *Galopin*, Rdnr. 27; weitergehend (weder Schranke noch Ausübungsregelung) offenbar *Nérisson*, Rdnr. 618

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tet“ bedeutet nicht „gezwungen“).[1153] Allerdings kann das Ausschließlichkeitsrecht eben nur durch eine Verwertungsgesellschaft ausgeübt werden,[1154] sodass es in der Hand des Rechtsinhabers wertlos ist.[1155] Damit besteht ein faktischer Zwang, mit der zuständigen Verwertungsgesellschaft einen Wahrnehmungsvertrag zu Bedingungen abzuschließen, auf die der Rechtsinhaber keinen Einfluss hat. Die Folge ist, dass der Rechtsinhaber die entsprechende negative Abschlussfreiheit, Kontrahentenwahlfreiheit, Vertragsgestaltungsfreiheit *und* – nach Abschluss des Wahrnehmungsvertrages – positive Abschlussfreiheit verliert, kurzum die Vertragsfreiheit *vollständig* einbüßt. Damit wird er „entmündigt“[1156] und entpuppt sich die Verwertungsgesellschaftspflicht letztlich als eine verdeckte gesetzliche Lizenz mit Vergütungspflicht.[1157]

bb) Verortung

Die Verwertungsgesellschaftspflicht ist eine *interne* Schutzbeschränkung: Das einzige nach deutschem Recht verwertungsgesellschaftspflichtige Ausschließlichkeitsrecht ist das Kabelweitersendungsrecht (§ 20b Abs. 1 S. 1 UrhG). Sendeunternehmen sind davon befreit (§ 20b Abs. 1 S. 2

(„Elle n’est pas une réserve, ni une condition à l’exercice du droit exclusif, elle est la condition *sine qua non* de l’exercice de ce droit“, Hervorh. i. Orig.).

1153 *Liaskos*, Rdnr. 338 („[L]e titulaire du droit exclusif réserve la faculté de céder ou non à une société de gestion collective“); *Dreier*, in: *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, Rdnr. 7.9.7; siehe auch *Nérisson*, Rdnr. 613.

1154 *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], vor §§ 44a ff., Rdnr. 38; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], vor §§ 44a ff., Rdnr. 11; *ders.*, in: *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, Rdnr. 7.9.4; *Plate*, S. 182 ff.; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 890
Kröger, S. 122; *Guibault*, S. 26; *Liaskos*, Rdnr. 337; *Grages*, S. 130; siehe auch *Nérisson*, Rdnr. 613.

1155 *Plate*, S. 87.

1156 So die treffende Formulierung von *W. Nordemann*, GRUR 1979, 280, 282, in Bezug auf die Verwertungsgesellschaftspflicht von Vergütungsansprüchen.

1157 Vgl. *Schack*, UrhR[7], Rdnr. 482 u. 1356; *Plate*, S. 199 f.; *Geiger*, Droit d’auteur et droit du public à l’information, Rdnr. 383; in diese Richtung auch *Siiriainen*, S. 437 („Mais l’exercice lui échappe complétement, à tel point qu’il est possible de se demander si ce système n’est pas en définitive une licence non volontaire non avouée“).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

UrhG), sodass sie das Ausschließlichkeitsrecht selbst ausüben können.[1158] Die Verwertungsgesellschaftspflicht wird allerdings mit einer Wahrnehmungsfiktion kombiniert (unten b)). Eine *bloße* Verwertungsgesellschaftspflicht regelt das französische Recht (Art. L. 132-20-1 Abs. 1[1159], L. 217-2 Abs. 1[1160] CPI).[1161] Hier ist ebenfalls das Kabelweitersendungsrecht betroffen; Sendeunternehmen sind von der Verwertungsgesellschaftspflicht ausgenommen.[1162] Dass beide Rechtsordnungen (nur) das Recht der Kabelweitersendung einer Verwertungsgesellschaftspflicht unterwerfen, ist kein Zufall: die Vorschriften beruhen auf Art. 9 Abs. 1 Satelliten- u. Kabel-RL.

cc) Vorgaben des Konventions- und Unionsrechts

Die konventions- und unionsrechtlichen Vorgaben sind umstritten. Zunächst ist fraglich, ob die Verwertungsgesellschaftspflicht die Ausübung des Ausschließlichkeitsrechts von der Erfüllung einer Formalität – dem Abschluss eines Wahrnehmungsvertrages – abhängig macht (Art. 5 Abs. 2 RBÜ).[1163] Dies wird in der jüngeren Literatur zu Recht bestritten;[1164] überzeugend ist das Argument, dass bei der Auslegung die „spätere Übung

1158 Eingehend *v. Ungern-Sternberg*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 20b, Rdnr. 14 ff.; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 20b, Rdnr. 11.

1159 „[… L]e droit d'autoriser la retransmission par câble, simultanée, intégrale et sans changement, sur le territoire national, d'une *œuvre télédiffusée* à partir d'un Etat membre de la Communauté européenne ne peut être exercé que par une société de perception et de répartition des droits […]" [Hervorh. d. Verf.].

1160 „[… L]e droit d'autoriser la retransmission par câble, simultanée, intégrale et sans changement, sur le territoire national, de la *prestation d'un artiste-interprète*, d'un *phonogramme* ou d'un *vidéogramme télédiffusés* à partir d'un Etat membre de la Communauté européenne ne peut être exercé […] que par une société de perception et de répartition des droits […]" [Hervorh. d. Verf.].

1161 Eingehend *Siiriainen*, S. 424 ff.; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 892.

1162 Art. L. 132-20 Abs. 2 S. 2, L. 217-2 Abs. 2 S. 2 CPI („Les dispositions du I ne s'appliquent pas aux droits dont est cessionnaire une entreprise de communication audiovisuelle").

1163 *Nordemann/Vinck/Hertin*, Art. 5 RBÜ, Rdnr. 7 (anders für verwertungsgesellschaftspflichtige Vergütungsansprüche); *Mentha*, UFITA 19 (1959), 156, 157; *dies.*, UFITA 45 (1965), 61, 64 f.; a.A. für verwertungsgesellschaftspflichtige Vergütungsansprüche *Hubmann*, UFITA 48 (1966), 22, 33.

1164 *Hilty*, in: *Schweizerische Vereinigung für Urheberrecht*, FS RBÜ, S. 212; *Nérisson*, Rdnr. 612 f.; *Ricketson/Ginsburg*, Bd. 1, Rdnr. 6.106, Fn. 322; *v. Lewinski*,

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bei der Anwendung des Vertrags, aus der die Übereinstimmung der Vertragsparteien über seine Auslegung hervorgeht", zu berücksichtigen ist (Art. 31 Abs. 3 lit. b WÜRV) und die Verwertungsgesellschaftspflicht von einigen Vertragsparteien – der EU und ihren Mitgliedstaaten – seit über 20 Jahren praktiziert sowie von allen anderen Vertragsparteien gebilligt wird.[1165]

Weiter ist streitig, ob die Verwertungsgesellschaftspflicht dem konventionsrechtlichen Dreistufentest unterfällt. Nach e.A. folgt aus Art. 11bis Art. 2 S. 1 RBÜ, der begrifflich die *Ausübung* des Rechts der öffentlichen Widergabe unter Vorbehalt stellt, im Umkehrschluss, dass die Verwertungsgesellschaftspflicht grundsätzlich verboten bzw. nur in den Fällen zulässig ist, in denen der Gesetzgeber „Ausnahmen und Beschränkungen" regeln darf (argumentum e contrario), also insbesondere in den Fällen des Dreistufentests (Art. 9 Abs. 2 RBÜ).[1166] Nach a.A. unterfällt die Verwertungsgesellschaftsplicht nicht dem Dreistufentest.[1167] Zu Recht wendet sie sich gegen das Umkehrschlussargument der ersten Ansicht. Denn diese Vorschrift regelt ihrem Zweck nach allein die Beziehung zwischen Rechtsinhabern bzw. ihren Treuhändern (den Verwertungsgesellschaften) und Nutzern, nicht dagegen jene zwischen Rechtsinhabern und Verwertungsgesellschaften, die bei einer Verwertungsgesellschaftspflicht betroffen wäre.[1168] Tatsächlich ging es in den Diskussionen zu Art. 11bis Art. 2 RBÜ allein um Zwangslizenzen und gesetzliche Lizenzen.[1169] Die Bezeichnung als „Ausübungsregelung" ist nur als ein begriffliches Zugeständnis an die

---

e-Copyright Bulletin 1-3/2004, S. 11; *Siiriainen*, S. 445; *van Gompel*, Formalities in Copyright Law, S. 208; für Vergütungsansprüche auch *Plate*, S. 139 f.

1165 Vgl. *Schönherr*, 17 Copyright 294, 297 (1981); *Ricketson/Ginsburg*, Bd. 1, Rdnr. 6.106, Fn. 322; allgemein zu Art. 31 Abs. 3 lit. b WÜRV *Dörr*, in: *Dörr/Schmalenbach*, Vienna Convention on the Law of Treaties[1], Art. 31, Rdnr. 76 ff.

1166 *Ficsor*, Copyright Bulletin 10/2003, S. 3 ff.; *ders.*, in: *Gervais*, Collective Management of Copyright and Related Rights, S. 44 ff.; *ders.*, ZUM 2003, 3, 4 ff.; ohne Begründung auch *Fischer*, S. 322; wohl auch *Siiriainen*, S. 442 f.

1167 *v. Lewinski*, e-Copyright Bulletin 1-3/2004, S. 5 f.; *dies.*, in: *Ohly/Bodewig/Dreier/Götting/Haedicke/Lehmann*, FS Schricker, S. 410; *Geiger*, e-Copyright Bulletin 1-3/2007, S. 10 ff.; *Nérisson*, Rdnr. 618; in diese Richtung auch *Koelman*, Ent. L. Rev. 4 (2005), 75, 81.

1168 *v. Lewinski*, e-Copyright Bulletin 1-3/2004, S. 5 f.; vgl. eingehend *WIPO*, Actes 1928, S. 256 ff.

1169 *v. Lewinski*, e-Copyright Bulletin 1-3/2004, S. 5; siehe auch *Ricketson/Ginsburg*, Bd. 1, Rdnr. 13.68; *Ricketson*, The Berne Convention, Rdnr. 9.49; eingehend *WIPO*, Actes 1928, S. 256 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

französische Verhandlungspartei zu verstehen, die Zwangs- und gesetzliche Lizenzen strikt ablehnte.[1170] Zustimmung verdient die Gegenansicht auch insoweit, als sie die Verwertungsgesellschaftspflicht ihrem Begriff nach nicht unter die „Ausnahmen und Beschränkungen" des Art. 9 Abs. 2 RBÜ subsumiert.[1171] Denn die Verwertungsgesellschaftspflicht ist wie gezeigt keine Schranke, sondern eine *Ausübungs*regelung, die als solche vom Konventionsrecht nicht erfasst ist.[1172]

Zu guter Letzt ist umstritten, ob die Verwertungsgesellschaftspflicht dem Numerus clausus an „Ausnahmen und Beschränkungen" der Informationsgesellschafts-RL[1173] unterfällt. Überwiegend wird die Frage mit dem Argument verneint, dass das Ausschließlichkeitsrecht als solches unberührt bleibe.[1174] Die Gegenansicht hält dagegen, dass die Verwertungsgesellschaftspflicht in Art. 9 Abs. 1 Satelliten- u. Kabel-RL ausdrücklich erlaubt wird und sie deshalb nur unter den für „Ausnahmen und Beschränkungen" geltenden Voraussetzungen zulässig sei (argumentum e contrario et a maiore ad minus).[1175] Zwar ist das Argument der Gegenansicht durchaus einleuchtend. Dennoch ist der ersten Ansicht im Ergebnis beizupflichten, weil die Informationsgesellschafts-RL auf die Verwertungsgesell-

---

1170 Vgl. *Ricketson/Ginsburg*, Bd. 1, Rdnr. 13.68; *Ricketson*, The Berne Convention, Rdnr. 9.49; *Dreier*, Kabelweiterleitung und Urheberrecht, S. 58, Fn. 85; *Dittrich*, RfR 1982, 25, 35; *Walter*, UFITA 91 (1981), 29, 57 f.; eingehend *WIPO*, Actes 1928, S. 256 ff.

1171 *v. Lewinski*, e-Copyright Bulletin 1-3/2004, S. 5; *Geiger*, e-Copyright Bulletin 1-3/2007, S. 12; in diese Richtung auch *Hugenholtz/Okediji*, S. 19.

1172 *Geiger*, e-Copyright Bulletin 1-3/2007, S. 12 („It is simply a form of exercise of the exclusive right, which is not dealt by (and therefore not forbidden by) international law"); *Nérisson*, Rdnr. 618 („[M]ême là où le droit international ne permet pas une restriction du droit de l'auteur d'autoriser et d'interdire l'utilisation de son œuvre, la gestion collective obligatoire n'est pas exclue et ne peut être considérée comme une entrave à l'exercice de ce droit"); offenbar auch *v. Lewinski*, e-Copyright Bulletin 1-3/2004, S. 10; *Koelman*, Ent. L. Rev. 4 (2005), 75, 81.

1173 Art. 5 i.V.m. Erwgr. 32 Informationsgesellschafts-RL.

1174 *v. Lewinski*, e-Copyright Bulletin 1-3/2004, S. 14; *dies.*, in: *Ohly/Bodewig/Dreier/Götting/Haedicke/Lehmann*, FS Schricker, S. 410; *Nérisson*, Rdnr. 618; ohne ausdrückliche Bezugnahme auf Art. 5 Informationsgesellschafts-RL offenbar auch *Geiger*, e-Copyright Bulletin 1-3/2007, S. 12.

1175 Bzgl. Vergütungsansprüchen auch in Art. 5 Abs. 4 Vermiet- u. Verleih-RL, Art. 6 Abs. 2 Folgerechts-RL, *Ficsor*, Copyright Bulletin 10/2003, S. 6 f.; *ders.*, in: *Gervais*, Collective Management of Copyright and Related Rights, S. 46 ff.; *ders.*, ZUM 2003, 3, 5 f.; ohne Begründung auch *Fischer*, S. 323.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schaft schon nicht anwendbar ist.[1176] Denn „[d]iese Richtlinie berührt nicht die Regelungen für die Verwaltung von Rechten, *beispielsweise* der erweiterten kollektiven Lizenzen“[1177] – worunter der europäische Gesetzgeber ausweislich Erwgr. 12 Verwertungsgesellschafts-RL auch „die verpflichtende kollektive Wahrnehmung“ subsumiert[1178] – und sind davon auch künftige Regelungen erfasst.[1179] Dies folgt (auch) im Umkehrschluss zu Erwgr. 52 Datenbanken-RL, dem zufolge nur bisherige Ausnahmen „beibehalten“ werden dürfen.

b) Wahrnehmungsfiktion

aa) Wirkung

Mit der Wahrnehmungsfiktion wird das Zustandekommen eines Wahrnehmungsvertrages unwiderleglich vermutet. Sie ist ebenfalls eine *Ausübungsregelung*, weil das Ausschließlichkeitsrecht als solches unberührt bleibt. Im Unterschied zur Verwertungsgesellschaftspflicht besteht aber ein *rechtlicher* Zwang zur kollektiven Ausübung. Im Hinblick auf die Vertragsfreiheit ist zwischen der französischen und der deutschen Wahrnehmungsfiktion zu unterscheiden. Nach Art. L. 122-10 Abs. 1 S. 1 CPI[1180] besteht keinerlei Vertragsfreiheit, weil das Gesetz eine Legalzession anordnet, der Rechtsinhaber also seine Rechtszuständigkeit kraft Gesetzes an die Verwertungsgesellschaftspflicht verliert. Nach § 50 Abs. 1 VGG be-

1176 Vgl. *Weber*, ZUM 2007, 688, 692; offenbar auch *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 2; *Axhamn/Guibault*, Cross-border extended collective licensing, S. 52.

1177 Erwgr. 18 Informationsgesellschafts-RL [Hervorh. d. Verf.].

1178 In Erwgr. 12 Verwertungsgesellschafts-RL ist zwar von „Regelungen für die *Wahrnehmung* von Rechten“ die Rede; ausweislich der französischen und englischen Fassung beider Richtlinien – in beiden Erwägungsgründen heißt es jeweils „gestion des droits“ bzw. „management of rights“ – bedeuten „Verwaltung von Rechten“ und „Wahrnehmung von Rechten“ aber dasselbe.

1179 Ebenso i.E. für die ebenfalls von Erwgr. 18 Informationsgesellschafts-RL erfassten erweiterten kollektive Lizenzen *Spindler/Heckmann*, GRUR Int. 2008, 271, 278; *Heckmann*, Die retrospektive Digitalisierung von Printpublikationen, S. 299; *Olsson*, Ziff. 4.

1180 „La publication d’une œuvre emporte cession du droit de reproduction par reprographie à une société régie par le titre II du livre III et agréée à cet effet par le ministre chargé de la culture.“

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

steht zwar theoretisch positive Abschlussfreiheit, der Rechtsinhaber kann aber praktisch mangels Rechtszuständigkeit überhaupt nicht kontrahieren.

bb) Verortung

Auch die Wahrnehmungsfiktion ist eine *interne* Schutzbeschränkung. Nach deutschem Recht wird die Wahrnehmung von Kabelweitersenderechten fingiert, wenn diese weder einer Verwertungsgesellschaft noch einem Sendeunternehmen eingeräumt worden sind (§ 50 Abs. 1 VGG).[1181] Das französische Recht kennt eine solche Wahrnehmungsfiktion für Außenseiter-Kabelweitersendungsrechte interessenterweise nicht, obwohl diese in Art. 9 Abs. 2 Satelliten- u. Kabel-RL zwingend vorgeschrieben ist.[1182] Der Grund dürfte darin liegen, dass bereits aufgrund der Verwertungsgesellschaftspflicht ein faktischer Zwang besteht, das Kabelweitersendungsrecht entweder einer Verwertungsgesellschaft oder einem Sendeunternehmen abzutreten, und es deshalb praktisch keiner zusätzlichen Fiktion bedarf. Einer Wahrnehmungsfiktion unterliegt aber das Recht der reprographischen Privatkopie[1183] (Art. L. 122-10 Abs. 1 S. 1 CPI),[1184] für das nach deutschem Recht eine gesetzliche Lizenz mit Vergütungspflicht gilt (§ 53 Abs. 1 S. 1 UrhG).

1181 Eingehend *Reinbothe*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 13c UrhWG, Rdnr. 11; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 13c UrhWG, Rdnr. 21 ff.; *Gerlach*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 13c UrhWG, Rdnr. 13 ff.

1182 *Siiriainen*, S. 430 („Il doit cependant d'interpréter á la lumière de la directive communautaire"); *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 892, Fn. 57.

1183 Das Recht, das Werk zu *gewerblichen* Zwecken (Verkauf, Vermietung, Werbung, Verkaufsförderung) reprographisch zu vervielfältigen, ist von der Verwertungsgesellschaftspflicht ausgenommen, Art. L. 122-10 Abs. 1 S. 2 CPI („Les sociétés agréées peuvent seules conclure toute convention avec les utilisateurs aux fins de gestion du droit ainsi cédé, sous réserve, pour les stipulations autorisant les copies aux fins de vente, de location, de publicité ou de promotion, de l'accord de l'auteur ou de ses ayants droit").

1184 Eingehend *Siiriainen*, S. 420 ff.; *Nérisson*, Rdnr. 522 f.; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 891; *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 312 f.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

cc) Vorgaben des Konventions- und Unionsrechts

In der Literatur werden die konventions- und unionsrechtlichen Vorgaben der Wahrnehmungsfiktion entweder überhaupt nicht erörtert oder Wahrnehmungsfiktion und Verwertungsgesellschaftspflicht gleichgestellt.[1185] Jedenfalls ist die Wahrnehmungsfiktion im Hinblick auf den Eingriff in die Vertragsfreiheit der gesetzlichen Lizenz mit Vergütungspflicht so sehr angenähert, dass es angebracht erscheint, sie als „Ausnahme und Beschränkung" im Sinne des konventionsrechtlichen Dreistufentests *und* des Numerus clausus der Informationsgesellschafts-RL zu behandeln.[1186] Dafür spricht nicht zuletzt ein Umkehrschluss zu Erwgr. 18 Informationsgesellschafts-RL und Erwgr. 12 Verwertungsgesellschafts-RL. So berührt die Informationsgesellschafts-RL nicht „die Regelungen der betroffenen Mitgliedstaaten für die Verwaltung von Rechten"; unter diesen Oberbegriff werden nunmehr die individuelle Ausübung, die Verwertungsgesellschaftspflicht, die Wahrnehmungs*vermutung* und die erweiterte kollektive Lizenz subsumiert.[1187] Wenn nun alle Arten der konditionalen kollektiven Lizenz mit Ausnahme der Wahrnehmungsfiktion von der Informationsgesellschafts-RL ausgenommen werden, besteht Grund zu der Annahme, dass der europäische Gesetzgeber *diese* kollektive Ausübungsregelung dem Anwendungsbereich des Art. 5 Informationsgesellschafts-RL unterwerfen will (argumentum e contrario).

c) Wahrnehmungsvermutung

aa) Wirkung

Während die Verwertungsgesellschaftspflicht und die Wahrnehmungsfiktion die Erteilung kollektiver Lizenzen *gegen* den (freien) Willen des Rechtsinhabers erlauben, ermöglicht die Wahrnehmungsvermutung eine

1185 So wohl *Geiger*, e-Copyright Bulletin 1-3/2007, S. 12; *Siiriainen*, S. 442 ff.; *Pollaud-Dulian*, Le droit d'auteur, Rdnr. 1008; anders dagegen *Strowel*, 34 Colum. J. L. & Arts 665, 666 (2011), der die Wahrnehmungsfiktion der erweiterten kollektiven Lizenz gleichstellt.

1186 So auch *Strowel*, 34 Colum. J. L. & Arts 665, 668 (2011) für die erweiterte kollektive Lizenz, unter die er ausdrücklich die Wahrnehmungsfiktion fasst.

1187 Dazu, dass beide Erwägungsgründe dieselben „Ausübungsregelungen" erfassen, siehe 3. Kapitel A. II. 1. b).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kollektive Lizenzierung *ohne* dessen (freien) Willen. Zwar ist auch die Wahrnehmungsvermutung eine *Ausübungsregelung*, kann aber – und das ist der wesentliche Unterschied – binnen einer Frist – z.T. auch noch danach – widerlegt werden. Der Rechtsinhaber wird also nicht zur kollektiven Ausübung gezwungen.[1188] Da die Verwertungsgesellschaft nach Ablauf der Frist gewissermaßen „für Rechnung" des Rechtsinhabers Lizenzverträge schließen kann, hängt die Vertragsfreiheit vom rechtzeitigen Widerspruch des Rechtsinhabers ab.

bb) Verortung

Die Wahrnehmungsvermutung ist eine *interne* Schutzbeschränkung: Das deutsche Recht enthält mit § 51 VGG eine Wahrnehmungsvermutung für vergriffene Werke.[1189] Der Rechtsinhaber kann der Wahrnehmung entweder von vornherein, nämlich innerhalb einer Sechs-Wochen-Frist, widersprechen, sodass eine kollektive Lizenzierung von Anfang an unterbleibt (§ 51 Abs. 1 Nr. 5 VGG). Oder er kann nach Fristablauf jederzeit widersprechen (§ 51 Abs. 2 VGG), mit der Folge, dass eine bereits erteilte kollektive Lizenz ex nunc entfällt.[1190] Die französische Parallelvorschrift unterscheidet sich von § 51 VGG insbesondere darin, dass die Rechtsinhaber nach Ablauf der Sechs-Wochen-Frist zwar ebenfalls jederzeit der Wahrnehmung widersprechen können, dieser Widerspruch aber bereits erteilte Lizenzen unberührt lässt (Art. L. 134-6 Abs. 1, 2 u. 5 CPI); nur der Urheber kann dem Lizenznehmer die Nutzung verbieten, wenn er eine Gefährdung seiner Ehre oder Reputation geltend macht (Art. L. 134-4 Abs. 1 Unterabs. 3 S. 1 CPI).[1191]

1188 So ausdrücklich *Emile-Zola-Place*, Légipresse 295 (2012), 355, 360; *Bruguière*, Propr. intell. 55 (2012), 411, 411; *Macrez*, D. 2012, 749, 755; *Bruguière/Deprez*, Légipresse 312 (2014), 19, 24; *Piriou*, Comm. com. électr. 10/2012, 6, 11.

1189 Eingehend 1. Kapitel B. I. 1. a).

1190 Vgl. *Staats*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 13d UrhWG, Rdnr. 21; *Talke*, K&R 2014, 18, 21; offenbar auch *Peifer*, NJW 2014, 6, 10.

1191 Eingehend 1. Kapitel B. I. 1. b).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

cc) Vorgaben des Konventions- und Unionsrechts

Die konventions- und unionsrechtlichen Vorgaben sind (auch) für die Wahrnehmungsvermutung noch nicht geklärt. Dabei ist zu unterscheiden zwischen den nur für „Ausnahmen und Beschränkungen" geltenden Dreistufentest und Numerus clausus und dem auch für Ausübungsregelungen geltenden Formalitätsverbot (Art. 5 Abs. 2 RBÜ). Als eine Ausübungsregelung oder „Regelung für die Verwaltung von Rechten" ist die Wahrnehmungsvermutung wohl keine „Ausnahme und Beschränkung" im Sinne des konventionsrechtlichen Dreistufentests. Wenn der Gesetzgeber dem Rechtsinhaber eigens ein Widerspruchsrecht zugesteht, liegt darin auch eher eine *Bestätigung* des Ausschließlichkeitsrechts denn eine Beschränkung. Zudem hat der Rechtsinhaber, soweit er fristgemäß widerspricht, eine *vollständige* Vertragsfreiheit. Die Wahrnehmungsvermutung unterfällt nicht dem Numerus clausus, da sie vom Anwendungsbereich des Art. 5 Informationsgesellschafts-RL ausgenommen ist (Erwgr. 18 Informationsgesellschafts-RL). Für die Frage, ob die Wahrnehmungsvermutung die Ausübung des Ausschließlichkeitsrechts von der Erfüllung einer Formalität – Ausübung des Widerspruchsrechts – abhängig macht (Art. 5 Abs. 2 RBÜ), muss sinngemäß dasselbe gelten wie bei der erweiterten kollektiven Lizenz *mit* Widerspruchsrecht; es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen, die diese Frage verneinen.

d) Erweiterte kollektive Lizenz

Die Schutzbeschränkungen Wahrnehmungsfiktion und Wahrnehmungsvermutung sind von der aus dem skandinavischen Rechtsraum bekannten erweiterten kollektiven Lizenz abzugrenzen. Danach wird eine kollektive Lizenz für *alle* Werke einer bestimmten Art, deren Rechte von einer Verwertungsgesellschaft wahrgenommen werden (sog. Blankolizenz), unter bestimmten Voraussetzungen um eine Nutzungserlaubnis für *alle* Werke derselben Art, die *nicht* von dieser Verwertungsgesellschaft wahrgenommen werden („Außenseiter-Werke"), *erweitert*.[1192] Auch hier bleibt das

1192 Ausführlich zur erweiterten kollektiven Lizenz *Christiansen*, EIPR 13 (1991), 346 ff., insbesondere 347 („There are solutions other than blanket licensing, and according to circumstances blanket licensing is able to differentiate payment as to objectively exemplified classes of works or forms. But blanket licensing is a

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ausschließlichkeitsrecht erhalten und es wird nur dessen Ausübung geregelt (*Ausübungsregelung*).[1193] Da die erweiterte kollektive Lizenz im Urheberrecht geregelt ist, handelt es sich zudem um eine *interne* Schutzbeschränkung. Die erweiterte kollektive Lizenz ist entweder *mit* (unten aa)) oder *ohne* (unten bb)) Widerspruchsrecht ausgestaltet. Die Vorgaben des Konventions- und Unionsrechts (unten cc)) werden im Anschluss behandelt.

aa) Erweiterte kollektive Lizenz mit Widerspruchsrecht

Die erweiterte kollektive Lizenz *mit* Widerspruchsrecht ähnelt wesentlich der Wahrnehmungsvermutung für vergriffene Werke nach deutschem und französischem Recht.[1194] Der Unterschied besteht darin, dass dort nicht alle, sondern *bestimmbare* „Außenseiterwerke" – u.a. müssen sie das Register vergriffener Werke eingetragen sein und es darf kein Widerspruch vorliegen – lizenziert werden *dürfen*, zugleich aber auch *einzeln* und *unmittelbar* lizenziert werden *können*, während hier *alle* Außenseiterwerke *mittelbar* – eben durch Erteilung einer Blankolizenz und deren Erweiterung – lizenziert werden. Macht der Rechtsinhaber von seinem Widerspruchsrecht Gebrauch, besitzt er vollständige Vertragsfreiheit.[1195]

---

necessary element of Extended Collective Agreement Licensing", Hervorh. i. Orig.); *Karnell*, 10 Colum. J. L. & Arts 73 ff.(1985); *ders.*, EIPR 13 (1991), 430 ff.; *Riis/Schovsbo*, IIC 2012, 930 ff.; *dies.*, 33 Colum. J. L. & Arts 471 ff. (2010); *Axhamn/Guibault*, Cross-border extended collective licensing, S. 25 ff.; eingehend in der deutschen und französischen Literatur etwa *de la Durantaye*, ZUM 2011, 777, 782 f. („Bei ihnen wird die Wirkung eines Lizenzvertrags, den ein Nutzer mit einer Verwertungsgesellschaft schließt und der das gesamte Portfolio der Verwertungsgesellschaft für eine bestimmte Nutzung umfasst, per Gesetz auf Werke derselben Werkart erstreckt, deren Rechteinhaber die Verwertungsgesellschaft nicht vertritt"); *Nérisson*, Rdnr. 601 ff.; *Siiriainen*, S. 415 ff.

1193 *Siiriainen*, S. 418; siehe auch *Ficsor*, Copyright Bulletin 10/2003, S. 9; *ders.*, in: *Gervais*, Collective Management of Copyright and Related Rights, S. 61 f.; *Riis/Schovsbo*, 33 Colum. J. L. & Arts 471, 485 (2010).

1194 Vgl. *Klass*, GRUR Int. 2013, 881, 883; *Piriou*, Comm. com. électr. 10/2012, 6, 7.

1195 Vgl. *Fischer*, S. 325.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb) Erweiterte kollektive Lizenz ohne Widerspruchsrecht

Die erweiterte kollektive Lizenz *ohne* Widerspruchsrecht ähnelt stark der Wahrnehmungsfiktion.[1196] Von der Wahrnehmungsfiktion nach § 13c Abs. 3 S. 1 u. 2 UrhG unterscheidet sie sich darin, dass dort niemals *alle* Werke derselben Art erweitert-kollektiv lizenziert werden können, weil solche Werke, deren Rechte bei Sendeunternehmen liegen, ausdrücklich ausgenommen sind (§ 13c Abs. 3 S. 3 UrhG). Der Unterschied zu Art. L. 122-10 Abs. 1 S. 1 CPI besteht darin, dass dort eine *Erweiterung* der kollektiven Lizenz nicht erforderlich ist, weil die Verwertungsgesellschaft als Legalzessionar ohnehin alle Werke kollektiv lizenzieren darf. Die Vertragsfreiheit ist auch hier auf Null reduziert.

cc) Vorgaben des Konventions- und Unionsrechts

Die konventions- und unionsrechtlichen Vorgaben der erweiterten kollektiven Lizenz werden in der Literatur eingehend diskutiert. Zunächst stellt sich die Frage, ob die Ausübung des Widerspruchsrechts eine nach Art. 5 Abs. 2 RBÜ unzulässige Formalität darstellt. Dies wird allgemein verneint[1197] – zumindest wenn einfach und unkompliziert widersprochen werden kann[1198] –, u.a. mit dem überzeugenden Argument, dass auch ohne Widerspruch das Ausschließlichkeitsrecht ausgeübt wird: nur eben *kollektiv* statt individuell.[1199] Fraglich ist weiter, ob die erweiterte kollektive Lizenz mit Widerspruchsrecht als Ausübungsregelung eine „Ausnahme und

1196 Nach *Strowel*, 34 Colum. J. L. & Arts 665, 666 (2011) sind die in Art. 9 Abs. 2 Satelliten- u. Kabel-RL geregelte Wahrnehmungsfiktion und die erweiterte kollektive Lizenz sogar identisch.

1197 *Van Gompel*, Formalities in Copyright Law, S. 209; *ders.*, IIC 2007, 669, 688; *Axhamn/Guibault*, Cross-border extended collective licensing, S. 46; *Ficsor*, Copyright Bulletin 10/2003, S. 9; *ders.*, in: *Gervais*, Collective Management of Copyright and Related Rights, S. 61; *Riis/Schovsbo*, 33 Colum. J. L. & Arts 471, 484 (2010); *Hugenholtz/van Eechoud/van Gompel/Guibault/Helberger/Rossini/Steijger/Dufft/Bohn*, S. 183.

1198 *Ficsor*, Copyright Bulletin 10/2003, S. 9; *ders.*, in: *Gervais*, Collective Management of Copyright and Related Rights, S. 62; *van Gompel*, IIC 2007, 669, 688; *Hugenholtz/van Eechoud/van Gompel/Guibault/Helberger/Rossini/Steijger/Dufft/Bohn*, S. 183.

1199 *Van Gompel*, Formalities in Copyright Law, S. 209; *Axhamn/Guibault*, Cross-border extended collective licensing, S. 46.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Beschränkung“ im Sinne des konventionsrechtlichen Dreistufentests darstellt. Zum Teil wird diese Frage bejaht, da die erweiterte kollektive Lizenz – auch diejenige mit Widerspruchsrecht – einer gesetzlichen Lizenz gleichkomme.[1200] Nach der Gegenansicht handelt es sich um eine zulässige, weil „echte“ Ausübungsregelung;[1201] jedenfalls, soweit die entsprechende Verwertungsgesellschaft repräsentativ für die jeweilige Werkkategorie ist, da sie die Rechte der überwiegenden Mehrheit der in- und ausländischen Rechtsinhaber ausübt.[1202] Dem ist zuzustimmen; denn wenn der Gesetzgeber dem Rechtsinhaber eigens ein Widerspruchsrecht zugesteht, *bestätigt* er das Ausschließlichkeitsrecht eher, als dass er es beschränkt, zumal der Rechtsinhaber vollständige Vertragsfreiheit behalten kann. Im Übrigen unterfällt die erweiterte kollektive Lizenz *mit* Widerspruchsrecht nicht dem Numerus clausus der Informationsgesellschafts-RL, weil sie vom Anwendungsbereich ausdrücklich ausgenommen wird (Erwgr. 18 Informationsgesellschafts-RL).[1203]

Nach allgemeiner Meinung unterliegt die erweiterte kollektive Lizenz *ohne* Widerspruchsrecht dem konventionsrechtlichen Dreistufentest, weil

---

1200 *Axhamn/Guibault*, Cross-border extended collective licensing, S. 49; *dies.*, NIR 2011, 509, 513; *Christiansen*, EIPR 13 (1991), 346, 349; offenbar auch *Strowel*, 34 Colum. J. L. & Arts 665, 668 (2011), der erstaunlicherweise nicht zwischen einer erweiterten kollektiven Lizenz mit und ohne Widerspruchsrecht differenziert. Soweit *Axhamn/Guibault*, a.a.O., ihre Ansicht mit *Karnell*, 10 Colum. J. L. & Arts 73, 75 (1985); *ders.*, EIPR 13 (1991), 430, 434, belegen, übersehen sie, dass danach erweiterte kollektive Lizenzen *jedenfalls* – nicht *lediglich* – dann konventionsrechtlich zulässig sein sollen, wenn sie den Dreistufentest bestehen (argumentum a maiore ad minus).

1201 *Ficsor*, Copyright Bulletin 10/2003, S. 9; *ders.*, in: *Gervais*, Collective Management of Copyright and Related Rights, S. 61 f.; *Riis/Schovsbo*, 33 Colum. J. L. & Arts 471, 485 (2010).

1202 *Ficsor*, in: *Gervais*, Collective Management of Copyright and Related Rights, S. 61.

1203 *Axhamn/Guibault*, Cross-border extended collective licensing, S. 53 f.; *dies.*, NIR 2011, 509, 514, Rdnr. 10; *Nérisson*, Rdnr. 961; *Spindler/Heckmann*, GRUR Int. 2008, 271, 278; *Heckmann*, Die retrospektive Digitalisierung von Printpublikationen, S. 299; *Köbler*, S. 104; differenzierend *Ficsor*, Copyright Bulletin 10/2003, S. 10 („It seems obvious, however, that this may hardly be interpreted as an authorization for applying any kinds of arrangements – including extended collective management systems – in respect of any uses and any category of protected subject matter. The principles reflected in Article 3 of the Satellite and Cable Directive certainly must be duly taken into account“); *ders.*, in: *Gervais*, Collective Management of Copyright and Related Rights, S. 63 f.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sie zwar formal eine Ausübungsregelung darstellt, in der Sache aber der gesetzlichen Lizenz mit Vergütungspflicht sehr nahekomme.[1204] Da der Dreistufentest wie hier vertreten für die Wahrnehmungsfiktion gilt und beide nahezu wesensgleich sind, kann dem zugestimmt werden. Eine andere Frage ist, ob die erweiterte kollektive Lizenz *ohne* Widerspruchsrecht dem Numerus clausus des Art. 5 Informationsgesellschafts-RL unterfällt. Denkbar wäre, dies mit dem Wortlaut des Erwgr. 18 Informationsgesellschafts-RL, der nicht zwischen einer erweiterten kollektiven Lizenz mit und ohne Widerspruchsrecht unterscheidet, zu verneinen.[1205] Vorzugswürdig ist die Gegenansicht,[1206] da sie den Begriff nicht nur dem Wortlaut nach, sondern zusätzlich systematisch auslegt. Der europäische Gesetzgeber hat nämlich in Art. 3 Abs. 2 Satelliten- u. Kabel-RL eine erweiterte kollektive Lizenz erlaubt, soweit „der nicht vertretene Rechtsinhaber jederzeit die Ausdehnung des kollektiven Vertrags auf seine Werke ausschließen und seine Rechte entweder individuell oder kollektiv wahrnehmen kann". Noch eindeutiger definiert die Europäische Kommission die erweiterte kollektive Lizenz als eine solche *mit* Widerspruchsrecht.[1207] Da

---

1204 *Axhamn/Guibault*, Cross-border extended collective licensing, S. 49; *dies.*, NIR 2011, 509, 513; *Christiansen*, EIPR 13 (1991), 346, 349; *Strowel*, 34 Colum. J. L. & Arts 665, 668 (2011); *Ficsor*, Copyright Bulletin 10/2003, S. 9; *ders.*, in: *Gervais*, Collective Management of Copyright and Related Rights, S. 61 f.; *Riis/Schovsbo*, 33 Colum. J. L. & Arts 471, 486 (2010); offenbar auch *de la Durantaye*, ZUM 2011, 777, 783.

1205 So offenbar *Koskinen-Olsson*, S. 303.

1206 *Axhamn/Guibault*, Cross-border extended collective licensing, S. 53 f.; *Ficsor*, Copyright Bulletin 10/2003, S. 10; *ders.*, in: *Gervais*, Collective Management of Copyright and Related Rights, S. 63 f.; offenbar auch *Nérisson*, Rdnr. 603 („C'est sans doute cette distinction [la possibilité de l'*opt out*] qui explique le considérant 18 de la directive 2001 qu'il convient d'interpréter comme une reconnaissance qu'un tel système relève du droit contractuel d'auteur et non d'exceptions ou limitations au droit d'auteur, qui amènerait ces licences collectives à être soumise au test des trois étapes", Anm. d. Verf.); wohl auch *Riis/Schovsbo*, 33 Colum. J. L. & Arts 471, 478 f. (2010) („As pointed out by Ficsor, the remarks in the two Directives cannot be said to serve as an en bloc authorization for ECL rules let alone for any rules labeled ‚ECL' or for concrete ECL agreements"); nicht zwischen erweiterter kollektiver Lizenz mit und ohne Widerspruchsrecht differenzierend *Spindler/Heckmann*, GRUR Int. 2008, 271, 278; *Heckmann*, Die retrospektive Digitalisierung von Printpublikationen, S. 299; *Köbler*, S. 104.

1207 *Kommission*, SEC(2011) 615 final, S. 18 („[U]nder extended collective licensing systems, right holders have a right to opt-out of the scheme").

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rechtsbegriffe des Unionsrechts grundsätzlich einheitlich auszulegen sind,[1208] kann sich Erwgr. 18 Informationsgesellschafts-RL daher nur auf die erweiterte kollektive Lizenz *mit* Widerspruchsrecht beziehen, und folgt im Umkehrschluss – wie bereits bei der Wahrnehmungsfiktion –, dass die erweiterte kollektive Lizenz *ohne* Widerspruchsrecht dem Dreistufentest und Numerus clausus des Art. 5 Informationsgesellschafts-RL unterfällt.[1209]

e) Vor- und Nachteile

Da Verwertungsgesellschaften so viele Lizenzen wie möglich erteilen wollen[1210] – in Deutschland sind sie sogar ausdrücklich zur Lizenzierung verpflichtet (§ 34 Abs. 1 S. 1 VGG) – und die Interessen der Rechtsinhaber dabei kaum eine Rolle spielen[1211], wirken die Verwertungsgesellschaftspflicht, die Wahrnehmungsfiktion und die erweiterte kollektive Lizenz *ohne* Widerspruchsrecht praktisch wie eine gesetzliche Lizenz:[1212] nicht ohne Grund ist das Recht zur Privatkopie in Deutschland als gesetzliche Lizenz und in Frankreich als Wahrnehmungsfiktion ausgestaltet. Damit sind

---

1208 EuGH GRUR 2007, 225, 226, Rdnr. 31 – „SGAE".

1209 *Axhamn/Guibault*, Cross-border extended collective licensing, S. 53 f.; *Ficsor*, Copyright Bulletin 10/2003, S. 10 („The principles reflected in Article 3 of the Satellite and Cable Directive certainly must be duly taken into account"); *ders.*, in: *Gervais*, Collective Management of Copyright and Related Rights, S. 63 f.

1210 Vgl. *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 262 („As, however, the analysis of the case-law demonstrates, refusal to license is not an important issue in practice. […] The reasons for this are obvious. CMOs have an interest in licensing. They want to license as much as possible, but at high royalty rates").

1211 Bekanntes Beispiel ist der Anfang 2013 medienwirksam ausgetragene Streit zwischen der Punk-Band „Die Ärzte" und dem Schlagersänger Heino: „Die Ärzte" hätten Heino das Covern ihres Liedes „Junge" niemals erlaubt, konnten dies aber mangels Rechtszuständigkeit nicht tun, NZZ am Sonntag v. 10.2.2013, Nr. 6, S. 19. Zwar hatten „Die Ärzte" der GEMA das Vervielfältigungsrecht (§§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 16 UrhG) freiwillig eingeräumt; das ändert aber nichts an der Wirkung der Rechtewahrnehmung durch eine Verwertungsgesellschaft.

1212 *Schack*, UrhR[7], Rdnr. 482 u. 1356; *Plate*, S. 199 f.; *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 383; in diese Richtung auch *Siiriainen*, S. 437 („Mais l'exercice lui échappe complétement, à tel point qu'il est possible de se demander si ce système n'est pas en définitive une licence non volontaire non avouée"), jeweils für die Verwertungsgesellschaftspflicht.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die Vor- und Nachteile dieser Schutzbeschränkungen nahezu identisch: Zwar kann das Werk nicht ohne weiteres genutzt werden – anders als bei einer gesetzlichen Lizenz muss zunächst eine Lizenz erworben werden –, doch wird auch hier die Nutzungserlaubnis erteilt, ohne dass der Rechtsinhaber dem widersprechen könnte (Argument der *Rechtssicherheit*). Praktisch erfolgt die Lizenzvergabe zudem ohne Ansehen der Person (*generalisierende Gerechtigkeit*). Keine rechtssichere Nutzungserlaubnis bewirken die bloße Wahrnehmungsvermutung und die erweiterte kollektive Lizenz mit Widerspruchsrecht. Doch minimieren alle konditionalen kollektiven Lizenzen die *Transaktionskosten*, indem sie eine Vielzahl von Lizenzen unterschiedlicher Rechtsinhaber bündeln.[1213] Allen konditionalen kollektiven Lizenzen ist zudem gemeinsam, dass sie kaum *flexibel* und wenig *einzelfallgerecht* sind. Entweder wird die Rechtszuständigkeit ausnahmslos auf die Verwertungsgesellschaft übertragen und die Vertragsfreiheit – mit Ausnahme der positiven Abschlussfreiheit – faktisch auf Null reduziert; oder der Rechtsinhaber kann der Wahrnehmung widersprechen und eine einzelfallgerechte, d.h. normativ effiziente Verwertung verhindern. Zudem erhält der Rechtsinhaber keine „marktgerechte", sondern eine pauschale Vergütung. *Effektiv* sind nur die Verwertungsgesellschaftspflicht, die Wahrnehmungsfiktion und die erweiterte kollektive Lizenz *ohne* Widerspruchsrecht, da hier die Nutzungserlaubnis in jedem Fall zugunsten der „unbekannten Person" erteilt wird, die „unbekannte Person" also rechtssicher, ohne wesentliche Zeitverzögerung und Transaktionskosten mit der Zweitverwertung beginnen kann. Die Wahrnehmungsvermutung und die erweiterte kollektive Lizenz *mit* Widerspruchsrecht sind zwar deutlich mildere Schutzbeschränkungen, aber bei Ausübung des Widerspruchsrechts ineffektiv.

Im Ergebnis kommen die Wahrnehmungsvermutung und die erweiterte kollektive Lizenz *mit* Widerspruchsrecht als transaktions-, insbesondere suchkostenminimierender Lösungsansatz in Betracht, nämlich wenn die Zweitverwertung vieler Werke einer Vielzahl von Rechtsinhabern *erleichtert* werden soll, ohne einen entgegenstehenden Willen zu überwinden.

1213 Vgl. *Schack*, UrhR[7], Rdnr. 482, Fn. 15 (für die Verwertungsgesellschaftspflicht); *Poeppel*, S. 37 f. (für die Verwertungsgesellschaftspflicht); *de la Durantaye*, ZUM 2011, 777, 782 (für die erweiterte kollektive Lizenz); *Riis/Schovsbo*, IIC 2012, 930, 940 (für die erweiterte kollektive Lizenz); siehe auch *Lévêque/Ménière*, S. 82 (für die kollektive Wahrnehmung); *Galopin*, Rdnr. 562 (für die kollektive Wahrnehmung).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dagegen kommen die Verwertungsgesellschaftspflicht, die Wahrnehmungsfiktion und die erweiterte kollektive Lizenz *ohne* Widerspruchsrecht als Lösungsansatz in Betracht, wenn es darum geht, die Zweitverwertung transaktionskostenminimierend zu *erlauben*. Insoweit erscheint aber die gesetzliche Lizenz mit Vergütungspflicht als die geradlinigere Schutzbeschränkung.[1214]

3. Zweitverwertungsrecht

a) Wirkung

In Anlehnung an das Zweit*veröffentlichungs*recht (unten b)) ist das Zweit*verwertungs*recht ein urhebervertragsrechtlicher Lösungsansatz, der auf das ungleiche Kräfteverhältnis zwischen Urheber und Verwerter abzielt.[1215] Danach hat der Urheber das unabdingbare Recht, das Werk selbst oder durch einen Lizenznehmer auch dann zu verwerten, wenn er dem Erstverwerter ein ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt hat; das Werk wird dann von zwei Verwertern genutzt.[1216]

Für die Einordnung als Schutzbeschränkung ist zwischen dem Urheber und dem Erstverwerter zu unterscheiden. Aus Sicht des Urhebers handelt es sich um eine *Ausübungsregelung*: einerseits bleibt sein Verbotsrecht als solches unangetastet;[1217] andererseits wird seine Vertragsgestaltungsfreiheit beschränkt, weil er keine (zeitlich unbeschränkten) ausschließlichen Lizenzen mehr erteilen kann.[1218] Stellt man auf die Sichtweise des Erstverwerters ab, könnte man zunächst eine Schranke vermuten, weil der Erstverwerter nach Ablauf der Wartefrist dem Urheber eine Zweitverwertung bzw. eine Lizenzierung an einen Zweitverwerter nicht (mehr) verbie-

---

1214 *Schack*, UrhR[7], Rdnr. 482 (im Vergleich zur Verwertungsgesellschaftspflicht).

1215 Vgl. *Hilty*, GRUR 2009, 633, 638 (für das Zweitveröffentlichungsrecht).

1216 Vgl. *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 17.

1217 Vgl. *Hansen*, GRUR Int. 2009, 799, 801; *Heckmann/Weber*, GRUR Int. 2006, 995, 998; *Peifer*, GRUR 2009, 22, 27; siehe auch siehe auch *Schricker/Peukert*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 38, Rdnr. 3c (alle jeweils für das Zweitveröffentlichungsrecht).

1218 Vgl. *Hilty*, GRUR 2009, 633, 638; *Peifer*, GRUR 2009, 22, 27; *Hirschfelder*, MMR 2009, 444, 446; *ders.*, Anforderungen an eine rechtliche Verankerung des Open Access Prinzips, S. 137; *Lutz*, S. 233 (jeweils für das Zweitveröffentlichungsrecht).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ten kann. Allerdings ist dieser teilweise „Verlust“ des Ausschließlichkeitsrechts *vertraglich* begründet. Da die ausschließliche Einräumung des Nutzungsrechts über die jeweilige Wartefrist hinaus unwirksam ist (§ 38 Abs. 4 S. 3 UrhG), hat der Urheber dem Erstverwerter ein ausschließliches Nutzungsrecht (auflösend) befristet eingeräumt (§§ 163, 158 Abs. 2 BGB). Mit anderen Worten erwirbt der Erstverwerter das Ausschließlichkeitsrecht nur für den gesetzlich bestimmten Zeitraum. Nach Ablauf der Wartefrist steht ihm *vertraglich* kein Ausschließlichkeitsrecht mehr zu, in das eingegriffen werden könnte. Damit wird nicht in das Ausschließlichkeitsrecht und erst recht nicht in die Vertragsfreiheit des Erstverwerters eingegriffen. Das Zweitverwertungsrecht stellt nur für den Urheber eine Ausübungsregelung dar, weil *dessen* Vertragsfreiheit beschränkt wird.

b) Verortung

Dem europäischen, deutschen und französischen Urheberrecht ist ein Zweitverwertungsrecht unbekannt. Das deutsche Recht sieht seit 1. Januar 2014 lediglich ein Zweit*veröffentlichungs*recht für wissenschaftliche Aufsätze vor, die im Rahmen einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit entstanden und in einer periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung erschienen sind (§ 38 Abs. 4 UrhG). Allerdings darf das Werk erst nach Ablauf von 12 Monaten seit der Erstveröffentlichung, nur in der akzeptierten Manuskriptversion, nur im Internet und nur zu *nicht*-gewerblichen Zwecken – deshalb keine Zweit*verwertung* – zweitveröffentlicht werden. Ein Zweit*verwertungs*recht ließe sich aber ähnlich ausgestalten, d.h. insbesondere mit einer Wartefrist versehen. In Anlehnung daran ist sie eine *interne* Schutzbeschränkung.

c) Vorgaben des Konventions- und Unionsrechts

Umstritten ist, ob das Zweit*veröffentlichungs*recht – und damit das Zweit*verwertungs*recht – dem konventionsrechtlichen Dreistufentest und Numerus clausus der Informationsgesellschafts-RL unterfällt. Die Mindermeinung will darin eine *faktische* „Ausnahme oder Beschränkung“ erkennen, weil es nicht dem Urheber-, sondern dem Allgemeininteresse diene und nahezu wortgleich als gesetzliche Lizenz formuliert werden kön-

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ne.[1219] Nach der herrschenden Gegenauffassung unterliegt das Zweitveröffentlichungsrecht dagegen keinen konventions- und unionsrechtlichen Vorgaben,[1220] weil es dem Interesse des Urhebers dient[1221], dessen Rechte *erweitert* statt beschränkt werden[1222] und der Urheber von einer Ausübung absehen kann[1223]. Dem ist zuzustimmen. Die bloße *Beschränkung* allein der Vertrags*gestaltungs*freiheit kann eine Gleichstellung mit der gesetzlichen Lizenz, die dem Urheber *keinerlei* Vertragsfreiheit belässt, nicht rechtfertigen, zumal die Parteien das Zweitveröffentlichungsrecht einvernehmlich im Sinne eines Gentlemen's Agreement aufheben können.

d) Vor- und Nachteile

Ein Vorteil eines Zweitverwertungsrechts ist sicher, dass der Urheber eine *rechtssichere* Erlaubnis zur Zweitverwertung erlangt.[1224] Zudem wird „lediglich" die Vertragsgestaltungsfreiheit, nicht das Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers beschränkt. Das Zweitverwertungsrecht stellt damit einen relativ milden Eingriff dar. Dennoch wird dem Urheber die Möglichkeit genommen, sein Werk (zeitlich unbeschränkt) ausschließlich zu lizenzieren. Zwar kann das Zweitverwertungsrecht durch ein rechtlich unverbindliches Gentlemen's Agreement „aufgehoben" werden.[1225] Die Frage ist aber, ob sich der Erstverwerter darauf einlässt. Je nach Marktgegebenheiten und Länge der Wartefrist *kann* dies die „normale", d.h. *einzelfallgerechte* Verwertung des Werkes erheblich beeinträchtigen. Darüber hinaus ist ein ex

1219 *Hirschfelder*, MMR 2009, 444, 445 f.; *ders.*, Anforderungen an eine rechtliche Verankerung des Open Access Prinzips, S., 135; mit Verweis auf den Eingriff in die Vertragsgestaltungsfreiheit auch *Sprang*, ZUM 2013, 461, 465.

1220 *Hansen*, GRUR Int. 2009, 799, 801; *Peifer*, GRUR 2009, 22, 27; *Heckmann/Weber*, GRUR Int. 2006, 995, 998; *Schricker/Peukert*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 38, Rdnr. 3c; *Lutz*, S. 247; *Wandtke/Grunert*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 38, Rdnr. 15; *Sandberger*, ZUM 2013, 466, 472.

1221 *Wandtke/Grunert*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 38, Rdnr. 15; *Hansen*, GRUR Int. 2009, 799, 801.

1222 *Sandberger*, ZUM 2013, 466, 472.

1223 *Hansen*, GRUR Int. 2009, 799, 801; *Peifer*, GRUR 2009, 22, 27; *Lutz*, S. 247; *Wandtke/Grunert*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 38, Rdnr. 15.

1224 Vgl. *Hansen*, GRUR Int. 2009, 799, 803; *Sandberger*, ZUM 2013, 466, 472; *Lutz*, S. 230 (jeweils für das Zweitveröffentlichungsrecht).

1225 Vgl. *Hirschfelder*, Anforderungen an eine rechtliche Verankerung des Open Access Prinzips, S. 138 (für das Zweitveröffentlichungsrecht).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lege zwingendes Zweitverwertungsrecht wenig *flexibel* und vor allem – wie im Fall des Zweit*veröffentlichungs*rechts an wissenschaftlichen Aufsätzen gezeigt – wenig *effektiv*. Denn die Nutzungserlaubnis gilt nicht zugunsten der „unbekannten Person", die das Werk zweitverwerten will, sondern zugunsten des Urhebers, der dem Verwerter im Zweifel gerade keine Konkurrenz machen möchte.[1226] Andernfalls hätte er von vornherein eine einfache Lizenz erteilt. Damit kommt das Zweitverwertungsrecht allenfalls in den Fällen als Lösungsansatz in Betracht, in denen der Urheber ein Interesse an einer Zweitverwertung hat oder dazu verpflichtet ist.

4. Kartellrechtliche Preiskontrolle

Ein *externer* Lösungsansatz – zumindest für die Fallgruppe unangemessener Preise –, wenn auch *keine* Schutzbeschränkung – weil weder das Ausschließlichkeitsrecht selbst, noch die *Lizenz*vertragsfreiheit beschränkt wird – besteht darin, den Preis des das Werk enthaltenen *Produktes* (wissenschaftliche Zeitschrift etc.) kartellrechtlich zu regulieren. Diese kartellrechtliche Preiskontrolle beruht auf dem Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung in der Variante des Ausbeutungsmissbrauchs.[1227] Sie setzt eine marktbeherrschende Stellung (unten a)) und einen Preismissbrauch (unten b)) voraus. Das marktbeherrschende Unternehmen kann dann zur Festsetzung angemessener Preise verpflichtet werden (unten c). Die die Vor- und Nachteile werden im Anschluss dargelegt (unten d)). Die kartellrechtliche Preiskontrolle kann als Nicht-Schutzbeschränkung weder dem Dreistufentest noch dem Numerus clausus unterfallen.

a) Marktbeherrschende Stellung

Die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle setzt nach europäischem (Art. 102 AEUV), deutschem (§ 19 Abs. 1 GWB) und französischen Recht

---

1226 In diese Richtung auch *Hirschfelder*, Anforderungen an eine rechtliche Verankerung des Open Access Prinzips, S. 138 (für das Zweitveröffentlichungsrecht).

1227 Dagegen ist die Lizenzierung zu überhöhten Preisen gegenüber Wettbewerbern ein Fall des *Behinderungsmissbrauchs*, *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, S. 463.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(Art. 420-2 Abs. 1 S. 1 C. com.)[1228] eine marktbeherrschende Stellung voraus. Die ganz überwiegende Meinung ermittelt die Marktbeherrschung in einem Doppelschritt.[1229] Zunächst wird der relevante Markt in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht abgegrenzt, indem auf die Substituierbarkeit aus Sicht der Nachfrage abgestellt wird (sog. Bedarfsmarktkonzept oder Konzept der funktionellen Austauschbarkeit).[1230] Maßgebliche Kriterien sind die Eigenschaften, die Preise – bzw. die Kreuzpreiselastizität – und der vorgesehene Verwendungszweck der in Frage stehenden Güter oder Dienstleistungen.[1231] Die Substitutionsfähigkeit auf der Angebotsseite (sog. Angebotsumstellungs- oder Produktionsflexibilität) wird allenfalls ergänzend herangezogen.[1232] Auf dem so definierten Markt wird dann in einem zweiten Schritt der Beherrschungsgrad festgestellt. Dazu wird auf

---

1228 „Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci."

1229 Vgl. für das Unionsrecht *Fuchs/Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR[5], Bd. 1, Art. 102 AEUV, Rdnr. 44; *Bergmann*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampf*, KartR[2], Art. 82 EGV, Rdnr. 25; für das deutsche Recht *Fuchs/Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR[5], Bd. 2, § 18 GWB, Rdnr. 243; *Götting*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampf*, KartR[2], § 19 GWB, Rdnr. 9; für das französische Recht *Maréchal*, Rdnr. 507.

1230 Vgl. für das Unionsrecht *Fuchs/Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR[5], Bd. 1, Art. 102 AEUV, Rdnr. 48, 65 u. 68; *Bergmann*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampf*, KartR[2], Art. 82 EGV, Rdnr. 28, 84 u. 89; für das deutsche Recht *Fuchs/Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR[5], Bd. 2, § 18 GWB, Rdnr. 32, 53 u. 62; *Götting*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampf*, KartR[2], § 19 GWB, Rdnr. 12, 22 u. 24; für das französische Recht *Vogel*, n° 104 f.; *Maréchal*, Rdnr. 511.

1231 Vgl. für das Unionsrecht *Fuchs/Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR[5], Bd. 1, Art. 102 AEUV, Rdnr. 48 ff.; *Bergmann*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampf*, KartR[2], Art. 82 EGV, Rdnr. 28 u. 31; für das deutsche Recht *Fuchs/Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR[5], Bd. 2, § 18 GWB, Rdnr. 32 ff. u. 46; *Götting*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampf*, KartR[2], § 19 GWB, Rdnr. 12 f. u. 20; für das französische Recht *Vogel*, n° 105; *Maréchal*, Rdnr. 511.

1232 Vgl. für das Unionsrecht *Fuchs/Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR[5], Bd. 1, Art. 102 AEUV, Rdnr. 64; *Bergmann*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampf*, KartR[2], Art. 82 EGV, Rdnr. 34; für das deutsche Recht *Fuchs/Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR[5], Bd. 2, § 18 GWB, Rdnr. 45; *Götting*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampf*, KartR[2], § 19 GWB, Rdnr. 17; für das französische Recht *Vogel*, n° 106; *Maréchal*, Rdnr. 512 a.E.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Markstrukturkriterien – insbesondere den Marktanteil – und Marktverhaltenskriterien zurückgegriffen.[1233]

b) Preismissbrauch

Nach Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV, § 19 Abs. 1, 2 Nr. 2 GWB und Art. 420-2 Abs. 1 S. 1 C. com. stellt die überhöhte Preisfestsetzung einen Missbrauch dar. Zur Bestimmung unangemessener Preise werden das Vergleichsmarktkonzept (unten aa)) und das Konzept der Gewinnbegrenzung (unten bb)) herangezogen.

aa) Vergleichsmarktkonzept

Nach dem Vergleichsmarktkonzept, das der deutschen Preiskontrolle vorrangig zugrunde liegt (§ 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB), bilden die auf räumlichen, sachlichen oder zeitlichen Vergleichsmärkten mit wirksamem Wettbewerb gezahlten Preise den Maßstab der Preiskontrolle.[1234] Als räumlich vergleichbar beurteilt wurden etwa die Preise für in Deutschland vertriebene Schallplatten mit den Preisen *derselben* Schallplatten, die aus Frankreich reimportiert werden;[1235] die Preise für in Frankreich vertriebene Software mit den Preisen *derselben* Software, die in Kanada vertrieben wird;[1236] und zu guter Letzt die Tarife der französischen *Musik*-Verwertungsgesellschaft SACEM mit den Tarifen der *Musik*-Verwertungsgesellschaften anderer Mitgliedstaaten (GEMA etc.), soweit die Tarife auf einheitlicher

1233 Vgl. für das Unionsrecht *Fuchs/Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR[5], Bd. 1, Art. 102 AEUV, Rdnr. 86; *Bergmann*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampf*, KartR[2], Art. 82 EGV, Rdnr. 95; für das deutsche Recht *Fuchs/Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR[5], Bd. 2, § 18 GWB, Rdnr. 75; *Götting*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampf*, KartR[2], § 19 GWB, Rdnr. 27 u. 31; für das französische Recht *Vogel*, n° 114 f.

1234 Vgl. für das Unionsrecht *Fuchs/Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR[5], Bd. 1, Art. 102 AEUV, Rdnr. 180; *Lübbig*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampf*, KartR[2], Art. 82 EGV, Rdnr. 147; für das deutsche Recht *Fuchs/Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR[5], Bd. 2, § 19 GWB, Rdnr. 259 f.; *Götting*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampf*, KartR[2], § 19 GWB, Rdnr. 74; für das französische Recht *Vogel*, n° 437.

1235 EuGH NJW 1971, 1533, 1533 – „Deutsche Grammophon".

1236 EuG BeckEuRS 1999, 234872, Rdnr. 1 – „Micro Leader Business".

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Grundlage ermittelt werden.[1237] Den sachlichen Vergleichsmarkt bilden *gleichartige* Produkte – etwa gleichartige Produkte ohne Immaterialgüterrechtsschutz (z.B. freie statt Originalersatzteile)[1238] – während das zeitliche Vergleichsmarktkonzept auf *frühere* Preise desselben Produktes Bezug nimmt.[1239] Um den zwischen den verglichenen Märkten bestehenden Unterschieden Rechnung zu tragen,[1240] müssen die Preisunterschiede „groß"[1241] bzw. „erheblich"[1242] sein.[1243] Während die deutsche Rspr. eine Differenz von 5 bis 20 % verlangt,[1244] ist ein derartiger Erheblichkeitszuschlag für die Anwendung des Unions- und französischen Kartellrechts

1237 EuGH GRUR Int. 1990, 622, 626, Rdnr. 43 – „Tournier".

1238 EuGH GRUR Int. 1990, 140, 141, Rdnr. 17 – „Renault".

1239 *Fuchs/Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR[5], Bd. 1, Art. 102 AEUV, Rdnr. 184; *dies.*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR[5], Bd. 2, § 19 GWB, Rdnr. 272; *Götting*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampf*, KartR[2], § 19 GWB, Rdnr. 75;.

1240 *Fuchs/Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR[5], Bd. 1, Art. 102 AEUV, Rdnr. 185; *Götting*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampf*, KartR[2], § 19 GWB, Rdnr. 76;.

1241 EuGH NJW 1971, 1533, 1534 – „Deutsche Grammophon" („Ein Unterschied zwischen dem gebundenen Preis und dem Preis des aus einem anderen Mitgliedstaat reimportierten Erzeugnisses erlaubt nicht unbedingt den Schluß auf einen solchen Mißbrauch, kann jedoch ein entscheidendes Indiz für einen solchen Mißbrauch sein, wenn er *groß* und durch *keine sachlichen Gründe* zu erklären ist", Hervorh. d. Verf.).

1242 EuGH GRUR Int. 1990, 622, 626, Rdnr. 46 – „Tournier" („Nach alledem ist auf die erste und dritte Frage zu antworten, daß […] eine nationale Gesellschaft zur Wahrnehmung von Urheberrechten, die auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes eine beherrschende Stellung innehat, unangemessene Geschäftsbedingungen erzwingt, wenn die Gebühren, die sie von Diskotheken fordert, *erheblich* höher sind als die in den anderen Mitgliedstaaten erhobenen Gebühren, sofern die verschiedenen Tarife, was ihre Höhe betrifft, miteinander auf einheitlicher Grundlage verglichen wurden"); ähnlich EuG BeckEuRS 1999, 234872, Rdnr. 55 – „Micro Leader Business".

1243 Ebenso für das deutsche Recht *Fuchs/Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR[5], Bd. 2, § 19 GWB, Rdnr. 275; *Götting*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampf*, KartR[2], § 19 GWB, Rdnr. 77; für das französische Recht *Vogel*, n° 437.

1244 BGH NJW 1980, 1164, 1166 – „Valium II"; NVwZ 2006, 853, 856 – „Stadtwerke Mainz"; NJW-RR 2011, 774, 776, Rdnr. 32 f. – „Entega II" (5 %); OLG Frankfurt BeckRS 2011, 05114 (5 bis 20 %); siehe auch *Rittner/Dreher/Kulka*, S. 483.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

noch ungeklärt.[1245] Allein die Tatsache, dass ein immaterialgüterrechtlich geschütztes Produkt (z.B. Originalersatzteil) zu höheren Preisen verkauft wird als ein nicht geschütztes Produkt (z.B. freies Ersatzteil), rechtfertigt jedenfalls noch keinen Ausbeutungsmissbrauch, weil der Rechtsinhaber seine Kosten für das Immaterialgut (z.B. Design) amortisieren können soll.[1246] Die so ermittelte Preisüberhöhung darf schließlich nicht sachlich gerechtfertigt sein.[1247]

bb) Konzept der Gewinnbegrenzung

Nach dem Konzept der Gewinnbegrenzung wird der Preis in Bezug zu den Herstellungskosten gesetzt und dem marktbeherrschenden Unternehmen ein angemessener Gewinn zugestanden.[1248] Zwar ist diese Methode den bisher zum urheberrechtlichen Ausbeutungsmissbrauch ergangenen Ent-

---

1245 Vgl. für das Unionsrecht *Eilmansberger/Bien*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Art. 102 AEUV, Rdnr. 227; *Lübbig*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampf*, KartR^2, Art. 82 EGV, Rdnr. 155; *Fuchs/Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR^5, Bd. 1, Art. 102 AEUV, Rdnr. 185; für das französische Recht *Vogel*, n° 437.

1246 EuGH GRUR Int. 1990, 140, 141, Rdnr. 17 – „Renault"; ebenso im patentrechtlichen Zusammenhang EuGH GRUR Int. 1968, 99, 100 – „Parke Davis".

1247 EuGH NJW 1971, 1533, 1534 – „Deutsche Grammophon"; GRUR Int. 1990, 622, 626, Rdnr. 46 – „Tournier"; ebenso für das deutsche Recht, *Fuchs/Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR^5, Bd. 2, § 19 GWB, Rdnr. 278; *Götting*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampf*, KartR^2, § 19 GWB, Rdnr. 78; für das französische Recht vgl. *Vogel*, n° 437.

1248 EuGH NJW 1978, 2439, 2443 – „United Brands" („Diese Unverhältnismäßigkeit könnte unter anderem objektiv festgestellt werden, wenn sie durch einen Vergleich des Verkaufspreises des fraglichen Erzeugnisses mit den Gestehungskosten meßbar wäre […]. Bei diesem Vergleich wäre zu ermitteln, ob ein übertriebenes Mißverhältnis zwischen den tatsächlich entstandenen Kosten und dem tatsächlich verlangten Preis besteht, und bejahendenfalls zu prüfen, ob ein Preis erzwungen wurde, der, sei es absolut, sei es im Vergleich zu den Konkurrenzprodukten, unangemessen ist"); eingehend für das Unionsrecht *Fuchs/Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR^5, Bd. 1, Art. 102 AEUV, Rdnr. 176 ff.; *Lübbig*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampf*, KartR^2, Art. 82 EGV, Rdnr. 149 ff.; *Eilmansberger/Bien*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Art. 102 AEUV, Rdnr. 204 ff.; für das deutsche Recht *Fuchs/Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR^5, Bd. 2, § 19 GWB, Rdnr. 274; *Götting*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampf*, KartR^2, § 19 GWB, Rdnr. 80; für das französische Recht *Vogel*, n° 437.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

scheidungen nicht zugrunde gelegt worden. Allerdings hat die Cour de cassation in einem Fall des urheberrechtlichen Behinderungsmissbrauchs – der Erzwingung unangemessener Lizenzgebühren gegenüber einer Wettbewerberin – auf das Konzept der Gewinnbegrenzung zurückgegriffen.[1249] Vom EuGH wurde es im urheberrechtlichen Zusammenhang immerhin angedeutet:[1250] In „Coditel II" hatte ein französischer Filmproduzent einer belgischen Filmverleihgesellschaft die ausschließlichen Vorführrechte für Belgien eingeräumt. Die belgischen Kabelfernsehgesellschaften Coditel hielten die ausschließliche Lizenzierung für unvereinbar mit Art. 101 AEUV (damals Art. 85 EGV). Der EuGH stellte fest, dass ausschließliche Lizenzen als solche nicht kartellrechtswidrig seien.[1251] Etwas andere könne sich aber aufgrund wirtschaftlicher oder rechtlicher Begleitumstände ergeben, insbesondere wenn „unangemessen hohe Vergütungen für die getätigten Investitionen ermöglicht werden".[1252] Der BGH hat das Konzept der Gewinnbegrenzung allgemein gebilligt.[1253]

1249 Cass. com., Urt. v. 4.12.2001, JurisData n° 2001-012012 = GRUR Int. 2003, 867 – „Lectiel I" („Si le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle sur une base de données peut légitimement prétendre à une rémunération, il ne peut, lorsque cette base constitue une ressource essentielle pour les opérateurs, subordonner son accès au paiement d'un prix excessif […], à un prix sans rapport raisonnable avec le coût de la prestation fournie [... L]a société France Télécom est tenue […] de mettre à la disposition de toute personne qui lui en fait la demande la liste consolidée […] à un prix reflétant les coûts"); siehe auch *Lucas*, Propr. intell. 3 (2002), 62, 64; *Schmidt-Szalewski*, Propr. ind. 1/2002, 26, 26 f.; *Szönyi*, GRUR Int. 2003, 867, 869; eingehend zu diesem Urteil 2. Kapitel A. II. 5. b) cc) (1).

1250 *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, S. 465; siehe auch *Schmidt-Szalewski*, Propr. ind. 1/2002, 26, 26 f.

1251 EuGH GRUR Int. 1983, 175, 176, Rdnr. 15 – „Coditel II".

1252 EuGH GRUR Int. 1983, 175, 176 f., Rdnr. 19 – „Coditel II".

1253 BGH NJW 2012, 3243, 3244, Rdnr. 15 – „Wasserpreise Calw"; siehe auch KG NJW 1976, 856, 858 – „Valium I" („Eine Gewinnüberprüfung, wie sie das BKartA mit der Festlegung einer maximalen Umsatzrendite von 22,4 % vorgenommen hat, hält der Senat *hier* weder für angebracht noch für erforderlich, *weil Vergleichsmaßstäbe vorhanden sind*. Angesichts der Schwierigkeit, den ‚angemessenen' Gewinn, noch dazu für einen längeren Zeitraum, prozentual festzusetzen, kann eine Gewinnkontrolle nur ausnahmsweise, wenn keine andere Möglichkeit zur Festsetzung eines Mißbrauchs besteht, in Betracht kommen", Hervorh. d. Verf.); zurückhaltend noch BGH NJW 1977, 675, 677 – „Valium I"; NJW 1980, 1164, 1167 – „Valium II"; siehe auch *Fuchs/Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR[5], Bd. 2, § 19 GWB, Rdnr. 274.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c) Verpflichtung zur Festsetzung angemessener Preise

Wenn die Preisüberhöhung abgestellt werden soll, reicht die bloße Feststellung überhöhter Preise nicht aus. Denn dann würde das marktbeherrschende Unternehmen seine Preise nur minimal, gewissermaßen symbolisch senken.[1254] Vielmehr muss die Missbrauchsgrenze *positiv* festgestellt werden.[1255] Mit anderen Worten muss das Gericht oder die Behörde nicht nur entscheiden, ob die bisherigen Preise *un*angemessen sind, sondern auch, welche Preise *noch angemessen* wären (z.B. Preise von durchschnittlich 15 % der bisherigen Preise)[1256]. Darin unterscheidet sich die Preiskontrolle von der Zwangslizenz, die nur die Feststellung *un*angemessener Preise verlangt, die Festsetzung *angemessener* Preise aber der „spontanen Ordnung"[1257] von Rechtsinhaber und Lizenzsuchern überlässt.

d) Vor- und Nachteile

Die kartellrechtliche Preiskontrolle kann urheberrechtliche Probleme von vornherein nur bedingt lösen, weil sie nicht am einzelnen Werk, sondern am relevanten Markt ansetzt.[1258] Dennoch scheint sie ein naheliegender Lösungsansatz für die Vermarktung von Werken zu unangemessenen Preisen zu sein.[1259] Zweifellos hat die Preiskontrolle – so sie denn angewendet wird – den Vorteil einer effektiven Abstellung von Preismissbräuchen. Zudem ermöglicht der offene Tatbestand der Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV, § 19 Abs. 1, 2 Nr. 2 GWB und Art. 420-2 Abs. 1 S. 1 C. com. ein hohes

1254 *Möschel*, BB 1976, 49, 49 f.

1255 *Möschel*, BB 1976, 49, 50; siehe auch *Anweiler*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampf*, KartR^2, VO 1/2003, Art. 7, Rdnr. 53; *Ritter*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR^5, Bd. 1, VO 1/2003, Art. 7, Rdnr. 47; *Götting*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampf*, KartR^2, § 19 GWB, Rdnr. 98.

1256 Kommission, Entsch. v. 17.12.1975, ABl. L 95 v. 9.4.1976, S. 1, 19 – „United Brands" („U.B.C. wird den ihr durch diese Entscheidung auferlegten Verpflichtungen nachgekommen sein, wenn sie […] die den […] Kunden gegenüber angewandten Preise auf ein niedrigeres Niveau bringt, und zwar durchschnittlich um mindestens 15 % […] niedriger als die Preise, die U.B.C. zur Zeit ihren deutschen und dänischen Kunden gegenüber anwendet").

1257 Vgl. *v. Hayek*, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, S. 254.

1258 Zu den Lösungsansätzen im Einzelnen siehe 2. Kapitel B.

1259 Vgl. *Hilty*, GRUR 2009, 633, 639; *Hilty et al.*, IIC 2009, 309, 322; *Drexl*, IIC 2004, 788, 807; *ders.*, Copyright, Competition and Development, S. 112.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Maß an *Einzelfallgerechtigkeit* und *Flexibilität*. Allerdings bestehen gewichtige Nachteile. Zunächst erfordert die Anwendbarkeit des Kartellrechts eine in urheberrechtsbezogenen Fällen äußerst komplexe Marktabgrenzung:[1260] Erstens ist die Nachfrage nach urheberrechtlich geschützten Gütern in hohem Maße subjektiv: anders als etwa bei patentgeschützten Medikamenten kommt es hier nicht auf objektive Bedürfnisse, sondern auf rein individuelle Geschmäcker und Präferenzen an.[1261] Zweitens stellt sich häufig die Frage, ob neue Nutzungsarten (z.B. das Internet-Fernsehen) die bestehenden substituieren oder einen eigenständigen Markt bilden, was die Marktabgrenzung nicht einfacher macht.[1262] Drittens sind Medienmärkte häufig zweiseitige Märkte, sodass der eine Markt nicht ohne Bestimmung des anderen abgegrenzt werden kann.[1263] Hinzu treten große Schwierigkeiten bei der Feststellung des Preismissbrauchs:[1264] Das Vergleichsmarktkonzept scheitert häufig an „nicht herauszurechnenden" strukturellen Unterschieden zwischen den Vergleichsmärkten oder zwingt zu nicht näher definierten Zu- und Abschlägen.[1265] Das Konzept der Gewinnbegrenzung steht vor der nahezu unlösbaren Aufgabe einer exakten Ermittlung der Kosten – zumal umstritten ist, welche Kosten hier überhaupt berücksich-

1260 *Hilty*, GRUR 2009, 633, 638; *ders.*, in: *Geiger/Rodà*, FS Schmidt-Szalewski, S. 214; *ders.*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 125; *ders.*, in: *Amstutz/Reinert*, KG[1], Art. 3 Abs. 2, Rdnr. 52; *ders.*, in: *Bartsch/Briner*, DGRI Jahrbuch, S. 17*; Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 73.

1261 *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 73 u. 75; siehe auch *Hilty*, in: *Geiger/Rodà*, FS Schmidt-Szalewski, S. 214.

1262 *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 73; ähnlich *Hilty*, in: *Geiger/Rodà*, FS Schmidt-Szalewski, S. 214.

1263 *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 73 f. Zu zweiseitigen Märkten siehe 1. Kapitel B. IV. 1. b) aa) (1).

1264 Speziell für das Immaterialgüterrecht *Drexl/Hilty/Kur*, GRUR Int. 2005, 449, 453; *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, S. 463; *Eilmansberger*, EuZW 1992, 625, 626; allgemein *Fuchs/Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR[5], Bd. 1, Art. 102 AEUV, Rdnr. 169 u. 175; *Eilmansberger/Bien*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR[2], Bd. 1, Art. 102 AEUV, Rdnr. 201; *Fuchs*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR[5], Bd. 2, § 19 GWB, Rdnr. 37; *Götting*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampf*, KartR[2], § 19 GWB, Rdnr. 73.

1265 *Emmerich*, S. 135.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tigt werden können[1266] –,[1267] und liefert keine Vorgaben zur Bestimmung der „angemessenen" Gewinnspanne.[1268] Damit sind der relevante Markt und der Preismissbrauch, mithin der Tatbestand der Preiskontrolle, kaum *rechtssicher* feststellbar. Die Folge ist ein hohes Prozessrisiko, sodass eine private Durchsetzung der Preiskontrolle praktisch ausbleibt.[1269] Die *Effektivität* wird weiter dadurch geschmälert, dass auch die Kartellbehörden die Preiskontrolle spärlich anwenden:[1270] Einerseits scheuen sie die Rolle eines Preisregulators.[1271] Andererseits stellt die Festsetzung einer Preisobergrenze einen unmittelbaren Eingriff in das Marktergebnis dar.[1272] Marktergebniskorrekturen stellen aber nicht nur einen Systembruch dar – statt die Spielregeln der „spontanen Ordnung"[1273] zu setzen, werden die Spielergebnisse korrigiert –,[1274] sondern können sich ihrerseits wettbewerbsschädlich auswirken; denn eine kartellrechtlich verfügte Senkung des Preisniveaus verringert die Anreize für Neuzugänge zum Markt und die Expansion von Außenseitern, sodass sich die marktbeherrschende Stellung

1266 *Emmerich*, S. 136; siehe auch *Eilmansberger*, EuZW 1992, 625, 626.
1267 *Emmerich*, S. 135 f.; *Eilmansberger/Bien*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Art. 102 AEUV, Rdnr. 213 ff.; speziell für das Urheberrecht *Benabou*, in: *Derclaye*, Research handbook on the future of EU copyright, S. 559; für das Immaterialgüterrecht *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, S. 466; *Eilmansberger*, EuZW 1992, 625, 626.
1268 *Emmerich*, S. 136; *Eilmansberger/Bien*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Art. 102 AEUV, Rdnr. 220 f.
1269 Vgl. *Hilty*, GRUR 2009, 633, 639 f.
1270 *Drexl*, IIC 2004, 788, 807; *Fuchs/Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR^5, Bd. 1, Art. 102 AEUV, Rdnr. 172; *Lübbig*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampf*, KartR^2, Art. 82 EGV, Rdnr. 146; *Eilmansberger/Bien*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Art. 102 AEUV, Rdnr. 201; *Fuchs*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR^5, Bd. 2, § 19 GWB, Rdnr. 40 f.
1271 *Eilmansberger/Bien*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Art. 102 AEUV, Rdnr. 201; siehe auch *Fuchs/Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR^5, Bd. 1, Art. 102 AEUV, Rdnr. 169; *Fuchs*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR^5, Bd. 2, § 19 GWB, Rdnr. 37.
1272 *Möschel*, BB 1976, 49, 50; *Fuchs/Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR^5, Bd. 1, Art. 102 AEUV, Rdnr. 169; *Fuchs*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR^5, Bd. 2, § 19 GWB, Rdnr. 38;.
1273 Vgl. *v. Hayek*, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, S. 254.
1274 *Fuchs*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR^5, Bd. 2, § 19 GWB, Rdnr. 37.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eher verstärkt.[1275] Die kartellrechtliche Preiskontrolle gilt deshalb als äußerster Notbehelf für die Fälle, in denen unüberwindbare Markzutrittsschranken eine Preiskontrolle durch die freien Marktkräfte verhindern.[1276] Können die Marktzutrittsschranken aber überwunden werden, ist der Freiheit des Marktzugangs und dem von ihm zu erwartenden Wettbewerbsdruck Geltung zu verschaffen.[1277] In der Entscheidung „Volvo" hat der EuGH einen Weg aufgezeigt:[1278] wenn der Rechtsinhaber für die von ihm hergestellten Produkte unangemessene Preise verlangt und dennoch die Erteilung einer Lizenz an einen potentiellen (billigeren) Hersteller verweigert, kann er kartellrechtlich zu einer Lizenz *gezwungen* werden.[1279]

5. Kartellrechtliche Zwangslizenz

Die kartellrechtliche Zwangslizenz ist eine Nutzungserlaubnis, die nicht das Gesetz – *gesetzliche* Lizenz – oder eine Verwertungsgesellschaft – (konditionale) *kollektive* Lizenz –, sondern der Rechtsinhaber dem Nutzer zwangsweise – deshalb *Zwangs*lizenz – erteilt. Der Lizenzsucher hat zunächst bloß einen *Anspruch* auf Erteilung einer Nutzungserlaubnis, der da-

---

1275 *Möschel*, BB 1976, 49, 53; *Fuchs*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR[5], Bd. 2, § 19 GWB, Rdnr. 38; *Fuchs/Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR[5], Bd. 1, Art. 102 AEUV, Rdnr. 170; *Lübbig*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampf*, KartR[2], Art. 82 EGV, Rdnr. 145.

1276 *Möschel*, BB 1976, 49, 51; *Fuchs/Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR[5], Bd. 1, Art. 102 AEUV, Rdnr. 169 u. 171; *Lübbig*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampf*, KartR[2], Art. 82 EGV, Rdnr. 145; *Fuchs*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR[5], Bd. 2, § 19 GWB, Rdnr. 38 f.; *Emmerich*, S. 136 u. 347; siehe auch *Beckmann/Müller*, in: *Hoeren/Sieber/Holznagel*, Multimedia-Recht[39], Teil 10, Rdnr. 209.

1277 Vgl. *Ritter*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR[1], Bd. 2, VO 17, Rdnr. 43; *Drexl*, IIC 2004, 788, 807 („Such an approach intervenes much less in the free market and protects competition much more effectively"); *Möschel*, BB 1976, 49, 49 f.; *Fuchs/Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR[5], Bd. 1, Art. 102 AEUV, Rdnr. 171; *Fuchs*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR[5], Bd. 2, § 19 GWB, Rdnr. 39; siehe auch *Eilmansberger/Bien*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR[2], Bd. 1, Art. 102 AEUV, Rdnr. 200.

1278 *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, S. 473 f.; *Ritter*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR[1], Bd. 2, VO 17, Rdnr. 43; siehe auch *Eilmansberger*, EuZW 1992, 625, 632.

1279 EuGH GRUR Int. 1990, 141, 142, Rdnr. 9 – „Volvo"; siehe eingehend 2. Kapitel A. II. 5. b) aa) (1).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

durch „vollstreckbar“ wird, dass die auf Abschluss eines Lizenzvertrages gerichtete Willenserklärung durch einen hoheitlichen Akt ersetzt werden kann.[1280] Da dieser Anspruch auf dem Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung beruht (Art. 102 AEUV, § 19 Abs. 1 GWB, Art. 420-2 Abs. 1 S. 1 C. com.), ist die kartellrechtliche Zwangslizenz eine *externe* Schutzbeschränkung. Während die positive Abschlussfreiheit unberührt bleibt – der Rechtsinhaber kann nach Belieben einfache Lizenzen erteilen –, werden zunächst nur die negative Abschlussfreiheit und die Kontrahentenwahlfreiheit beschränkt (der Rechtsinhaber muss mit dem Lizenzpetenten kontrahieren). (Nur) soweit sich die Parteien nicht über die Lizenzgebühr einigen und diese ebenfalls hoheitlich bestimmt wird, ist zudem die Vertragsgestaltungsfreiheit betroffen. Damit ist die kartellrechtliche Zwangslizenz keine Schranke, sondern eine *Ausübungsregelung*.[1281] Zwar geht mit der Beschränkung der Lizenzvertragsfreiheit notwendig eine teilweise Aufhebung des *positiven* Ausschließlichkeitsrechts einher, nämlich des Rechts, über die Erteilung und/oder die Bedingungen der Lizenz frei zu entscheiden; das maßgebliche *negative* Ausschließlichkeitsrecht bleibt aber unberührt, weil der Rechtsinhaber nur dem *Lizenznehmer* die Nutzung nicht verbieten kann und diese Nutzungserlaubnis *vertraglich* begründet ist.[1282] Die kartellrechtliche Zwangslizenz setzt eine marktbeherrschende Stellung (unten a)) und eine missbräuchliche Lizenzverweigerung (unten b)) voraus. Die Vorgaben des Konventions- und Unionsrechts (unten c)) sowie die Vor- und Nachteile werden zuletzt erörtert (unten d)).

1280 Vgl. *Hilty*, Lizenzvertragsrecht, S. 198, für die immaterialgüterrechtliche Zwangslizenz.

1281 Ebenso für die urheberrechtliche Zwangslizenz der deutsche Gesetzgeber und die h.M., siehe 2. Kapitel A. II. 8. a). Die EuGH-Rspr. scheint dieses Ergebnis zu bestätigen, vgl. EuGH GRUR Int. 1990, 141, 142, Rdnr. 9 – „Volvo“ („Allerdings ist darauf hinzuweisen, daß die *Ausübung* des ausschließlichen Rechts […] gemäß Art. 86 verboten sein kann“, Hervorh. d. Verf.); EuGH GRUR Int. 1995, 490, 493, Rdnr. 49 – „Magill“; GRUR 2004, 524, 526, Rdnr. 35 – „IMS Health“.

1282 Vgl. die entsprechende Argumentation bei der urheberrechtlichen Zwangslizenz 2. Kapitel A. II. 8. a).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a) Marktbeherrschende Stellung

Für das Tatbestandsmerkmal der Marktbeherrschung kann im Allgemeinen auf die Ausführungen zur kartellrechtlichen Preiskontrolle verwiesen werden. Eine Besonderheit besteht insoweit, als sich eine Lizenzverweigerung auf verschiedene funktional abgestufte Märkte auswirken kann, nämlich denjenigen für das immaterielle Gut und denjenigen für das entsprechend dem immateriellen Gut hergestellte Produkt. Die Rspr. unterscheidet deshalb in Zwangslizenzfällen einen vorgelagerten Lizenzmarkt und einen nachgelagerten Produktmarkt.[1283] Die marktbeherrschende Stellung muss (zunächst) jeweils für den vorgelagerten Lizenzmarkt festgestellt werden.[1284] Die bloße Inhaberschaft eines Immaterialgüterrechts begründet – wie bereits dargelegt[1285] – noch keine marktbeherrschende Stellung.[1286]

In den Fällen, in denen der Rechtsinhaber mindestens einem Produkteanbieter eine Lizenz erteilt und mindestens einem anderen Produkteanbieter eine Lizenz verweigert („diskriminierende Lizenzverweigerung"), sind der Produktmarkt *und* der Lizenzmarkt *tatsächlich* vorhanden. So hat der BGH in „Standard-Spundfass" nach dem Bedarfsmarktkonzept einen nachgelagerten Produktmarkt für Spundfässer für chemische Flüssigkeiten und einen vorgelagerten Lizenzmarkt für die technische Lehre solcher

1283 *Ullrich/Heinemann*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR[5], Bd. 1, VII., B., Rdnr. 39 u. 46 („Es existieren allerdings nicht immer beide Markttypen. Will der Künstler sein Bild allenfalls durch Verkauf, nicht aber in anderer Form verwerten, existiert kein Lizenzierungs-, sondern nur ein Produktmarkt").

1284 Ausdrücklich EuG BeckEuRS 2007, 455432, Rdnr. 335 – „Microsoft". Der EuGH hat sich dazu in „IMS Health" nicht geäußert, aber in den Entscheidungen „Bronner" und „Magill" auf den vorgelagerten (Lizenz-)Markt abgestellt, *Spindler/Apel*, JZ 2005, 133, 136. Ebenso stellen BGH GRUR 2004, 966, 967 – „Standard-Spundfass" – und CA Paris, Urt. v. 24.5.2005, JurisData n° 2005-277952 – „Digitechnic" – für die marktbeherrschende Stellung auf den Lizenzmarkt ab. Siehe auch *Eilmansberger*, EWS 2003, 12, 16 („Eine wirksame Behinderung kann aus der Abschlussverweigerung […] nur dann resultieren, wenn der Inhaber der Einrichtung den Markt für die Gestellung der Einrichtung beherrscht").

1285 Siehe eingehend 1. Kapitel A. II. 2. a) bb) (1).

1286 EuGH GRUR Int. 1995, 490, 492, Rdnr. 46 – „Magill"; siehe auch BGH GRUR 2004, 966, 968 – „Standard-Spundfass" („Die sachliche Marktabgrenzung ergibt sich daher nicht aus dem Umstand, dass die Kl. kraft des ihr verliehenen patentrechtlichen Ausschließlichkeitsrechts jeden Dritten von der Benutzung der technischen Lehre des Klagepatents ausschließen kann").

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Spundfässer unterschieden.[1287] Ähnlich hat die Cour d'appel de Paris in „Digitechnic" einen vorgelagerten Lizenzmarkt für Anwendungssoftware und einen nachgelagerten Produktmarkt für Personal Computer bestimmt.[1288] In der Fallgruppe der diskriminierenden Lizenzverweigerung muss die marktbeherrschende Stellung des Rechtsinhabers eigens festgestellt werden. In „Standard-Spundfass" und „Digitechnic" wurde sie damit begründet, dass das jeweils in Frage stehende Immaterialgut – die bestimmte technische Lehre[1289] bzw. Microsoft Office[1290] – auf dem Lizenzmarkt einen (De-facto-)Standard bildeten.

In den Fällen, in denen der Rechtsinhaber keinem Produkteanbieter eine Lizenz erteilt („generelle Lizenzverweigerung"), kann nur ein tatsächlicher *Produkt*markt, aber kein tatsächlicher Lizenzmarkt bestimmt werden. Hier bestimmt die Rspr. zunächst den Produktmarkt, etwa den Markt für Fernsehwochenzeitschriften („Magill")[1291] oder den Markt für Berichte über den regionalen Absatz von Arzneimitteln („IMS Health")[1292]. Sodann definiert sie – um die Lizenzverweigerung einer Missbrauchskontrolle unterwerfen zu können, was eine marktbeherrschende Stellung voraussetzt[1293] – einen *potentiellen* oder *hypothetischen* Lizenzmarkt für das immaterielle Gut, indem sie ein Merkmal des Missbrauchstatbestandes (unten b) bb) (2)) vorab im Rahmen der Marktabgrenzung prüft:[1294] Das in Frage stehende Immaterialgut muss für ein Tätigwerden auf dem nachge-

---

1287 BGH GRUR 2004, 966, 967 f. – „Standard-Spundfass".

1288 CA Paris, Urt. v. 24.5.2005, JurisData n° 2005-277952 – „Digitechnic".

1289 BGH GRUR 2004, 966, 967 f. – „Standard-Spundfass".

1290 CA Paris, Urt. v. 24.5.2005, JurisData n° 2005-277952 – „Digitechnic".

1291 EuGH GRUR Int. 1995, 490, 493, Rdnr. 47 u. 56 – „Magill".

1292 EuGH GRUR 2004, 524, 527, Rdnr. 46 f. – „IMS Health".

1293 *Spindler/Apel*, JZ 2005, 133, 135 f. („Die Annahme von zwei Märkten ist in diesen Fällen geboten, weil ansonsten mangels Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung die Weigerung, Dritten Zugang zu diesen Einrichtungen – den Urheberrechten – zu gestatten [...], nach Art. 82 EG nicht sanktioniert werden könnte"); *Eilmansberger*, EWS 2003, 12, 16; *Lang*, S. 234; siehe auch *Drexl*, IIC 2004, 788, 799 („This approach relies on sound economics. Protection under competition law is not limited to competition in existing markets. Furthermore, competition law has to make sure that competition is not prevented by restraints of competition. In this regard, competition law may not depend on the dominant undertaking's choice regarding the marketing of the essential input. Otherwise this undertaking would be in a position to decide on the very application of Art. 82 EC"); *Conde Gallego*, GRUR Int. 2006, 16, 21.

1294 Siehe auch *Leistner*, ZWeR 2005, 138, 149 („Thus, the two-markets test can be satisfied even if the upstream product is not marketed separately at all; this

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lagerten Produktmarkt, etwa die Lieferung von Daten über den regionalen Absatz von Arzneimitteln in Deutschland („IMS Health"), unerlässlich sein, darf also insbesondere nicht substituiert werden können.[1295] Wenn dem so ist, ergeben sich die Abgrenzung des potentiellen oder hypothetischen Lizenzmarktes, der aus dem Immaterialgut – etwa der Programminformation eines Fernsehsenders – besteht, und die marktbeherrschende Stellung von selbst.[1296] Andernfalls – so in der „NMPP"-Entscheidung der Cour de cassation[1297] – scheidet eine kartellrechtliche Missbrauchskontrolle von vornherein aus.

b) Missbräuchliche Lizenzverweigerung

Nach Unions-[1298] (unten aa)), deutschem[1299] (unten bb)) und französischem[1300] (unten cc)) Kartellrecht ist die Lizenzverweigerung als solche, auch durch ein marktbeherrschendes Unternehmen, noch nicht miss-

---

seems to effectively reduce the two-markets test to a partly re-iteration of the indispensability criterion").

1295 EuGH GRUR 2004, 524, 527, Rdnr. 44 f. – „IMS Health"; EuG BeckEuRS 2007, 455432, Rdnr. 335 – „Microsoft".

1296 Vgl. *Kaestner*, S. 87 („Die *mangelnde Austauschbarkeit* der Informationen führt somit im Bereich der Fernsehprogramminformationen zu einer besonders engen *Marktabgrenzung*. Wie bei der Bestimmung der Marktbeherrschung deutlich werden wird, nimmt dieses Ergebnis bei den *Magill*-Entscheidungen die Klärung der *marktbeherrschenden Stellung* von RTE, ITP und BBC vorweg", Hervorh. d. Verf.); siehe auch *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 121 („Under this test, the indispensability requirement mostly coincides with the reasons why the right-holder is market dominant in the primary market in the first place"); *Spindler/Apel*, JZ 2005, 133, 136; *Lang*, S. 272; *Hartmann-Rüppel*, S. 59.

1297 Cass. com., Urt. v. 12.7.2005, JurisData n° 2005-029484 = Propr. ind. 1/2006, 22, 23 = IIC 2006, 239, 240 – „NMPP" („[P]ar conséquent de constater que le tronc commun du logiciel Presse 2000 serait indispensable à l'exercice de l'activité des MLP, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision").

1298 EuGH GRUR Int. 1990, 140, 141, Rdnr. 15 – „Renault"; GRUR Int. 1990, 141, 142, Rdnr. 8 – „Volvo"; GRUR Int. 1995, 490, 493, Rdnr. 49 – „Magill"; GRUR 2004, 524, 526, Rdnr. 34 – „IMS Health"; GRUR 2015, 764, 766, Rdnr. 47 – „Huawei"; EuG BeckEuRS 2007, 455432, Rdnr. 331 – „Microsoft".

1299 BGH GRUR 2004, 966, 968 – „Standard-Spundfass".

1300 CA Paris, Urt. v. 24.5.2005, JurisData n° 2005-277952 – „Digitechnic".

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bräuchlich. Vielmehr müssen „außergewöhnliche“[1301], „zusätzliche“[1302] bzw. „besondere Umstände“ („circonstances particulières“)[1303] hinzutreten.

aa) Unionskartellrecht

(1) „Volvo“

Der EuGH befasste sich mit dem Fall einer missbräuchlichen Lizenzverweigerung erstmals 1988.[1304] Im Vorabentscheidungsverfahren „Volvo“ ging es im Wesentlichen um zwei Vorlagefragen des englischen High Court, nämlich erstens ob das Geschmacksmusterrecht an einem nichtsubstituierbaren Kfz-Ersatzteil eine marktbeherrschende Stellung des Rechtsinhabers begründet und zweitens, ob es einen Missbrauch dieser marktbeherrschenden Stellung darstellt, wenn sich der Rechtsinhaber weigert, Dritten eine Lizenz zur Lieferung solcher Ersatzteile zu erteilen.[1305] Der EuGH stellte klar, dass zwar die Lizenzverweigerung als solche kein Missbrauch einer beherrschenden Stellung sei,[1306] dass aber die Ausübung des Ausschließlichkeitsrechts nach Art. 102 AEUV (damals Art. 86 EWGV) verboten werden könne, wenn „sie bei einem Unternehmen, das eine beherrschende Stellung einnimmt, zu bestimmten mißbräuchlichen Verhaltensweisen führt, etwa der willkürlichen Weigerung, unabhängige Reparaturwerkstätten mit Ersatzteilen zu beliefern, der Festsetzung unangemessener Ersatzteilpreise oder der Entscheidung, für ein bestimmtes Modell keine Ersatzteile mehr herzustellen, obwohl noch viele Fahrzeuge

1301 EuGH GRUR Int. 1995, 490, 493, Rdnr. 50 – „Magill“; GRUR 2004, 524, 526, Rdnr. 35 – „IMS Health“; EuG BeckEuRS 2007, 455432, Rdnr. 331 – „Microsoft“; ähnlich („bestimmte mißbräuchliche Verhaltensweisen“) schon EuGH GRUR Int. 1990, 141, 142, Rdnr. 9 – „Volvo“.

1302 BGH GRUR 2004, 966, 968 – „Standard-Spundfass“; ähnlich („bestimmte Umstände“) GRUR 2003, 956, 957 – „Gies-Adler“.

1303 CA Paris, Urt. v. 24.5.2005, JurisData n° 2005-277952 – „Digitechnic“.

1304 EuGH GRUR Int. 1990, 141 – „Volvo“. In EuGH GRUR Int. 1990, 140 – „Renault“ – ging es nicht um eine Lizenzverweigerung, sondern um den Erwerb von Geschmacksmusterrechten an Kfz-Ersatzteilen.

1305 EuGH GRUR Int. 1990, 141, 141 f., Rdnr. 4 – „Volvo“.

1306 EuGH GRUR Int. 1990, 141, 142, Rdnr. 8 – „Volvo“.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dieses Modells verkehren“[1307] Da der High Court eine solche missbräuchliche Verhaltensweise nicht festgestellt habe, sei die Lizenzverweigerung nicht missbräuchlich und müsse die erste Frage nicht beantwortet werden.[1308] In der Literatur ist umstritten, ob der EuGH die erste Frage implizit bejaht[1309] oder bewusst offengelassen[1310] hat. Wichtiger ist hier aber, dass er ausweislich des später ergangenen „Magill“-Urteils[1311] in seiner Antwort auf die zweite Vorlagefrage erstmals „außergewöhnliche Umstände“ benannt hat, die eine Lizenzverweigerung missbräuchlich erscheinen lassen. Danach stellt eine marktbeherrschende Stellung *auch* auf dem Produktmarkt – für den Lizenzmarkt wird eine solche zumindest hypothetisch angenommen –[1312] noch keinen „außergewöhnlichen Umstand“ dar. Etwas anderes gilt, wenn der Rechtsinhaber seine marktbeherrschende Stellung in einer bestimmten Weise auf dem *Produktmarkt* missbraucht. Dann führt *dieser* Missbrauch zu einem Missbrauch der (hypothetisch) marktbeherrschenden Stellung auf dem *Lizenzmarkt*,[1313] sodass nach „Volvo“ in solchen Fällen eine Zwangslizenz angeordnet werden kann.[1314] Bezeichnenderweise hat die damalige Literatur den Grundsatz, nach der eine Lizenz-

1307 EuGH GRUR Int. 1990, 141, 142, Rdnr. 9 – „Volvo“.

1308 EuGH GRUR Int. 1990, 141, 142, Rdnr. 10 – „Volvo“.

1309 *Bonet*, RTD Eur. 1990, 720, 724.

1310 *F.-K. Beier*, in: *Westermann/Rosener*, FS Quack, S. 19; *Joliet*, GRUR Int. 1989, 177, 185.

1311 Darin werden die „bestimmten missbräuchlichen Verhaltensweisen“ als „außergewöhnliche Umstände“ reformuliert, EuGH GRUR Int. 1995, 490, 493, Rdnr. 49 f. – „Magill“ („Zwar trifft es zu, daß […] die Verweigerung einer Lizenz als solche keinen Mißbrauch einer beherrschenden Stellung darstellen kann, wenn sie von einem Unternehmen in beherrschender Stellung ausgehen sollte (Urteil Volvo, a.a.O., Rdn. 7 und 8). […] Die Ausübung des ausschließlichen Rechts durch den Inhaber kann jedoch, wie sich aus demselben Urteil (Rdn. 9) ergibt, unter außergewöhnlichen Umständen ein mißbräuchliches Verhalten darstellen“).

1312 *Eilmansberger*, EuZW 1992, 625, 631.

1313 *Eilmansberger*, EuZW 1992, 625, 632 („Damit wird hier aus einem indirekten, d.h. von der Schutzrechtsausübung an sich unabhängigen Schutzrechtsmißbrauch ein direkter Schutzrechtsmißbrauch konstruiert“; der „indirekte Schutzrechtsmissbrauch“ betrifft den Produkt-, der „direkte Schutzrechtsmissbrauch“ den Lizenzmarkt, a.a.O., S. 625); siehe auch *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, S. 473.

1314 *Hilty*, in: *Amstutz/Reinert*, KG[1], Art. 3 Abs. 2, Rdnr. 48; *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 118, Fn. 330; *Drexl/Hilty/Kur*, GRUR Int. 2005, 449, 453; *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung,

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

verweigerung als solche nicht missbräuchlich ist, völlig überbetont und die Möglichkeit einer Zwangslizenz vernachlässigt.[1315] Auf der anderen Seite hat der EuGH nur entschieden, dass unangemessene Preise eine Zwangslizenz rechtfertigen *können*.[1316] Ob die Feststellung unangemessener Preise genügt oder weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssen, bleibt unklar.[1317]

(2) „Magill"

Deutlich bekannter ist die 1995 ergangene EuGH-Entscheidung „Magill". Die Fernsehsender RTE, ITV und BBC hatten jeweils *eigene* wöchentliche Fernsehprogrammführer veröffentlicht und sich geweigert, einem Unternehmen, das den in Irland ersten *umfassenden* wöchentlichen Fernsehprogrammführer („Magill TV Guide") herausgeben wollte, die dazu nötigen –

S. 473 f.; *Jacquier*, Le pouvoir du juge sur les contrats d'auteur, Rdnr. 377; *Firth*, in: *Stamatoudi/Torremans*, EU Copyright Law, Rdnr. 4.30; *Ritter*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR[1], Bd. 2, VO 17, Rdnr. 43; *Anderman/Schmidt*, S. 23; *Naue*, S. 142 f.; krit. *Eilmansberger*, EuZW 1992, 625, 634; *Joliet*, GRUR Int. 1989, 177, 185, die in diesen Fällen eine Zwangslizenz für unverhältnismäßig halten und stattdessen eine bloße Lieferpflicht, Preissenkung bzw. Herstellungspflicht befürworten; a.A. offenbar *Leistner*, ZWeR 2005, 138, 151 („It is the decisive fact that in Volvo and Renault there was a *less intrusive remedy* to re-establish competition on the repair markets than the granting of a compulsory licence; since competition could be established by the (more proportionate) way of a mere delivery obligation, compulsory licences were not necessary", Hervorh. i. Orig.); *Bartmann*, S. 272.

1315 *Anderman/Schmidt*, S. 24; vgl. etwa *F.-K. Beier*, in: *Westermann/Rosener*, FS Quack, S. 19 („Die Hinweise des Gerichtshofs auf ein möglicherweise mißbräuchliches Verhalten der Hersteller von Kraftfahrzeugen und der dazugehörigen Original-Ersatzteile sind reine *obiter dicta* […]. Offenbar scheute sich der Gerichtshof, die Vorlagefragen schlichtweg zu verneinen"); *Bonet*, RTD Eur. 1990, 720, 725 f. („L'arrêt *Volvo* […] apporte cependant une précision supplémentaire très intéressante en ce qui concerne la définition de l'abus. Le juge britannique avait demandé à la Cour si le refus par le constructeur d'automobiles d'accorder une licence […] serait susceptible de constituer un abus au sens de l'article 86 C.E.E. La Cour a répondu que ce refus ne serait pas abusif").

1316 EuGH GRUR Int. 1990, 141, 142, Rdnr. 9 – „Volvo" („Allerdings ist darauf hinzuweisen, daß die Ausübung des ausschließlichen Rechts […] verboten sein *kann*, wenn sie […] zu bestimmten mißbräuchlichen Verhaltensweisen führt, etwa […] der Festsetzung unangemessener Ersatzteilpreise", Hervorh. d. Verf.).

1317 *Lang*, S. 250.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

urheberrechtlich geschützten – Programminformationen zu lizenzieren.[1318] Das *EuG* hielt dieses Verhalten unter Berücksichtigung von *drei* „Umständen des Einzelfalls"[1319] für missbräuchlich gem. Art 102 AEUV (damals Art. 86 EWGV): erstens verhindere die Lizenzverweigerung das Auftreten eines neuen Produktes, nach dem eine potentielle Nachfrage der Verbraucher bestehe – einem *umfassenden* wöchentlichen Fernsehprogrammführer; zweitens sei die Lizenzverweigerung nicht sachlich gerechtfertigt; und drittens behielten sich die Sender einen nachgelagerten Markt vor, indem sie jeden Wettbewerb auf diesem Markt ausschlössen.[1320] Das EuG stützte seine Entscheidung nicht zuletzt darauf, dass die Verhinderung des Auftretens eines neuen Produkts der vom EuGH in „Volvo" bestimmten missbräuchlichen Verhaltensweise, für ein bestimmtes Modell keine Ersatzteile mehr herzustellen, obwohl noch eine Nachfrage auf dem Markt besteht, entspräche.[1321] Beide Verhaltensweisen fallen unter Art. 102 Abs. 2 lit. b AEUV („Einschränkung der Erzeugung zum Schaden der Verbraucher").[1322] Ebenfalls unter Bezugnahme auf „Volvo"[1323] bestätigte der EuGH das Urteil, indem er „hier"[1324] *vier* „außergewöhnliche Umstände" feststellte:[1325] erstens sei das in Frage stehende Immaterialgut – die Fernsehprogramminformationen – unerlässlich, um auf dem nachgelagerten Markt – den für wöchentliche Fernsehprogrammführer – tätig zu werden

1318 EuGH GRUR Int. 1995, 490, 490, Rdnr. 8 ff. – „Magill".
1319 EuG GRUR Int. 1993, 316, 321, Rdnr. 58 – „Magill".
1320 EuG GRUR Int. 1993, 316, 321, Rdnr. 60 – „Magill".
1321 EuG GRUR Int. 1993, 316, 321, Rdnr. 61 – „Magill".
1322 *Weiß*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV[4], Art. 102, Rdnr. 49; *Drexl*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 445.
1323 EuGH GRUR Int. 1995, 490, 490, Rdnr. 49 f. – „Magill".
1324 EuGH GRUR Int. 1995, 490, 490, Rdnr. 51 – „Magill" („*Hier* besteht das den Rechtsmittelführerinnen vorgeworfene Verhalten darin…", Hervorh. d. Verf.).
1325 Vgl. die Zusammenfassung in EuGH GRUR Int. 1999, 262, 265, Rdnr. 40 – „Bronner"; GRUR 2004, 524, 526, Rdnr. 37 – „IMS Health".

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(essential facility test[1326]*)*;[1327] zweitens verhindere die Lizenzverweigerung das Auftreten eines neuen Produktes, nach dem eine potentielle Nachfrage der Verbraucher bestehe – einem *umfassenden* wöchentlichen Fernsehprogrammführer –, was einen Missbrauch gem. Art. 102 Abs. 2 lit. b AEUV (damals Art. 86 Abs. 2 lit. b EWGV) darstelle *(new product test*[1328]*)*,[1329] drittens sei die Lizenzverweigerung nicht sachlich gerechtfertigt;[1330] und viertens behielten sich die Sender einen nachgelagerten Markt vor, indem sie jeden Wettbewerb auf diesem Markt ausschlössen *(leveraging test*[1331]*)*.[1332] Es blieb unklar, ob der EuGH das kumulative Vorliegen der vier „Magill"-Kriterien als ausreichende oder notwendige Bedingung erachtete,[1333] zumal das EuG noch auf den *essential facility test* verzichtet hatte.

(3) „Tiercé Ladbroke"

In der 1997 ergangenen Entscheidung „Tiercé Ladbroke" hielt das EuG die „Magill"-Kriterien 1 und 2 – wenn auch nur in einem obiter dictum – für *alternative* Bedingungen.[1334] Französische Pferderennvereine hatten

---

1326 *Heinemann*, IIC 2005, 63, 70. Deshalb werden „Magill" und die Folge-Rspr. häufig als Anwendungsfall der US-amerikanischen *essential facilities doctrine* angesehen, vgl. *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 121; *Heinemann*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 216; *Calvet/Desurmont*, RIDA 167 (1996), 2, 26; *Caron*, Comm. com. électr. 10/2005, 27, 27; *Auroux*, RLDI 76 (2011), 22, 24; *Schmidt-Szalewski*, Propr. ind. 1/2006, 22, 23; *Leistner*, ZWeR 2005, 138, 149 f.; *Beckmann/Müller*, in: *Hoeren/Sieber/Holznagel*, Multimedia-Recht[39], Teil 10, Rdnr. 237; *Wirtz/Holzhäuser*, WRP 2004, 683, 684; *Körber*, WuW 2007, 1209, 1213; *Ernsthaler/Bock*, GRUR 2009, 1, 2; *Stopper*, ZWeR 2005, 87, 100; *Wolff*, S. 151; *Lang*, S. 270.

1327 EuGH GRUR Int. 1995, 490, 490, Rdnr. 53 – „Magill".

1328 *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 121; ähnlich *Heinemann*, IIC 2005, 63, 71.

1329 EuGH GRUR Int. 1995, 490, 490, Rdnr. 54 – „Magill".

1330 EuGH GRUR Int. 1995, 490, 490, Rdnr. 55 – „Magill".

1331 *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 121; *Heinemann*, IIC 2005, 63, 71.

1332 EuGH GRUR Int. 1995, 490, 490, Rdnr. 56 – „Magill".

1333 *Drexl*, in: *Ehlermann/Atansiu*, The Interaction between Competition Law and IP Law, S. 649; *ders.*, IIC 2004, 788, 800; *Heinemann*, GRUR 2006, 705, 710; *Leistner*, ZWeR 2005, 138, 143.

1334 *Leistner*, ZWeR 2005, 138, 145, Fn. 33.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sich geweigert, dem größten belgischen Anbieter von Pferdewetten (Tiercé Ladbroke) eine Lizenz an den urheberrechtlich geschützten Live-Aufzeichnungen der Pferderennen zu erteilen; einem deutschen Lizenzpetenten hatten sie eine Lizenz erteilt.[1335] Zum einen verneinte das EuG einen Missbrauch gem. Art. 102 AEUV (damals Art. 86 EWGV) mit dem Argument, dass Tiercé Ladbroke den belgischen Markt für Pferdewetten beherrsche, sodass der Wettbewerb auf diesem Markt nicht beeinträchtigt werde *(leveraging test)*.[1336] Selbst wenn es auf dieses Kriterium nicht ankäme, könne eine Lizenzverweigerung nur dann missbräuchlich sein, wenn das in Frage stehende Immaterialgut unerlässlich sei, um auf dem nachgelagerten Markt tätig zu werden *(essential facility test)*, *oder* wenn die Lizenzverweigerung das Auftreten eines neuen Produktes, nach dem eine potentielle Nachfrage der Verbraucher bestehe, verhindere *(new product test)*.[1337] Darüber hinaus behandelte das EuG das Vorliegen der „Magill"-Kriterien als eine *ausreichende* Bedingung, da es *zusätzlich* zu den in „Magill" festgestellten Kriterien – „da dieses Urteil den vorliegenden Fall nicht erfaßt"[1338] – prüfte, ob die ungleiche Behandlung des belgischen und deutschen Lizenzpetenten unter dem Gesichtspunkt einer Diskriminierung (wohl Art. 102 Abs. 2 lit. c AEUV) missbräuchlich sei.

(4) „IMS Health"

In der Rechtssache „IMS Health" hätte der EuGH 2004 eindeutig klarstellen können, ob er das kumulative Vorliegen der „Magill"-Kriterien als ausreichende oder notwendige Bedingung einer missbräuchlichen Lizenzverweigerung erachtet. Der Inhalt der Entscheidung (unten (a)) blieb aber mehrdeutig (unten (b)).

(a) Inhalt

Ein Unternehmen (IMS Health), das Pharmaunternehmen auf der Grundlage einer Struktur aus 1860 sogenannten „Bausteinen", die jeweils für ein

1335 EuG GRUR Int. 1998, 301, 301, Rdnr. 1 ff. – „Tiercé Ladbroke".
1336 EuG GRUR Int. 1998, 301, 306, Rdnr. 130 – „Tiercé Ladbroke".
1337 EuG GRUR Int. 1998, 301, 306, Rdnr. 131 – „Tiercé Ladbroke".
1338 EuG GRUR Int. 1998, 301, 306, Rdnr. 130 – „Tiercé Ladbroke".

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nach geographischen und absatztechnischen Kriterien abgegrenztes Gebiet standen, Daten über den regionalen Absatz von Arzneimitteln lieferte, hatte einem Wettbewerber eine Lizenz an ebendieser – als Datenbankwerk i.S.v. § 4 Abs. 2 UrhG geschützten[1339] – Struktur verweigert.[1340] Im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens stellte der EuGH fest, dass eine Lizenzverweigerung „bereits dann" gem. Art. 102 AEUV (damals Art. 82 EGV) missbräuchlich sei, wenn die in „Magill" genannten vier Kriterien „kumulativ" erfüllt seien: das in Frage stehende Immaterialgut – die 1860er-Bausteinstruktur[1341] – müsse unerlässlich sein, um auf dem nachgelagerten Markt – dem Markt für die Lieferung von Daten über den regionalen Absatz von Arzneimitteln in Deutschland[1342] – tätig zu werden *(essential facility test)*, die Lizenzverweigerung müsse das Auftreten eines neuen Produktes verhindern, nach dem eine potentielle Nachfrage der Verbraucher besteht *(new product test)*, sie müsse geeignet sein, jeglichen Wettbewerb auf einem abgeleiteten Markt auszuschließen *(leveraging test)*, und sie dürfe nicht gerechtfertigt sein.[1343]

(b) Deutung

Der Inhalt der Entscheidung wurde in der Literatur unterschiedlich gedeutet. Einigkeit bestand darüber, dass die vier „Magill"-Kriterien aufgrund des klaren Wortlauts kumulativ vorliegen müssen.[1344] Im Übrigen gingen

---

1339 OLG Frankfurt, ZUM-RD 2003, 180, 184; Miturheber waren Mitarbeiter von IMS Health und Außendienstmitarbeiter von Pharmaunternehmen, IMS Health war nur Nutzungsberechtigte, war deshalb selbst zur Verletzungsklage nicht aktivlegitimiert, OLG Frankfurt, ZUM-RD 2003, 180, 185 f. Allerdings wäre einer ihrer Mitarbeiter nach § 8 Abs. 2 S. 3 UrhG aktivlegitimiert gewesen; eingehend dazu und insgesamt zum urheberrechtlichen Hintergrund *Heinemann*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 207 ff.

1340 EuGH GRUR 2004, 524, 524 – „IMS Health".

1341 EuGH GRUR 2004, 524, 526, Rdnr. 46 – „IMS Health".

1342 EuGH GRUR 2004, 524, 526, Rdnr. 47 – „IMS Health".

1343 EuGH GRUR 2004, 524, 526, Rdnr. 38 – „IMS Health".

1344 Vgl. *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 122; *ders.*, in: *Ehlermann/Atansiu*, The Interaction between Competition Law and IP Law, S. 649; *ders.*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 36; *Drexl*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 445; *Lévêque*, World Competition 28 (2005), 71, 73; *Costes*, RLDI 75 (2011), 22, 23; *Poumarède*, JCP G 2005, 1642, 1645; *Ullrich/Heinemann*, in: *Immenga/Mest-*

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die Meinungen auseinander. Die ganz überwiegende Literatur – auch das OLG Frankfurt[1345] – verstand „IMS Health" so, dass der EuGH das Vorliegen der vier Kriterien als *notwendige* (strikt abschließende) Bedingung einer missbräuchlichen Lizenzverweigerung bestimmt hat.[1346] Allenfalls wurde eine extensive Auslegung des Begriffs des „neuen Produkts" erwo-

---

mäcker, WettbR[5], Bd. 1, VII., B., Rdnr. 58; *Heinemann*, IIC 2005, 63, 70; *ders.*, GRUR 2006, 705, 710; *ders.*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 67; *Leistner*, ZWeR 2005, 138, 148; *Eilmansberger/Bien*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR[2], Bd. 1, Art. 102 AEUV, Rdnr. 201; *Lamping*, Patentschutz und Marktmacht, S. 267; *ders.*, in: *Hilty/Liu*, Compulsory Licensing, S. 132; *Moritz*, CR 2004, 321, 325; *Ohly*, in: *Oberender*, Wettbewerb und geistiges Eigentum, S. 58; *Benabou*, in: *Derclaye*, Research handbook on the future of EU copyright, S. 554; *Picht*, Strategisches Verhalten bei der Nutzung von Patenten, S. 380; *ders.*, GRUR Int. 2014, 1, 8; *Hartmann-Rüppel*, S. 58; *Körber*, WuW 2007, 1209, 1212; *Conde Gallego*, GRUR Int. 2006, 16, 25; *Höppner,* GRUR Int. 2005, 457, 459; *Firth*, in: *Stamatoudi/Torremans*, EU Copyright Law, Rdnr. 4.51; *Ernsthaler/Bock*, GRUR 2009, 1, 3; *Hausmann*, MMR 2008, 381, 382; *Lang*, S. 256; *Höppner,* GRUR Int. 2005, 457, 459; *Naue*, S. 194; *Maume*, Der kartellrechtliche Zwangslizenzeinwand im Patentverletzungsprozess, S. 20.

1345 OLG Frankfurt GRUR 2014, 991, 996 („An diesen Voraussetzungen fehlt es hier. Unabhängig davon, ob hinsichtlich der Kl. zu 1 ein Ausschließlichkeitsrecht vorliegt, wird von der Bekl. auf dem Markt für die betreffenden Daten jedenfalls kein neues Produkt angeboten, sondern eine im Kern dem von der Kl. zu 1 vertriebenen ABC 1111 gleiche Segmentstruktur").

1346 Vgl. *Drexl*, in: *Ehlermann/Atansiu*, The Interaction between Competition Law and IP Law, S. 649; *ders.*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 36; *ders.*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 445; *ders.*, in: *Büscher/Erdmann/Haedicke/Köhler/Loschelder*, FS Bornkamm, S. 143 f.; *ders.*, IIC 2004, 788, 800; *Lévêque*, World Competition 28 (2005), 71, 73; *ders.*, RLC 14 (2008), 22, 22; *Ohly*, in: *Oberender*, Wettbewerb und geistiges Eigentum, S. 65; *Leistner*, ZWeR 2005, 138, 160; *Spindler/Apel*, JZ 2005, 133, 137; *Wirtz/Holzhäuser*, WRP 2004, 683, 690; *Bechtold/Bosch/Brinker*, Art. 102, Rdnr. 56; *Lübbig*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, KartR[2], Art. 82 EGV, Rdnr. 209; *Ernsthaler/Bock*, GRUR 2009, 1, 4; *Conde Gallego*, GRUR Int. 2006, 16, 26; *Surblytė*, S. 115; *Picht*, Strategisches Verhalten bei der Nutzung von Patenten, S. 383; *ders.*, GRUR Int. 2014, 1, 8; *Wolff*, S. 164; *Wielsch*, EuZW 2005, 391, 394; *Koikkara*, S. 140; offenbar auch *Benabou*, in: *Derclaye*, Research handbook on the future of EU copyright, S. 554; *Maume*, Der kartellrechtliche Zwangslizenzeinwand im Patentverletzungsprozess, S. 20; *Poumarède*, JCP G 2005, 1642, 1645; *Schmidt-Szalewski*, Propr. ind. 1/2006, 22, 23; *Costes*, RLDI 75 (2011), 22, 23;.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gen.[1347] Für diese erste Lesart sprach die Formulierung in Rdnr. 49, wonach ein Missbrauch „nur dann" vorliegen soll, wenn der Rechtsinhaber das Auftreten eines neuen Produktes verhindert.[1348] Dagegen meinte eine zweite Ansicht, der EuGH habe das kumulative Vorliegen dieser Kriterien mit „bereits dann" als eine *ausreichende* Bedingung formuliert.[1349] Mithin könnten etwa auch eine Diskriminierung von Lizenzpetenten, der Abbruch einer Lizenzierung oder die Festsetzung überhöhter Preise auf dem Produktmarkt missbräuchlich sein.[1350] Eine dritte, gewissermaßen vermittelnde Ansicht verstand die „Magill"-Kriterien insgesamt als notwendig, meinte aber den Inhalt des *new product test* durch einen anderen Inhalt (z.B. eine Diskriminierung von Lizenzpetenten oder einen Ausbeutungsmissbrauch) ersetzen zu dürfen.[1351] Sie argumentierte sowohl begrifflich („nur dann" und „bereits dann") als auch telelogisch: die Funktion des *new product test* bestehe darin, die Anwendungsbereiche von Kartell- und Immaterialgüterrecht untereinander abzugrenzen, sodass sie ebenso gut durch eine alternative zusätzliche Voraussetzung erfüllt werden könne.[1352]

Das Wortlautargument der zweiten und dritten Lesart war nicht wirklich überzeugend, weil „bereits dann" und „nur dann" auch bedeuten kann,

---

1347 Vgl. etwa *Ohly*, in: *Oberender*, Wettbewerb und geistiges Eigentum, S. 65 f. („[D]aher spricht einiges dafür, nicht nur das andersartige, sondern auch das verbesserte Produkt als ‚neu' im Sinne der EuGH-Rechtsprechung anzusehen"); weitergehend *Leistner*, ZWeR 2005, 138, 152 („Namely, whenever a *better* (or even just *cheaper*) product could theoretically be based upon a *substitute* of the IP-right, but only specific (‚exceptional') market conditions hamper that development because they effectively eliminate competition by substitution, such product should be regarded as relevant as a ‚new' product", Hervorh. i. Orig.); enger dagegen *Höppner,* GRUR Int. 2005, 457, 463 („Ein neues Erzeugnis kann nach alledem angenommen werden, wenn der Zugangspetent mit ihm besondere qualitative Bedürfnisse der Verbraucher erfüllt, die durch ihre ständige und regelmäßige Nachfrage artikuliert worden sind, weil sie von dem (gegebenenfalls konkurrierenden) Produkt des Schutzrechtsinhabers nicht befriedigt werden"); ähnlich *Spindler/Apel*, JZ 2005, 133, 137; *Hartmann-Rüppel*, S. 64.

1348 EuGH GRUR 2004, 524, 527, Rdnr. 49 – „IMS Health".

1349 *Ullrich/Heinemann*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR[5], Bd. 1, VII., B., Rdnr. 59; *Heinemann*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 67; *ders.*, GRUR 2006, 705, 710; *Lang*, S. 292 f.; *Anderman*, CompLRev 2/2004, 7, 13 f.; *Höppner,* GRUR Int. 2005, 457, 459; offenbar auch *Lamping*, in: *Hilty/Liu*, Compulsory Licensing, S. 132.

1350 Vgl. *Höppner,* GRUR Int. 2005, 457, 459; *Heinemann*, IIC 20005, 63, 73.

1351 Vgl. *Wilhelmi*, WRP 2009, 1431, 1442.

1352 *Wilhelmi*, WRP 2009, 1431, 1442.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dass das kumulative Vorliegen der „Magill"-Kriterien hinreichende *und* notwendige Bedingung zugleich ist. Auch das telelogische Argument der dritten Ansicht war nicht stichhaltig, weil aus den Entscheidungsgründen keine „Abgrenzungsfunktion" hervorgeht; ausweislich Rdnr. 48 besteht die Funktion des *new product test* vielmehr darin, die Interessen von Rechtsinhabern und Wettbewerbern untereinander abzuwägen. Doch auch die herrschende erste Lesart konnte nicht vollends überzeugen, weil die in „Volvo" festgestellten und *nicht* vom „Magill"-Kriterienkatalog erfassten „besonderen missbräuchlichen Verhaltensweisen" nach wie vor gelten dürften: Eine der „Volvo"-Verhaltensweisen – das Einstellen der Produktion von Ersatzteilen, nach denen eine Nachfrage besteht – war vom EuG in „Magill" herangezogen worden, um den *new product test* zu begründen. Der EuGH hat die Argumentation des EuG gebilligt und klargestellt, dass „hier" das missbräuchliche Verhalten auf den genannten „außergewöhnlichen Umständen" beruhe, hat es also für möglich gehalten, dass in anderen Lizenzverweigerungsfällen andere Umstände einen Missbrauch rechtfertigen können. Schließlich hat der EuGH in „IMS Health" diese Rspr. nicht in Frage gestellt. Im Gegenteil werden die dortigen Ausführungen ausdrücklich auf „Volvo" und „Magill" gestützt.

Richtig dürfte deshalb eine Deutung gewesen sein, die „IMS Health", „Magill" und „Volvo" so weit wie möglich in Einklang bringt.[1353] So kann Rdnr. 48, die die Verhinderung der „Entwicklung des Marktes zum Nachteil der Verbraucher" verlangt, als Regel und Rdnr. 49, die „deshalb" auf die Verhinderung des Auftretens eines neuen Produktes abstellt, als bloße Subsumtion unter diese Regel gedeutet werden. Der Produktmarkt entwickelt sich nicht nur dann zum Nachteil der Verbraucher, wenn das Auftreten eines neuen Produktes verhindert wird, sondern allgemein bei einer Einschränkung von Erzeugung, Absatz oder technischer Entwicklung zum Schaden der Verbraucher (Art. 102 Abs. 2 lit. b AEUV) und bei einer Ausbeutung der Verbraucher durch Erzwingung unangemessener Verkaufspreise (Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV). Eben diese Fälle werden auch von „Volvo" erfasst.[1354] Nur die – ebenfalls in „Volvo" erwähnte – Diskrimi-

1353 So wohl i.E. auch *Heinemann*, IIC 2005, 63, 73, mit Verweis auf die „Volvo"-Entscheidung („Therefore, according to the ECJ's *IMS Health* criteria, there would be no abuse of a dominant position because one condition, *i.e.* the limiting-of-production test, would not be met. Only specific behavioural abuses would be conceivable, like discrimination or unfair prices").

1354 Vgl. *Anderman/Schmidt*, S. 23, Fn. 41.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nierung von Handelspartnern (Art. 102 Abs. 2 lit. c AEUV) kann kaum noch unter Rdnr. 48 subsumiert werden.

Mit der 2015 ergangenen „Huawei"-Entscheidung[1355], die gleich dargestellt wird, hat sich dieser Meinungsstreit erledigt. Da der EuGH in Fällen standardessentieller Patente auf den *new product test* verzichtet, betrachtet er das kumulative Vorliegen der „Magill"-Kriterien offenbar nicht als eine (stets) notwendige, sondern als eine ausreichende Bedingung für die Missbräuchlichkeit der Lizenzverweigerung. Freilich betrifft „Huawei" den besonderen Fall einer Lizenzverweigerung trotz vorhergehender Verpflichtung zur Lizenzerteilung. In den Fällen einer „normalen" Lizenzverweigerung wird „IMS Health" weiterhin Gültigkeit beanspruchen.[1356]

(5) „Microsoft"

In eine ähnliche Richtung wie die hier vertretene Lesart scheint das EuG die „IMS Health"-Entscheidung zu deuten. Microsoft hatte sich geweigert, Sun Microsystems, das interoperable Server-Betriebssysteme herstellen wollte, die Schnittstelleninformationen seines Client-Betriebssystems Windows zugänglich zu machen. Daraufhin ordnete die Kommission die Offenlegung an. Sowohl die Kommission als auch das EuG ließen die schwierige Frage, ob die Schnittstelleninformationen nicht nur als Betriebsgeheimnis,[1357] sondern – weitergehend – immaterialgüterrechtlich geschützt sind,[1358] offen und stuften die Zugangsverweigerung vorsorglich

1355 EuGH GRUR 2015, 764 – „Huawei".

1356 Siehe 2. Kapitel A. II. 5. b) aa) (6).

1357 EuG BeckEuRS 2007, 455432, Rdnr. 289 – „Microsoft"; Kommission, Entsch. v. 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, Rdnr. 190 – „Microsoft"; *Drexl*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 443; *Wiebe*, in: *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien[3], § 69e UrhG, Rdnr. 12; *Haberstumpf*, in: *Lehmann*, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, II, Rdnr. 173. Allgemein zum Betriebsgeheimnis nach deutschem (§§ 17, 18 UWG) und französischem Recht *Schlötter*, S. 69 ff. u. 133 ff.; *Surblytė*, S. 49 ff. u. 60 ff.

1358 Neben dem Urheberrecht können auch Patentrechte betroffen sein, nämlich wenn die verfahrenstechnische Umsetzung der Schnittstellenspezifikation für die Kommunikationen zwischen den Programmen (sog. Schnittstellenprotokoll) einem Patent unterliegt, *Schweyer*, S. 64 u. 301 ff.; siehe auch *Drexl*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 439 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

als eine Lizenzverweigerung ein.[1359] In der mangels eingelegter Rechtsmittel rechtskräftig gewordenen Entscheidung aus 2007 wiederholte das EuG die vier „Magill"-Kriterien, deutete deren kumulatives Vorliegen aber ebenfalls als ausreichende Bedingung eines Missbrauchs i.S.v. Art. 102 AEUV (damals Art. 82 EGV).[1360] Es bejahte den *essential facility test* und den – etwas entschärften[1361] – *leveraging test* – im Wesentlichen aufgrund der Tatsache, dass Windows einen De-facto-Standard auf dem Markt für Client-Betriebssysteme bilde, und Microsoft dieses Quasi-Monopol mittels *leveraging* zur Beeinflussung des Marktes für Server-Betriebssysteme genutzt habe – und wandte sich dann dem *new product test* und der sachli-

---

1359 EuG BeckEuRS 2007, 455432, Rdnr. 284 u. 289 – „Microsoft" („Die Kommission [… ist] von der Prämisse ausgegangen, dass das im vorliegenden Fall in Rede stehende Verhalten […] eine Weigerung [… ist], einem Dritten eine Lizenz für Rechte des geistigen Eigentums zu erteilen, und hat damit die juristisch strikteste und deshalb für Microsoft günstigste Lösung gewählt […]. Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass die fraglichen Protokolle oder deren Spezifikationen von Rechten des geistigen Eigentums erfasst werden oder Geschäftsgeheimnisse darstellen und dass Letztere den Rechten des geistigen Eigentums gleichzustellen sind", Anm. d. Verf.); *Drexl*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 443 („Dass dennoch Kommission und EuG eine immaterialgüterrechtliche Relevanz der Anordnung zur Offenlegung unterstellt haben, […] findet […] eine Begründung darin, dass *jedenfalls* ein Schutz der Interoperabilitätsinformationen als Unternehmensgeheimnis in Betracht kommt", Hervorh. d. Verf.).

1360 EuG BeckEuRS 2007, 455432, Rdnr. 332 u. 336 – „Microsoft" („Aus dieser Rechtsprechung geht ferner hervor, dass *insbesondere* folgende Umstände als außergewöhnlich anzusehen sind: […] In Anbetracht der vorstehenden Gesichtspunkte ist nach Ansicht des Gerichts *zunächst* zu prüfen, ob die in den […] Urteilen Magill und IMS Health festgelegten […] Umstände auch hier vorliegen. Nur wenn sich ergeben sollte, dass einer oder mehrere dieser Umstände fehlen, wird das Gericht danach auf die von der Kommission geltend gemachten besonderen Umstände […] eingehen", Hervorh. d. Verf.); siehe auch *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 122; *Maréchal*, Rdnr. 260; *Picht*, GRUR Int. 2014, 1, 8; *Koikkara*, S. 159.

1361 EuG BeckEuRS 2007, 455432, Rdnr. 563 – „Microsoft" („Hinzu kommt, dass nicht die Ausschaltung *jeglichen* Wettbewerbs auf dem Markt nachgewiesen werden muss. Maßgebend für den Nachweis einer Verletzung von Art. 82 EG ist nämlich, dass die fragliche Weigerung jeglichen *wirksamen* Wettbewerb auf dem Markt auszuschalten droht oder dazu geeignet ist", Hervorh. d. Verf.); siehe auch *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 122; *Wilhelmi*, WRP 2009, 1431, 1437; *Schmidt/Kerber*, S. 13; *Hausmann*, MMR 2008, 381, 384; *Picht*, Strategisches Verhalten bei der Nutzung von Patenten, S. 383; *Surblytė*, S. 122 ff.; *Körber*, WuW 2007, 1209, 1212 f.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

chen Rechtfertigung zu. Hierbei orientierte sich das EuG an der streitgegenständlichen Entscheidung der Kommission,[1362] die eine Abwägung zwischen unterschiedlichen Arten von Innovationsanreizen vorgenommen hatte *(incentives balance test)*, nämlich einerseits in Bezug auf die Innovation, die dem Standard zugrunde liegt *(competition* for *the market)*, und andererseits in Bezug auf den Innovationswettbewerb innerhalb des Standards *(competition* within *the market)*.[1363] So prüfte es im Rahmen des *new product test* die Folgen der Lizenzverweigerung auf die Innovationsanreize der Wettbewerber und im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung die Folgen einer Lizenzverpflichtung auf die Innovationsanreize des Rechtsinhabers.[1364]

Der *new product test* sei im Zusammenhang mit Art. 102 Abs. 2 lit. b AEUV (damals Art. 82 Abs. 2 lit. b EGV) zu berücksichtigen.[1365] Deshalb könne das Auftreten eines neuen Produktes „nicht der einzige Parameter" sein, anhand dessen geklärt werden könne, ob die Lizenzverweigerung den Verbrauchern schade; nach dem Wortlaut der Vorschrift könne ein Schaden für die Verbraucher nicht nur bei einer Einschränkung der Erzeugung oder des Absatzes eintreten, sondern auch dann, wenn die technische Entwicklung eingeschränkt werde.[1366] Für den Streitfall folgerte das EuG, dass Microsofts Lizenzverweigerung die technische Entwicklung zulasten der Verbraucher eingeschränkt habe, weil sie Wettbewerber daran gehin-

---

1362 *Drexl*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 447; *ders.*, Copyright, Competition and Development, S. 122; *Lévêque*, RLC 14 (2008), 22, 25; *Surblytė*, S. 137; *Picht*, Strategisches Verhalten bei der Nutzung von Patenten, S. 409; *Schmidt/Kerber*, S. 15.

1363 *Drexl*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 446; *Lévêque*, RLC 14 (2008), 22, 23 ff.; ausführlich zum *incentives balance test* der Kommission *Lévêque*, World Competition 28 (2005), 71, 75 ff.; *Schmidt/Kerber*, S. 16 ff.; *Picht*, Strategisches Verhalten bei der Nutzung von Patenten, S. 409 ff.

1364 EuG BeckEuRS 2007, 455432, Rdnr. 659 – „Microsoft" („Schließlich genügt zu dem Vorbringen von Microsoft, dass sie weniger Anreiz habe, eine bestimmte Technologie weiterzuentwickeln, wenn sie diese ihren Konkurrenten zur Verfügung stellen müsse […], die Feststellung, dass dies im Rahmen der Prüfung des Merkmals des neuen Produkts völlig irrelevant ist, da es bei dieser Prüfung um Auswirkungen der fraglichen Weigerung auf die Innovationsanreize der Konkurrenten von Microsoft geht und nicht um deren Innovationsanreize. Auf die letztgenannte Frage ist im Rahmen der Prüfung des Merkmals des Fehlens einer objektiven Rechtfertigung einzugehen").

1365 EuG BeckEuRS 2007, 455432, Rdnr. 643 ff. – „Microsoft".

1366 EuG BeckEuRS 2007, 455432, Rdnr. 647 – „Microsoft".

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dert habe, interoperable Server-Betriebssysteme mit innovativen Merkmalen zu entwickeln und zu vermarkten.[1367] Kurz gesagt stellte es auf die Verhinderung des Auftretens eines besseren statt eines neuen Produktes ab,[1368] definierte also eine Art *„better product test"*.

Im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung der Lizenzverweigerung prüfte das EuG, inwieweit eine Lizenzverpflichtung die Innovationsanreize des (nunmehr abgestuft darlegungs- und beweislastpflichtigen)[1369] Rechtsinhabers minderte: Microsoft habe dies nicht hinreichend dargetan,[1370] zumal eine Offenlegung von Schnittstelleninformationen keine Imitation der betroffenen Computerprogramme erlaube.[1371]

(6) „Huawei"

Die jüngste Entscheidung zu einer kartellrechtlichen Zwangslizenz nach Unionskartellrecht ist das „Huawei"-Urteil des EuGH vom 16. Juli 2015.[1372] Es stellt sich die Frage, ob der Inhalt (unten (a)) eine Abkehr von der „IMS Health"-Rspr. bedeutet (unten (b)).

1367 EuG BeckEuRS 2007, 455432, Rdnr. 653 – „Microsoft".
1368 *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 123; *Surblytė*, S. 130.
1369 EuG BeckEuRS 2007, 455432, Rdnr. 688 – „Microsoft" („Einleitend ist festzustellen, dass die Kommission zwar die Beweislast für das Vorliegen der Umstände trägt, aus denen sich ein Verstoß gegen Art. 82 EG ergibt; es ist jedoch Sache des betroffenen beherrschenden Unternehmens und nicht der Kommission, vor dem Ende des Verwaltungsverfahrens gegebenenfalls eine etwaige objektive Rechtfertigung geltend zu machen und dafür Argumente und Beweise vorzubringen. Dann hat die Kommission, wenn sie einen Missbrauch einer beherrschenden Stellung feststellen will, darzutun, dass die von dem Unternehmen vorgebrachten Argumente und Beweise nicht stichhaltig sind und dass folglich die geltend gemachte Rechtfertigung nicht durchgreifen kann"); siehe auch *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 123; *Maréchal*, Rdnr. 260; *Schmidt/Kerber*, S. 15; *Wilhelmi*, WRP 2009, 1431, 1445; *Hausmann*, MMR 2008, 381, 384; *Picht*, Strategisches Verhalten bei der Nutzung von Patenten, S. 385; *Surblytė*, S. 133; *Körber*, WuW 2007, 1209, 1213.
1370 EuG BeckEuRS 2007, 455432, Rdnr. 697 ff. – „Microsoft".
1371 EuG BeckEuRS 2007, 455432, Rdnr. 700 – „Microsoft".
1372 EuGH GRUR 2015, 764 – „Huawei".

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(a) Inhalt

Damit technische Geräte miteinander kommunizieren können, sind technische Normen nötig, die die Benutzung derselben Technologien vorschreiben. Die Ausarbeitung dieser Standards obliegt Normungsorganisationen. Wird eine Technologie in das Regelwerk aufgenommen – und damit zum sog. De-jure-Standard –, verpflichtet sich der Patentinhaber gegenüber der Normungsorganisation, dass er die Technologie Dritten zu fairen, vernünftigen und diskriminierungsfreien (*fair, reasonable and non-discriminatory*, kurz: *FRAND*) Lizenzbedingungen zugänglich macht. Eine solche FRAND-Verpflichtung war auch der chinesische Telekommunikationsausrüster Huawei eingegangen, als eine seiner Technologien in den Mobilfunkstandard LTE aufgenommen wurde. Als der ebenfalls chinesische Wettbewerber ZTE diese Technologie benutzte, ohne eine Lizenz erworben zu haben, klagte Huawei vor dem LG Düsseldorf auf Unterlassung. Der EuGH musste vorabentscheiden, unter welchen Voraussetzungen eine auf ein standardessentielles Patent (SEP) gestützte Unterlassungsklage missbräuchlich im Sinne von Art. 102 AEV ist.

Unter ausdrücklichem Verweis auf die Urteile „Volvo", „Magill" und „IMS Health" stellte der EuGH klar, dass die Ausübung eines Ausschließlichkeitsrechts nur unter „außergewöhnlichen Umständen" einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung begründe.[1373] Solche „außergewöhnlichen Umständen" lägen bei standardessentiellen Patenten regelmäßig vor. Zunächst seien standardessentielle Patente zur Herstellung standardkonformer Produkte „unerlässlich".[1374] Weiter könne eine auf ein standardessentielles Patent gestützte Unterlassungsklage verhindern, dass „von Wettbewerbern hergestellte Produkte, die dem betreffenden Standard entsprechen, auf den Markt gelangen oder auf dem Markt bleiben".[1375] Nur wenn der Rechtsinhaber bestimmte „Bedingungen erfülle[n], durch die ein gerechter Ausgleich der betroffenen Interessen gewährleistet werden soll", insbesondere dem Nutzer ein konkretes Lizenzangebot unterbreite, scheide eine Missbräuchlichkeit aus.[1376] Damit benutzte der EuGH drei der vier „Magill"-Kriterien: den *essential facility test*, den *leveraging test* und das Kriterium der sachlichen Rechtfertigung. Statt des *new pro-*

1373 EuGH GRUR 2015, 766, Rdnr. 47 – „Huawei".
1374 EuGH GRUR 2015, 766, Rdnr. 49 – „Huawei".
1375 EuGH GRUR 2015, 766, Rdnr. 73 – „Huawei".
1376 EuGH GRUR 2015, 766, Rdnr. 55 – „Huawei".

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

duct test berücksichtigte der EuGH die Besonderheiten, die „Huawei" aus seiner Sicht von den Fällen „Volvo", „Magill" und „IMS Health" unterschieden: Erstens sei das Patent „für einen von einer Standardisierungsorganisation normierten Standard essenziell".[1377] Zweitens habe es „den Status eines SEP nur im Gegenzug zu einer unwiderruflichen Verpflichtungszusage seines Inhabers gegenüber der betreffenden Standardisierungsorganisation, Dritten zu FRAND-Bedingungen Lizenzen zu erteilen, erlangt"[1378] und habe diese „Zusage […] bei Dritten die berechtigte Erwartung [ge]weckt", tatsächlich eine Lizenz zu erhalten.[1379]

(b) Deutung

Zum Teil wird in der Literatur vertreten[1380] oder doch zumindest für möglich gehalten[1381], dass „Huawei" nicht nur für standardessentielle Patente im eigentlichen Sinn, sondern auch für solche Patente gelte, die auf einem De-facto-Standard beruhten, was einer Aufgabe der "IMS Health"-Rspr. gleichkäme. Denn anders als De-jure-Standards haben sich De-facto-Standards nicht in einem Normierungsverfahren, sondern – wie die 1860er-Bausteintruktur von IMS Health – im Wettbewerb durchgesetzt. Nach dieser Lesart entfiele der *new product test* generell. Sie wird damit begründet, dass der EuGH die Zwangslizenz allein mit der Unerlässlichkeit des Patents begründet habe und es keine Rolle spiele, ob die Unerlässlichkeit auf einem De-jure- oder einem De-facto-Standard beruhe.[1382] Das Argument des *venire contra factum proprium* – Lizenzverweigerung trotz vorhergehender Verpflichtung zur Lizenzerteilung – beziehe sich zwar auf De-jure-Standards, gelte aber nur für den Zwangslizenzeinwand.[1383]

1377 EuGH GRUR 2015, 766, Rdnr. 49 – „Huawei".
1378 EuGH GRUR 2015, 766, Rdnr. 51 – „Huawei".
1379 EuGH GRUR 2015, 766, Rdnr. 53 – „Huawei".
1380 *Maume*, QMJIP 6 (2016), 207, 224.
1381 *Hauck*, NJW 2015, 2767, 2770.
1382 *Maume*, QMJIP 6 (2016), 207, 224 („The obligation to grant a license should be distinguished from the new negotiation procedure as discussed above. […] First, the obligation to grant a license in order to avoid an abuse of market power is founded in the indispensability of the IP right. The obligation applies to all established standards, whether de facto or based on a standardisation agreement").
1383 *Maume*, QMJIP 6 (2016), 207, 224 („Second, as the legitimate expectations are primarily caused by the FRAND declaration, the application of the negotiation

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Nach der herrschenden Lesart gilt „Huawei“ nur für De-jure-Standards[1384] bzw. gilt die „IMS Health“-Rspr. fort.[1385] Sie verdient Zustimmung, weil der EuGH sein Abweichen von „Volvo“, „Magill“ und „IMS Health“ selbst mit dem Status des Huawei-Patents als De-jure-Standard[1386], der Lizenzierungszusage[1387] und dem Vertrauen auf eine Lizenzerteilung,[1388] das durch die Unterlassungsklage enttäuscht wird (*venire contra factum proprium*),[1389] erklärt hat. Bei De-facto-Standards, die im Markt entstehen, wird ein solches Vertrauen grundsätzlich nicht begründet.[1390]

Im Ergebnis hat der EuGH in Fällen standardessentieller Patente auf den *new product test* verzichtet. Das kumulative Vorliegen der „Magill“-Kriterien ist keine *conditio sine qua non* für die Missbräuchlichkeit einer Lizenzverweigerung. Allerdings hat der EuGH mit der Gegenüberstellung

---

procedure is limited to cases in which a FRAND declaration has been made. This does not include de facto standards“).

1384 *Palzer*, EuZW 2015, 702, 705; *Franz/Podszun*, ZWeR 2017, 205, 214; *Stender*, WuW 2015, 1188, 1194, der die Anwendung auf De-facto-Standards aber für rechtspolitisch sinnvoll erachtet; offenbar auch *Heinemann*, GRUR 2015, 855, 857, da es sich „nicht um einen Fall des Kontrahierungszwangs, sondern um die Erfüllung einer privatautonom eingegangenen Verpflichtung“ handle.

1385 *Franz/Podszun*, ZWeR 2017, 205, 207.

1386 EuGH GRUR 2015, 766, Rdnr. 48 f. – „Huawei“ („weist das Ausgangsverfahren jedoch Besonderheiten auf, die es von den Verfahren unterscheiden, die Anlass zu der in den Rdnr. 46 und 47 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung gegeben haben. Es zeichnet sich *zum einen* dadurch aus, dass das fragliche Patent […] für einen *von einer Standardisierungsorganisation normierten* Standard essenziell ist und seine Benutzung daher für jeden Wettbewerber, der Produkte herzustellen beabsichtigt, die dem Standard, mit dem es verbunden ist, entsprechen, unerlässlich ist“, Hervorh. d. Verf.).

1387 EuGH GRUR 2015, 766, Rdnr. 51 – „Huawei“ („*Zum anderen* zeichnet sich das Ausgangsverfahren dadurch aus, dass das in Rede stehende Patent […] den Status eines SEP nur im Gegenzug zu einer unwiderruflichen Verpflichtungszusage seines Inhabers gegenüber der betreffenden Standardisierungsorganisation, Dritten zu FRAND-Bedingungen Lizenzen zu erteilen, erlangt hat“, Hervorh. d. Verf.).

1388 EuGH GRUR 2015, 766, Rdnr. 53 – „Huawei“.

1389 *Palzer*, EuZW 2015, 702, 705; *Franz/Podszun*, ZWeR 2017, 205, 212; eingehend zum Grundsatz des *venire contra factum proprium* – wer ein berechtigtes Vertrauen der anderen Partei hervorruft, muss sich daran festhalten lassen –, *Olzen/Loschelders*, in: *Staudinger*, BGB[2015], Buch 2, § 242, Rdnr. 284 ff.

1390 *Franz/Podszun*, ZWeR 2017, 205, 214.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

von „*ständiger* Rechtsprechung“[1391] in „Volvo“, „Magill“ und „IMS Health“ einerseits und den „*Besonderheiten*“[1392] des „Huawei“-Falls andererseits ein Regel-Ausnahme-Verhältnis statuiert. Grundsätzlich gilt „IMS Health“ fort, d.h. müssen die „Magill“-Kriterien kumulativ vorliegen. Nur in Ausnahmefällen will der EuGH auf den *new product test* verzichten, etwa wenn der Rechtsinhaber die Lizenzierung verweigert, obwohl er sich in einem Normierungsverfahren zur Lizenzierung verpflichtet hat (*venire contra factum proprium*). Diese Fälle betreffen in erster Linie das Patentrecht. Für den Bereich des Urheberrechts sind solche Fälle allenfalls bei Computerprogrammen denkbar. Hier genügen zur Interoperabilität aber regelmäßig die Schnittstelleninformationen, die zumeist keinen urheberrechtlichen Schutz genießen.

(7) Zwischenergebnis

Nach st. Rspr. des EuGH ist die Lizenzverweigerung eines Marktbeherrschers nur unter „außergewöhnlichen Umständen“ missbräuchlich. Grundsätzlich müssen nach „IMS Health“ die vier „Magill“-Kriterien kumulativ vorliegen: das in Frage stehende Immaterialgut muss unerlässlich sein, um auf dem nachgelagerten Markt tätig zu werden *(essential facility test)*, die Lizenzverweigerung muss das Auftreten eines neuen Produktes verhindern, nach dem eine potentielle Nachfrage der Verbraucher besteht *(new product test)*, sie muss geeignet sein, jeglichen Wettbewerb auf einem abgeleiteten Markt auszuschließen *(leveraging test)*, und sie darf nicht gerechtfertigt sein. Zwar hat sich mit „Huawei“ der Streit, ob das kumulative Vorliegen der „Magill“-Kriterien notwendige oder ausreichende Bedingung für eine Zwangslizenz sind, erledigt. In Ausnahmefällen will auch der EuGH auf den *new product test* verzichten, etwa in Fällen einer Lizenzverweigerung trotz vorhergehender Lizenzzusage (*venire contra factum proprium*). Allerdings sind die Voraussetzungen der kartellrechtlichen Zwangslizenz nur im Anwendungsbereich von „IMS Health“ und „Huawei“ klar umrissen. Der *„better product test“* der „Microsoft“-Entscheidung bedarf der Bestätigung durch den EuGH.[1393] Auch bleibt unklar, ob

1391 EuGH GRUR 2015, 766, Rdnr. 47 – „Huawei“ [Hervorh. d. Verf.].
1392 EuGH GRUR 2015, 766, Rdnr. 48 – „Huawei“ [Hervorh. d. Verf.].
1393 *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 124; *ders.*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 447.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eine Zwangslizenz allein mit der Feststellung unangemessener Preise begründet werden kann oder weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssen.

bb) Deutsches Recht

Unter Anwendung des deutschen Kartellrechts ist der Fall einer „echten" Lizenzverweigerung nur im patentrechtlichen Zusammenhang höchstrichterlich entschieden worden (unten (1)). Aus dem Urheberrecht liegt immerhin der Fall einer diskriminierenden Verweigerung einer *Frei*lizenz vor (unten (2)).

(1) „Standard-Spundfass"

Der BGH hat sich bislang nur in einer Entscheidung zu den Voraussetzungen einer missbräuchlichen Lizenzverweigerung geäußert.[1394] Ein Spundfasshersteller hatte als Inhaber eines Patents an einer technischen Lehre, die der Verband der deutschen Chemie (VCI) als „VCI-Rahmenbedingungen für das neue L-Ring-Fass" zur Industrienorm bestimmt hatte, einigen Konkurrenten Lizenzen bzw. Freilizenzen erteilt und einem italienischen Spundfasshersteller jegliche Lizenz verweigert. Daraufhin hatte dieser die technische Lehre ohne Erlaubnis genutzt und im anschließenden Verletzungsprozess den Einwand des Anspruchs auf Zwangslizenz (§ 242 BGB) erhoben.

(a) Anwendbarkeit deutschen Kartellrechts

Der BGH wendete allein deutsches Kartellrecht an, obwohl eindeutig (auch) Art. 102 AEUV anwendbar gewesen wäre.[1395] Hintergrund dürfte Art. 3 Abs. S. 2 VO 1/2003/EG (bzw. § 22 Abs. 3 S. 3 GWB) sein, wonach

1394 BGH GRUR 2004, 966 – „Standard-Spundfass". BGH GRUR 2009, 694, 695, Rdnr. 21 – „Orange-Book-Standard" – lässt die Erörterung „zusätzlicher Umstände" offen.

1395 *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 128; *ders.*, in: *Ehlermann/Atansiu*, The Interaction between Competition Law and IP Law, S. 659; *Leistner*, IIC 2005, 741, 752.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die Mitgliedstaaten – parallel zum (eigentlich) stets anzuwendenden Unionskartellrecht[1396] – in ihrem Hoheitsgebiet zur Unterbindung oder Ahndung einseitiger Verhaltensweisen strengere innerstaatliche Vorschriften anwenden dürfen. Wenn sich nun das deutsche Kartellrecht – wie hier – als strenger erweist, wird das Unionskartellrecht de facto verdrängt.[1397] Wohl aus diesem Grund hat der BGH von vornherein auf eine Prüfung des Art. 102 AEUV verzichtet.[1398]

(b) Anwendbarkeit neben immaterialgüterrechtlichen Zwangslizenzen

War damit der Anwendungsbereich des deutschen Kartellrechts eröffnet, stellte der BGH fest, dass die kartellrechtliche Zwangslizenz nicht durch die patentrechtliche Zwangslizenz nach § 24 PatG verdrängt wird, weil beide Zwangslizenzen unterschiedlichen Zwecken dienen und unterschiedliche Voraussetzungen haben. So dient § 24 PatG dem öffentlichen Interesse, die kartellrechtliche Zwangslizenz dem Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Während die bloße Inhaberschaft an einem Patent noch keine solche Marktstellung begründet, sondern allenfalls *eine* ihrer Voraussetzungen ist, ist der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung für die patentrechtliche Zwangslizenz weder notwendige Voraussetzung noch ohne weiteres hinreichend.[1399] Spätestens seitdem der BGH in „Elektronischer Programmführer" die Verweigerung einer Freilizenz an urheberrechtlich geschützten Gütern ohne weiteres einer Missbrauchskontrolle nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 GWB (damals § 20

1396 Art. 3 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003/EG (bzw. § 22 Abs. 3 S. 2 GWB); siehe *Rehbinder*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR[5], Bd. 1, VO 1/2003, Rdnr. 32; *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 127.

1397 Vgl. *Rehbinder*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR[5], Bd. 2, § 22 GWB, Rdnr. 19.

1398 Ähnlich *Drexl*, in: *Ehlermann/Atansiu*, The Interaction between Competition Law and IP Law, S. 659 („With regard to this competition law defence, it was appropriate to apply only those ‚competition rules' that provided the most protection for the defendant"); *ders.*, Copyright, Competition and Development, S. 128 („The Court was probably able to do so by arguing a duty to license under German law alone, which would therefore mean there was no need to assess the case also under EU law"); siehe auch *Leistner*, IIC 2005, 741, 752.

1399 BGH GRUR 2004, 966, 967 – „Standard-Spundfass".

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Abs. 1 Alt. 2 GWB) unterzogen hat,[1400] wird angenommen, dass eine auf deutsches Kartellrecht gestützte Zwangslizenz auch nicht durch urheberrechtliche Zwangslizenzen verdrängt wird.[1401]

(c) Voraussetzungen der Missbräuchlichkeit

Ähnlich wie der EuGH drei Monate zuvor in „IMS Health" stellte der BGH klar, dass die Lizenzverweigerung eines Marktbeherrschers nicht ohne weiteres missbräuchlich sei. Nur wenn „zusätzliche Umstände" zur marktbeherrschenden Stellung hinzuträten, sei die Ungleichbehandlung von Lizenzpetenten sachlich nicht gerechtfertigt (§§ 19, 20 Abs. 1 GWB a.F., seit der 8. GBW-Novelle § 19 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 GWB[1402]).[1403] Zwar könnten die „zusätzlichen Umstände" nicht für alle denkbaren Fallgruppen abschließend bestimmt werden. Für den Streitfall genüge aber „die Erkenntnis, dass an die sachliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung dann nicht zu geringe Anforderungen gestellt werden dürfen, wenn sich die marktbeherrschende Stellung eines Patentinhabers nicht (allein) aus der der Erfindung zu Grunde liegenden Leistung ergibt wie insbesondere daraus, dass sich auf Grund überragender technischer oder wirtschaftlicher Vorteile der erfindungsgemäßen Lehre alternative Lösungen auf dem Markt nicht absetzen lassen, sondern (zumindest auch) darauf beruht, dass der Zugang zu einem nachgelagerten Produktmarkt auf Grund einer Norm oder auf Grund normähnlicher einheitlicher Vorgaben der Produktnachfrager von der Befolgung der patentgemäßen Lehre abhängig ist".[1404] Denn in diesem Fall verhindere oder erschwere die Norm, dass sich die patent-

1400 BGH GRUR 2012, 1062, 1063 f., Rdnr. 28 ff. – „Elektronischer Programmführer".

1401 *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], vor §§ 31 ff., Rdnr. 85; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], Einl., Rdnr. 38; *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, S. 169; *Wirtz/Holzhäuser*, WRP 2004, 683, 691; *Jung*, ZWeR 2004, 379, 384; offenbar auch *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], Einl., Rdnr. 62; a.A. *Wolff*, S. 140, der nur für das Diskriminierungsverbot eine Ausnahme macht („Durch die Aufnahme von Zwangslizenzregelungen in die einzelnen Immaterialgüterrechte hat der Gesetzgeber deutlich gemacht, dass und unter welchen Bedingungen eine Zwangslizenzierung als Einschränkung des geistigen Eigentums in Betracht kommt").

1402 *Hausmann*, GewArch 2014, 101, 101.

1403 BGH GRUR 2004, 966, 968 – „Standard-Spundfass".

1404 BGH GRUR 2004, 966, 968 – „Standard-Spundfass".

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gemäße Lösung, wie es Sinn und Zweck des Patentschutzes entspreche, im Substitutionswettbewerb mit abweichenden technischen Lösungen bewähren muss. Für die Feststellung der Missbräuchlichkeit müssen also *insbesondere*[1405] drei „zusätzliche Umstände" kumulativ vorliegen: Erstens muss die technische Lehre unerlässlich für ein Tätigwerden auf dem nachgelagerten Produktmarkt sein *(essential facility test)*; dies folgt aus der Formulierung, „dass der Zugang zu einem nachgelagerten Produktmarkt von der Befolgung der patentgemäßen Lehre abhängig ist".[1406] Zweitens darf sich die Unerlässlichkeit nicht (allein) aus der der Erfindung zugrunde liegenden Leistung ergeben, sondern muss (zumindest auch) auf einer Norm oder auf normähnlichen einheitlichen Vorgaben, also auf äußeren Umständen beruhen.[1407] Drittens darf die Ungleichbehandlung nicht sachlich gerechtfertigt sein.[1408]

Das Urteil überzeugt mit seiner ökonomischen Argumentation:[1409] Der Imitationswettbewerb darf nur soweit beschränkt werden wie es zur Förderung des Substitutionswettbewerbs erforderlich ist.[1410] Wenn die Unerlässlichkeit einen Substitutionswettbewerb verhindert, entfällt (ex post) die Rechtfertigung für die Beschränkung des Imitationswettbewerbs. Dann kommt es darauf an, ob die Unerlässlichkeit – und mithin die marktbeherrschende Stellung – auf einer erfinderischen Leistung – die es als Ergebnis

---

1405 BGH GRUR 2004, 966, 968 – „Standard-Spundfass" („Welche Umstände hierfür in Betracht kommen, lässt sich nicht für alle denkbaren Fallgruppen abschließend bestimmen. Für den Streitfall genügt die Erkenntnis […]").

1406 *Leistner*, ZWeR 2005, 138, 159; *ders.*, IIC 2005, 741, 751; *Surblytė*, S. 112; vgl. auch *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 131.

1407 *Ohly*, in: *Oberender*, Wettbewerb und geistiges Eigentum, S. 60; *Surblytė*, S. 114; *Maume*, in: *Hilty/Liu*, Compulsory Licensing, S. 102.

1408 *Leistner*, ZWeR 2005, 138, 159; *ders.*, IIC 2005, 741, 751; *Surblytė*, S. 112.

1409 So auch *Drexl*, in: *Büscher/Erdmann/Haedicke/Köhler/Loschelder*, FS Bornkamm, S. 147; *Leistner*, ZWeR 2005, 138, 159; *ders.*, IIC 2005, 741, 749 u. 751 f.; *Ohly*, in: *Oberender*, Wettbewerb und geistiges Eigentum, S. 60; in diese Richtung auch *Drexl*, in: *Ehlermann/Atansiu*, The Interaction between Competition Law and IP Law, S. 658 u. 663; *Conde Gallego*, GRUR Int. 2006, 16, 28; *Surblytė*, S. 114; *Maume*, in: *Hilty/Liu*, Compulsory Licensing, S. 102. Der BGH beruft sich dabei ausdrücklich auf die Ausführungen von *Ullrich*, jetzt *Ullrich/Heinemann*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR[5], Bd. 1, VII., B., Rdnr. 42.

1410 BGH GRUR 2004, 966, 968 – „Standard-Spundfass" („Diese Ausschließlichkeit ist nicht Ausnahme vom Wettbewerb, sondern sein Mittel, das die Mitbewerber des Schutzrechtsinhabers auf substitutiven statt auf imitierenden Wettbewerb verweist").

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

des Substitutionswettbewerbs ex ante zu fördern gilt[1411] – oder (auch) auf äußeren Umständen beruht. Im zweiten Fall kann – vorbehaltlich einer sachlichen Rechtfertigung – die diskriminierende Lizenzverweigerung als missbräuchlich eingestuft werden.

Nach allgemeiner Ansicht kann „Standard-Spundfass" auf das Urheberrecht übertragen werden.[1412] Unklar bleibt aber, ob der BGH Fälle der generellen Lizenzverweigerung ebenso entscheiden würde. Dafür spricht, dass die „Standard-Spundfass"-Kriterien nicht abschließend gelten sollen und die Argumentation weniger auf der Diskriminierung als auf der Standardisierung beruht.[1413] Dagegen spricht, dass eine Zwangslizenz weniger eingriffsintensiv ist, wenn der Rechtsinhaber bereits Lizenzen erteilt hat.[1414]

(2) „Elektronischer Programmführer"

Im urheberrechtlichen Zusammenhang hat sich der BGH nur zum Fall einer diskriminierenden Verweigerung einer Freilizenz geäußert. Einige private Fernsehsender (u.a. ProSieben, Sat.1, RTL) haben den Verlegern von Print-Fernsehzeitschriften kostenlos Nutzungsrechte am Programmankündigungsmaterial (Beschreibungen von Fernsehsendungen und Lichtbilder) eingeräumt, während sie von den Betreibern sog. elektronischer Fernsehprogrammführer (EPGs) mittels der VG Media Nutzungsgebühren verlangen. Mit anderen Worten weigern sie sich, auch den EPG-Betreibern

1411 BGH GRUR 2004, 966, 968 – „Standard-Spundfass" („Diese Rechtsposition beansprucht auch dann Schutz, wenn der Patentinhaber marktbeherrschend ist. Denn im Interesse der Technologieförderung schützt das Patent gerade auch das in einer Erfindung verkörperte Potenzial, die formale Ausschließlichkeitsstellung auf dem Markt zu einem wirtschaftlichen Monopol ausbauen zu können").

1412 *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 129; *Heinemann*, ZWeR 2005, 198, 205; offenbar auch *Leistner*, ZWeR 2005, 138, 159; *Conde Gallego*, GRUR Int. 2006, 16, 27.

1413 *Drexl*, in: *Ehlermann/Atansiu*, The Interaction between Competition Law and IP Law, S. 659; *ders.*, Copyright, Competition and Development, S. 129; *Leistner*, ZWeR 2005, 138, 158; *ders.*, IIC 2005, 741, 751; *Surblytė*, S. 113.

1414 *Maume*, Der kartellrechtliche Zwangslizenzeinwand im Patentverletzungsprozess, S. 25; siehe auch *Ohly*, in: *Oberender*, Wettbewerb und geistiges Eigentum, S. 60;.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Freilizenzen einzuräumen.[1415] Damit dürfte es sich weniger um einen Lizenzverweigerungsfall als um einen *reinen* Diskriminierungsfall handeln.[1416] Der EPG-Betreiber tvtv Services hat deshalb das auf den Internetseiten der Sender verfügbare Programmankündigungsmaterial ohne Nutzungserlaubnis heruntergeladen und in ihren EPG „tvtv.de" integriert. Gegen die (von der VG Media angestrengte) Unterlassungsklage erhob tvtv Services u.a. den Einwand des Anspruchs auf Zwangslizenz (§ 242 BGB), da die Fernsehsender durch die in der Unterlassungsklage zum Ausdruck kommende Verweigerung einer kostenlosen Lizenz ihre marktbeherrschende Stellung missbrauchten.[1417] Der BGH hielt es für möglich, dass die Fernsehsender, denen die Unterlassungsklage der VG Media zuzurechnen sei,[1418] die Freilizenz missbräuchlich verweigerten. So beherrschten die Fernsehsender den Lizenzmarkt, weil nur sie die Nutzungsrechte am jeweiligen Programmankündigungsmaterial einräumen könnten.[1419] Auch hätten sie die Verleger von Print-Fernsehzeitschriften und die EPG-Betreiber ungleich i.S.v. § 19 Abs. 2 Nr. Alt. 2 GWB (damals § 20 Abs. 1 Alt. 2 GWB) behandelt.[1420] Mangels hinreichender Feststellungen der Berufungsinstanz ließ der BGH aber offen, ob die Ungleichbehandlung missbräuchlich sei.[1421] Im Lichte der „Standard-Spundfass"-Kriterien dürfte dies freilich zu verneinen sein, da das spezifische Programmankündigungsmaterial für die Tätigkeit auf dem Markt für elektronische Fernsehprogrammführer wohl kaum unerlässlich ist *(essential facility test)*.[1422]

1415 Hier liegt der wesentliche Unterschied zu „Magill", weil dort die Fernsehsender generell Lizenzen verweigert hatten, *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 129; *ders.*, in: *Büscher/Erdmann/Haedicke/Köhler/Loschelder*, FS Bornkamm, S. 137 f.

1416 *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 129 f.; *ders.*, in: *Büscher/Erdmann/Haedicke/Köhler/Loschelder*, FS Bornkamm, S. 139.

1417 LG Leipzig ZUM 2009, 980, 983 – „Elektronischer Programmführer". Dass tvtv Services keine Lizenzgebühren hinterlegt hat, ist mit den „Orange-Book-Standard"-Grundsätzen in BGH GRUR 2009, 694, 696, Rdnr. 29, vereinbar, weil der Einwand die Einräumung einer kostenlosen Lizenz betrifft, BGH GRUR 2012, 1062, 1064, Rdnr. 40 – „Elektronischer Programmführer".

1418 BGH GRUR 2012, 1062, 1064, Rdnr. 31 – „Elektronischer Programmführer".

1419 BGH GRUR 2012, 1062, 1064, Rdnr. 32 – „Elektronischer Programmführer".

1420 BGH GRUR 2012, 1062, 1064, Rdnr. 34 – „Elektronischer Programmführer".

1421 BGH GRUR 2012, 1062, 1064, Rdnr. 35 – „Elektronischer Programmführer".

1422 *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 131; siehe auch *ders.*, in: *Büscher/Erdmann/Haedicke/Köhler/Loschelder*, FS Bornkamm, S. 145 f.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(3) Zwischenergebnis

Der BGH hat in „Standard-Spundfass“ und „Elektronischer Programmführer“ klargestellt, dass die kartellrechtliche Zwangslizenz nicht durch die urheberrechtlichen Zwangslizenzen verdrängt wird. Nach deutschem Kartellrecht ist eine *diskriminierende* Lizenzverweigerung eines Werkes *insbesondere* dann missbräuchlich, wenn drei „zusätzliche Umstände“ kumulativ vorliegen: Erstens muss das Werk unerlässlich für ein Tätigwerden auf dem nachgelagerten Produktmarkt sein *(essential facility test)*. Zweitens darf sich die Unerlässlichkeit nicht (allein) aus der dem Werk zugrunde liegenden Leistung ergeben, sondern muss (zumindest auch) auf äußeren Umständen beruhen. Drittens darf die Lizenzverweigerung nicht sachlich gerechtfertigt sein.

Indem der BGH stillschweigend[1423] nur das erste und vierte „Magill“-Kriterium angewendet hat,[1424] ist er klar von der EuGH-Rspr. abgewichen. Im Übrigen verzichtet er – zumindest für Fälle der diskriminierenden Lizenzierung – auf den *leveraging test* und ersetzt den *new product test* durch ein deutlich flexibleres Kriterium: die Unerlässlichkeit muss zumindest *auch* auf äußeren Umständen beruhen, worunter auch Netzwerkeffekte subsumiert werden dürften.[1425] Darüber hinaus ist das Vorliegen der „Standard-Spundfass“-Kriterien keine notwendige, sondern eine ausreichende Bedingung für die Anordnung einer Zwangslizenz. Unklar bleibt aber, ob „Standard-Spundfass“ auch für Fälle der *generellen* Lizenzverweigerung gilt. Jedenfalls lassen sich kartellrechtliche Zwangslizenzen unter Anwendung des deutschen Kartellrechts leichter begründen als unter Anwendung des Unionskartellrechts.[1426] Dies steht im Einklang mit Art. 3 Abs. S. 2 VO 1/2003/EG, der die Anwendung strengerer nationaler Kartellrechtsvorschriften auf Fälle der Lizenzverweigerung erlaubt.

1423 BGH GRUR 2004, 966, 968 – „Standard-Spundfass“ – zitiert „Volvo“, „Magill“ und „IMS Health“ nur im Zusammenhang mit dem Erfordernis „zusätzlicher Umstände“.

1424 Vgl. *Leistner*, ZWeR 2005, 138, 159; *Surblytė*, S. 112.

1425 Vgl. *Lamping*, Patentschutz und Marktmacht, S. 352.

1426 *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 129.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

cc) Französisches Recht

Unter Anwendung des französischen Kartellrechts (Art. 420-2 Abs. 1 S. 1 C. com.) sind – soweit ersichtlich – bislang ein Fall einer Lizenzierung zu überhöhten Preisen (unten (1)), ein Fall der Nicht-Offenlegung von Schnittstelleninformationen (unten (2)), ein Fall einer „echten" Lizenzverweigerung (unten (3)) und ein Fall der Verweigerung einer Lizenzverlängerung (unten (4)) richterlich entschieden worden.

(1) „Lectiel"

Im ersten Fall hatte Lectiel, ein Unternehmen, das eine Datenbank zu Zwecken des Telefonmarketing erstellte und vermarktete, das elektronische Telefonbuch der France Télécom aus dem Internet heruntergeladen.[1427] Darin waren aber nur die Namen derjenigen Fernsprechteilnehmer nicht erfasst, die der Eintragung widersprochen hatten („liste rouge"), nicht die Namen derjenigen, die nur keine Nutzung ihrer Daten zu Zwecken des Telefonmarketing wünschten („liste orange"). Nachdem Lectiel unter Strafandrohung verpflichtet worden war, ihre Datenbanken um die auf der „liste orange" verzeichneten Namen zu bereinigen, forderte sie France Télécom 1991 auf, ihr diese Liste zugänglich zu machen. France Télécom verweigerte eine Lizenz an der „liste orange" mit der – zutreffenden – Begründung, dass sie dazu nicht berechtigt sei. Statt aber Lectiel das um die „liste orange" bereinigte „bloße" Fernsprechteilnehmerverzeichnis zu lizenzieren, verwies sie auf ihre eigenen Produkte, mit denen Lectiel gerade konkurrieren wollte: Die Direktmarketingdatenbank „Marketis" war um die „liste orange" *und* die „liste safran" bereinigt und kostete 0,30 FRF je Adresse, die Telefonmarketingdatenbank „Téladresses" war nur um die „liste orange" bereinigt und kostete 0,60 bis 1,20 FRF je Adresse; die „liste safran" enthielt zusätzlich die Namen derjenigen Personen, die kein Direktmarketing via Fax oder Telex wünschten. Kurzum erteilte France Télécom zwar eine Lizenz an ihrer Sole-source-Datenbank, aber zu Produktmarkt- statt zu Lizenzmarktpreisen. Lectiel hielt dieses Verhalten

1427 Hier war fraglich, ob das elektronische Telefonbuch sui-generis-Datenbankschutz genießt, was die Cour de cassation in einem gesonderten Verfahren bejahte, Cass. com., Urt. v. 23.5.2010, JurisData n° 2010-002593 – „Lectiel II", siehe 1. Kapitel B. III. 3. a) bb).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

für missbräuchlich und erhielt zehn Jahre später (2001) von der Cour de cassation Recht.[1428] France Télécom wurde verurteilt, Lectiel das um die „liste orange" bereinigte „bloße" Fernsprechteilnehmerverzeichnis zu lizenzieren bzw. den Datenbestand von Lectiel um die „liste orange" zu bereinigen, und zwar jeweils zu kostenorientierten Preisen.[1429] Die Entscheidung wurde damit begründet, dass France Télécom den Markt für Fernsprechteilnehmerverzeichnisse beherrsche und ein um die „liste orange" bereinigtes Fernsprechteilnehmerverzeichnis unerlässlich sei, um auf dem Markt für Telefonmarketingdatenbanken tätig zu werden.[1430] Damit wurde allein auf das *essential facility*-Kriterium abgestellt.[1431] Möglicherweise spielte außerdem eine Rolle, dass die marktbeherrschende Stellung von France Télécom auf *äußeren* Umständen beruhte, nämlich einem gesetzli-

1428 Cass. com., Urt. v. 4.12.2001, JurisData n° 2001-012012 = GRUR Int. 2003, 867 – „Lectiel I".

1429 Cass. com., Urt. v. 4.12.2001, JurisData n° 2001-012012 = GRUR Int. 2003, 867 – „Lectiel I" („France Télécom ne pouvait que proposer des listes d'abonnés expurgées de ceux inscrits sur cette liste ou proposer une prestation de mise en conformité des fichiers externes avec la liste orange; […] la société France Télécom est tenue, jusqu'à la mise en service de l'organisme prévu par ce texte, de mettre à la disposition de toute personne qui lui en fait la demande la liste consolidée comportant, sous réserve des droits des personnes concernées, les informations contenues dans l'annuaire universel à un prix reflétant les coûts"); krit. *Lucas*, Propr. intell. 3 (2002), 62, 64 („Dire que le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle peut abuser de son droit en exigeant des tarifs excessifs est une chose. Dire que l'abus commence dès que le tarif n'est plus ‚orienté' vers les coûts, c'est, semble-t-il, exclure que ce tarif puisse intégrer une rémunération au titre exclusif en tant que tel"); ähnlich *Szönyi*, GRUR Int. 2003, 867, 869.

1430 Cass. com., Urt. v. 4.12.2001, JurisData n° 2001-012012 = GRUR Int. 2003, 867 – „Lectiel I" („France Télécom, qui jouissait à l'époque considérée d'un monopole légal sur le marché des télécommunications entre points fixes, était la seule en mesure de fournir aux opérateurs la liste des abonnés au téléphone, tenue à jour et expurgée des noms des personnes figurant en liste orange ou safran; […] en l'état de ces constatations et énonciations, […] la liste des abonnés au téléphone ainsi expurgée constituait une ressource essentielle pour les opérateurs intervenant sur le marché des fichiers de prospection").

1431 Aus diesem Grund krit. *Lucas*, Propr. intell. 3 (2002), 62, 63; *Szönyi*, GRUR Int. 2003, 867, 869.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

chen Monopol.[1432] Die (übrigen) „Magill"-Kriterien wurden indes mit keiner Silbe erwähnt.[1433]

(2) „NMPP"

Im zweiten Fall hatte sich der Pressevertriebsdienstleister („messagerie de presse") Nouvelles Messageries de Presse Parisienne (NMPP) geweigert, seinem Wettbewerber Messageries Lyonnaises de Presses (MLP) die Schnittstelleninformationen[1434] seines Computerprogramms „Presse 2000" zugänglich zu machen. Das Programm bestand im Wesentlichen aus zwei Teilen („tronc" i.S.v. „partie principale"[1435]): Der „tronc commun" diente den Großhändlern („dépositaires") dazu, die Informationen aus dem Verhältnis zu den Einzelhändlern („diffuseurs") zu verarbeiten, und zwar für alle Presseerzeugnisse gemeinsam (deshalb „tronc *commun*").[1436] Mithilfe des anderen Teils übermittelten und empfingen sie die Informationen *ausschließlich* an und von NMPP. Der Informationsaustausch mit MLP erfolgte mittels des Computerprogramms „TID".[1437] Mangels Interoperabilität von „Presse 2000" und „TID" waren die Großhändler gezwungen, die von MLP erhaltenen Informationen in „Presse 2000" bzw. ihre Informationen in „TID" manuell einzugeben. Um den Informationsaustausch mit den

1432 Vgl. *Lucas*, Propr. intell. 3 (2002), 62, 63.

1433 Vgl. *Lucas*, Propr. intell. 3 (2002), 62, 63 („Contrairement aux précédents communautaires précités, l'arrêt ne contient aucune allusion à de quelconques circonstances exceptionnelles").

1434 *Lemarchand*, Propr. intell. 11 (2004), 626, 628 („Nous comprenons des faits de l'espèce que l'objectif des MLP n'était pas d'utiliser *Presse 2000*, ni de le commercialiser, mais simplement de mettre en place une communication technique entre son logiciel *TID* et *Presse 2000*"); vgl. Cons. con., Entsch. v. 22.12.2003, n° 03-MC-04 – „NMPP", Art. 1 („Il est enjoint à la société Nouvelles Messageries de Presse Parisienne (NMPP) […] d'accorder aux MLP […] un accès direct au tronc commun du logiciel Presse 2000 […] en mettant en place […] un *transfert automatique de fichiers entre* le système informatique des MLP, *TID* ou équivalent, *et Presse 2000*", Hervorh. d. Verf.) und Rdnr. 39 („Fournir aux MLP toute l'*information* nécessaire pour permettre un accès effectif au réseau Presse 2000 et une véritable *interopérabilité* entre TID (ou équivalent) et Presse 2000", Hervorh. d. Verf.); siehe auch *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 133.

1435 Le Petit Robert, S. 2631.

1436 *Lemarchand*, Propr. intell. 11 (2004), 626, 626.

1437 *Lemarchand*, Propr. intell. 11 (2004), 626, 626.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Großhändlern zu erleichtern, beantragte MLP beim Conseil de la concurrence den Zugang zum „tronc commun", der ihr Ende 2003 erteilt wurde.[1438] Auf die Klage von NMPP hin wurde die Anordnung Anfang 2004 von der Cour d'appel de Paris bestätigt. Wie die Cour de cassation in „Lectiel" stellte die Cour d'appel allein auf die marktbeherrschende Stellung und das Unerlässlichkeitskriterium ab.[1439] Die Cour de cassation hob dieses Urteil zwar ein Jahr später – und damit nach „IMS Health" – auf, stellte aber ebenfalls nur auf das *essential facility*-Kriterium ab, ohne die (übrigen) „Magill"-Kriterien auch nur zu erwähnen.[1440] Der „tronc commun" von „Presse 2000" sei nicht unerlässlich, weil MLP materiell und finanziell in der Lage sei, ein gleichwertiges Computerprogramm zu entwickeln.[1441] Während in den Entscheidungen die Schutzfähigkeit der Schnittstelleninformationen nicht einmal angesprochen wird, nimmt die Literatur einen urheber- bzw. immaterialgüterrechtlichen Schutz ohne wei-

1438 Cons. con., Entsch. v. 22.12.2003, n° 03-MC-04 – „NMPP".

1439 CA Paris, Urt. v. 31.1.2006, JurisData n° 2006-298119 – „NMPP"; krit. *Drexl*, in: *Ehlermann/Atansiu*, The Interaction between Competition Law and IP Law, S. 657.

1440 Vgl. *Poumarède*, JCP G 2005, 1642, 1646; krit. daher *Schmidt-Szalewski*, Propr. ind. 1/2006, 22, 24 („[L]e caractère indispensable de l'objet du droit d'auteur ne suffit pas à caractériser l'abus"); zust. *Decocq*, Comm. com. électr. 10/2005, 39, 39 f. („L'impossibilité de reproduire une installation essentielle doit être absolue. Cette conception restrictive, mais protectrice des droits de propriété, limite fortement l'application qui peut être faite de cette théorie"); *Caron*, Comm. com. électr. 10/2005, 27, 28 („La Cour de cassation rappelle ici cette règle de bons sens: les atteintes à la propriété intellectuelle, au nom de droit de la concurrence, ne doivent exister qu'exceptionnellement").

1441 Cass. com., Urt. v. 12.7.2005, JurisData n° 2005-029484 = Propr. ind. 1/2006, 22, 23 = IIC 2006, 239, 240 – „NMPP" („[E]n se déterminant par de tels motifs impropres à établir que des solutions alternatives économiquement raisonnables […] ne pourraient être mises en œuvre par les MLP qui avaient admis devant le Conseil être en mesure matériellement et financièrement de concevoir un logiciel équivalent à Presse 2000 […], et faute par conséquent de constater que le tronc commun du logiciel Presse 2000 serait indispensable à l'exercice de l'activité des MLP, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision"); krit. *Lemarchand*, Propr. intell. 10 (2005), 481, 482 („Or, dans l'affaire *NMPP*, la difficulté pour les *MLP* ne réside pas dans la capacité à faire un logiciel couvrant les fonctionnalités utiles à ses clients, mais dans le fait que ces clients refusent d'utiliser tout autre logiciel que celui des *NMPP*").

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

teres an,[1442] behandelt die von der Cour d'appel bestätigte Anordnung des Conseil de la concurrence also als eine Zwangslizenz.[1443]

(3) „Digitechnic"

Im dritten, ebenfalls von der Cour d'appel de Paris entschiedenen Fall hatte Microsoft den PC-Herstellern Gateway und Dell Lizenzen an „Microsoft Office" zu Preisen von je 300 bis 600 Francs (ca. 46 bis 92 Euro) erteilt, während es dem französischen PC-Hersteller Digitechnic „MS Office"-Lizenzen allenfalls zu einem Preis von je 5.000 Francs (ca. 762 Euro) erteilen wollte. Die Cour d'appel de Paris hob einen Beschluss des Conseil de la concurrence, der einen Missbrauch verneint hatte, auf. Die im Mai 2005 – also ein Jahr nach „IMS Health" – ergangene Entscheidung zitiert den angefochtenen Beschluss, wonach „un refus de licence n'est pas, en soi anticoncurrentiel, puisqu'il relève de la liberté commerciale du propriétaire du bien intellectuel, *sauf si ce bien est essentiel à l'activité du demandeur*".[1444] Weiter stellt sie unter Bezugnahme auf die „Microsoft"-Entscheidung der Europäischen Kommission fest, dass „les situations factuelles où l'exercice d'un droit exclusif peut constituer un abus de position dominante *ne peuvent se limiter à un cas particulier de circonstances*".[1445] Anschließend werden „circonstances particulières" erwogen, die die Missbräuchlichkeit begründen könnten.[1446] Insbesondere sei fraglich, ob Microsoft Office mit anderen Office-Pakete (etwa von Corel und Lotus)

1442 Vgl. *Caron*, Comm. com. électr. 10/2005, 27, 28; *Lemarchand*, Propr. intell. 10 (2005), 481, 481; *ders.*, Propr. intell. 11 (2004), 626, 627; *Poumarède*, JCP G 2005, 1642, 1642; *Schmidt-Szalewski*, Propr. ind. 1/2006, 22, 23; *Decocq*, Comm. com. électr. 10/2005, 39, 39 f.

1443 Vgl. *Maréchal*, Rdnr. 264 („condamnation du refus de licence"); *Schmidt-Szalewski*, Propr. ind. 1/2006, 22, 23 („injonction de concéder une licence"); *Lemarchand*, Propr. intell. 11 (2004), 626, 628 („licence judiciaire").

1444 CA Paris, Urt. v. 24.5.2005, JurisData n° 2005-277952 – „Digitechnic".

1445 CA Paris, Urt. v. 24.5.2005, JurisData n° 2005-277952 – „Digitechnic"; vgl. Kommission, Entsch. v. 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, Rdnr. 557 – „Microsoft".

1446 CA Paris, Urt. v. 24.5.2005, JurisData n° 2005-277952 – „Digitechnic" („Qu'il résulte de ces *circonstances particulières* qu'il ne peut être exclu que la société Microsoft ait abusé de sa position dominante sur le marché des systèmes d'exploitation des ordinateurs personnels et sur celui des logiciels d'application de bureautique", Hervorh. d. Verf.).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wirklich austauschbar sei. Zudem sei Digitechnic ungleich behandelt worden. Erneut spielte der *new product test* keine Rolle. Vielmehr kann „Digitechnic“ so gedeutet werden, dass die Cour d’appel de Paris das Vorliegen der „Magill“-Kriterien als ausreichende, aber nicht als notwendige Bedingung einer missbräuchlichen Lizenzverweigerung erachtet.

(4) „Blogmusik“

Keinen Fall einer „echten“ Lizenzverweigerung, aber einer Kündigung des Lizenzvertrages und damit einer Verweigerung der Lizenz*verlängerung* hatte der Tribunal de grande instance de Paris 2011 im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zu entscheiden. Die französische Tochter des US-amerikanischen Major-Labels Universal Music Group (UMG) hatte den Lizenzvertrag mit Blogmusik, dem französischen Betreiber des Musikstreaming-Dienstes „Deezer“, gekündigt und kurz darauf den Erlass einer einstweiligen Unterlassungsverfügung beantragt.[1447] Der Tribunal de grande instance lehnte es ab, Blogmusik die weitere Nutzung des UMG-Repertoires zu verbieten, weil UMG eine marktbeherrschende Stellung auf dem Lizenzmarkt innehabe und diese durch die Verweigerung der Lizenzverlängerung missbraucht habe: das UMG-Repertoire sei für die Tätigkeit auf dem Markt für Musikstreaming-Dienste unerlässlich *(essential facility test)* und die Lizenzverweigerung sei geeignet, sowohl jeglichen Wettbewerb auf einem abgeleiteten Markt auszuschließen *(leveraging test)* als auch den Verbraucher zu schädigen.[1448] Abgesehen von der ungewöhnlichen Rechtsfolge – Ausschluss des Unterlassungsanspruchs statt Anordnung einer Zwangslizenz[1449] – ist die Entscheidung vor allem deshalb be-

1447 TGI Paris, Beschl. v. 5.9.2011, RLDI 75 (2011), 22, 22 = Comm. com. électr. 11/2011, 39, 39 – „Blogmusik“.

1448 TGI Paris, Beschl. v. 5.9.2011, RLDI 75 (2011), 22, 23 = Comm. com. électr. 11/2011, 39, 39 – „Blogmusik“ („Enfin, le refus […] constitue à lui seul un abus de position dominante car le refus porte sur un produit qui est objectivement *nécessaire* pour exercer une concurrence efficace sur le marché, que le refus est susceptible de conduire à l’élimination d’une *concurrence effective sur le marché* et enfin le refus est susceptible de *léser le consommateur*“, Hervorh. d. Verf.).

1449 *Caron*, Comm. com. électr. 11/2011, 39, 40; siehe aber *Auroux*, RLDI 76 (2011), 22, 27 f. („La présente décision ne reconnaît donc en rien a Deezer le droit d’exploiter librement le catalogue de la société Universal; mais maintient cette ex-

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

merkenswert, als erstmals in der französischen Rspr. drei der vier „Magill"-Kriterien angewendet wurden.[1450] Freilich verlangte der Tribunal de grande instance kein Auftreten eines *neuen* Produktes, sondern ließ das Entfallen eines bereits *bestehenden* Produktes genügen, indem er – wie EuG und Kommission – auf den drohenden Schaden für die Verbraucher abstellte.[1451]

(5) Zwischenergebnis

Abgesehen von „Blogmusik" hat die französische Rspr. für Fälle der Lizenzverweigerung bzw. der Lizenzierung zu unangemessenen Preisen bislang vorrangig auf das *essential facility*-Kriterium abgestellt, die übrigen „Magill"-Kriterien hingegen unberücksichtigt gelassen. Freilich handelte es sich streng genommen nur bei „NMPP" – und auch nur, wenn man mit der Literatur von einer Schutzfähigkeit der Schnittstelleninformationen ausgeht – um einen Fall der generellen Lizenzverweigerung. Da die Cour de cassation das Urteil der Cour d'appel bereits mithilfe des *essential facility test* aufheben konnte, bleibt unklar, ob und inwieweit sie die übrigen „Magill"-Kriterien, insbesondere den *new product test*, in Zukunft anwenden wird.[1452] Die Entscheidung „Blogmusik" jedenfalls weist in die Richtung, den *new product test* durch den flexibleren Begriff eines „Schadens für die Verbraucher" zu ersetzen. Unabhängig davon, ob ein solcher Ansatz mit „IMS Health" – wie hier vertreten – vereinbar ist, darf das französische Recht jedenfalls strenger angewendet werden als das Unionsrecht (Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003/EG).

---

ploitation dans le cadre et aux conditions – notamment financières – de la licence temporaire"). Beide Parteien haben sich kurz darauf verglichen und einen neuen Lizenzvertrag geschlossen, *Costes*, RLDI 75 (2011), 22, 23.

1450 Vgl. *Costes*, RLDI 75 (2011), 22, 23; *Auroux*, RLDI 76 (2011), 22, 28; *Bruguière*, Propr. intell. 42 (2012), 36, 37.

1451 *Caron*, Comm. com. électr. 11/2011, 39, 40.

1452 *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 135; *Maréchal*, Rdnr. 267; siehe auch *Poumarède*, JCP G 2005, 1642, 1646.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dd) Zwischenergebnis

Nach Unions-, deutschem- und französischem Kartellrecht ist die Lizenzverweigerung als solche, auch durch ein marktbeherrschendes Unternehmen, noch nicht missbräuchlich. Vielmehr müssen „außergewöhnliche", „zusätzliche" bzw. „besondere Umstände" hinzutreten. Nach dem „IMS Health"-Urteil des EuGH ist dazu grundsätzlich das kumulative Vorliegen von vier Voraussetzungen („Magill"-Kriterien) erforderlich: das in Frage stehende Immaterialgut muss unerlässlich sein, um auf dem nachgelagerten Markt tätig zu werden *(essential facility test)*, die Lizenzverweigerung muss das Auftreten eines neuen Produktes verhindern, nach dem eine potentielle Nachfrage der Verbraucher besteht *(new product test)*, sie muss geeignet sein, jeglichen Wettbewerb auf einem abgeleiteten Markt auszuschließen *(leveraging test)*, und sie darf nicht gerechtfertigt sein. Nur in Ausnahmefällen will der EuGH auf den *new product test* verzichten, etwa in Fällen einer Lizenzverweigerung trotz vorhergehender Lizenzzusage (*venire contra factum proprium*). Ob schon die Festsetzung unangemessener Preise auf dem Produktmarkt für sich genommen eine Zwangslizenz rechtfertigen kann oder weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssen, bleibt unklar. Unter Anwendung des deutschen und französischen Kartellrechts lassen sich Zwangslizenzen leichter begründen, was im Einklang mit Art. 3 Abs. S. 2 VO 1/2003/EG steht. Der BGH hält es im Falle einer *diskriminierenden* Lizenzverweigerung für *ausreichend*, wenn das Werk unerlässlich für ein Tätigwerden auf dem nachgelagerten Produktmarkt ist *(essential facility test)*, sich die Unerlässlichkeit nicht (allein) aus der dem Werk zugrunde liegenden Leistung ergibt, sondern (zumindest auch) auf äußeren Umständen beruht, und die Lizenzverweigerung nicht sachlich gerechtfertigt ist. Unklar bleibt, ob diese Voraussetzungen auch für Fälle der *generellen* Lizenzverweigerung gelten. Die Cour de cassation verlangt in solchen Fällen jedenfalls die Unerlässlichkeit des Immaterialgutes für den nachgelagerten Markt *(essential facility test)*, hat aber offen gelassen, ob und – wenn ja – welche Voraussetzungen es im Übrigen für die Anordnung einer Zwangslizenz verlangt. Damit verlangen alle drei Rechtsordnungen den *essential facility test*. Im Übrigen sind die Anforderungen in Fällen genereller Lizenzverweigerungen zumindest nach deutschem und französischem Recht unklar.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c) Vorgaben des Konventions- und Unionsrechts

Zweifellos kann die kartellrechtliche Zwangslizenz schon deshalb nicht dem Numerus clausus der Informationsgesellschafts-RL unterfallen, weil Art. 102 AEUV als Primärrechtsnorm Vorrang vor Art. 5 Informationsgesellschafts-RL hat und der europäische Gesetzgeber die Anwendbarkeit auch des nationalen Kartellrechts voraussetzt.[1453] Die Vorgaben des Konventionsrechts bedürfen dagegen der Erörterung, da die eng verwandte *urheber*rechtliche Zwangslizenz dem dortigen Dreistufentest unterfällt.[1454] Der EuGH konnte die Frage in „Magill" offen lassen, weil die EU (damals EG) keine Partei der RBÜ ist[1455] und Art. 102 AEUV (damals Art. 86 EGV) Vorrang vor Art. 9 Abs. 2 RBÜ habe, weil dieser durch die Pariser Fassung von 1971 eingefügt wurde, die die betroffenen Mitgliedstaaten erst nach ihrem Beitritt zur EU (damals EWG) ratifiziert haben.[1456] Generalanwalt Gulmann hatte bereits die Geltung des Dreistufentests (Art. 9 Abs. 2 RBÜ) angezweifelt,[1457] und zusätzlich argumentiert, dass zumindest eine den „Magill"-Kriterien genügende kartellrechtliche Zwangslizenz den Dreistufentest erfülle.[1458] Im Übrigen dürfte der Dreistufentest (Art. 9 Abs. 2 RBÜ, 13 TRIPS) von den spezielleren Regelungen in

1453 Vgl. Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 20/95, ABl. C 288 v. 30.10.1995, S. 27 („Im Kommissionsvorschlag war die Möglichkeit vorgesehen, […] Zwangslizenzen zu erhalten. Aufgrund […] ist der Rat zu dem Schluß gelangt, daß […]. Er hielt es dabei jedoch für *zweckmäßig*, darauf hinzuweisen, daß […] die Wettbewerbsvorschriften *nach wie vor* Anwendung finden (*Erwägungsgrund 47*)", Hervorh. d. Verf.); Erwgr. 47 Datenbanken-RL („Die Anwendung der gemeinschaftlichen *oder einzelstaatlichen* Wettbewerbsvorschriften bleibt daher von den Bestimmungen dieser Richtlinie unberührt", Hervorh. d. Verf.).

1454 Siehe 3. Kapitel A. I. 2. a).

1455 EuGH GRUR Int. 1995, 490, 495, Rdnr. 83 – „Magill"; EuG GRUR Int. 1993, 316, 323, Rdnr. 76 – „Magill".

1456 EuGH GRUR Int. 1995, 490, 495, Rdnr. 85 – „Magill"; EuG GRUR Int. 1993, 316, 323, Rdnr. 77 – „Magill".

1457 Schlussanträge des Generalanwalts *Gulmann*, EUR-Lex 61991CC0241, Rdnr. 166 – „Magill" („Wie die Kommission ausführt, ist es kaum wahrscheinlich, daß alle Länder, die die Pariser Akte von 1971 ratifiziert haben, damit auf ihre Befugnis, aufgrund der Wettbewerbs Vorschriften Zwangslizenzen aufzuerlegen, verzichten wollten").

1458 Schlussanträge des Generalanwalts *Gulmann*, EUR-Lex 61991CC0241, Rdnr. 167 – „Magill".

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Art. 17 RBÜ bzw. Art. 8 Abs. 2 TRIPS verdrängt sein:[1459] Nach Art. 17 RBÜ dürfen – aus der Entstehungsgeschichte ersichtlich – in Ausnahmefällen kartellrechtliche Zwangslizenzen erlassen werden.[1460] Nach Art. 8 Abs. 2 TRIPS dürfen die Mitglieder geeignete, erforderliche und mit dem TRIPS-Übereinkommen vereinbare Maßnahmen ergreifen, um den Missbrauch von Rechten des geistigen Eigentums zu verhindern, womit auch und gerade der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemeint ist.[1461] Mit der sog. Kompatibilitätsklausel („Maßnahmen, die jedoch mit diesem Übereinkommen vereinbar sein müssen") wird auch nicht etwa auf den Dreistufentest verwiesen: Der Widerspruch zwischen Ausnahme von den und Verweis auf die allgemeinen Vorschriften ist nur schwer aufzulösen.[1462] Es bestehen drei Auslegungsvarianten:[1463] Entweder man erblickt in Art. 8 Abs. 2 TRIPS nur eine „Ankündigungsnorm", die auf Spezialvorschriften hinweist. Solche Spezialnormen sind aber nur ganz sporadisch – nämlich in Art. 31 lit. c und k, 40 TRIPS – vorhanden, sodass das in Art. 8 Abs. 2 TRIPS genannte und der Präambel anklingende Ziel des Rechtsmissbrauchsverbots nicht erreicht würde.[1464] Oder man vertritt das andere Extrem, nämlich dass die Kompatibilitätsklausel gleich einem „Merkposten" daran erinnert, dass dem Immaterialgüterrechtsschutz bei der Abwägung ein hoher Stellenwert zukommt. Eine solche Auffassung wäre aber kaum mit dem Wortlaut in Einklang zu bringen.[1465] Vorzugswürdig ist

---

1459 So offenbar *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, S. 584 („Art. 8 Abs. 2 soll Durchbrechungen der *allgemeinen* TRIPs-Vorschriften erlauben", Hervorh. d. Verf.) u. S. 584, Fn. 107 („Die Norm ist eine typische Ausnahmevorschrift, die den Staaten eine Abweichung von den *allgemeinen* Regeln freistellt", Hervorh. d. Verf.); *ders.*, GRUR Int. 1995, 535, 536 („Ausnahmeklauseln in völkerrechtlichen Verträgen geben den Mitgliedstaaten das Recht, unter den bezeichneten Voraussetzungen von den *allgemeinen* Vorschriften abzuweichen", Hervorh. d. Verf.).

1460 *v. Lewinski*, International Copyright Law and Policy, Rdnr. 5.209; *Ricketson/Ginsburg*, Bd. 1, Rdnr. 13.91 f., siehe auch *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, S. 582, Fn. 103.

1461 *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, S. 582; *ders.*, GRUR Int. 1995, 535, 537; *Gervais*, Rdnr. 2.125; *Ullrich*, 7 J. Int'l Econ. L. 401, 414(2004); *Brand*, in: *Busche/Stoll/Wiebe*, TRIPS[2], Art. 8, Rdnr. 33; *Fox*, 29 Vand. J. Transnat'l L. 481, 482 f. (1996).

1462 *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, S. 584.

1463 *Heinemann*, GRUR Int. 1995, 535, 536.

1464 *Heinemann*, GRUR Int. 1995, 535, 536.

1465 *Heinemann*, GRUR Int. 1995, 535, 536.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

deshalb die dritte Auslegungsvariante, wonach das System des Immaterialgüterrechts als solches erhalten bleiben muss und nur *einzelne* missbräuchliche Auswüchse behoben werden dürfen.[1466] Kurzum: „Die Kompatibilitätsklausel wendet sich gegen den Missbrauch mit dem Missbrauch."[1467] Damit unterfällt eine nur unter „außergewöhnlichen", „zusätzlichen" bzw. „besonderen" Umständen angeordnete kartellrechtliche Zwangslizenz weder dem Numerus clausus der Informationsgesellschafts-RL, noch dem Dreistufentest der Art. 9 Abs. 2, Art. 13 TRIPS.

d) Vor- und Nachteile

Auf den ersten Blick scheint die kartellrechtliche Zwangslizenz ein naheliegender Lösungsansatz zu sein, weil sie – so sie denn angeordnet wird – der „unerlaubten Person" das verschafft, was sie zur Zweitverwertung benötigt:[1468] eine Lizenz. Zwar setzt sie am relevanten Markt statt am einzelnen Werk an. Je nach Marktabgrenzung können Markt und Werk aber zusammenfallen. Die zugrundeliegende Norm – das Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung – ist materiell realisierbar: was Missbrauch und was eine marktbeherrschende Stellung ist, wird im Einzelfall entschieden. Damit ermöglicht die kartellrechtliche Zwangslizenz prinzipiell ein hohes Maß an *Einzelfallgerechtigkeit* und *Flexibilität*.[1469] Nicht nur wird über das „Ob" der Schutzbeschränkung im Einzelfall entschieden. Der Rechtsinhaber hat auch einen Anspruch auf angemessene Vergütung, die die die Parteien individuell aushandeln können. Selbst wenn am Ende doch der Richter entscheiden muss – was bisher, soweit ersichtlich, nicht erforderlich war –, so kann der Rechtsinhaber diesen von seinen individuellen Preisvorstellungen überzeugen und wird

1466 *Heinemann*, GRUR Int. 1995, 535, 536; *ders.*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, S. 585; ähnlich *Gervais*, Rdnr. 2.123 („Given the phrase ‚consistent with the provisions of the Agreement', it would be difficult to justify *broad* new exceptions not foreseen under this Agreement […]. Article 8.2 would more easily apply to *specific* cases of abuse rather than broad, categorical measures", Hervorh. d. Verf.); *Ullrich*, 7 J. Int'l Econ. L. 401, 410 (2004); *Brand*, in: *Busche/Stoll/Wiebe*, TRIPS[2], Art. 8, Rdnr. 44.

1467 *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, S. 584.

1468 Ähnlich *Hilty*, GRUR 2009, 633, 638; *ders.*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 125.

1469 *Früh*, S. 451; *Bartmann*, S. 120.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die Höhe der Lizenzgebühr niemals pauschal, sondern unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls festgesetzt. Man mag als nachteilig ansehen, dass es *schwierig*, ja unmöglich ist, die wirklich *angemessene Vergütung* zu bestimmen.[1470] Aber auch eine nur annähernd angemessene Vergütung ist immer noch einzelfallgerechter, als wenn die Nutzung pauschal oder überhaupt nicht vergütet wird. Im Übrigen kann dieses Argument gegen alle Schutzbeschränkungen mit Vergütungspflicht vorgebracht werden.[1471] Muss das Ausschließlichkeitsrecht beschränkt werden – das ist für bestimmte Fallgruppen festgestellt worden – und will man den Rechtsinhaber nicht völlig entschädigungslos stellen – weil dies nicht einzelfallgerecht wäre –, muss man die Schwierigkeiten unweigerlich in Kauf nehmen. Ein Nachteil ist auch weniger die Gefahr, dass vergleichbare Fälle von verschiedenen Gerichten unterschiedlich entschieden werden (Gedanke der *generalisierenden Gerechtigkeit*); denn solche Urteile können höchstrichterlich korrigiert werden. Die eigentlichen Schwächen der kartellrechtlichen Zwangslizenz beginnen mit der mangelnden *Rechtssicherheit*.[1472] Die Nutzungserlaubnis ergibt sich nicht schon aus dem Gesetz, sondern muss richterlich oder behördlich angeordnet werden. Schon die Abgrenzung des relevanten Marktes und mithin die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung ist äußerst komplex.[1473] Zudem erfordert die kartellrechtliche Zwangslizenz einen Missbrauch, was prinzipiell vieles bedeuten kann.[1474] Die Folge sind kostspielige und langwierige Prozes-

1470 Vgl. *Früh*, S. 454; *Benabou*, in: *Derclaye*, Research handbook on the future of EU copyright, S. 561; *Bartmann*, S. 337.

1471 *Früh*, S. 454.

1472 *Hilty*, in: *Amstutz/Reinert*, KG[1], Art. 3 Abs. 2, Rdnr. 36; *Rauda*, S. 99; *Benabou*, in: *Derclaye*, Research handbook on the future of EU copyright, S. 563 u. 566; *Grützmacher*, S. 369; *Beunen*, S. 248.

1473 *Hilty*, GRUR 2009, 633, 638; *ders.*, in: *Geiger/Rodà*, FS Schmidt-Szalewski, S. 214; *ders.*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 125; *ders.*, in: *Amstutz/Reinert*, KG[1], Art. 3 Abs. 2, Rdnr. 52; *ders.*, in: *Bartsch/Briner*, DGRI Jahrbuch, S. 17; *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 73; *Bartmann*, S. 121; *Lutz*, S. 251; *Grützmacher*, S. 369; siehe bereits im Einzelnen 2. Kapitel A. II. 4. d).

1474 Vgl. *Früh*, S. 454.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

se,[1475] mithin hohe *Transaktionskosten*.[1476] Der Fall „Magill" hat eindrucksvoll gezeigt, dass bis zu einer höchstrichterlichen Entscheidung viele Jahre vergehen können und der Nutzungswillige dann bereits insolvent geworden sein kann.[1477] Man mag einwenden, dass die „Magill"-Kriterien eine gewisse Orientierung bieten. Wie gezeigt ist die europäische, deutsche und französische Rspr. aber im Fluss und ist allen voran unklar, wie bzw. ob überhaupt der *new product test* Anwendung findet. Nur wenn *alle* „Magill"-Kriterien klar erfüllt sind, ist die kartellrechtliche Zwangslizenz hinreichend rechtssicher. Im Übrigen besteht ein „Graubereich", in dem ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zwar festgestellt werden *kann*, aber abgesehen von dem Sonderfall einer Lizenzverweigerung trotz vorhergehender Lizenzzusage („Huawei") nicht festgestellt worden ist.[1478] Damit kann die kartellrechtliche Zwangslizenz allenfalls in einem sehr schmalen Anwendungsbereich[1479] und dort auch nur – aufgrund der hohen Anforderungen an den einstweiligen Rechtsschutz in Form der Leistungsverfügung[1480] – bedingt wirksam durchgesetzt werden. Insge-

---

1475 *Hilty*, GRUR Int. 2006, 179, 186; *ders.*, in: *Bartsch/Briner*, DGRI Jahrbuch, S. 17; *Drexl*, in: *Govaere/Ullrich*, Intellectual Property, Market Power and the Public Interest, S. 32; *Früh*, S. 452 f.; *Podszun*, GRUR Int. 2007, 784, 785; *Grützmacher*, S. 369; *Große Ruse-Khan*, Der europäische Investitionsschutz für Datenbanken, S. 336; *Beunen*, S. 248.

1476 *Hilty*, in: *Amstutz/Reinert*, KG[1], Art. 3 Abs. 2, Rdnr. 36; *Früh*, S. 452 f.

1477 *Bartmann*, S. 121; *Große Ruse-Khan*, Der europäische Investitionsschutz für Datenbanken, S. 336; *Beunen*, S. 248.

1478 So setzt der *new product test* voraus, dass das das Werk enthaltene Produkt (z.B. ein wissenschaftlicher Artikel etc.) durch ein neues Produkt substituiert werden kann, was zumeist unmöglich sein wird, sei es, dass das Produkt als solches nicht substituierbar ist, sei es, dass der Rechtsinhaber das Werk bereits auf eine neue Art verwertet (z.B. wissenschaftlicher Artikel in Datenbank).

1479 Vgl. *Hilty*, GRUR 2009, 633, 638; *ders.*, in: *Geiger/Rodà*, FS Schmidt-Szalewski, S. 214; *ders.*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 125.

1480 Eine einstweilige kartellrechtliche Zwangslizenz stellt eine Leistungsverfügung *(mesure d'anticipation)* dar, die die Hauptsache zumindest teilweise vorwegnimmt, *Hötte*, S. 322. Die Leistungsverfügung setzt in Deutschland die Glaubhaftmachung einer *besonderen* Dringlichkeit – die Gefahr eines irreparablen Schadens – und die *hohe* Wahrscheinlichkeit des Erfolgs in der Hauptsache voraus, *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO[72], Grundz § 916, Rdnr. 6 u. 9 („hohe Erfolgswahrscheinlichkeit in der Hauptsache"); *Drescher*, in: *Rauscher/Krüger*, MünchKommZPO[4], Bd. 2, § 938, Rdnr. 15 f. („in höchstem Maße wahrscheinlich"); siehe auch *Vollkommer*, in: *Zöller*, ZPO[30], § 940, Rdnr. 6;

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

samt ist sie damit wenig *effektiv*.[1481] Und selbst wenn der EuGH den *„better product test"* des EuG bestätigen oder gar – wie von Josef Drexl vorgeschlagen[1482] – die „Magill"-Kriterien 2 bis 4 durch eine Abwägung aller pro- und antikompetitiven Effekte ersetzen, mithin den bisherigen „Graubereich" ausfüllen sollte, können mit der kartellrechtlichen Zwangslizenz niemals strukturelle Probleme gelöst werden:[1483] Rspr. und Behörden haben die gesetzgeberischen Wertungen zu akzeptieren.[1484] Wenn der Ge-

---

Grunsky, in: *Stein/Jonas*, ZPO[22], Bd. 9, vor § 935, Rdnr. 37. In Frankreich erfordert die Leistungsverfügung zwar nicht notwendig Eilbedürftigkeit, aber – weitergehend als nach deutschem Recht – das *offenkundige* Bestehen des Verfügungsanspruchs, *Kimmerle*, S. 53 u. 59 f.; *Wannenmacher*, S. 57 f. Eingehend zur einstweiligen kartellrechtlichen Zwangslizenz im deutschen Patentrecht *Hötte*, S. 321 ff.; siehe auch *Früh*, S. 453, wonach auch der Erlass einer einstweiligen Maßnahme durch die Kommission (Art. 8 Abs. 1 VO 1/2003) wenig Erfolg versprechend erscheint, weil eine solche drei bis acht Monate in Anspruch nimmt, *Anweiler*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampf*, KartR[2], VO 1/2003, Art. 8, Rdnr. 6.

1481 Vgl. *Hilty*, GRUR Int. 2006, 179, 186; *Drexl*, in: *FIW*, Innovation und Wettbewerb, S. 50; *ders.*, in: *Govaere/Ullrich*, Intellectual Property, Market Power and the Public Interest, S. 24; *Bartmann*, S. 121; *Beunen*, S. 248; in dieselbe Richtung *Podszun*, GRUR Int. 2007, 784, 785; *Grützmacher*, S. 369; *Große Ruse-Khan*, Der europäische Investitionsschutz für Datenbanken, S. 336; *Blanken*, S. 171.

1482 Vgl. *Drexl et al.*, IIC 2006, 558, 568 f. („The first requirement would be the answer to the question of whether the right holder has market dominance in a given market. […] Secondly, a refusal to license can only be considered abusive in cases in which the basic mechanism of dynamic competition with a view to promoting innovation by substitution does not work. […] However, indispensability alone does not justify application of Art. 82 EC. In a third step, it will be necessary to assess the pro- and anti-competitive effects of a duty to license in the light of the concept of dynamic competition"); ähnlich *Drexl*, in: *Ehlermann/Atansiu*, The Interaction between Competition Law and IP Law, S. 663 („[I]ntervention on the basis of Article 82 EC is justified because the loss of allocative efficiency produced by the exclusion of imitation is not outweighed by gains in dynamic efficiency as a consequence of competition by substitution"); *ders.*, in: *Govaere/Ullrich*, Intellectual Property, Market Power and the Public Interest, S. 32; *ders.*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 53; *Conde Gallego*, GRUR Int. 2006, 16, 28.

1483 Vgl. *Drexl/Hilty/Kur*, GRUR Int. 2005, 449, 454.

1484 *Heinemann*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 66; *Drexl*, in: *Govaere/Ullrich*, Intellectual Property, Market Power and the Public Interest, S. 23; *Ohly*, in: *Oberender*, Wettbewerb und geistiges Eigentum, S. 66.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

setzgeber eine bestimmte Werkart schützt – selbst wenn Werke dieser Art kaum bis nicht substituierbar sind –, kann der Richter oder die Behörde eine Lizenzverweigerung nicht als missbräuchlich einstufen, wenn deren antikompetitiven Effekte durch die prokompetitiven Effekte einer Lizenzerteilung *typischerweise* mehr als ausgeglichen würden. Denn dann würde er ein Präjudiz mit *genereller* Wirkung schaffen, sich zum Quasi-Gesetzgeber aufschwingen und seine Kompetenz überschreiten.[1485] Zu Recht müssen deshalb „außergewöhnliche", „zusätzliche" oder „besondere" Umstände festgestellt werden. Unabhängig von der derzeitigen Rspr. kann die kartellrechtliche Zwangslizenz deshalb nur – aber immerhin – zur Anwendung gelangen, wenn das Ausschließlichkeitsrecht in einer *spezifischen* Marktsituation, die der Gesetzgeber im Einzelfall nicht vorhersehen kann, normativ ineffizient ist.[1486] Soweit das Ausschließlichkeitsrecht seiner Aufgabe in bestimmten Fallkonstellationen aber *typischerweise* nicht gerecht wird, kann und muss ein solches strukturelles Problem schutzrechtsintern durch den Gesetzgeber gelöst werden.[1487] Im Ergebnis ist die kartellrechtliche Zwangslizenz deshalb nur sehr bedingt als Lösungsansatz geeignet.[1488]

1485 Vgl. *Hilty*, in: *Geiger/Rodà*, FS Schmidt-Szalewski, S. 215 („En l'occurrence, le droit de la concurrence n'était qu'une sorte de dernier recours, la Cour de justice de l'union européenne n'ayant pas compétence pour refuser la protection concédée au niveau national, même si cette dernière était contraire à la raison d'être du system de la propriété intellectuelle"); *Ohly*, in: *Oberender*, Wettbewerb und geistiges Eigentum, S. 64 („Es steht dem Wettbewerbsrecht nicht an, eine nach Immaterialgüterrecht dem Rechtsinhaber vorbehaltende Handlung *abstrakt-generell* für kartellrechtswidrig zu erklären", Hervorh. d. Verf.).

1486 Vgl. *Drexl*, in: *Govaere/Ullrich*, Intellectual Property, Market Power and the Public Interest, S. 24; *Dreier*, in: *Schricker/Dreier/Kur*, Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, S. 80; *Conde Gallego*, GRUR Int. 2006, 16, 27.

1487 Vgl. *Drexl*, in: *Ehlermann/Atansiu*, The Interaction between Competition Law and IP Law, S. 664; *ders.*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 47 u. 53; *ders.*, in: *FIW*, Innovation und Wettbewerb, S. 50; *ders.*, in: *IRPI*, La propriété intellectuelle en question(s), S. 77; *Drexl et al.*, IIC 2006, 558, 564 f.; *Ohly*, in: *Oberender*, Wettbewerb und geistiges Eigentum, S. 66; *Dreier*, in: *Schricker/Dreier/Kur*, Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, S. 79 f.; *Conde Gallego*, GRUR Int. 2006, 16, 27; in dieselbe Richtung *Lutz*, S. 252.

1488 Vgl. *Hilty*, in: *Geiger/Rodà*, FS Schmidt-Szalewski, S. 215 („Par conséquent, le droit de la concurrence ne prête nullement comme un instrument utilisable de façon générale pour lutter contre les abus en matière de propriété intellectuelle"); *ders.*, in: *Hargreaves/Hofheinz*, Intellectual Property and Innovation, S. 51;

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

6. Rechtsmissbrauchsverbot

Das Rechtsmissbrauchsverbot verbietet die missbräuchliche Ausübung des Ausschließlichkeitsrechts, ohne eine marktbeherrschende Stellung vorauszusetzen. Im Anschluss an die Darstellung des deutschen (unten a)) und französischen (unten b)) Rechts werden die Vorgaben des Konventions- und Unionsrechts (unten c)) sowie die Vor- und Nachteile (unten d)) erörtert.

a) Rechtsmissbrauchsverbot im deutschen Urheberrecht

In Deutschland ist das Rechtsmissbrauchsverbot zum Teil speziell im UrhG (unten aa)) und im Übrigen allgemein zivilrechtlich (unten bb)) geregelt.

aa) Spezielles Rechtsmissbrauchsverbot

Speziell geregelt ist der Missbrauch bestimmter Zustimmungs- und Widerspruchsrechte des Urhebers gegenüber Miturhebern, Urhebern eines verbundenen Werkes, Verwerten und Nutzern.[1489] Die Frage, ob die Ausübung eines Rechtes missbräuchlich ist, steht nämlich in untrennbarem Zusammenhang mit dem Gebot zu gegenseitigen Rücksichtnahme, welche Treu und Glauben abverlangen.[1490] So darf der Urheber seine Zustimmung zur Veröffentlichung eines gemeinsamen oder verbundenen Werkes (§§ 8 Abs. 2 S. 2, 9 UrhG), zur Verwertung eines gemeinsamen oder verbundenen Werkes (§§ 8 Abs. 2 S. 2, 9 UrhG), zur Änderung eines Werkes, eines gemeinsamen oder verbundenen Werkes (§§ 39 Abs. 2, 8 Abs. 2 S. 2, 9

---

ders., GRUR Int. 2006, 179, 186; *Drexl*, in: *FIW*, Innovation und Wettbewerb, S. 50 („Ein Gesetzgeber, der wettbewerbspolitisch verfehltes Immaterialgüterrecht schafft, überfordert letztlich das Kartellrecht. Vor allem auf der Durchsetzungsebene ist das Kartellrecht zu schwach ausgestaltet, […] um in effektiver Weise als wettbewerbspolitische Reparaturwerkstatt verfehlte Gesetzgebung zu korrigieren"); *ders.*, in: *Govaere/Ullrich*, Intellectual Property, Market Power and the Public Interest, S. 32; *Conde Gallego*, GRUR Int. 2006, 16, 27; *Lutz*, S. 252.

1489 Vgl. *Looschelders/Olzen*, in: *Staudinger*, BGB[2015], Buch 2, § 242, Rdnr. 1064.

1490 Vgl. *Looschelders/Olzen*, in: *Staudinger*, BGB[2015], Buch 2, § 242, Rdnr. 214.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

UrhG) und zur Lizenzierung eines Werkes (§§ 34 Abs. 1 S. 2 UrhG) nur „nach Treu und Glauben" verweigern sowie der Einräumung der Rechte für unbekannte Nutzungsarten an einem gemeinsamen oder verbundenen Werk nicht „wider Treu und Glauben" widersprechen (§ 31a Abs. 3 UrhG). Die Folge dieser speziellen Rechtsmissbrauchstatbestände ist die Verpflichtung zur Zustimmung und deren Fiktion (§ 894 ZPO),[1491] die Zulässigkeit der Änderung[1492] bzw. die Unbeachtlichkeit seines Widerspruchs[1493]. Da der Urheber die Zustimmung bzw. den Verzicht auf den Widerspruch gegenüber einem bestimmten Erklärungsgegner nicht verweigern kann, wird seine Freiheit beschränkt, ein einseitiges Rechtsgeschäft *nicht* vorzunehmen (ähnlich der negativen Abschlussfreiheit) und den Erklärungsgegner selbst auszuwählen (ähnlich der Kontrahentenwahlfreiheit). Eine Nutzungserlaubnis im eigentlichen Sinne sehen diese Regelungen allerdings nicht vor, weil der Nutzungswille entweder bereits einen gesamthänderisch gebundenen Anteil am Nutzungsrecht hat und das Nutzungsrecht nur gesamthänderisch ausüben darf[1494] oder überhaupt kein Nutzungsrecht erhält (sondern ein Änderungs- bzw. Lizenzierungsrecht). Damit bleibt das maßgebliche Verbotsrecht unberührt und sind die genannten Vorschriften *Ausübungsregelungen* (und *interne* Beschränkungen).

1491 *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 8, Rdnr. 16; *ders.*, a.a.O., § 9, Rdnr. 14; *Schricker/Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 34, Rdnr. 35.

1492 *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 39, Rdnr. 14 („Absatz 2 ist eine Ausnahmevorschrift vom grundsätzlichen Änderungsverbot").

1493 Vgl. *Wandtke/Grunert*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 31a, Rdnr. 110.

1494 Vgl. *Schricker*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 8, Rdnr. 14; *Thum*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 8, Rdnr. 24; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 8, Rdnr. 16.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb) Allgemeines Rechtsmissbrauchsverbot

Nach § 242 BGB[1495] hat ein Rechtsmissbrauch allgemein zur Folge, dass das an sich bestehende Recht, insbesondere ein Anspruch (§ 194 Abs. 1 BGB), nicht geltend gemacht werden kann.[1496]

In der urheberrechtlichen Rspr. etabliert sind die Fallgruppen des Verwirkungs-[1497] und Zwangslizenzeinwands[1498]. Dabei handelt es sich um Fälle, in denen das Werk bereits genutzt wurde, also um Fälle der *nachträglich* erteilten Nutzungserlaubnis. Die Fallgruppe des zweckwidrigen Verhaltens[1499] hat die immaterialgüterrechtliche Rspr. bislang nur im Markenrecht anerkannt.[1500] Eine Privatperson – beinahe möchte man sie als „Markentroll" bezeichnen[1501] – hatte in Frankreich und Deutschland u.a. die Marke „Classe E" angemeldet, kurz bevor Daimler mit der Markteinführung der Mercedes E-Klasse begann und die zugehörigen Marken anmeldete. Während Daimler für Frankreich eine ausschließliche Lizenz erwarb, scheiterten die Lizenzverhandlungen für Deutschland. Daimler klagte auf Feststellung, dass der Markeninhaber keinerlei Ansprüche geltend

---

1495 Vgl. *Looschelders/Olzen*, in: *Staudinger*, BGB[2015], Buch 2, § 242, Rdnr. 213; *Schubert*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 2, § 242, Rdnr. 150.

1496 *Looschelders/Olzen*, in: *Staudinger*, BGB[2015], Buch 2, § 242, Rdnr. 225; *Schubert*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 2, § 242, Rdnr. 226.

1497 BGH GRUR 1981, 652, 653 – „Stühle und Tische"; siehe auch *Wild*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 97, Rdnr. 198; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 97, Rdnr. 86. Allgemein zur Fallgruppe der Verwirkung *Looschelders/Olzen*, in: *Staudinger*, BGB[2015], Buch 2, § 242, Rdnr. 300 ff.; *Schubert*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 2, § 242, Rdnr. 356 ff.

1498 BGH GRUR 2013, 618, 622 f., Rdnr. 50 ff. – „Internet-Videorekorder II"; siehe auch *Niebler/Schuppert*, CR 2013, 384, 389 ff.; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 87, Rdnr. 27; eingehend 3. Kapitel B. IV. Allgemein zur Fallgruppe der Pflicht zur alsbaldigen Rückgewähr *Looschelders/Olzen*, in: *Staudinger*, BGB[2015], Buch 2, § 242, Rdnr. 279 ff.; *Schubert*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 2, § 242, Rdnr. 440 ff.

1499 Allgemein für das Privatrecht BGH NJW 1987, 1946, 1947 („Rechtsmißbrauch ist der Gebrauch eines Rechts zu Zwecken, die zu schützen unter keinem denkbaren Gesichtspunkt gerechtfertigt ist"). Die Fallgruppe des zweckwidrigen Verhaltens wird allgemein der Fallgruppe des fehlenden schutzwürdigen Eigeninteresses zugerechnet, vgl. *Looschelders/Olzen*, in: *Staudinger*, BGB[2015], Buch 2, § 242, Rdnr. 259; *Schubert*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 2, § 242, Rdnr. 474.

1500 BGH GRUR 2001, 242 – „Classe E".

1501 *Ohly*, GRUR Int. 2008, 787, 794.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

machen könne. Der BGH gab der Klage mit der Begründung statt, dass das Horten einer Vielzahl von Marken ohne ernsthaften Benutzungswillen zu dem Zweck, Dritte, die identische oder ähnliche Bezeichnungen verwenden, mit Unterlassungs- und Schadensersatzforderungen zu überziehen, rechtsmissbräuchlich sei.[1502] Praktisch wurde Daimler damit *im Vorhinein* eine Nutzungserlaubnis, d.h. eine Freilizenz zugesprochen.

In der Literatur ist die Übertragbarkeit dieser Fallgruppe auf „Patenttrolle" erwogen worden,[1503] also Patentinhaber, die weder erfinden noch Erfindungen anwenden, sondern deren Geschäftsmodell darin besteht, Unternehmen, die auf die erfinderische Lehre für ihre Produkte angewiesen sind, mit Unterlassungs- und Schadensersatzforderungen „aufzulauern".[1504] Ebenso könnte man auch eine Übertragbarkeit auf „Urheberrechtstrolle"[1505] oder andere Urheberrechtsinhaber, die das Ausschließlichkeitsrecht zweckwidrig ausüben, in Betracht ziehen. In Anlehnung an „Classe E" könnte das Gericht feststellen, dass der Rechtsinhaber keinerlei oder – wenn nur deren Geltendmachung rechtsmissbräuchlich wäre[1506] – keine Unterlassungsansprüche geltend machen kann. Im zweiten Fall käme die Feststellung der Erteilung einer Zwangslizenz gleich (jedenfalls, soweit der Rechtsinhaber – wie meistens in der Praxis[1507] – seinen durch die Nutzung entstandenen Schaden über eine Lizenzanalogie abrechnete,

---

1502 BGH GRUR 2001, 242, 244 – „Classe E".

1503 *Ohly*, GRUR Int. 2008, 787, 795 („Das entscheidende Missbrauchskriterium ist […] der *funktionswidrige* Einsatz des Rechts: In *Classe E* wird das Markenrecht nicht eingesetzt, um Produkte zu kennzeichnen, sondern um eine bevorstehende Kennzeichnung von Produkten zu verhindern. Der ‚Patenttroll' schützt keine eigene oder fremde innovative Leistung, sondern verhindert die Markteinführung eines innovativen Produkts", Hervorh. i. Orig.); *Osterrieth*, GRUR 2009, 540, 544; *Uhrich*, ZGE 2009, 59, 82; *Sonnenberg*, S. 211 ff.; *Wallot*, sic! 2011, 157, 162 (zu Art. 2 Abs. 2 ZGB).

1504 Vgl. *Ohly*, GRUR Int. 2008, 787, 787; *Wallot*, sic! 2011, 157, 158; *Uhrich*, ZGE 2009, 59, 60; *Le Stanc*, Propr. ind. 2/2008, 11, 11 f.; *ders.*, Propr. ind. 10/2010, 36, 36; ähnlich *Sonnenberg*, S. 29 f.

1505 Z.B. das US-amerikanische Unternehmen Righthaven, das zwischen 2010 und 2011 erst dann Rechte an Zeitungsartikeln erwarb, wenn Inhalte auf fremden Websites und Blogs zu finden waren, eingehend *Greenberg*, 85 U. Colo. L. Rev. 53, 59 ff. (2014).

1506 Die Grenzen zum Verhältnismäßigkeitsvorbehalt sind damit fließend, vgl. *Sonnenberg*, S. 220 ff.; *Osterrieth*, GRUR 2009, 540, 543; *Heusch*, in: *Harmsen/Jüngst/Rödiger*, FS v. Meibom, S. 141, die den Verhältnismäßigkeitsvorbehalt (auch) mit dem Rechtsmissbrauchsverbot begründen.

1507 *v. Wolff*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 97, Rdnr. 70.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

weil dann ein Lizenzvertrag fingiert würde)[1508]. Allerdings müsste es sich um einen offenbaren Fall der Zweckwidrigkeit[1509] bzw. einen extremen Ausnahmefall[1510] handeln. Bei der Anwendung des allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbots ist nämlich generell Zurückhaltung geboten.[1511] § 242 BGB ist ein „Ventil"[1512] für Fälle, in denen das aus der Gesetzesanwendung folgende Ergebnis untragbar erscheint.[1513] Nicht jede Unbilligkeit rechtfertigt ein Abweichen in den Rechtsfolgen.[1514]

Da in den genannten drei Fallgruppen (Verwirkungseinwand, Zwangslizenzeinwand, zweckwidriges Verhalten) – anders als bei einer Schranke – die Vertragsfreiheit vollständig erhalten bleibt und nicht das *materiell*-rechtliche Ausschließlichkeitsrecht, sondern der *prozessuale* Unterlassungs- oder Schadensersatzanspruch beschränkt wird, ist das Rechtsmissbrauchsverbot als *Ausübungsregelung* (und *externe* Schutzbeschränkung) einzustufen.

b) Rechtsmissbrauchsverbot im französischen Urheberrecht

Im französischen Urheberrecht ist das Rechtsmissbrauchsverbot zum Teil speziell in der Première partie du Code de la propriété intellectuelle geregelt (unten aa)) und im Übrigen als *théorie de l'abus de droit* anerkannt (unten b)).

1508 Vgl. *Wild*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], vor § 97, Rdnr. 153; *v. Wolff*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 97, Rdnr. 70.

1509 *Wallot*, sic! 2011, 157, 163 für „Patenttrolle" (zu Art. 2 Abs. 2 ZGB).

1510 *Ohly*, GRUR Int. 2008, 787, 787 für „Patenttrolle".

1511 *Looschelders/Olzen*, in: *Staudinger*, BGB[2015], Buch 2, § 242, Rdnr. 219.

1512 *Schubert*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 2, § 242, Rdnr. 2 („Notventil").

1513 *Looschelders/Olzen*, in: *Staudinger*, BGB[2015], Buch 2, § 242, Rdnr. 219; ähnlich *Schubert*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 2, § 242, Rdnr. 438 („Nur in Fällen einer als grob und unerträglich empfundenen Unbilligkeit ist eine Ausnahme zu machen").

1514 *Schubert*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 2, § 242, Rdnr. 208.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aa) Spezielles Rechtsmissbrauchsverbot

Gesetzlich geregelt ist das Verbot des offenkundigen Missbrauchs („abus notoire") des Veröffentlichungsrechts (unten (1)) und der Verwertungsrechte (unten (2)) nach dem Tode des Urhebers.[1515]

(1) Missbrauch des Veröffentlichungsrechts

Nach Art. L. 121-3 Abs. 1 S. 1[1516] i.V.m. L. 121-2 CPI[1517] dürfen Testamentsvollstrecker und Erben das *Veröffentlichungs*recht nicht offenkundig missbrauchen. Andernfalls kann der Tribunal de grande instance jede geeignete Maßnahme treffen. Der Tatbestand des *abus de droit* ist erfüllt, wenn die Weigerung, das Werk zu veröffentlichen, unzweifelhaft gegen den Willen des verstorbenen Urhebers verstößt (subjektives Kriterium).[1518] Umstritten ist der Fall, dass der Urheberwille nicht zweifelsfrei

1515 Ein weiterer Fall des in der Première partie du Code de la propriété intellectuelle geregelten Rechtsmissbrauchs ist die offenkundig missbräuchliche Ausübung des Eigentumsrechts durch den Sacheigentümer (Art. L. 111-3 Abs. 2 S. 3 CPI); ausführlich dazu *Jacquier*, Le pouvoir du juge sur les contrats d'auteur, Rdnr. 198 ff.; *Caron*, RIDA 176 (1998), 2, 45 ff. Die Regelungen zum „cas de désaccord" bzw. „conflit" zwischen Miturhebern (Art. L. 113-3 CPI) und Miterben (Art. L. 121-3 Abs. 1 S. 2, L. 122-9 Abs. 1 S. 2 CPI) sind keine speziellen Ausprägungen des Rechtsmissbrauchsverbots, da sie auch ohne *abus de droit* eingreifen, vgl. *Caron*, Abus de droit et droit d'auteur, Rdnr. 215; *ders.*, RIDA 176 (1998), 2, 45; *Jacquier*, Le pouvoir du juge sur les contrats d'auteur, Rdnr. 132; ausführlich zu diesen Regelungen *dies.*, a.a.O., Rdnr. 113 ff. bzw. 85 ff.

1516 „En cas d'abus notoire dans l'usage ou le non-usage du droit de divulgation de la part des représentants de l'auteur décédé visés à l'article L. 121-2, le tribunal de grande instance peut ordonner toute mesure appropriée."

1517 „[…] Après sa mort, le droit de divulgation […] est exercé […] par le ou les *exécuteurs testamentaires* […]. A leur défaut, […] ce droit est exercé […] par les descendants, par le conjoint […], par les *héritiers* autres que les descendants […] et par les légataires universels ou donataires de l'universalité des biens à venir […]" [Hervorh. d. Verf.].

1518 *Caron*, Droit d'auteur et droit des voisins, Rdnr. 277; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 940; *Jacquier*, Le pouvoir du juge sur les contrats d'auteur, Rdnr. 315; kein Rechtsmissbrauch etwa, wenn sich der Urheber (in casu die Frau von Antoine de Saint-Exupéry) zu Lebzeiten geweigert hatte, eine Skulptur („Der kleine Prinz") zu verkaufen, und der Erbe deren Ausstellung untersagt, Cass. civ., Urt. v. 25.5.2005, RIDA 207 (2006), 343, 346 – „Saint-Exupéry".

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

festgestellt werden kann. Ein Teil der Literatur will dann subsidiär das Allgemeininteresse an einer Veröffentlichung (objektives Kriterium) berücksichtigen.[1519] Dagegen hält die Rspr. am subjektiven Kriterium fest und weist die Beweislast demjenigen zu, der das Werk veröffentlichen möchte.[1520] Das erklärt, warum die Cour de cassation den Tatbestand des Art. L. 121-3 Abs. 1 S. 1 CPI nur in einem einzigen Fall bejaht hat.[1521]

(2) Missbrauch der Verwertungsrechte

Art. L. 122-9 Abs. 1 S. 1[1522] i.V.m. L. 121-2 CPI verbietet es Testamentsvollstreckern und Erben des *Veröffentlichungs*rechts, die *Verwertungs*rechte offenkundig zu missbrauchen. Auch hier kann der Tribunal de grande instance jede geeignete Maßnahme treffen. Diese Regelung ist bisher nur in einem einzigen Fall angewendet worden. Ausschlaggebend waren hier sowohl ein subjektives (Wille des verstorbenen Urhebers) als auch ein objektives Kriterium (Behinderung einer Folgeleistung): Ein Verleger wollte eine Biographie über den japanisch-französischen Maler Léonard Foujita (1886 – 1968) mit einigen Abbildungen seiner Bilder herausgeben, doch die Witwe weigerte sich, eine Lizenz zu erteilen. Die erste[1523] und zweite[1524] Instanz stellten einen *abus de droit* fest, weil Foujita zu Lebzeiten ein Interesse an der Verbreitung seiner Werke geäußert habe[1525] (subjekti-

1519 *Caron*, RIDA 176 (1998), 2, 65; *ders.*, Droit d'auteur et droit des voisins, Rdnr. 277; *Bruguière*, Propr. intell. 41 (2011), 394, 395; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 940.

1520 Cass. civ., Urt. v. 9.6.2011, RIDA 229 (2011), 479 – „René Char"; vgl. *Caron*, RIDA 176 (1998), 2, 65 („En d'autre terme, *le doute chasserait l'abus*", Hervorh. i. Orig.); *ders.*, Droit d'auteur et droit des voisins, Rdnr. 277; *Jacquier*, Le pouvoir du juge sur les contrats d'auteur, Rdnr. 315.

1521 Cass. civ., Urt. v. 24.10.2000, JurisData n° 2000-006365 – „Artaud": hier untersagte der Erbe die Veröffentlichung des 26. Bandes der „Œuvres complètes" eines Urhebers, obwohl dieser einen Verlagsvertrag über seine gesamten Werke geschlossen hatte.

1522 „En cas d'abus notoire dans l'usage ou le non-usage des droits d'exploitation de la part des représentants de l'auteur décédé visés à l'article L. 121-2, le tribunal de grande instance peut ordonner toute mesure appropriée."

1523 TGI Nanterre, Urt. v. 15.9.1986, RIDA 131 (1987), 268 – „Foujita".

1524 CA Versailles, Urt. v. 3.3.1987, RIDA 136 (1988), 160 – „Foujita".

1525 CA Versailles, Urt. v. 3.3.1987, RIDA 136 (1988), 160, 163 – „Foujita"; TGI Nanterre, Urt. v. 15.9.1986, RIDA 131 (1987), 268, 271 – „Foujita".

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ves Kriterium) und in Frankreich keine Biographie über Foujita verfügbar war[1526] (objektives Kriterium). Die Cour de cassation hob die Urteile auf, weil Madame Foujita zwischenzeitlich einen Verlagsvertrag mit der japanischen Tochtergesellschaft eines französischen Verlegers geschlossen hatte und die Möglichkeit bestand, dass das neue Buch auch in Frankreich erscheinen würde (objektives Kriterium).[1527] Die Cour d'appel de Rennes, an die der Fall zurückverwiesen wurde, bejahte wiederum einen *abus de droit*, weil das Buch über drei Jahre nach Abschluss des Verlagsvertrages noch immer nicht in Frankreich erschienen war (objektives Kriterium) und Foujita zu Lebzeiten eine Verbreitung seiner Werke befürwortet habe (subjektives Kriterium).[1528] Dem Verleger wurde die Vervielfältigung der Bilder unter Achtung der Verwertungsrechte erlaubt[1529] und die Parteien aufgefordert, über die Bedingungen der Lizenz zu verhandeln; notfalls sollte darüber das Gericht entscheiden.[1530] Im Ergebnis wurde damit eine Zwangslizenz angeordnet.[1531] Auffallend ist, dass die Rspr. hier zusätzlich auf ein objektives Kriterium – Foujitas Werke wurden produktiv untergenutzt –abstellte.

(3) Zwischenergebnis

Der Anwendungsbereich der Art. L. 121-3 Abs. 1 S. 1 CPI und Art. L. 122-9 Abs. 1 S. 1 CPI ist sehr begrenzt: Zeitlich, weil sie erst nach dem Tode des Urhebers eingreifen; sachlich, weil sie nur die Verwertungsrech-

1526 CA Versailles, Urt. v. 3.3.1987, RIDA 136 (1988), 160, 164 – „Foujita".
1527 Cass. civ., Urt. v. 28.2.1989, RIDA 141 (1989), 257, 258 – „Foujita".
1528 CA Rennes, Urt. v. 16.11.1990, RIDA 148 (1991), 168, 176 f. – „Foujita".
1529 TGI Nanterre, Urt. v. 15.9.1986, RIDA 131 (1987), 268, 272 – „Foujita" („Autorise les éditions ACR à publier le manuscrit […] illustré des mille deux cents reproductions communiquées à Mme Foujita […]; Dit que les éditions ACR devront respecter les droits patrimoniaux"); CA Rennes, Urt. v. 16.11.1990, RIDA 148 (1991), 168, 179 – „Foujita" („Confirme en toutes ses dispositions le jugement déféré").
1530 CA Rennes, Urt. v. 16.11.1990, RIDA 148 (1991), 168, 175 – „Foujita" („Considérant […] que les droits patrimoniaux de l'auteur ou de ses ayants droit apparaissent donc respectés en leur principe, leurs montants devant être déterminés par la suite, d'un commun accord entre les parties ou au besoin arbitrés par le juge").
1531 *Sattler*, S. 91; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 944 („obligation de conclure un contrat […] mais également […] faculté d'en déterminer le contenu").

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

te und das Veröffentlichungsrecht erfassen, also nicht die anderen Urheberpersönlichkeitsrechte; und persönlich, weil sie sich nur an die Inhaber des Veröffentlichungsrechts richten, also nicht an die Verwerter abgetretener Rechte.[1532] Damit ist insbesondere Art. L. 122-9 Abs. 1 S. 1 CPI nur von geringem Nutzen.[1533] In beiden Fällen stellt die Rspr. stets auf den Willen des verstorbenen Urhebers ab. Während bei Art. L. 121-3 Abs. 1 S. 1 CPI das Allgemeininteresse als objektives Kriterium ausscheidet, ist es bei Art. L. 122-9 Abs. 1 S. 1 CPI zur Ergänzung des subjektiven Kriteriums erlaubt. Rechtsfolge kann jeweils die Verpflichtung zum Abschluss eines Verlags- bzw. Lizenzvertrages sein.[1534] Das Gericht kann aber auch jede andere geeignete Maßnahme treffen. Im ersten Fall hat der Rechtsinhaber weder negative Abschluss- noch Kontrahentenwahlfreiheit. Allerdings verbleibt ihm eine gewisse Vertragsgestaltungsfreiheit, weil er die Vertragsbedingungen aushandeln kann. In beiden Fällen handelt es sich um eine *Ausübungsregelung* und kann diesbezüglich auf die Ausführungen zur kartellrechtlichen Zwangslizenz[1535] bzw. zum allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbot nach deutschem Recht[1536] verwiesen werden. Zudem stellen die Art. L. 121-3 Abs. 1 S. 1, L. 122-9 Abs. 1 S. 1 CPI *interne* Schutzbeschränkungen dar.

1532 *Caron*, Abus de droit et droit d'auteur, Rdnr. 103; *ders.*, Droit d'auteur et droit des voisins, Rdnr. 349 („Quoi qu'il en soit, il faut tout simplement s'affranchir de ce texte restrictif en utilisant la théorie de l'abus de droit qui n'a pas besoin d'une consécration textuelle pour s'appliquer"); *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 943 u. 936 („[I]l reste encore à solliciter la théorie (générale) de l'abus de droit"); *Françon*, RIDA 141 (1989), 259, 261; *Sattler*, S. 92; siehe auch *Jacquier*, Le pouvoir du juge sur les contrats d'auteur, Rdnr. 88 f.

1533 *Caron*, Abus de droit et droit d'auteur, Rdnr. 108 („Etant donné sa rédaction maladroite, l'article L. 122-9 du Code de la propriété intellectuelle ne trouvera à s'appliquer que dans quelques hypothèses qui ne suffiront pas, et loin s'en faut, à couvrir toutes les possibilités envisageables d'abus de droit d'exploitation. […] De toute façon, elle n'aurait pas été d'une utilité primordiale pour fonder l'abus puisque l'application de cette théorie n'est pas subordonnée à l'existence d'un texte").

1534 *Jacquier*, Le pouvoir du juge sur les contrats d'auteur, Rdnr. 318; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 944.

1535 Siehe 2. Kapitel A. II. 5. a.A.

1536 Siehe 2. Kapitel A. II. 6. a) bb).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb) Allgemeines Rechtsmissbrauchsverbot

Die Geltung eines allgemeinen Verbots des *abus de droit* ist im französischen Zivilrecht seit langem anerkannt *(théorie de l'abus de droit)*, wenn auch nicht gesetzlich geregelt.[1537] Als rechtliche Grundlage wird nach fast einhelliger Ansicht die deliktsrechtliche Generalklausel des Art. 1382 CC[1538] herangezogen.[1539] Zwar sind gewisse subjektive Rechte vom Anwendungsbereich ausgenommen (sog. *droits discrétionnaires*),[1540] das Urheberrecht einschließlich der *droits moraux* zählt aber nicht dazu.[1541]

Die Rspr. hat sich bisher auf keine einheitliche Definition der Voraussetzungen festlegen lassen.[1542] In der Lehre wird neben einer engen Auffassung, die Schädigungsabsicht verlangt, und einer weiten Auffassung, die irgendein schuldhaftes Fehlverhalten *(faute)* ausreichen lässt,[1543] insbesondere eine am Zweck des subjektiven Rechts ausgerichtete Definition des *abus de droit* vertreten: danach liegt ein Rechtsmissbrauch immer dann vor, wenn der Inhaber eines subjektiven Rechts dieses entgegen sei-

1537 *Ferid/Sonnenberger*, S. 241; *Zimmermann*, S. 95.

1538 „Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer."

1539 *Zimmermann*, S. 95; *Ferid/Sonnenberger*, S. 241; speziell für das Urheberrecht *Caron*, RIDA 176 (1998), 2, 37; *Jacquier*, Comm. com. électr. 11/2001, 13, 14; ausführlich *Caron*, Abus de droit et droit d'auteur, Rdnr. 139.

1540 *Zimmermann*, S. 97 f. (z.B. das Recht der Eltern, gegen die Eheschließung ihres Kindes Einspruch zu erheben; machen sie rechtsmissbräuchlich davon Gebrauch, sind sie nicht zum Schadensersatz verpflichtet, Art. 173, 179 CC). *Caron*, RIDA 176 (1998), 2, 21, und *Ferid/Sonnenberger*, S. 244 f., stellen eine solche Ausnahme generell in Frage.

1541 Vgl. für die *droits patrimoniaux* Cass. com., Urt. v. 26.11.2003, JurisData n° 2003-021075 – „TF1 c/ Éditions Montparnasse"; *Caron*, Abus de droit et droit d'auteur, Rdnr. 70; *ders.*, RIDA 176 (1998), 2, 12; *ders.*, Droit d'auteur et droit des voisins, Rdnr. 299; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 425; für die *droits moraux* Cass. civ., Urt. v. 14.5.1991, JCP G 1991 II, n° 21760 – „Chiavarino"; *Lucas-Schloetter*, GRUR Int. 2002, 2, 4; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 350 u. 511; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 426; *Caron*, Abus de droit et droit d'auteur, Rdnr. 22 ff.; *ders.*, Droit d'auteur et droit des voisins, Rdnr. 257; *ders.*, RIDA 176 (1998), 2, 12 ff.; a.A. aber *Pollaud-Dulian*, D. 1993, Chr., 97, 99.

1542 *Metzger*, Rechtsgeschäfte über das Droit moral im deutschen und französischen Urheberrecht, S. 138; *Ferid/Sonnenberger*, S. 243 ff.; *Zimmermann*, S. 108 f.

1543 Ausführlich *Zimmermann*, S. 102 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ner Funktion ausübt *(détournement du droit subjective de sa finalité)*.[1544] Zumindest für das urheberrechtliche Schrifttum kann diese Auffassung als herrschend bezeichnet werden.[1545] Als rechtsmissbräuchlich gilt somit insbesondere die Berufung auf das *droit moral* zur Verfolgung wirtschaftlicher Interessen.[1546] Auf die *droits patrimoniaux* hat die Rspr. das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot – soweit ersichtlich – noch nicht angewendet,[1547] sondern vielmehr auf das speziellere *kartellrechtliche* Missbrauchsverbot zurückgegriffen.[1548] Eine Ausnahme ist die Entscheidung „TF1 c/ Éditions Montparnasse", in der die Cour de cassation das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot zumindest anklingen lässt.[1549] Darin ging es um eine Klausel eines Film-Koproduktionsvertrages, die das ausschließliche Recht zur Herstellung von Videogrammen einer Tochtergesellschaft von TF1 vorbehielt. Die Cour de cassation bestätigte die Entscheidung der Cour d'appel de Paris, die die Klausel unter dem kartellrechtlichen Missbrauchsverbot für unzulässig erklärt hatte,[1550] mit der Begründung, dass die Vertragspraxis von TF1 keine „normale Ausübung"

1544 *Metzger*, Rechtsgeschäfte über das Droit moral im deutschen und französischen Urheberrecht, S. 139; grundlegend *Josserand*, S. 368 ff.

1545 *Metzger*, Rechtsgeschäfte über das Droit moral im deutschen und französischen Urheberrecht, S. 139; siehe etwa *Pollaud-Dulian*, D. 1993, Chr., 97, 97; *Gautier*, RIDA 139 (1989), 63, 97; *Caron*, RIDA 176 (1998), 2, 35; *ders.*, Abus de droit et droit d'auteur, Rdnr. 158; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 936.

1546 *Metzger*, Rechtsgeschäfte über das Droit moral im deutschen und französischen Urheberrecht, S. 139; *Caron*, RIDA 176 (1998), 2, 35; *ders.*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 289; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 511; siehe etwa Cass. civ., Urt. v. 14.5.1991, JCP G 1991 II, n° 21760 – „Chiavarino".

1547 Vgl. *Caron*, Abus de droit et droit d'auteur, Rdnr. 72.

1548 Vgl. *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 425 („Nous avons vu que le plus grand nombre de condamnations en la matière découlait du jeu du droit de la concurrence, l'abus de position dominante étant *lato sensu* une forme d'abus de droit"); *Caron*, Abus de droit et droit d'auteur, Rdnr. 84 („C'est pourquoi il ne s'agit pas de les assimiler mais plutôt de les considérer dans leurs fonctions complémentaires, les abus de domination étant la *traduction économique* de l'abus de droit *stricto sensu*, ce qui est une preuve des ressources infinies de ce principe général du droit", Hervorh. i. Orig.);.

1549 Vgl. *Caron*, JCP G 8-9/2004, 337 („Tout d'abord, l'arrêt est intéressant pour son apport à l'application de la théorie de l'abus de droit en droit d'auteur"); *Decocq*, Comm. com. électr. 2/2004, 36, 36 („On peut donc plutôt supposer qu'il s'agit de l'affirmation selon laquelle les droits de l'auteur sont susceptibles d'abus au sens civil et classique du terme").

1550 CA Paris, Urt. v. 21.11.2000, JurisData n° 2000-132566 – „TF1 c/ Éditions Montparnasse".

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

des Reproduktionsrechts darstelle, sondern „un abus de ce droit en vue de fausser la concurrence".[1551] Damit dürfte der Zweck eines *droit patrimonial* nur die „normale Ausübung" erfassen.

Die Rechtsfolge des in Art. 1382 CC verwurzelten allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbots ist die Schadensersatzpflicht.[1552] Da das schadensbegründende Ereignis der zweckwidrige Einsatz des subjektiven Rechtes ist, beinhaltet die Naturalrestitution eine dem Zweck entsprechende, also „normale" Ausübung.[1553] In den Fällen, in denen der Urheber wirtschaftliche Interessen verfolgt, bedeutet dies, dass ihm die Berufung auf das *droit moral* verwehrt wird.[1554] In den Fällen, in denen der Rechtsinhaber sein *droit patrimonial* missbräuchlich ausübt, kann das Gericht eine Zwangslizenz anordnen.[1555]

Freilich sollte bei der Anwendung des *abus de droit* Vorsicht walten.[1556] Das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot ist ein „Ventil" für unbillige Ergebnisse, die sich aus der buchstäblichen Gesetzesanwendung ergeben.[1557] Die Regel ist das Gesetz, das Rechtsmissbrauchsverbot ist die Ausnahme. Als solches ist es auf Ausnahmefälle zu beschränken.[1558] In der Literatur wird die Anordnung einer Zwangslizenz deshalb ausnahmsweise – aber

---

1551 Cass. com., Urt. v. 26.11.2003, JurisData n° 2003-021075 – „TF1 c/ Éditions Montparnasse" („[L]a pratique contractuelle en cause ne constitue pas l'exercice normal des droits exclusifs de reproduction du coproducteur mais un abus de ce droit en vue de fausser la concurrence").

1552 *Metzger*, Rechtsgeschäfte über das Droit moral im deutschen und französischen Urheberrecht, S. 139; *Ferid/Sonnenberger*, S. 248 f.; *Zimmermann*, S. 114.

1553 Der Geschädigte ist so zu stellen, wie wenn das schadensbegründende Ereignis nicht eingetreten wäre, *Jacquier*, Le pouvoir du juge sur les contrats d'auteur, Rdnr. 305; *dies.*, Comm. com. électr. 11/2001, 13, 15.

1554 *Metzger*, Rechtsgeschäfte über das Droit moral im deutschen und französischen Urheberrecht, S. 139; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 511; siehe etwa Cass. civ., Urt. v. 14.5.1991, JCP G 1991 II, n° 21760 – „Chiavarino".

1555 Vgl. *Jacquier*, Le pouvoir du juge sur les contrats d'auteur, Rdnr. 491 ff.; *dies.*, Comm. com. électr. 11/2001, 13, 15; *Caron*, Abus de droit et droit d'auteur, Rdnr. 188 ff.; *ders.*, RIDA 176 (1998), 2, 39.

1556 *Metzger*, Rechtsgeschäfte über das Droit moral im deutschen und französischen Urheberrecht, S. 140; siehe auch *Caron*, RIDA 176 (1998), 2, 37.

1557 *Pollaud-Dulian*, D. 1993, Chr., 97, 97; *Metzger*, Rechtsgeschäfte über das Droit moral im deutschen und französischen Urheberrecht, S. 137 f.; *Ferid/Sonnenberger*, S. 241; eingehend *Caron*, Abus de droit et droit d'auteur, Rdnr. 357 ff.; *ders.*, RIDA 176 (1998), 2, 67 ff.

1558 *Metzger*, Rechtsgeschäfte über das Droit moral im deutschen und französischen Urheberrecht, S. 140; *Caron*, RIDA 176 (1998), 2, 29 ff. (im Falle der *droits mo-*

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

immerhin – unter drei Voraussetzungen für zulässig gehalten: der Rechtsmissbrauch ist offenkundig (Rechtsgedanke der Art. L. 121-3 Abs. 1 S. 1, L. 122-9 Abs. 1 S. 1 CPI), er kann nicht anders behoben werden (ultima-ratio-Gedanke), und die *droits moraux* bleiben unberührt;[1559] insbesondere darf der Urheber nicht zur Veröffentlichung gezwungen werden.[1560] Damit handelt es sich um eine *externe*[1561], weil im allgemeinen Zivilrecht geregelte, und uneigentliche Schutzbeschränkung (*Ausübungsregelung*); zur Begründung kann auf die Ausführungen zur kartellrechtlichen Zwangslizenz[1562] bzw. zum allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbot nach deutschem Recht[1563] verwiesen werden.

c) Vorgaben des Konventions- und Unionsrechts

Die Frage, ob für das urheberrechtliche Rechtsmissbrauchsverbot der konventionsrechtliche Dreistufentest und der Numerus clausus der Informationsgesellschafts-RL gelten, ist weder in der französischen noch in der

---

raux sogar nur in extremen Ausnahmefällen); *Pollaud-Dulian*, D. 1993, Chr., 97, 97;.

1559 *Jacquier*, Comm. com. électr. 11/2001, 13, 16 („Premièrement, la licence forcée ne peut être décidée que lorsque la preuve d'un abus dans le refus de licence est apportée. […] Deuxièmement, […] le contrat forcé doit être réservé aux cas où il est nécessaire. Troisièmement enfin, le droit moral apparaît préservé"); *Caron*, Abus de droit et droit d'auteur, Rdnr. 190 ff. („Elle doit être très exceptionnelle et n'exister que si un abus a été constaté avec certitude. Si l'on se trouve dans cette hypothèse, il ne faut recourir au contrat imposé qu'en dernier recours. […] Ultime remède, le contrat imposé doit, nous semble-t-il, être banni dès lors qu'une atteinte au droit moral est constaté"); *ders.*, RIDA 176 (1998), 2, 39 („Il est certain que le juge ne devrait recourir à cette mesure, dans l'hypothèse d'un abus du droit d'auteur, que de façon très exceptionnelle et qu'elle devrait être purement et simplement bannie des lors que le droit moral de l'auteur serait concerné"); *Gautier*, D. affaires 6/1995, 123, 125 („[L]'injonction de faire signature forcée d'un contrat doit certainement être le dernier recours, compte tenu d'une nécessité absolue et d'un abus évident de la part di titulaire de droits, dûment constatés par le juge") u. Fn. 18 („On pourrait au moins utiliser le standard, familier au droit d'auteur, de ‚l'abus notoire'").

1560 *Caron*, Abus de droit et droit d'auteur, Rdnr. 191; *ders.*, RIDA 176 (1998), 2, 39.

1561 *Sirinelli*, Exceptions and Limits to Copyright and Neighboring Rights, S. 33; *Goldstein/Hugenholtz*, S. 404.

1562 Siehe 2. Kapitel A. II. 5. a.A.

1563 Siehe 2. Kapitel A. II. 6. a) bb).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

deutschen Literatur erörtert worden. Unabhängig davon, dass das Rechtsmissbrauchsverbot als Ausübungsregelung kaum unter die „Ausnahmen und Beschränkungen" subsumiert werden kann, dürfte der in Art. 13 TRIPS geregelte Dreistufentest bereits durch Art. 8 Abs. 2 TRIPS verdrängt sein, der – in Ausnahmefällen[1564] – Maßnahmen gegen den „Missbrauch von Rechten des geistigen Eigentums" unabhängig von einer marktbeherrschenden Stellung erlaubt[1565] und dabei insbesondere die US-amerikanische *misuse doctrine*[1566] erfasst.[1567] Im Übrigen spricht eine teleologische Auslegung gegen die Anwendbarkeit von Dreistufentest und Numerus clausus: „Ausnahmen und Beschränkungen" definieren für „gewisse Sonderfälle" die „Breite" des normativ effizienten Urheberrechts. Als solche tragen sie zum „Maßschnitt" des Urheberrechts bei. Dagegen hat das Rechtsmissbrauchsverbot eine andere, doppelte Funktion: Als eine Ausprägung eines allgemeinen, im Zivilrecht (§ 242 BGB, Art. 1382 CC) verwurzelten Rechtsgrundsatzes dient es der Integration des Urheberrechts in das Gesamtrechtssystem.[1568] Zudem *schützt* es eher den „Maßschnitt" von außen – indem es eigenmächtige „Maßänderungen" des Rechtsinha-

1564 Siehe bereits 2. Kapitel A. II. 5. c).

1565 Nach allgemeiner Meinung geht Art. 8 Abs. 2 TRIPS über das kartellrechtliche Missbrauchsverbot hinaus, vgl. nur *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, S. 586; *ders.*, GRUR Int. 1995, 535, 537; *Gervais*, Rdnr. 2.125; *Ullrich*, 7 J. Int'l Econ. L. 401, 414 (2004); *Brand*, in: *Busche/Stoll/Wiebe*, TRIPS[2], Art. 8, Rdnr. 33; *Fox*, 29 Vand. J. Transnat'l L. 481, 482 f. (1996).

1566 Eingehend zur US-amerikanischen *copyright misuse doctrine* im Überblick *Bartmann*, S. 152 ff.; ausführlich *Azer*, 82 Fordham L. Rev. 81 (2013); *Hovenkamp/Janis/Lemley/Leslie*, §§ 3.1, 3.4 u. 3.6.

1567 *Brand*, in: *Busche/Stoll/Wiebe*, TRIPS[2], Art. 8, Rdnr. 36; *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, S. 586; *ders.*, GRUR Int. 1995, 535, 537.

1568 *Sirinelli*, Exceptions and Limits to Copyright and Neighboring Rights, S. 3 („Lastly, it has to be acknowledged that, although copyright has often been proclaimed as 'sacred property', it is by no means certain that its sovereignty is so absolute that all other rights have to give way to it. On the contrary, copyright contains its own limitations within itself *and*, as a special right, *must be harmoniously integrated within any legal system*. In other words, it must also obey the logic of the General Principles of Law", Hervorh. d. Verf.); siehe auch *Goldstein/Hugenholtz*, S. 403 f. („The structure of the international copyright conventions, based on minimum rights and maximum limitations subject to the three-step test, may suggest a closed system allowing no additional limits from outside legal sources. However, at the level of national law, the norms of copyright

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bers untersagt –, als dass es selbst zur Ausgestaltung des Urheberrechts beiträgt. Bei vorsichtiger Anwendung wird das Urheberrecht also eher gestärkt als geschwächt.[1569]

d) Vor- und Nachteile

Die Vor- und Nachteile des Rechtsmissbrauchsverbots verlaufen praktisch umgekehrt zu jenen der gesetzlichen Lizenz. Durch den großen richterlichen Entscheidungsspielraum wird ein hohes Maß an *Einzelfallgerechtigkeit* und *Flexibilität* ermöglicht, zumal das Rechtsmissbrauchsverbot – anders als das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung – am einzelnen Werk statt am relevanten Markt ansetzt. Auf der anderen Seite sind die Voraussetzungen des Rechtsmissbrauchsverbots im Einzelnen völlig unklar (*Rechtsunsicherheit*) und läuft der Richter Gefahr, willkürliche Entscheidungen zu treffen (Gedanke der *generalisierenden Gerechtigkeit*). Zwar wird das Rechtsmissbrauchsverbot auf extreme Ausnahmefälle beschränkt und insoweit wieder ein hinreichendes Maß an generalisierender Gerechtigkeit und Rechtssicherheit („im Zweifel keine Nutzungserlaubnis") hergestellt. Mit dem Ausnahme-Charakter geht aber ein erheblicher Verlust an *Effektivität* einher.[1570] Da die „unbekannte Person" davon ausgehen muss, dass sie aller Voraussicht nach keine Nutzungserlaubnis erhalten wird, wird sie unter Zugrundelegung des ökonomischen Verhaltensmodells auf einen langwierigen und kostspieligen Prozess

---

inevitably *compete with other legal norms*. For example, […] general doctrines of misuse and *abuse of right* may impose external limits on the exercise of copyrights in special cases", Hervorh. d. Verf.); *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 350 („La question se pose de savoir si, indépendamment des exceptions prévues par la loi sur le droit d'auteur, l'exclusivité peut être tenue en échec sur la base *d'autres normes*. La réponse est certainement positive pour le droit de concurrence […]. Au-delà, il reste toujours la possibilité pour le juge de constater un *abus*, car le droit d'auteur […] n'est pas discrétionnaire", Hervorh. d. Verf.).

1569 *Sirinelli*, Exceptions and Limits to Copyright and Neighboring Rights, S. 33 f. („Paradoxically, this mechanism *does not weaken* the author's right. On the contrary. Whereas the abusive exercise of a right would lead to a general and global rejection of copyright at the risk of a certain ineffectiveness, the presence of the corrective measure *reassures* and *makes copyright stronger* or better accepted because third parties know they are protected from abuse", Hervorh. d. Verf.).

1570 Vgl. *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 454.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(*Transaktionskosten*) verzichten. Damit ist das Rechtsmissbrauchsverbot kein geeigneter Lösungsansatz.

7. Verhältnismäßigkeitsvorbehalt

Der Verhältnismäßigkeitsvorbehalt ist eine vornehmlich aus dem US-amerikanischen Urheberrecht bekannte Schutzbeschränkung (unten a)), die auch im deutschen Urheberrecht anwendbar sein dürfte (unten b)). Für das französische Urheberrecht wird eine Anwendung nicht erwogen (unten c)). Im Anschluss an die Vorgaben des Konventions- und Unionsrechts (unten d)) werden die Vor- und Nachteile erörtert (unten e)).

a) Verhältnismäßigkeitsvorbehalt im US-amerikanischen Urheberrecht

Nach 17 U.S.C. § 502 lit. a *darf* das Gericht ein Unterlassungsurteil erlassen, soweit es *angemessen* erscheint, um der Urheberrechtsverletzung vorzubeugen oder Einhalt zu gebieten.[1571] Dasselbe gilt nach 35 U.S.C. § 283 für den patentrechtlichen Unterlassungsanspruch.[1572] Bei beiden Vorschriften handelt es sich um solche des Billigkeitsrechts *(equity)*, die die Gewährung des Anspruchs in das Ermessen des Gerichts stellen *(equitable remedies)*.[1573] Obwohl der Supreme Court mehrmals darauf hingewiesen hatte, dass die Billigkeitserwägungen nicht durch die automatische Gewährung des Unterlassungsanspruchs ersetzt werden können,[1574] waren

---

1571 „Any court having jurisdiction of a civil action arising under this title *may*, subject to the provisions of section 1498 of title 28, grant temporary and final injunctions on such terms as it may deem *reasonable* to prevent or restrain infringement of a copyright" [Hervorh. d. Verf.].

1572 „The several courts having jurisdiction of cases under this title *may* grant injunctions in accordance with the *principles of equity* to prevent the violation of any right secured by patent, on such terms as the court deems *reasonable*" [Hervorh. d. Verf.].

1573 *Phillips*, 24 Berkeley Tech. L. J. 405, 406 f. (2009) (zu 17 U.S.C. § 502 lit. a); *Drexl*, in: *FIW*, Innovation und Wettbewerb, S. 45; *Ohly*, GRUR Int. 2008, 787, 788 f. (zu 35 U.S.C. § 283); *Uhrich*, ZGE 2009, 59, 65 f. (zu 35 U.S.C. § 283), alle jeweils mit Ausführungen zu den Begriffen *equity* und *equitable remedies*.

1574 *Phillips*, 24 Berkeley Tech. L. J. 405, 407 (2009); vgl. auch U.S. Supreme Court GRUR Int., 2006, 782, 783 – „eBay v. MercExchange" („And as in our decision today, this Court has consistently rejected invitations to replace traditional equi-

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die meisten unter- und oberinstanzlichen Gerichte der „Regel" gefolgt, dass ein Unterlassungsurteil bei Fehlen außergewöhnlicher Umstände stets ergehen könne.[1575] Was dann am 15. Mai 2006 folgte, kam einem Paukenschlag gleich: In seiner Entscheidung „eBay v. MercExchange" stellte der Supreme Court fest, dass ein patentrechtlicher Unterlassungsanspruch nur unter vier Voraussetzungen besteht („four-factor test"): der Kläger muss einen irreparablen Schaden erlitten haben; der Schaden kann mit anderen rechtlichen Mitteln, insbesondere mit finanzieller Entschädigung, nicht angemessenen kompensiert werden; der Unterlassungsanspruch entspricht unter Abwägung der Parteiinteressen der Billigkeit; und er steht nicht im Widerspruch zum öffentlichen Interesse.[1576] Zudem stellte der Supreme Court klar, dass für den urheberrechtlichen Unterlassungsanspruch nach 17 U.S.C. § 502 lit. a nichts anderes gelten kann.[1577] Praktisch bleibt es aber beim Regel-Ausnahme-Verhältnis von Unterlassungs- und bloßem Schadensersatzanspruch: In den ersten Jahren nach „eBay v. MercExchange" erließen US-amerikanische Gerichte in 82,8 % der Urheberrechtsverletzungsverfahren Unterlassungsverfügungen *(copyright injunctions)*.[1578]

---

table considerations with a rule that an injunction automatically follows a determination that a copyright has been infringed").

1575 Vgl. *Phillips*, 24 Berkeley Tech. L. J. 405, 406 f. (2009); U.S. Supreme Court GRUR Int., 2006, 782, 783 – „eBay v. MercExchange" („The court [of appeals] articulated a ‚general rule', unique to patent disputes, ‚that a permanent injunction will issue once infringement and validity have been adjudged'. […] The court further indicated that injunctions should be denied only in the ‚unusual' case, under ‚exceptional circumstances' and ‚in rare instances… to protect the public interest'", Anm. d. Verf.).

1576 U.S. Supreme Court GRUR Int., 2006, 782, 783 – „eBay v. MercExchange" („A plaintiff must demonstrate: (1) that it has suffered an irreparable injury; (2) that remedies available at law, such as monetary damages, are inadequate to compensate for that injury; (3) that, considering the balance of hardships between the plaintiff and defendant, a remedy in equity is warranted; and (4) that the public interest would not be disserved by a permanent injunction").

1577 *Phillips*, 24 Berkeley Tech. L. J. 405, 417 (2009); vgl. U.S. Supreme Court GRUR Int., 2006, 782, 783 – „eBay v. MercExchange" („This approach is consistent with our treatment of injunctions under the Copyright Act. Like a patent owner, a copyright holder possesses ‚the right to exclude others from using his property'. […] Like the Patent Act, the Copyright Act provides that courts ‚may' grant injunctive relief ‚on such terms as it may deem reasonable to prevent or restrain infringement of a copyright'").

1578 *Liu*, 16 Lewis & Clark L. Rev. 215, 228 (2012), für den Zeitraum 15.5.2006 bis 1.6.2010.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Anders als beim *fair use* (17 U.S.C. § 107) und der *misuse doctrine*, die jeweils eine vergütungsfreie Nutzung erlauben („Alles-oder-nichts-Prinzip"), wird dem Rechtsinhaber immerhin ein Vergütungsanspruch zugestanden. Im Ergebnis ähnelt der Verhältnismäßigkeitsvorbehalt damit einer Zwangslizenz,[1579] wenn auch mit vier wesentlichen Unterschieden: Bei einer Zwangslizenz wird *erst* geklagt, dann erlaubt und anschließend genutzt (und vergütet), während hier erst genutzt, dann geklagt und *im Nachhinein* erlaubt (und vergütet) wird.[1580] Bei jener wird das *materiell*-rechtliche Ausschließlichkeitsrecht, bei diesem der *verfahrens*rechtliche Unterlassungsanspruch beschränkt.[1581] Zudem ist die Parteienstellung spiegelverkehrt: dort klagt der Nutzer, hier der Rechtsinhaber. Zu guter Letzt wird kein Lizenzvertrag geschlossen. Da die Vertragsfreiheit vollständig erhalten bleibt und nur der *prozessuale* Unterlassungsanspruch beschränkt wird, ist der Verhältnismäßigkeitsvorbehalt als eine *Ausübungsregelung* (und *externe* Schutzbeschränkung) einzustufen.

b) Verhältnismäßigkeitsvorbehalt im deutschen Urheberrecht

Der urheberrechtliche Unterlassungsanspruch nach § 97 Abs. 1 S. 1 UrhG lautet verkürzt: „Wer das Urheberrecht […] widerrechtlich verletzt, kann von dem Verletzten […] auf Unterlassung in Anspruch genommen werden." Ähnliche Formulierungen finden sich in § 98 Abs. 1, 2 und 3 UrhG zum Vernichtungs-, Rückruf- und Überlassungsanspruch, in § 101 Abs. 1 UrhG zum Auskunftsanspruch, in § 101a Abs. 1 UrhG zum Besichtigungsanspruch und in § 101b Abs. 1 UrhG zum Anspruch auf Sicherung von Schadensersatzansprüchen. Allerdings haben die §§ 98, 101 UrhG noch jeweils einen Abs. 4 und §§ 101a, 101b UrhG noch einen Abs. 2, die die jeweiligen Ansprüche unter einen Verhältnismäßigkeitsvorbehalt stellen.[1582] Ein solcher allgemeiner Verhältnismäßigkeitsvorbehalt fehlt in § 97 UrhG. § 100 UrhG regelt lediglich eine Abwendungsbefugnis des *schuldlosen* Verletzers, wenn ihm durch die Erfüllung des Unterlassungs-

1579 *Hilty*, in: *Hilty/Liu*, Compulsory Licensing, S. 392; *Drexl*, in: *FIW*, Innovation und Wettbewerb, S. 46.
1580 Vgl. *Drexl*, in: *FIW*, Innovation und Wettbewerb, S. 47.
1581 Vgl. für den patentrechtlichen Verhältnismäßigkeitsvorbehalt *Sonnenberg*, S. 62.
1582 So für die patentrechtlichen Parallelvorschriften *Heusch*, in: *Harmsen/Jüngst/Rödiger*, FS v. Meibom, S. 135.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

anspruches ein unverhältnismäßig großer Schaden entstehen würde und dem Rechtsinhaber die Abfindung in Geld zuzumuten ist. Der Wortlaut des § 97 Abs. 1 S. 1 UrhG, das Fehlen einer Regelung wie in §§ 98 Abs. 4, 101 Abs. 4, 101a Abs. 2 und 101b Abs. 2 UrhG legen den Schluss nahe, dass der Unterlassungsanspruch keinem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsvorbehalt unterliegt.[1583] Zwar gelten für den sachenrechtlichen Unterlassungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 S. 2 UrhG entgegen dem Wortlaut die schuldrechtlichen Verhältnismäßigkeitsvorbehalte nach § 251 Abs. 2 S. 1 BGB (Abwendungsbefugnis wegen unverhältnismäßigen Aufwands)[1584] bzw. § 275 Abs. 2 BGB (Unmöglichkeit wegen unverhältnismäßigen Aufwands)[1585]. Weil aber § 100 UrhG eine spezielle Abwendungsbefugnis regelt, soll nach der h.L. § 251 Abs. 2 S. 1 BGB verdrängt sein (lex specialis derogat legi generali).[1586] Mit demselben Argument ließe sich auch die Anwendbarkeit von § 275 Abs. 2 BGB bestreiten. Die Mindermeinung möchte § 251 Abs. 2 S. 1 BGB zwar auf den in § 97 Abs. 2 UrhG geregelten Schadensersatzanspruch anwenden, scheint der h.L. aber im Übrigen zu folgen.[1587]

Diese Meinung ist nicht überzeugend. Zunächst spricht die Entstehungsgeschichte für eine Anwendbarkeit des § 251 Abs. 2 S. 1 bzw. 275 Abs. 2 BGB. Bis 1965 wurde der urheberrechtliche Unterlassungsan-

---

1583 In Anlehnung an *Heusch*, in: *Harmsen/Jüngst/Rödiger*, FS v. Meibom, S. 135, für das Patentrecht.

1584 BGH NJW 1974, 1552, 1553, bis 2008 st. Rspr.

1585 BGH NJW 2008, 3122, 3123, Rdnr. 17 („Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat den Rückgriff auf den in § 251 II 1 BGB zum Ausdruck kommenden Grundsatz zur Beschränkung des Anspruchs aus § 1004 I 1 BGB überflüssig gemacht. Die Beschränkung folgt nunmehr aus § 275 BGB. Die Vorschrift findet auf alle Leistungspflichten Anwendung, gleichgültig, ob diese auf einem Vertrag, auf einem gesetzlichen Schuldverhältnis oder allgemein auf einer gesetzlichen Verpflichtung beruhen […]. Dies war Absicht des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes. Die Begründung des Gesetzesvorschlags verweist zum Anwendungsbereich von § 275 Absatz II BGB ausdrücklich auf Leistungsansprüche aus dem Sachenrecht und führt aus, die Begrenzung derartiger Ansprüche sei bisher § 251 Absatz II BGB entnommen worden“); NJW-RR 2010, 315, 315, Rdnr. 15; NJW 2010, 2341, 2341, Rdnr. 9.

1586 *Bohne*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 100, Rdnr. 2; *Meckel*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 100, Rdnr. 2; *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 100, Rdnr. 11; *Lütje*, in: *Möhring/Nicolini*, UrhG[2], § 100, Rdnr. 3.

1587 Vgl. *Wild*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 100, Rdnr. 3; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 100, Rdnr. 3.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

spruch auf § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB gestützt[1588] und war dem Verhältnismäßigkeitsvorbehalt des § 251 Abs. 2 S. 1 BGB unstreitig unterworfen.[1589] Als der Gesetzgeber 1965 die Abwendungsbefugnis in § 100 UrhG (damals § 111 UrhG) spezialgesetzlich regelte, bezog er sich ausdrücklich auf das „Sefira"-Urteil des KG, das einem schuldlosen Verletzer eine Abwendungsbefugnis zugestanden hatte.[1590] Ebendieses Gericht hatte das Verschulden aber als ein Kriterium unter anderen berücksichtigt und § 251 Abs. 2 S. 1 BGB für generell anwendbar gehalten.[1591] Es erscheint sehr zweifelhaft, dass der Gesetzgeber den zuvor geltenden generellen Verhältnismäßigkeitsvorbehalt *stillschweigend* auf schuldlose Verletzungshandlungen beschränken wollte, wo er sich doch ausdrücklich auf das Urteil des KG stützte, das eine solche Beschränkung gerade nicht vorsah. Ähnliches gilt für die 1990 eingeführten §§ 98 Abs. 4, 101 Abs. 4, 101a Abs. 2 und 101b Abs. 2 UrhG, mit denen der Gesetzgeber die Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht stillschweigend abschaffen, sondern das Dilemma einer Definition des Begriffs der „Produktpiraterie" lösen wollte.[1592]

1588 1965 wurde der urheberrechtliche Unterlassungsanspruch dann in § 107 (dem heutigen § 97) UrhG kodifiziert, vgl. den Gesetzentwurf v. 23.3.1962, BT-Drs. 4/270, S. 103; *Wild*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 97, Rdnr. 1.

1589 Vgl. den Gesetzentwurf v. 23.3.1962, BT-Drs. 4/270, S. 105.

1590 Vgl. den Gesetzentwurf v. 23.3.1962, BT-Drs. 4/270, S. 105 („Die Rechtsprechung hat schon nach geltendem Recht in solchen Fällen den Grundsatz des § 251 Abs. 2 BGB entsprechend angewandt, wonach der Schadenersatzpflichtige den Gläubiger in Geld entschädigen kann, wenn die Herstellung des früheren Zustands nur mit unverhältnismäßig hohen Aufwendungen möglich ist (vgl. KG Ufita Bd. 11 S. 287 [289])").

1591 Vgl. KG UFITA 11 (1937), 287, 289 f. – „Sefira" („Die dem Antragsteller aus einer weiteren unveränderten Aufführung des Films erwachsenen etwaigen Nachteile sind demgegenüber unverhältnismäßig gering. In einem solchen Fall muß nach der Ansicht des Senats dem Filmhersteller unter entsprechender Anwendung des § 251 Abs. 2 BGB das Recht gewährt werden, den auf Unterlassung der Filmaufführung gerichteten Anspruch durch Zahlung einer angemessenen Geldsumme abzuwenden. […] Allerdings ist das Verhalten des Verletzers bei der Prüfung der Frage, ob die zur Herstellung erforderlichen Aufwendungen als unverhältnismäßig zu betrachten sind, *mit* zu berücksichtigen. Die Unverhältnismäßigkeit wäre aber hier *in jedem Fall* zu bejahen, und zwar *umso mehr*, als die Antragsgegnerin an der bei der Musikschöpfung etwa begangenen Urheberrechtsverletzung kein eigenes Verschulden trifft", Hervorh. d. Verf.).

1592 So *Heusch*, in: *Harmsen/Jüngst/Rödiger*, FS v. Meibom, S. 137 f., für die patentrechtlichen Parallelvorschriften.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dieses Verständnis findet Unterstützung in der unionsrechtskonformen Auslegung, die allen anderen Auslegungsarten – auch der von der h.L. vorgenommenen grammatikalischen und der systematischen – vorgeht.[1593] Zwar scheint Art. 12 Durchsetzungs-RL zunächst das Gegenteil nahezulegen. Denn wenn die Mitgliedstaaten einen Verhältnismäßigkeitsvorbehalt für *schuldlose* Verletzungshandlungen vorsehen können, lässt sich e contrario argumentieren, dass bei *schuldhaften* Verletzungshandlungen gerade keine Verhältnismäßigkeitsprüfung erfolgen darf.[1594] Eine solche Auslegung ist aber nicht zwingend. Während nämlich nach Art. 13 Abs. 1 Durchsetzungs-RL sicherzustellen ist, dass die zuständigen Gerichte die Verpflichtung zum Schadensersatz „auf Antrag der geschädigten Partei *anordnen*", ist nach Art. 11 Abs. 1 S. 1 Durchsetzungs-RL dafür zu sorgen, dass „die zuständigen Gerichte bei Feststellung einer Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums eine Anordnung gegen den Verletzer erlassen *können*, die ihm die weitere Verletzung des betreffenden Rechts untersagt". Daraus kann gefolgert werden, dass zwar *Schadensersatzansprüche* – bei Vorliegen der materiell-rechtlichen Voraussetzungen – dem Kläger in jedem Fall zugesprochen werden müssen, *Unterlassungsverfügungen* aber im Ermessen des Gerichts liegen.[1595] Eine solche Auslegung ist vorzugswürdig, weil sie im Einklang mit Erwgr. 17 und Art. 3 Abs. 2 Durchsetzungs-RL steht. Nach Erwgr. 17 sollen Maßnahmen – auch die in Art. 11 S. 1 geregelte Unterlassungsverfügung – „in jedem Einzelfall so bestimmt werden, dass den spezifischen Merkmalen dieses Falles… gebührend Rechnung getragen wird". Jedem Einzelfall kann freilich nur dann gebührend Rechnung getragen werden, wenn der Unterlassungsanspruch keine zwangsläufige Folge einer Urheberrechtsverletzung ist, sondern wenn gegebenenfalls auch andere Maßnahmen zur Verfügung stehen.[1596] Zu guter Letzt *müssen* nach Art. 3 Abs. 2 Durchsetzungs-RL – der

---

1593 Vgl. nur *Säcker*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 1, Einl., Rdnr. 146; siehe auch BGH NJW 2009, 427, 428, Rdnr. 21 („Der von der Rechtsprechung des EuGH geprägte Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung verlangt von den nationalen Gerichten […] mehr als bloße Auslegung im engeren Sinne. […] Der Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung fordert […] auch, das nationale Recht, wo dies nötig und möglich ist, richtlinienkonform fortzubilden").

1594 *Hilty*, in: *Hilty/Liu*, Compulsory Licensing, S. 390; *Ohly*, in: *Drexl/Hilty/Boy/Godt/Remiche*, FS Ullrich, S. 264; *Sonnenberg*, S. 88.

1595 *Hilty*, in: *Hilty/Liu*, Compulsory Licensing, S. 389 f.

1596 *Heusch*, in: *Harmsen/Jüngst/Rödiger*, FS v. Meibom, S. 142.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wortlaut „müssen“ lässt den Mitgliedstaaten keinen Spielraum[1597] – die Maßnahmen – auch und gerade die Unterlassungsverfügung – „wirksam, *verhältnismäßig* und abschreckend“ sein. Spätestens diese Vorschrift spricht für die Vorgabe eines *generellen* Verhältnismäßigkeitsvorbehalts.[1598] Wenn nun der deutsche Gesetzgeber diesen nicht in § 97 Abs. 1 UrhG aufgenommen hat, dann wohl nur deshalb, weil ein solcher ohnehin schon gilt.[1599] Denn andernfalls hätte er die Durchsetzungsrichtlinie nicht korrekt umgesetzt, was ihm nicht ohne weiteres unterstellt werden kann.[1600] Damit ist anzunehmen, dass der urheberrechtliche Unterlassungsanspruch nach § 97 Abs. 1 UrhG einem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsvorbehalt unterliegt.[1601] Freilich kann diese ebenfalls *externe*, weil im allgemeinen Zivilrecht verwurzelte, und uneigentliche Schutzbeschränkung (*Ausübungsregelung*) nur in besonderen Ausnahmefällen gelten.[1602] Als Anwendungsfälle werden in der patentrechtlichen Literatur insbesondere „Patenttrolle“[1603], „Patentdickichte“[1604] und standardessentielle Patente[1605] genannt.

1597 *Heusch*, in: *Harmsen/Jüngst/Rödiger*, FS v. Meibom, S. 142; *Uhrich*, ZGE 2009, 59, 90.

1598 *Hilty*, in: *Hilty/Liu*, Compulsory Licensing, 390; *Ohly*, in: *Drexl/Hilty/Boy/Godt/Remiche*, FS Ullrich, S. 266; *ders.*, GRUR Int. 2008, 787, 797; *Heusch*, in: *Harmsen/Jüngst/Rödiger*, FS v. Meibom, S. 144; *Uhrich*, ZGE 2009, 59, 88 f.; *Sonnenberg*, S. 85.

1599 In Anlehnung an *Heusch*, in: *Harmsen/Jüngst/Rödiger*, FS v. Meibom, S. 142; *Sonnenberg*, S. 92, jeweils für § 139 Abs. 1 PatG.

1600 In Anlehnung an *Heusch*, in: *Harmsen/Jüngst/Rödiger*, FS v. Meibom, S. 142, für den patentrechtlichen Unterlassungsanspruch; siehe auch *Hilty*, in: *Hilty/Liu*, Compulsory Licensing, S. 390 („From that perspective, it is at least not conflicting with the Directive to argue that a Member State that does not provide for sufficient flexibility […] disregards the overall aim of the Enforcement Directive“).

1601 So für den patentrechtlichen Unterlassungsanspruch *Heusch*, in: *Harmsen/Jüngst/Rödiger*, FS v. Meibom, S. 142; *Ohly*, GRUR Int. 2008, 787, 796 f.; *Sonnenberg*, S. 92.

1602 Vgl. *Ohly*, in: *Drexl/Hilty/Boy/Godt/Remiche*, FS Ullrich, S. 266 f.; *ders.*, GRUR Int. 2008, 787, 797; *Heusch*, in: *Harmsen/Jüngst/Rödiger*, FS v. Meibom, S. 144; *Wallot*, sic! 2011, 157, 164; *Uhrich*, ZGE 2009, 59, 92, jeweils für den patentrechtlichen Unterlassungsanspruch.

1603 Vgl. *Ohly*, GRUR Int. 2008, 787, 797; *Wallot*, sic! 2011, 157, 164; *Uhrich*, ZGE 2009, 59, 92; *Osterrieth*, GRUR 2009, 540, 545.

1604 Vgl. *Heusch*, in: *Harmsen/Jüngst/Rödiger*, FS v. Meibom, S. 145.

1605 Vgl. *Heusch*, in: *Harmsen/Jüngst/Rödiger*, FS v. Meibom, S. 145 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c) Verhältnismäßigkeitsvorbehalt im französischen Urheberrecht

In der französischen Literatur wird ein Verhältnismäßigkeitsvorbehalt für patentrechtliche, geschweige denn urheberrechtliche Unterlassungsansprüche zumindest ausdrücklich nicht erwogen.[1606] Als Mittel gegen „Patentrolle" werden in erster Linie kartellrechtliche Zwangslizenzen vorgeschlagen.[1607] Allerdings finden sich in der Literatur Hinweise zur Anwendbarkeit der *théorie de l'abus de droit*, die auf einen Verhältnismäßigkeitsvorbehalt hinausläuft.[1608]

d) Vorgaben des Konventions- und Unionsrechts

In der Literatur ist die Frage, ob für den urheberrechtlichen Verhältnismäßigkeitsvorbehalt der konventionsrechtliche Dreistufentest und der Numerus clausus der Informationsgesellschafts-RL gelten, noch nicht erörtert worden. Unabhängig davon, dass er als Ausübungsregelung kaum unter die „Ausnahmen und Beschränkungen" subsumiert werden kann, spricht eine teleologische Auslegung dagegen: Ähnlich dem Rechtsmissbrauchsverbot dürfte die Aufgabe des Verhältnismäßigkeitsvorbehalts weniger da-

---

1606 Siehe aber *Hilty*, in: *Geiger/Rodà*, FS Schmidt-Szalewski, S. 210 f. („L'imposition du droit peut être refusée dans certains cas; cela est possible en premier lieu dans le cadre du *Common law* plus souple en la matière, sous la forme d'une *non-injunction* reposant sur le principe de l'*equity*, sachant qu'il n'existe quasiment aucune juridique comparable dans le *Civil law* (le droit romano-germanique) qui accorde une telle marge de manœuvre au juge (hormis tout au plus une interdiction générale d'abus de droit, pour laquelle toutefois les pratiques juridiques font défaut)").

1607 *Le Stanc*, Propr. ind. 2/2008, 11, 14; *ders.*, Propr. ind. 10/2010, 36, 37.

1608 Vgl. *Le Stanc*, Propr. ind. 10/2010, 36, 37 f. („Le ‚troll' s'échappe totalement ou partiellement de ce cadre. […] Certes il est propriétaire; néanmoins on pourra prétendre qu'en agissant comme il le fait, le ‚troll' ne se sert pas de son droit de brevet *conformément à sa fonction* d'incitation à la recherche pour être utile à la communauté [...]. On pourrait donc en ce sens *réserver la pleine défense* du brevet à ceux qui l'utilisent dans sa complète *fonction*. Et *ne sanctionner* les contrefacteurs de ‚trolls' *que de manière pécuniaire* sans fatalement interdire l'exploitation à leurs victimes, si l'exploitation indispensable pour ces dernières n'est pas gênante pour le ‚troll', et s'il en retire – sans doute moins que ce qu'il cherchait à obtenir sous la menace – une juste compensation financière. La police des *‚abus'* des ‚trolls' pourrait dès lors être effectuée au juste regard de la *fonction du droit de brevet*", Hervorh. d. Verf.).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rin bestehen, zu einem „Maßschnitt“ des Urheberrechts beizutragen, als dieses in das Gesamtrechtssystem zu integrieren und es vor eigenmächtigen „Maßänderungen“ des Rechtsinhabers zu schützen. Im Übrigen dürften der Dreistufentest und der Numerus clausus von den spezielleren Regelungen der Art. 44 Abs. 2 S. 2 TRIPS bzw. Art. 3 Abs. 2 Durchsetzungs-RL verdrängt sein. Der Verhältnismäßigkeitsvorbehalt ist nämlich nicht nur – wie gezeigt – unionsrechtlich, sondern auch konventionsrechtlich erlaubt:[1609] Bereits der Wortlaut von Art. 44 Abs. 1 S. 1 TRIPS scheint einen Verhältnismäßigkeitsvorbehalt vorzusehen, verlangt er doch lediglich, dass die Gerichte die Befugnis haben müssen, Unterlassungen zu verfügen.[1610] Vor allem aber sind nach Art. 44 Abs. 2 S. 2 TRIPS Unterlassungsverfügungen, die nicht im Einklang mit dem Recht eines Mitglieds stehen, durch Feststellungsurteile und angemessene Entschädigungen zu ersetzen. Ein Recht, das mit zwangsläufigen Unterlassungsverfügungen nicht im Einklang steht, ist insbesondere das US-amerikanische *equity*,[1611] und – wenn man wie hier von deren Anwendbarkeit auf den urheberrechtlichen Unterlassungsanspruch ausgeht – auch § 251 Abs. 2 S. 1 bzw. 275 Abs. 2 BGB. Zu guter Letzt gehört der Dreistufentest (Art. 13 TRIPS) ausweislich der Überschrift des zweiten Teils des TRIPS-Übereinkommens zu den „Normen betreffend die Verfügbarkeit, den Umfang und die Ausübung von Rechten des geistigen Eigentums“, während der Verhältnismäßigkeitsvorbehalt (Art. 44 Abs. 2 S. 2 TRIPS) im dritten Teil als Vorschrift betreffend die „Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums“ geregelt ist. Daraus kann gefolgert werden, dass der Verhältnismäßigkeitsvorbehalt unter eine völlig andere Kategorie fällt, mithin keine „Ausnahme und Beschränkung“ darstellt. Damit kann der Verhältnismäßigkeitsvorbehalt weder dem Dreistufentest[1612] noch dem Numerus clausus der Informationsgesellschafts-RL unterfallen.

1609 So für das Patentrecht *Ohly*, GRUR Int. 2008, 787, 797; *Heusch*, in: *Harmsen/Jüngst/Rödiger*, FS v. Meibom, S. 143; *Subramanian*, IIC 2008, 419, 446 f.; *dies.*, EIPR 30 (2008), 444, 450.

1610 *Ohly*, GRUR Int. 2008, 787, 797; *Heusch*, in: *Harmsen/Jüngst/Rödiger*, FS v. Meibom, S. 143; *Vander/Steighüber*, in: *Busche/Stoll/Wiebe*, TRIPS[2], Art. 44, Rdnr. 7; *Subramanian*, IIC 2008, 419, 446; *dies.*, EIPR 30 (2008), 444, 449 f.

1611 *Vander/Steighüber*, in: *Busche/Stoll/Wiebe*, TRIPS[2], Art. 44, Rdnr. 7; *Subramanian*, IIC 2008, 419, 446; *dies.*, EIPR 30 (2008), 444, 449 f.

1612 Für den patentrechtlichen Verhältnismäßigkeitsvorbehalt i.E. auch *Sonnenberg*, S. 62.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

e) Vor- und Nachteile

Die Vor- und Nachteile des Verhältnismäßigkeitsvorbehalts gleichen im Wesentlichen jenen des Rechtsmissbrauchsverbots, sodass auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden kann. Während aber das Rechtsmissbrauchsverbot eher ein *Angriffsmittel* des Nutzungswilligen darstellt – der Nutzungswillige *klagt* auf die faktische Erteilung einer Zwangs- oder Freilizenz –, ist der Verhältnismäßigkeitsvorbehalt in erster Linie ein *Verteidigungsmittel* des *beklagten* Nutzers. *Als solches* mag er *effektiv* sein.[1613] Die *hier* analysierten Probleme werden damit aber noch weniger gelöst, als wenn im Vorhinein auf Feststellung, dass eine Inanspruchnahme rechtsmissbräuchlich ist, bzw. unmittelbar – gestützt auf das Verbot des *abus de droit* – auf Erteilung einer Zwangslizenz geklagt wird. Denn warum sollte die „unbekannte Person" in eine Zweitverwertung investieren, wenn der Unterlassungsanspruch des Erstverwerters nur nach der hier vertretenen Mindermeinung und nur ausnahmsweise auf einen Vergütungsanspruch reduziert wird? Das Risiko versunkener Kosten ist viel zu hoch. Damit muss auch der Verhältnismäßigkeitsvorbehalt als Lösungsansatz ausscheiden.

8. Urheberrechtliche Zwangslizenz

Auf die Ausgestaltung der urheberrechtlichen Zwangslizenzen de lege lata und die Vorgaben des Konventions- und Unionsrechts wird im 3. Kapitel eingegangen. An dieser Stelle sollen lediglich Wirkung (unten a)), Verortung (unten b)) sowie Vor- und Nachteile (unten c)) behandelt werden.

a) Wirkung

Ebenso wie die kartellrechtliche Zwangslizenz ist die urheberrechtliche Zwangslizenz eine Nutzungserlaubnis, die nicht das Gesetz – *gesetzliche* Lizenz – oder eine Verwertungsgesellschaft – konditionale *kollektive* Lizenz –, sondern der Rechtsinhaber dem Nutzer zwangsweise – deshalb *Zwangs*lizenz – erteilt. Das Gesetz sieht lediglich einen *Anspruch* auf Er-

1613 *Hilty*, in: *Hilty/Liu*, Compulsory Licensing, S. 377.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

teilung einer Nutzungserlaubnis vor, der dadurch „vollstreckbar" wird, dass die auf Abschluss eines Lizenzvertrages gerichtete Willenserklärung durch einen richterlichen Akt ersetzt werden kann.[1614] Auch die Wirkung ist dieselbe: Während die positive Abschlussfreiheit unberührt bleibt – der Rechtsinhaber kann nach Belieben einfache Lizenzen erteilen –, werden zunächst nur die negative Abschlussfreiheit und die Kontrahentenwahlfreiheit beschränkt (der Rechtsinhaber muss mit dem Lizenzpetenten kontrahieren). (Nur) soweit sich die Parteien nicht über die Lizenzgebühr einigen und diese ebenfalls hoheitlich bestimmt wird, ist zudem die Vertragsgestaltungsfreiheit betroffen.[1615] Dennoch ist die Frage, ob die urheberrechtliche Zwangslizenz eine Schranke oder Ausübungsregelung darstellt, umstritten.

Ausgehend von der hier vertretenen Definition, wonach Schranken das Ausschließlichkeitsrecht einschließlich des *negativen* Ausschließlichkeitsrechts oder Verbotsrechts beschränken und insoweit die Vertragsfreiheit *vollständig* aufheben, während Ausübungsregelungen das Verbotsrecht unberührt lassen und allenfalls die Vertragsfreiheit und das *positive* Ausschließlichkeitsrecht beschränken,[1616] stuft die h.M. die urheberrechtliche Zwangslizenz als eine *Ausübungsregelung* ein.[1617] Zum einen behält der Rechtsinhaber seine positive Abschlussfreiheit. Zum anderen geht zwar mit der Beschränkung der Vertragsfreiheit eine teilweise Aufhebung des

---

1614 Vgl. *Hilty*, Lizenzvertragsrecht, S. 198; *ders.*, in: *Ohly/Bodewig/Dreier/Götting/Haedicke/Lehmann*, FS Schricker, S. 333; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], vor §§ 44a ff., Rdnr. 36 f.; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], vor §§ 44a ff., Rdnr. 38; *Poeppel*, S. 36; *Bergé*, Rdnr. 58; *Strowel*, Droit d'auteur et copyright, Rdnr. 485; *ders.*, Cah. propr. intell. 3 (1990/91), 161, 163; *Strowel/Doutrelepont*, RIEJ 22 (1989), 133, 136.

1615 Vgl. *Hilty*, GRUR 2009, 633, 639; *ders.*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 127; *Guibault*, S. 25; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], vor §§ 44a ff., Rdnr. 37; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], vor §§ 44a ff., Rdnr. 38.

1616 Siehe 2. Kapitel A. I. 3. b).

1617 Vgl. *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 211; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], vor §§ 44a ff., Rdnr. 36 f.; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], vor §§ 44a ff., Rdnr. 11; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 1; *Schmid/Wirth*, in: *Schmid/Wirth/Seifert*, UrhG[2], § 42a, Rdnr. 1; *Rehbinder/Peukert*, Rdnr. 597; *Grages*, S. 129; *Wolff*, S. 21 u. 58; *Krujatz*, S. 303; *Stieper*, S. 7; offenbar auch *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], vor §§ 31 ff., Rdnr. 83 f., der sie unter „Kontrahierungsansprüche" darstellt; *Schack*, UrhR[7], Rdnr. 896 ff., der sie statt unter „§ 15 Schranken des Urheberrechts" unter „§ 25 Andere Zwangseingriffe" behandelt.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

positiven Ausschließlichkeitsrechts einher, nämlich des Rechts, über die Erteilung und/oder die Bedingungen der Lizenz frei zu entscheiden;[1618] das maßgebliche *negative* Ausschließlichkeitsrecht bleibt aber unberührt,[1619] weil der Rechtsinhaber *nur* dem Lizenz*nehmer* – Lizenz*sucher* und sonstige Dritte dürfen das Werk *nicht* nutzen –[1620] die Nutzung nicht verbieten kann und er dieser Nutzung vertraglich zugestimmt hat. Mit anderen Worten wird der Rechtsinhaber nur gezwungen, dem Lizenzsucher eine Lizenz zu erteilen, und entfällt das Verbotsrecht nur gegenüber dem Lizenz*nehmer* und nicht kraft Gesetzes, sondern – wie jedem anderen Lizenznehmer gegenüber auch – kraft *Vertrages*.

Die Gegenansicht[1621] hält diese Argumentation zum einen für zu formalistisch[1622] und fasst zum anderen den Schrankenbegriff deutlich weiter, indem sie schon die bloße *Beschränkung* der Vertragsfreiheit, mithin eine Beschränkung des *positiven* Ausschließlichkeitsrechts ausreichen lässt.[1623] Unter Zugrundelegung einer derart weiten Definition ist die Zwangslizenz dann unweigerlich als eine *Schranke* einzustufen.

Der h.M. ist zuzustimmen, weil die Gegenansicht die dogmatischen Unterschiede zwischen gesetzlichen Lizenzen mit und ohne Vergütungspflicht einerseits und Zwangslizenzen andererseits verwischt. Die Zwangslizenz ist ihrem Wesen nach eine Beschränkung der Vertragsfreiheit, die lediglich wie eine Beschränkung des Ausschließlichkeitsrechts *wirkt*. Diese Betrachtung mag formal sein, ist aber dogmatisch überzeugend. Denn stellt man allein darauf ab, ob sich eine Regelung schutzbe-

---

1618 Vgl. *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 42a, Rdnr. 4; *Kraft*, S. 39 f.; *Hirsch-Ballin*, UFITA 20 (1955), 274, 275.

1619 Vgl. *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 211; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 4; vor §§ 44a ff., Rdnr. 36; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], vor §§ 44a ff., Rdnr. 11; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 1; *Schmid/Wirth*, in: *Schmid/Wirth/Seifert*, UrhG[2], § 42a, Rdnr. 1; *Rehbinder/Peukert*, Rdnr. 597; *Schack*, UrhR[7], Rdnr. 481 u. 897; *Wolff*, S. 21; *Krujatz*, S. 303; *Stieper*, S. 7.

1620 Vgl. BGH GRUR 1998, 376, 378 – „Coverversion".

1621 *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], vor §§ 44a ff., Rdnr. 38; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 4; *ders.*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 85, Rdnr. 30; *Kraft*, S. 31 ff.; offenbar auch *Hirsch-Ballin*, UFITA 20 (1955), 274, 280; *Ulmer*, UrhR[3], S. 293, der sie unter „Die Schranken des Urheberrechts" behandelt.

1622 Vgl. *Kraft*, S. 38.

1623 Vgl. *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 42a, Rdnr. 4; *Kraft*, S. 39 f.; *Hirsch-Ballin*, UFITA 20 (1955), 274, 275.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schränkend *auswirkt*, schert man Regelungen, die auf eine Beschränkung des Ausschließlichkeitsrechts zielen und die Vertragsfreiheit gewissermaßen nebenbei aufheben – eigentliche Schutzbeschränkungen oder eben „Schranken" –, und Regelungen, die auf eine Beschränkung der Vertragsfreiheit, der Ausübung etc. zielen und nur indirekt eine Beschränkung des Ausschließlichkeitsrechts bewirken – uneigentliche Schutzbeschränkungen oder „Ausübungsregelungen" –, unweigerlich über einen Kamm. Umgekehrt trägt die Unterscheidung zur systematischen und begrifflichen Durchdringung der urheberrechtlichen Schutzbeschränkungen bei. Der deutsche Gesetzgeber ist derselben Ansicht und hat die Zwangslizenzen ausdrücklich *nicht* im Abschnitt 6 „Schranken des Urheberrechts" geregelt.[1624] Damit stellt die urheberrechtliche Zwangslizenz zumindest im *deutschen* Rechtssystem keine Schranke, sondern eine Ausübungsregelung dar.

b) Verortung

Anders als die kartellrechtliche Zwangslizenz ist die urheberrechtliche Zwangslizenz begriffslogisch im Urheberrecht verwurzelt. Damit ist sie eine *interne* Schutzbeschränkung. Das deutsche Urheberrecht regelt vier Zwangslizenzen: eine Zwangslizenz an privaten Normwerken zur Zweitverwertung (§ 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG), eine Zwangslizenz an Werken der Musik zur Zweitverwertung als Tonträger (§ 42a UrhG), eine Zwangslizenz an Funksendungen und gesendeten Werken zur Kabelweitersendung (§ 87 Abs. 5 UrhG) und eine Zwangslizenz zulasten von Verwertungsgesellschaften (§ 34 Abs. 1 VGG). Das französische Urheberrechtsgesetz

1624 Gesetzentwurf v. 6.11.2002 („Erster Korb"), BT-Drs. 15/38, S. 17 („Vorgeschlagen wird, den bisherigen § 61 als zukünftigen § 42a unter Verzicht auf jegliche inhaltliche Änderung aus dem Abschnitt ‚Schranken des Urheberrechts' herauszulösen und in den Unterabschnitt ‚Nutzungsrechte' des Abschnitts ‚Rechtsverkehr im Urheberrecht' einzufügen. Damit wird der eigentliche Regelungsgehalt nunmehr auch durch die richtige systematische Zuordnung verdeutlicht. Die Verpflichtung zur Einräumung eines Nutzungsrechtes zur Herstellung von Tonträgern unter bestimmten Voraussetzungen greift in das jeweilige Ausschließlichkeitsrecht selbst nicht ein, sondern regelt ausschließlich Teilfragen bezüglich dessen Ausübung […]. Dies spricht für die vorgeschlagene Einordnung bei den sonstigen Vorschriften über den Rechtsverkehr mit urheberrechtlichen Nutzungsrechten").

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(Première partie du Code de la propriété intellectuelle) regelt zwar eine Verpflichtung zur Offenlegung von DRM-Schnittstelleninformationen, kennt aber – abgesehen von Zwangslizenzen, die auf dem Verbot des offenkundigen Missbrauchs des Veröffentlichungsrechts und der Verwertungsrechte nach dem Tode des Urhebers beruhen (Art. L. 121-3 Abs. 1 S. 1, L. 122-9 Abs. 1 S. 1 CPI) – keine Zwangslizenz im eigentlichen Sinne.[1625]

c) Vor- und Nachteile

Die urheberrechtliche Zwangslizenz kann sowohl als (eher) formell (unten a)),[1626] als auch als (eher) materiell realisierbare (unten b)) Rechtsnorm geregelt werden. Deshalb ist zwischen beiden Varianten zu unterscheiden:

aa) Formell realisierbare Variante

In der (eher) formell realisierbaren Variante ermöglicht sie ein hohes Maß an *Rechtssicherheit* und *generalisierender Gerechtigkeit*.[1627] Es steht von vornherein fest, dass die „unbekannte Person" eine Nutzungserlaubnis erhalten wird. Schon aus diesem Grund ist eine (eher) formell realisierbare urheberrechtliche Zwangslizenz den Schutzbeschränkungen Rechtsmissbrauchsverbot, Verhältnismäßigkeitsvorbehalt und kartellrechtliche Zwangslizenz an *Effektivität* überlegen.[1628] Zugleich ist sie deutlich *einzelfallgerechter* als die gesetzliche und die konditionale kollektive Lizenz,

1625 *Carre*, S. 396.

1626 Vgl. *Hilty*, GRUR 2009, 633, 641 („Schließlich lassen sich die Bedingungen, unter denen eine Zwangslizenz erteilt werden kann, vom Gesetz so festlegen, dass wettbewerbswidrige Konstellationen generell-abstrakt antizipiert werden können, ohne dass der potenzielle Berechtigte – wie dies im Falle des kartellrechtlichen Vertragszwangs erforderlich ist – jeden Einzelfall individuell-konkret durchprozessieren muss"); *ders.*, in: *Amstutz/Reinert*, KG[1], Art. 3 Abs. 2, Rdnr. 36; *Lutz*, 218.

1627 *Hilty*, in: *Amstutz/Reinert*, KG[1], Art. 3 Abs. 2, Rdnr. 36; *Bartmann*, S. 120; *Beunen*, S. 248 u. 257; siehe auch *Benabou*, in: *Derclaye*, Research handbook on the future of EU copyright, S. 566; *Früh*, S. 456.

1628 Vgl. *Bartmann*, S. 121 („Darüber hinaus ist der Zeit- und Kostenvorteil zu berücksichtigen, der mit einer ausdrücklichen Zwangslizenzregelung gegenüber dem kartellrechtlichen Ansatz erzielt werden kann"); *Grützmacher*, S. 382.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

weil der Rechtsinhaber seine positive Abschlussfreiheit vollständig und seine Vertragsgestaltungsfreiheit weitgehend behält. So kann er die Lizenzgebühr aushandeln bzw. den Richter von seinen individuellen Preisvorstellungen überzeugen und wird die Höhe der Lizenzgebühr – im Gegensatz zur gesetzlichen und konditionalen kollektiven Lizenz – niemals pauschal, sondern unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls festgesetzt.[1629] Die Schwierigkeiten der Feststellung einer angemessenen Vergütung stellen wie gezeigt keinen (relativen) Nachteil dar.[1630] Freilich kann die urheberrechtliche Zwangslizenz – auch in der (eher) formell realisierbaren Variante – durchaus beachtliche *Transaktionskosten* verursachen.[1631] Erstens können Suchkosten anfallen, soweit der Rechtsinhaber mühsam ausfindig gemacht werden muss. Allerdings hat ein veröffentlichtes Werk – und erst recht ein Bündel veröffentlichter Werke, z.B. alle in einer Zeitschrift verlegten wissenschaftlichen Aufsätze – zumeist nur einen Rechtsinhaber: den jeweiligen Verwerter. Dann halten sich die Suchkosten von vornherein in Grenzen. Zweitens können Verhandlungs- und Entscheidungskosten, insbesondere Gerichts- und Anwaltskosten entstehen, weil – wenn sich die Parteien nicht einigen (s.u.) – nicht nur der Anspruch auf Erteilung einer Nutzungserlaubnis eingeklagt, sondern auch über die Höhe der angemessenen Vergütung gestritten werden muss. Dennoch sind die Transaktionskosten nur bedingt prohibitiv, weil sie stets in Relation zu dem Nutzen aus einer Transaktion, als (zu) hoch oder niedrig zu bewerten sind. Mit anderen Worten dürfen die Transaktionskosten nicht

---

1629 Vgl. *Hilty*, in: *Geiger/Rodà*, FS Schmidt-Szalewski, S. 216 f.; *ders.*, in: *Bartsch/Briner*, DGRI Jahrbuch, S. 18; *ders.*, GRUR 2009, 633, 639 f.; *ders.*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 127; *ders.*, in: *Stern/Peifer/Hain*, Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und YouTube, S. 86; *Hilty/Klass*, S. 18 f.; *Hilty/Seemann*, S. 97; *Lutz*, S. 217 f.; ebenso BGH GRUR 2002, 248, 252 – „SPIEGEL-CD-ROM" („Die Bestimmung [d.i. § 37 VGG] zeigt, dass das Gesetz dem Urheber in Fällen der Zwangslizenz eine Verhandlungsposition einräumt, die ihm bei der gesetzlichen Lizenz nicht zukommt", Anm. d. Verf.).

1630 So aber *K.-F. Beier*, GRUR 1998, 185, 188; *Eichmann*, GRUR Int. 1996, 859, 872, jeweils für eine Zwangslizenz an „Must-match-Ersatzteildesigns"; siehe auch *Hilty/Klass*, S. 20, wonach diese Unsicherheiten nur zu Beginn bestehen dürften, bis eine ausreichend breite Entscheidungspraxis Fragen der Angemessenheit geklärt hat.

1631 Vgl. *Hilty*, in: *Geiger/Rodà*, FS Schmidt-Szalewski, S. 218; *ders.*, in: *Hargreaves/Hofheinz*, Intellectual Property and Innovation, S. 52; *Schack*, UrhR[7], Rdnr. 481; *Poeppel*, S. 36.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

außer Verhältnis zum Transaktionsvolumen stehen:[1632] Wenn es darum geht, eine Seite aus einem Buch zu kopieren, und die Erlaubnis zur Kopie einer Seite fiktiv 0,05 Euro wert ist (d.i. das Transaktionsvolumen), mag es nicht angehen, auch nur länger als eine Minute mit dem Verleger über die Vergütung zu streiten; aus diesem Grund gibt es die gesetzliche Lizenz und die Wahrnehmungsfiktion. Wenn es aber darum geht, von wenigen Rechtsinhabern (z.B. den drei Wissenschaftsverlegern Elsevier, Wiley und Springer) „Lizenzbündel" für jeweils eine Vielzahl von Werken (z.B. alle in ihren Zeitschriften einer bestimmten Disziplin enthaltenen Aufsätze) zu erhalten, sind die Transaktionskosten in Relation zum Transaktionsvolumen gering. Das Transaktionskostenargument ist damit relativiert. Für das Maß an Effektivität kommt es zusätzlich darauf an, wie schnell die „unbekannte Person" mit der Zweitverwertung beginnen kann.[1633] Zwar muss eine Zwangslizenz – soweit sich die Parteien überhaupt nicht einigen (s.u.) – stets eingeklagt werden, was die Zweitverwertung erheblich verzögern kann. Allerdings können – und müssten – die Anforderungen an einen einstweiligen Rechtsschutz auf ein Minimum gesenkt werden.[1634] Denn soweit in hohem Maße rechtssicher feststeht, dass der Lizenzpetent einen Anspruch auf Lizenzerteilung hat, nur die Höhe der Vergütung streitig ist, und der Lizenzpetent insoweit Sicherheit leistet,[1635] steht einer Vorwegnahme der Hauptsache kaum etwa entgegen. Je nach Transaktionsvolumen und Ausgestaltung des einstweiligen Rechtsschutzes kann die urheberrechtliche Zwangslizenz in ihrer (eher) formell realisierbaren Variante damit durchaus *effektiv* sein.[1636] Dem kann auch nicht entgegengehalten wer-

---

1632 Siehe bereits 2. Kapitel A. I. 3. d) dd).

1633 Siehe 2. Kapitel A. I. 3. d) ee).

1634 *Hilty*, in: *Geiger/Rodà*, FS Schmidt-Szalewski, S. 216; *ders.*, in: *Hargreaves/Hofheinz*, Intellectual Property and Innovation, S. 51; *ders.*, GRUR 2009, 633, 644; *ders.*, in: *Hilty/Liu*, Compulsory Licensing, S. 393; *Hilty et al.*, IIC 2009, 309, 323; *Hilty/Klass*, S. 20; *Hilty/Seemann*, S. 97; *Kunz-Hallstein*, GRUR 2009, 135, 140; *Lutz*, S. 218.

1635 Die Sicherheitsleistung des Lizenzpetenten ist aufgrund des Zahlungsausfallrisikos erforderlich, vgl. *Hilty*, in: *Geiger/Rodà*, FS Schmidt-Szalewski, S. 216; *ders.*, in: *Hargreaves/Hofheinz*, Intellectual Property and Innovation, S. 52.

1636 Vgl. *Hilty*, in: *Geiger/Rodà*, FS Schmidt-Szalewski, S. 216 u. 218; *ders.*, in: *Hargreaves/Hofheinz*, Intellectual Property and Innovation, S. 51 f.; *ders.*, GRUR 2009, 633, 644; *ders.*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 134; *ders.*, in: *Hilty/Liu*, Compulsory Licensing, S. 393; *Hilty et al.*, IIC 2009, 309, 323; *Hilty/Klass*, S. 20; *Hilty/Seemann*, S. 97; *Kunz-Hallstein*, GRUR 2009, 135, 140; *Lutz*, S. 218.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den, dass die immaterialgüterrechtlichen Zwangslizenzen von den Gerichten kaum angewendet würden.[1637] Zwar wurden in Deutschland im Zeitraum von 1961 bis 2004 nur in 10 Fällen *patent*rechtliche Zwangslizenzverfahren eingeleitet.[1638] Allerdings können daraus keine Rückschlüsse für die *urheber*rechtliche Zwangslizenz gezogen werden, weil das Patentrecht dem Nutzungswilligen zusätzliche und wesentlich „aggressivere" Angriffsmittel zur Hand gibt, die dem Urheberrecht unbekannt sind,[1639] und dieselben strengen Anforderungen an die Leistungsverfügung gelten wie im allgemeinen Zivilprozessrecht.[1640] Zudem betreffen die urheberrechtlichen Zwangslizenzen entweder einen sehr engen Anwendungsbereich (§§ 5 Abs. 3 UrhG, 87 Abs. 5 UrhG), werden kraft Gesetzes verdrängt (§ 42a UrhG)[1641] oder ist eine Verwertungsgesellschaft passivlegitimiert, die von vornherein lizenzieren möchte (§ 34 Abs. 1 VGG)[1642]. Ohnehin kann die Effektivität nicht an der Anzahl der Verfahren gemessen werden.

1637 So aber *Hansen*, GRUR Int. 2009, 799, 802, Fn. 31 („Das Schicksal der bisherigen, vereinzelten Zwangslizenzen im Patent- und Urheberrecht […], die eine Schattenexistenz führen und nur marginale praktische Bedeutung haben, lässt befürchten, dass eine weitere Zwangslizenz vermutlich ebenfalls wenig praktikabel wäre"); ebenso *Lutz*, S. 218, jeweils für eine Zwangslizenz an wissenschaftlichen Aufsätzen.

1638 *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 4; in dieselbe Richtung *Krujatz*, S. 293.

1639 Nämlich Einspruch, Nichtigkeitsklage und Löschungsantrag, *Scheffler*, GRUR 2003, 97, 100; *Wolff*, S. 24.

1640 Vgl. § 85 Abs. 1 PatG („In dem Verfahren wegen Erteilung der Zwangslizenz kann dem Kläger auf seinen Antrag die Benutzung der Erfindung durch einstweilige Verfügung gestattet werden, wenn er glaubhaft macht, daß die Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 bis 6 vorliegen *und* daß die alsbaldige Erteilung der Erlaubnis im öffentlichen Interesse *dringend* geboten ist", Hervorh. d. Verf.); im französischen Patentrecht fehlt eine Sonderreglung völlig. Siehe auch *Hilty*, in: *Geiger/Rodà*, FS Schmidt-Szalewski, S. 216 („Notamment, la remarque selon laquelle les instruments nécessaires à cet effet existent déjà (à tout le moins dans le droit des brevets) n'est pas conforme à la réalité. Car si les mesures connexes évoquées ci-dessus font défaut, il n'y a pas d'intérêt à demander une licence obligatoire").

1641 In der Praxis werden die Vervielfältigungsrechte an Werken der Musik meistens von der GEMA wahrgenommen und wird § 42a UrhG gem. § 42a Abs. 1 S. 1 letzter Hs. UrhG durch § 34 Abs. 1 VGG verdrängt, *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 1 u. 17; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 4; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 4; *Gass*, in: *Möhring/Nicolini*, UrhG[2], § 61, Rdnr. 3.

1642 Vgl. *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 262 („As, however, the analysis of the case-law demonstrates, refusal to license is not an important

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Eine Schutzbeschränkung ist auch dann effektiv, wenn schon die bloße Existenz den Rechtsinhaber veranlasst, das Werk normativ effizient zu verwerten bzw. der „unbekannten Person" eine Lizenz zu erteilen.[1643] Ein solcher Abschreckungseffekt der immaterialgüterrechtlichen Zwangslizenzen wird sowohl in Deutschland als auch in Frankreich allgemein angenommen.[1644] Zwar mag eine urheberrechtliche Zwangslizenz niemals so effektiv sein wie eine gesetzliche oder eine konditionale kollektive Lizenz.

---

issue in practice. […] The reasons for this are obvious. CMOs have an interest in licensing. They want to license as much as possible, but at high royalty rates").

1643 Siehe bereits 2. Kapitel A. I. 3. d) ee); siehe zudem *Hilty*, laut *Peifer*, in: *Stern/Peifer/Hain*, Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und YouTube, S. 17 („*Hilty* führte hierzu aus, dass er sich stark vom Patentrecht inspirieren lasse. Dort gebe es Zwangslizenzen für Erfindungen, die in der Gerichtspraxis aber höchst selten aufträten. Tatsächlich würden sich die Konzerne insbesondere im Pharmabereich auf vertragliche Lizenzen einigen, wohl weil es für ihre Erzwingung eine gesetzliche Grundlage gäbe"); in dieselbe Richtung *Leistner*, in: *Hilty/Liu*, Compulsory Licensing, S. 231 („In fact, it might be argued that a compulsory licence provision in copyright law for certain dependent uses, in particular to enhance competition on derivative markets, would at least set indirect incentives for the copyright holders to force them into negotiations in dependency situations"); speziell für eine Zwangslizenz an wissenschaftlichen Aufsätzen *Hilty et al.*, IIC 2009, 309, 33.

1644 Vgl. für die *urheberrechtlichen* Zwangslizenzen *Schack*, UrhR[7], Rdnr. 899; *Peifer*, in: *Stern/Peifer/Hain*, Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und YouTube, S. 17; *Uchtenhagen*, S. 784; für die *patentrechtlichen* Zwangslizenzen *Hilty*, in: *Stern/Peifer/Hain*, Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und YouTube, S. 87 („Wie die Erfahrungen mit den Zwangslizenzen im Patentrecht zeigen, kommt es […] kaum je zu Gerichtsfällen – nicht etwa, weil es solche gar nicht gäbe, sondern ganz im Gegenteil. […] Nicht gestritten wird hingegen – so betonen es jedenfalls die betroffenen Industrien –, weil diese Zwangslizenz überhaupt im Gesetz steht, woraus sich der notwendige Einigungsdruck aufbaut. Mithin verständigen die Parteien sich lieber, als dass sie auf ihren Ausschließlichkeitsrechten beharren, um am Ende in einem Gerichtsprozess dann doch zu unterliegen"); *Eichmann*, GRUR Int. 1996, 859, 871, Fn. 187 („Berater und Vertreter mit langjähriger Praxis im Patentwesen können bestätigen, daß es sich tatsächlich so verhält"); *Kraßer*, S. 834; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 4; *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 7; *Rinken/Kühnen*, in: *Schulte*, PatG[9], § 24, Rdnr. 5; *Hacker*, in: *Busse*, PatG[7], § 24, Rdnr. 16; *Stieger*, in: *Bertschinger/Münch/Geiser*, Hdb Schweizerisches und europäisches PatR, § 13, Rdnr. 13.24; *K.-F. Beier*, GRUR 1998, 185, 189; *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, S. 184, Fn. 283; *Wolff*, S. 24; *Kübel*, S. 95; *Koikkara*, S. 69; *Pollaud-Dulian*, La propriété industrielle, Rdnr. 653; *Schmidt-Szalewski/Pierre*,

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Je nach Transaktionsvolumen und Ausgestaltung des einstweiligen Rechtsschutzes ist das unterschiedliche Maß an Effektivität indes gering und wird dieser Nachteil durch den Vorteil eines höheren Maßes an Einzelfallgerechtigkeit mehr als kompensiert. Damit kommt eine (eher) formell realisierbare Zwangslizenz als Lösungsansatz in Betracht.[1645]

bb) Materiell realisierbare Variante

Die (eher) materiell realisierbare Variante weist nahezu die umgekehrten Vor- und Nachteile auf. Ein hohes Maß an *Einzelfallgerechtigkeit* und *Flexibilität* wird mit einem geringeren Maß an *Rechtssicherheit* und *generalisierender Gerechtigkeit* erkauft.[1646] Allerdings kann die höchstrichterliche

---

Rdnr. 302; *Vivant*, Le droit des brevets, S. 90; *Humblot*, RLDI 83 (2012), 69, 74 u. 78; *Salamolard*, S. 218, Fn. 1190; *Liu*, IIC 2012, 679, 695; siehe aber auch *Sayn*, JCP CI 1971, 457, 461 („Les affirmations sur son *pouvoir coercitif, préventif,* sont invérifiables", Hervorh. i. Orig.).

1645 Vgl. *Hilty*, in: *Geiger/Rodà*, FS Schmidt-Szalewski, S. 215; *ders.*, in: *Hargreaves/Hofheinz*, Intellectual Property and Innovation, S. 50; *ders.*, GRUR 2009, 633, 639 u. 644; *ders.*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 127 u. 134 f.; *ders.*, in: *Hilty/Liu*, Compulsory Licensing, S. 392; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 2, jeweils allgemein und ohne zwischen einer (eher) formell und einer (eher) materiell realisierbaren Zwangslizenz zu unterscheiden; *Kur/Hilty/Geiger/Leistner*, IIC 2006, 551, 554 f.; *Bartmann*, S. 121; *Derclaye*, The legal protection of databases, S. 280; *dies.*, IIC 2007, 275, 297; *Leistner*, Der Rechtsschutz von Datenbanken, S. 236; *Beunen*, S. 261; *Grützmacher*, S. 382; *Große Ruse-Khan*, Der europäische Investitionsschutz für Datenbanken, S. 332, jeweils für Sole-source-Datenbanken; *Hilty et al.*, IIC 2009, 309, 322 f.; *Kunz-Hallstein*, GRUR 2009, 135, 140; *Spindler*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 304; *Engel*, 160 JITE 35, 37 (2004); *Krujatz*, S. 279 f., jeweils für wissenschaftliche Aufsätze.

1646 Vgl. *Hilty*, in: *Amstutz/Reinert*, KG[1], Art. 3 Abs. 2, Rdnr. 36; für die gesetzliche Lizenz *Hilty*, in: *Bartsch/Briner*, DGRI Jahrbuch, S. 12; *Ohly*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 8; *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 286; *Griffiths*, JIPITEC 1 (2010), 87, 91; *Sirinelli*, Exceptions and Limits to Copyright and Neighboring Rights, S. 19; *Kur*, 8 Rich. J. Global L. & Bus. 287, 296 (2009); *Leistner*, ZGE 2009, 403, 430 f.; *Metzger*, in: *Leistner*, Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, S. 120 f.; *Schack*, in: *Ohly/Bodewig/Dreier/Götting/Haedicke/Lehmann*, FS Schricker, S. 511; *Spindler*, GRUR 2002, 105, 115; *Dreier*, CR 2000, 45, 49; *Kubis*, ZUM 2006, 370, 373; *Förster*, S. 220; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 368 f.; *ders.*, ZGE 2013, 103, 116.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rspr. ungerechte Entscheidungen korrigieren und durch Fallgruppenbildung zur Rechtssicherheit beitragen; die Generalklausel bleibt dann immer noch für neue Nutzungsarten bzw. einzelfallgerechte Entscheidungen offen.[1647] Das *Transaktionskostenargument* kann ebenso relativiert werden wie in der ersten Variante. Ein Nachteil aber bleibt: Zwangslizenzen müssen – wenn sich die Parteien nicht einigen (s.o.) – stets eingeklagt werden, was die Zweitverwertung erheblich verzögern kann. Anders als in der ersten Variante können die Anforderungen an einen einstweiligen Rechtsschutz auch nur bedingt gesenkt werden. Denn anders als dort steht der Anspruch auf Lizenzerteilung keineswegs von vornherein fest, sodass zumindest der Anordnungsanspruch – wenn auch nicht notwendig ein Anordnungsgrund – glaubhaft gemacht werden muss. Die Folge ist, dass mit der Zweitverwertung nicht ohne weiteres begonnen werden kann und die *Effektivität* gegenüber der (eher) formell realisierbaren Variante (deutlich) abgeschwächt ist. Dennoch hat eine (eher) materiell realisierbare Variante ihre Berechtigung. Im deutschen und französischen Urheberrecht fehlt bislang eine Vorschrift, die eine einzelfallgerechte und flexible Beschränkung des Ausschließlichkeitsrechts erlaubt. Die externen Beschränkungen Rechtsmissbrauchsverbot und der Verhältnismäßigkeitsvorbehalt kommen – wenn überhaupt – nur in Extremfällen zur Anwendung.[1648] Die kartellrechtliche Zwangslizenz könnte zwar – dem Vorschlag von Josef Drexl folgend – durchaus umfassend einzelfallgerecht und flexibel ausgestaltet werden, ist aber nach „IMS Health“ auf einen sehr schmalen Anwendungsbereich beschränkt.[1649] Und selbst wenn die Rspr. die „Magill“-Kriterien 2 bis 4 durch eine Abwägung aller pro- und antikompetitiven Effekte ersetzen, mithin den bisherigen „Graubereich“ ausfüllen sollte, setzt eine kartellrechtliche Zwangslizenz stets am relevanten Markt statt am einzelnen Werk an, für das sie schlicht nicht geschaffen wurde.[1650] Des-

1647 Vgl. für die gesetzliche Lizenz *Metzger*, in: *Leistner*, Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, S. 121; *Förster*, S. 220; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 368 ff.; *ders.*, ZGE 2013, 103, 114 f.; *ders.*, GRUR Int. 2014, 892, 899 f.

1648 Siehe 2. Kapitel A. II. 6. d) bzw. 7. d).

1649 Siehe 2. Kapitel A. II. 5 d).

1650 *Hilty*, in: *Bartsch/Briner*, DGRI Jahrbuch, S. 17; siehe auch *ders.*, GRUR 2009, 633, 639 u. 644; *ders.*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 126.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

halb kommt als zusätzlicher Lösungsansatz eine (eher) materiell realisierbare Zwangslizenz in Betracht.[1651]

III. Zwischenergebnis

Zur Lösung der im 1. Kapitel analysierten Probleme kommen (abstrakt) *Schutzbeschränkungen* in Betracht, die nach ihrer Wirkung, ihrer Verortung, den Vorgaben des Konventions- und Unionsrechts und ihren Vor- und Nachteilen unterschieden werden können:

1. Wirkung

Keine Schutzbeschränkung ist die *kartellrechtliche Preiskontrolle*, da hier das Ausschließlichkeitsrecht und die *Lizenz*vertragsfreiheit unberührt bleiben. *Eigentliche* Schutzbeschränkungen („Schranken"), also Regelungen, die das Ausschließlichkeitsrecht insgesamt – d.h. einschließlich des *negativen* Ausschließlichkeitsrechts oder Verbotsrechts – teilweise aufheben, sind nur die *gesetzlichen Lizenzen mit und ohne Vergütungspflicht*. Die übrigen Lösungsansätze stellen *uneigentliche* Schutzbeschränkungen dar, die nur die *Ausübung* des Ausschließlichkeitsrechts regeln, indem sie die Rechtszuständigkeit verlagern, das positive und negative Ausschließlichkeitsrecht als solches aber unberührt lassen – so die *konditionalen kollektiven Lizenzen* (Verwertungsgesellschaftspflicht, Wahrnehmungsfiktion, Wahrnehmungsvermutung, erweiterte kollektive Lizenzen) –, hinsichtlich eines Teils des *positiven* Ausschließlichkeitsrechts die Vertragsfreiheit beschränken, ohne sie ganz aufzuheben – so das *Zweitverwertungsrecht*, die *kartell-* und *urheberrechtliche Zwangslizenz* – oder eine rechtsmissbräuchliche bzw. unverhältnismäßige Ausübung des Verbotsrechts unterbinden – so das *Rechtsmissbrauchsverbot* und der *Verhältnismäßigkeitsvorbehalt*.

1651 Vgl. *Hilty*, in: *Geiger/Rodà*, FS Schmidt-Szalewski, S. 215; *ders.*, in: *Hargreaves/Hofheinz*, Intellectual Property and Innovation, S. 50; *ders.*, GRUR 2009, 633, 639 u. 644; *ders.*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 127 u. 134 f.; *ders.*, in: *Hilty/Liu*, Compulsory Licensing, S. 392; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 2, jeweils ohne zwischen einer (eher) formell und einer (eher) materiell realisierbaren Zwangslizenz zu unterscheiden.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Verortung

Interne Schutzbeschränkungen, die im Urheberrecht geregelt werden, sind die *gesetzliche Lizenzen mit und ohne Vergütungspflicht*, die *konditionale kollektive Lizenz*, das *Zweitverwertungsrecht*, die *urheberrechtliche Zwangslizenz*, das *spezielle Rechtsmissbrauchsverbot* und der *spezielle Verhältnismäßigkeitsvorbehalt*. Die übrigen Lösungsansätze – die *kartellrechtliche Zwangslizenz*, das *allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot*, der *allgemeine Verhältnismäßigkeitsvorbehalt* – stellen *externe* Schutzbeschränkungen dar, die im Kartell- bzw. Zivilrecht verwurzelt sind.

3. Vorgaben des Konventions- und Unionsrechts

Die konventions- und unionsrechtlichen Vorgaben für die *urheberrechtliche Zwangslizenz* werden im 3. Kapitel geklärt. Im Übrigen gelten der Dreistufentest (Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 10 WCT, Art. 16 Abs. 2 WPPT, Art. 13 TRIPS, Art. 5 Abs. 5 Informationsgesellschafts-RL) und der Numerus clausus der „Ausnahmen und Beschränkungen" (Art. 5 i.V.m. Erwgr. 32 Informationsgesellschafts-RL) nur für die *gesetzlichen Lizenzen mit und ohne Vergütungspflicht*, die *Wahrnehmungsfiktion* und die *erweiterte kollektive Lizenz ohne Widerspruchsrecht*.

4. Vor- und Nachteile

Gesetzliche Lizenzen, die – wie die Schranken des deutschen und französischen Urheberrechts – *formell* realisierbar sind, sind zwar in hohem Maße effektiv, da die „unbekannte Person" rechtssicher, sofort und ohne wesentliche Transaktionskosten mit der Verwertung beginnen kann; sie sind umgekehrt aber wenig flexibel und kaum einzelfallgerecht, weil das Ausschließlichkeitsrecht für die jeweilige Nutzungshandlung *ausnahmslos* aufgehoben und der Rechtsinhaber entweder überhaupt nicht oder pauschal oder zu einem Preis vergütet wird, der erst im Nachhinein ausgehandelt wird (mit der Folge, dass sich der Rechtsinhaber in einer schwächeren Verhandlungsposition befindet und das Zahlungsausfallrisiko trägt). Eine *materiell* realisierbare gesetzliche Lizenz wie der *fair use* ist zwar flexibel und – soweit die Rspr. bestimmte Fallgruppen präjudiziert (hat) – auch

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rechtssicher, mithin effektiv, aber aus denselben Gründen wie die formell realisierbare Variante wenig einzelfallgerecht.

Die *Wahrnehmungsfiktion* und die *erweiterte kollektive Lizenz* ohne *Widerspruchsrecht* haben praktisch denselben Effekt wie die gesetzliche Lizenz, sind also in hohem Maße effektiv, aber kaum einzelfallgerecht. Etwas abgeschwächt gilt dies auch für die *Verwertungsgesellschaftspflicht*. Dagegen sind die *Wahrnehmungsvermutung* und die *erweiterte kollektive Lizenz* mit *Widerspruchsrecht* zwar deutlich mildere Schutzbeschränkungen, aber wenig effektiv, weil sie keine rechtssichere Nutzungserlaubnis bewirken.

Das *Zweitverwertungsrecht* stellt zwar einen sehr milden Eingriff dar, ist aber wenig effektiv, weil der Urheber seinem Vertragspartner, dem Verwerter, im Zweifel keine Konkurrenz machen möchte.

Die *kartellrechtliche Preiskontrolle* erlaubt ein hohes Maß an Flexibilität und Einzelfallgerechtigkeit, ist aber angesichts der Schwierigkeiten, den angemessenen Preis festzustellen, rechtsunsicher, mithin ineffektiv.

Die *kartellrechtliche Zwangslizenz*, das *Rechtsmissbrauchsverbot* und der *Verhältnismäßigkeitsvorbehalt* sind ebenfalls kaum effektiv, weil sie im Gegenzug für die große Flexibilität und Einzelfallgerechtigkeit, die sie ermöglichen, wenig rechtssicher und mit hohen Transaktionskosten verbunden sind.

Dagegen ist die *urheberrechtliche Zwangslizenz* in ihrer *formell* realisierbaren Variante zwar wenig flexibel, aber in hohem Maße rechtssicher und einzelfallgerecht, weil der Rechtsinhaber angemessen vergütet wird, diese Vergütung individuell ausgehandelt bzw. richterlich bestimmt wird und ein Ausnahmevorbehalt geregelt werden kann. Die Transaktionskosten sind nur bedingt von Nachteil, weil sie stets in Relation zum Transaktionsvolumen zu bewerten sind; wenn die „unbekannte Person" von einer überschaubaren Anzahl an Rechtsinhabern „Lizenzbündel" für eine Vielzahl von Werken erwerben möchte, sind sie eher zu vernachlässigen. Je nach Transaktionsvolumen und Ausgestaltung des einstweiligen Rechtsschutzes ist eine formell realisierbare urheberrechtliche Zwangslizenz also durchaus effektiv. Hingegen ist die *materiell* realisierbare Variante zwar in hohem Maße flexibel und einzelfallgerecht, aber – vorbehaltlich einer richterrechtlichen Konkretisierung – weniger rechtssicher und effektiv.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

B. Lösungsansätze im Einzelnen

Im vorhergehenden Unterkapitel wurden unterschiedliche Lösungsansätze abstrakt erörtert. Nun wird untersucht, welche Schutzbeschränkungen zur Lösung der in Kapitel 1 analysierten Probleme konkret geboten sind (unten I. bis V.). Dabei beschränken sich die Ausführungen auf das deutsche Recht. In einem Exkurs wird der Lösungsansatz des Wittem-Projekts erörtert (VI.).

I. Keine Verwertung

Zur Beschränkung des Rechts, die Verwertung vergriffener Werke zu verbieten, scheiden das *Rechtsmissbrauchsverbot* und der *Verhältnismäßigkeitsvorbehalt* von vornherein aus, weil sie – wenn überhaupt – nur in absoluten Ausnahmefällen zur Anwendung gelangen.[1652] Ebenso ungeeignet ist die *kartellrechtliche Preiskontrolle*, da vergriffene Werke nicht zu unangemessenen Preisen, sondern überhaupt nicht verwertet werden. Auch die *kartellrechtliche Zwangslizenz* hilft nicht weiter. Zwar könnten der – nach „IMS Health" grundsätzlich erforderliche –[1653] *new product test* und die sachliche Rechtfertigung überwunden werden. Allerdings müsste – selbst wenn man eine marktbeherrschende Stellung bejahte – das einzelne Werk für das Tätigwerden auf dem nachgelagerten Produktmarkt unerlässlich *(essential facility test)* und der Wettbewerb auf diesem Markt ausgeschlossen sein *(leveraging test)*.[1654] Selbst wenn man das letzte Kriterium beiseitelässt – die Cour de cassation etwa hat sich dazu noch nicht geäußert –[1655], so wird der *essential facility test* nicht nur vom EuGH, sondern auch vom BGH[1656] und der Cour de cassation[1657] angewendet, ist also quasi in Stein gemeißelt. Spätestens an dieser Stelle wäre eine kartellrechtliche Zwangslizenz in aller Regel zum Scheitern verurteilt, weil Werke zumeist beschränkt substituierbar sind,[1658] mithin nicht unerlässlich sein

1652 Siehe 2. Kapitel A. II. 6. d) bzw. 7. d).
1653 Siehe 2. Kapitel A. II. 5. b) aa) (4) (b).
1654 Siehe 2. Kapitel A. II. 5. b) aa) (4) (b).
1655 Siehe 2. Kapitel A. II. 5. b) cc) (5).
1656 Siehe 2. Kapitel A. II. 5. b) bb) (3).
1657 Siehe 2. Kapitel A. II. 5. b) cc) (5).
1658 Siehe 1. Kapitel A, II. 2. a) bb) (1).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

können. Die „unbekannte Person“ erhielte also nur ausnahmsweise eine Nutzungserlaubnis, müsste sich dazu aber auf einen langwierigen und kostspieligen Prozess einstellen, den sie mit großer Wahrscheinlichkeit verlöre. Unter diesen Umständen wird sie vergriffene Werke aber nicht verwerten wollen.

Deshalb ist der Gesetzgeber in der Pflicht. Eine Beschränkung des Rechts, die Verwertung von seit zwei Jahren vergriffenen Werken zu verbieten, ist als solche *formell realisierbar*, weil sie sich leicht, sicher und eindeutig auf den konkreten Sachverhalt anwenden lässt.[1659] Allerdings ist das Ausschließlichkeitsrecht nur insoweit zu beschränken, wie dem keine berechtigten ideellen Interessen entgegenstehen.[1660] Zulasten der Urheber muss die Schutzbeschränkung also mit einem Ausnahmevorbehalt versehen werden. Mithin ist zu unterscheiden, ob die jeweiligen Nutzungsrechte von Urhebern (unten 1.) oder Verwertern (unten 2.) gehalten werden.

1. Rechtsinhaber ist Urheber

Das *Zweitverwertungsrecht* ist ungeeignet, weil der Urheber nach wie vor – er ist der Rechtsinhaber – eine Lizenz verweigern könnte. Theoretisch könnten die *gesetzliche Lizenz*, die *Verwertungsgesellschaftspflicht*, die *Wahrnehmungsfiktion*, die *erweiterte kollektive Lizenz ohne Widerspruchsrecht* und die *urheberrechtliche Zwangslizenz* mit einem Ausnahmevorbehalt versehen bzw. das Widerspruchsrecht der *Wahrnehmungsvermutung* und der *erweiterten kollektiven Lizenz mit Widerspruchsrecht* auf berechtigte ideelle Interessen beschränkt werden, was auf dasselbe hinausliefe. Diese Schutzbeschränkungen haben – soweit die urheberrechtliche Zwangslizenz rechtssicher und beschleunigt erteilt wird – allesamt gemeinsam, dass die „unbekannte Person“ bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen schnell und rechtssicher mit der Verwertung beginnen kann. Effektiver als die urheberrechtliche Zwangslizenz sind die gesetzliche Lizenz und die konditionalen kollektiven Lizenzen deshalb nur, soweit sie zusätzlich kostengünstiger erlangt werden können.[1661] Die gesetzliche Lizenz *ohne* Vergütungspflicht ist zwar *stets* kostengünstiger – nämlich kostenlos –, schießt aber über das Ziel hinaus, weil es nur darum geht, das

1659 Vgl. 2. Kapitel A. I. 3. d) aa).
1660 Siehe 2. Kapitel B. I. 2.
1661 Vgl. 2. Kapitel A. I. 3. d) ee).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ausschließlichkeitsrecht zu beschränken, nicht aber dem Rechtsinhaber jedweden Vergütungsanspruch zu entziehen. Sie ist deshalb abzulehnen. Die gesetzliche Lizenz *mit* Vergütungspflicht und die konditionalen kollektiven Lizenzen sind dagegen nur insoweit kostengünstiger – und effektiver –, als prohibitiv hohe Transaktionskosten drohen oder die pauschale Vergütung die einzelfallgerechte Vergütung unterschreitet. Zwar könnten die Transaktionskosten durchaus prohibitive Ausmaße annehmen, weil *unzählige* Lizenzverträge mit einer *unüberschaubaren* Anzahl an Urhebern abzuschließen wären, und wären die gesetzliche Lizenz und die konditionalen kollektiven Lizenzen der urheberrechtlichen Zwangslizenz mithin an Effektivität überlegen. Doch sind bei der normativen „Aufladung" des Effizienzziels nicht nur transaktionskostenökonomische, sondern auch außerökonomische, insbesondere individualistische Zielvorstellungen zu berücksichtigen.[1662] Sollen die individualistischen Begründungsansätze des Droit d'auteur nicht zu sehr ins Hintertreffen geraten, ist dem Urheber zwar kein unbeschränktes Ausschließlichkeitsrecht, wohl aber ein Anspruch auf eine „gerechte" Belohnung zuzugestehen.[1663] Diese kann aber nur in einer einzelfallgerechten, nicht schon in einer pauschalen Vergütung bestehen. Damit führt kein Weg an einer urheberrechtlichen Zwangslizenz vorbei.[1664]

2. Rechtsinhaber ist Verwerter

Das *Zweitverwertungsrecht* ist ungeeignet, weil auch der Urheber – zusätzlich zum lizenzverweigernden Verwerter – eine Lizenz verweigern könnte und der Abschluss *unzähliger* Lizenzverträge mit einer *unüberschaubaren* Anzahl an Urhebern mit deutlich höheren Transaktionskosten verbunden wäre als der Abschluss *eines* Lizenzvertrages mit *einem* Verwerter über dieselbe Anzahl an vergriffenen Werken, wie ihn eine Zwangslizenz ermöglicht. Die *Wahrnehmungsvermutung* und die *erweiter-*

1662 Siehe 1. Kapitel A. III.

1663 Vgl. 1. Kapitel A. III.

1664 In diese Richtung wohl auch *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 25 f. („Die Interessen des Urhebers wiederum lassen sich durch die ohnehin vorgesehenen Maßnahmen, insbesondere das Widerspruchsrecht und seinen *Vergütungsanspruch*, sicherstellen. […] Besser erscheint es jedoch, ein Widerspruchsrecht – *wenn es denn überhaupt eingeführt werden soll* – von vornherein nur dem Urheber selbst bzw. seinen Erben zuzugestehen", Hervorh. d. Verf.).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

te kollektive Lizenz mit Widerspruchsrecht scheiden aus, weil der Verwerter keine ideellen Interessen geltend machen kann und im Übrigen das Ausschließlichkeitsrecht ausnahmslos beschränkt werden soll. Damit verbleiben die *gesetzliche Lizenz*, die *Verwertungsgesellschaftspflicht*, die *Wahrnehmungsfiktion*, die *erweiterte kollektive Lizenz ohne Widerspruchsrecht* und die *urheberrechtliche Zwangslizenz*. Hier werden die jeweiligen Nutzungsrechte aber von einer *überschaubaren* Anzahl an Rechtsinhabern gehalten, die jeweils eine Vielzahl an Werken gebündelt, also in *einer* Transaktion lizenzieren können. Deshalb erlauben die gesetzliche Lizenz, die Wahrnehmungsvermutung und die erweiterte kollektive Lizenz ohne Widerspruchsrecht weder eine schnellere und rechtssichere, noch eine transaktionsgünstigere Verwertung. Damit sind sie einer rechtssicher und beschleunigt erteilen urheberrechtlichen Zwangslizenz nur insoweit an Effektivität überlegen, als sie entweder überhaupt keine Vergütung vorsehen oder die pauschale Vergütung die einzelfallgerechte Vergütung unterschreitet. Insoweit schössen sie aber über das Ziel hinaus, weil es nur darum geht, das Ausschließlichkeitsrecht zu beschränken – und allenfalls die Transaktionskosten gering zu halten –, nicht aber dem Rechtsinhaber einen angemessenen Vergütungsanspruch zu entziehen. Die urheberrechtliche Zwangslizenz ist demgegenüber das mildere Mittel, nicht nur, weil sie weniger stark in die Vertragsfreiheit eingreift als die übrigen,[1665] sondern außerdem eine einzelfallgerechte Vergütung erlaubt. Sie ist deshalb auch hier der richtige Lösungsansatz.

II. Keine neuartige Verwertung

Für die Beschränkung des Rechts, eine neuartige Nutzung zu verbieten, ist zu unterscheiden, ob die neuartige Nutzung die bisherige Verwertung nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt (unten 1.) oder die neue Nutzungsart etabliert ist (unten 2.).

1665 Siehe 2. Kapitel A. II. 8. c) aa).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

1. Bisherige Verwertung wird nicht oder unwesentlich beeinträchtigt

In der ersten Unterfallgruppe scheiden das *Rechtsmissbrauchsverbot* und der *Verhältnismäßigkeitsvorbehalt* erneut von vornherein aus, weil sie – wenn überhaupt – nur in absoluten Ausnahmefällen zur Anwendung gelangen.[1666] Ebenso ungeeignet ist die *kartellrechtliche Preiskontrolle*, weil die betroffenen Werke nicht zu unangemessenen Preisen, sondern nicht auf eine neue Art verwertet werden. Auch die *kartellrechtliche Zwangslizenz* hilft nicht weiter. Zwar könnten der *new product test* und die sachliche Rechtfertigung überwunden werden. Allerdings müsste das einzelne Werk einen eigenständigen Lizenzmarkt bilden und für das Tätigwerden auf dem nachgelagerten Produktmarkt unerlässlich sein, was in aller Regel – Werke sind zumeist beschränkt substituierbar –[1667] nicht der Fall ist. Selbst wenn man auf alle Werke eines Rechtsinhabers (z.B. Reed Elsevier) abstellte und auf diese Weise möglicherweise eine marktbeherrschende Stellung auf dem Lizenzmarkt bejahte, wären diese kaum unerlässlich, um auf dem nachgelagerten Markt tätig werden zu können. Die Beispiele Google Books und Zattoo zeigen ja gerade, dass ein bloßes Tätigwerden auf dem Markt für Büchersuchmaschinen und Internet-Fernsehen auch mit einer beschränkten Anzahl an Werken möglich ist. Der *essential facility test* ist aber quasi in Stein gemeißelt, weil er nicht nur vom EuGH[1668], sondern auch vom BGH[1669] und der Cour de cassation[1670] angewendet wird. Die „unbekannte Person" erhielte also nur ausnahmsweise – nach einem langwierigen und kostspieligen Prozess, den sie mit großer Wahrscheinlichkeit verliert – eine Nutzungserlaubnis. Unter diesen Umständen wird sie kaum Werke neuartig verwerten wollen.

Damit steht der Gesetzgeber in der Pflicht. Ein *Zweitverwertungsrecht* macht wenig Sinn, weil auch der Urheber eine Lizenz verweigern könnte und der Abschluss *unzähliger* Lizenzverträge mit einer *unüberschaubaren* Anzahl an Urhebern mit deutlich höheren Transaktionskosten verbunden wäre als der Abschluss *eines* Lizenzvertrages mit *einem* Verwerter über dieselbe Anzahl an Werken, wie ihn eine Zwangslizenz ermöglicht. Damit verbleiben nur noch die *gesetzliche Lizenz*, die *konditionalen kollektiven*

1666 Siehe 2. Kapitel A. II. 6. d) bzw. 7. d).
1667 Siehe 1. Kapitel A. II. 2. a) bb) (1).
1668 Siehe 2. Kapitel A. II. 5. a) b) aa) (6).
1669 Siehe 2. Kapitel A. II. 5. a) b) bb) (3).
1670 Siehe 2. Kapitel A. II. 5. a) b) cc) (5).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Lizenzen und die *urheberrechtliche Zwangslizenz*. Insoweit ist zwischen Internet-Fernsehen und Internet-Videorekorder (unten a)), Büchersuchmaschinen mit Auszugsansicht (unten b)) und sonstigen neuen Nutzungsarten (unten c)) zu unterscheiden:

a) Internet-Fernsehen und -Videorekorder

In den ersten beiden Fällen sollten die geltenden Schutzbeschränkungen *Verwertungsgesellschaftspflicht* zulasten von Urhebern (§ 20b Abs. 1 UrhG) und die *urheberrechtliche Zwangslizenz* zulasten von Sendeunternehmen (§ 87 Abs. 5 UrhG) schlicht technologieneutral ausgestaltet werden.[1671] Die Differenzierung ist auch gerechtfertigt. Nur im ersten Fall können die Transaktionskosten prohibitive Ausmaße annehmen, weil *unzählige* Lizenzverträge mit einer *unüberschaubaren* Anzahl an Urhebern abzuschließen wären, während im zweiten Fall die Weitersenderechte von einer *überschaubaren* Anzahl an Sendeunternehmen gehalten werden, die jeweils eine Vielzahl an Werken gebündelt, also in *einer* Transaktion lizenzieren können.[1672] Nur im ersten Fall ist die – eingriffsintensivere – Verwertungsgesellschaftspflicht erforderlich.[1673] Anders als in den übrigen Fallgruppen ist die pauschale Vergütung des Urhebers hier auch nicht „un-

1671 Im Hinblick auf Zwangslizenz und Verwertungsgesellschaftspflicht *Kempermann/Pieper*, CR 2013, 661, 666; *Krogmann*, ZUM 2013, 457, 459; im Hinblick auf die Verwertungsgesellschaftspflicht Stellungnahme des Bundesrats v. 3.5.2013, BR-Drs. 265/13, S. 1 = BT-Drs. 17/13423, S. 21; *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 2; *Bauer/v. Einem*, MMR 2007, 698, 699; *Klass*, GRUR Int. 2013, 881, 882, Fn. 19; *Grewenig*, ZUM 2011, 27, 29; i.E. ähnlich (technologieneutrale Auslegung der §§ 20b bzw. 87 Abs. 5 UrhG) auch *Gounalakis*, ZUM 2009, 447, 452; *Weber*, ZUM 2009, 460, 462; *Poll*, GRUR 2007, 476, 481; *Ullrich*, ZUM 2010, 853, 856 f.

1672 Vgl. *Dreier*, in: *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, Rdnr. 7.10.2; *ders.*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 20b, Rdnr. 11; *v. Ungern-Sternberg*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 20b, Rdnr. 14.

1673 Vgl. *Dreier*, in: *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, Rdnr. 7.10.2; *v. Ungern-Sternberg*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 20b, Rdnr. 14; vgl. auch Erwgr. 28 Satelliten- u. Kabel-RL („Damit das reibungslose Funktionieren vertraglicher Vereinbarungen nicht durch den Einspruch von Außenseitern […] in Frage gestellt werden kann, sollte, *soweit die Besonderheiten der Kabelweiterverbreitung dies erfordern*, durch Einführung einer Verwertungsgesellschaftspflicht eine ausschließlich kollektive Ausübung des Verbotsrechts vorgesehen werden“, Hervorh. d. Verf.).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gerecht“, weil er sich die Sendung seines Werkes individuell vergüten lassen kann (§§ 15 Abs. 2 S. 2 Nr. 3, 20 UrhG) und nur die zeitgleiche, unveränderte und vollständige *Weiter*sendung zwingend pauschal abgegolten wird.

b) Büchersuchmaschinen mit Auszugsansicht

In diesem Fall könnte das Ausschließlichkeitsrecht zwar ebenfalls speziell beschränkt werden.[1674] Allerdings müsste dazu eigens für Büchersuchmaschinen mit Auszugsansicht eine Schutzbeschränkung erlassen werden. Dies erscheint doch reichlich übertrieben, zumal gerade dieser Fall ohne weiteres unter einen eher materiell realisierbaren[1675] Tatbestand (unten c)) subsumiert werden könnte, der neuartige Nutzungen unter der Voraussetzung erlaubt, dass die bisherige Verwertung nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt wird.

c) Sonstige neue Nutzungsarten

Um auch sonstige neue Nutzungsarten erfassen zu können, ist die Schutzbeschränkung *materiell realisierbar* auszugestalten. Zwar geht mit dem Mehr an Flexibilität grundsätzlich ein Weniger an Rechtssicherheit einher.[1676] Allerdings ist der Begriff der neuen Nutzungsart bewusst an die „unbekannte Nutzungsart“ i.S.v. §§ 31a, 32c und 137l UrhG angelehnt – ein Begriff, den die Rspr. bereits hinreichend konturiert hat –[1677] und müssten lediglich der Begriff der unwesentlichen Beeinträchtigung und

1674 In diese Richtung *Leventer*, S. 318 ff., der eine gesetzliche Lizenz ohne Vergütungspflicht vorschlägt, aber – in Anlehnung an die Ablieferungspflicht (§ 14 DNBG) – nur zugunsten der Deutschen Nationalbibliothek und – im Hinblick auf berechtigte ideelle Interessen des Urhebers – nur zu Zwecken der Internet-Volltextsuche *ohne* Auszugsansicht. Eine solche Schutzbeschränkung wäre aber wenig hilfreich. Denn wenn Suchmaschinen ihre Suchergebnisse nicht im Kontext darstellen können, kann die Suchanfrage nicht sinnvoll bedient werden, siehe bereits 1. Kapitel B. II. 1. a) aa).

1675 Zum Begriff der materiellen Realisierbarkeit siehe bereits 2. Kapitel A. I. 3. d) bb).

1676 Siehe 2. Kapitel A. I. 3. d) bb).

1677 Vgl. 1. Kapitel B. II. a.A.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die „berechtigten ideellen Interessen“ richterrechtlich konkretisiert werden – ein Nachteil, der durch die hinzugewonnene Flexibilität mehr als ausgeglichen wird. Erneut ist zu unterscheiden, ob die jeweiligen Nutzungsrechte von Urhebern (unten aa)) oder Verwertern (unten bb)) gehalten werden.

aa) Rechtsinhaber ist Urheber

Im ersten Fall wären die *gesetzliche Lizenz* und die *konditionalen kollektiven Lizenzen* – das Widerspruchsrecht der Wahrnehmungsvermutung und der erweiterten kollektiven Lizenz *mit* Widerspruchsrecht wären auf berechtigte ideelle Interessen zu beschränken – zwar transaktionskostengünstiger und mithin effektiver als die *urheberrechtliche Zwangslizenz*. Allerdings sollte der Urheber unter Zugrundelegung des normativen Effizienzziels nicht einfach mit einem pauschalen Vergütungsanspruch abgespeist werden, sondern einen Anspruch auf eine „gerechte“, also einzelfallgerechte Vergütung erhalten. Damit führt kein Weg an einer urheberrechtlichen Zwangslizenz vorbei.[1678]

bb) Rechtsinhaber ist Verwerter

Im zweiten Fall scheiden die *Wahrnehmungsvermutung* und die *erweiterte kollektive Lizenz mit Widerspruchsrecht* aus, weil der Verwerter keine ideellen Interessen geltend machen kann und im Übrigen das Ausschließlichkeitsrecht ausnahmslos beschränkt werden soll. Da die jeweiligen Nutzungsrechte von einer *überschaubaren* Anzahl an Rechtsinhabern in jeweils *einer* Transaktion erworben werden können, sind die *gesetzliche Lizenz*, *Verwertungsgesellschaftspflicht*, *Wahrnehmungsfiktion* und *erweiterte kollektive Lizenz ohne Widerspruchsrecht* einer rechtssicher und beschleunigt erteilten *urheberrechtlichen Zwangslizenz* nur insoweit an Effektivität überlegen, als sie entweder überhaupt keine Vergütung vorsehen oder die pauschale Vergütung die einzelfallgerechte Vergütung unter-

1678 Vgl. *Hilty*, in: *Hargreaves/Hofheinz*, Intellectual Property and Innovation, S. 50 f.; *ders.*, in: *Geiger/Rodà*, FS Schmidt-Szalewski, S. 213 u. 215; *ders.*, laut *Peifer*, in: *Stern/Peifer/Hain*, Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und YouTube, S. 15, jeweils ohne zwischen Urheber und Verwerter zu differenzieren.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schreitet. Insoweit schössen sie aber über das Ziel hinaus, weil es nur darum geht, das Ausschließlichkeitsrecht zu beschränken – und allenfalls darum, die Transaktionskosten gering zu halten –, nicht aber dem Rechtsinhaber einen angemessenen Vergütungsanspruch zu entziehen. Damit ist die urheberrechtliche Zwangslizenz als das mildere Mittel auch hier der richtige Lösungsansatz.[1679]

2. Neue Nutzungsart ist etabliert

In der zweiten Unterfallgruppe scheiden das *Rechtsmissbrauchsverbot*, der *Verhältnismäßigkeitsvorbehalt*, die *kartellrechtliche Preiskontrolle*, die *kartellrechtliche Zwangslizenz* und das *Zweitverwertungsrecht* aus denselben Gründen wie in der ersten Unterfallgruppe aus. Im Übrigen kann auf die Ausführungen zu den sonstigen neuen Nutzungsarten (oben 1.c)) verwiesen werden. Auch hier führt kein Weg an der *urheberrechtlichen Zwangslizenz* vorbei,[1680] weil die *gesetzliche Lizenz* und die *konditionalen kollektiven Lizenzen* mit individualistischen Zielvorstellungen schwer vereinbar wären bzw. über das Ziel hinausschössen.

III. Verwertung zu unangemessenen Preisen

Auf den ersten Blick könnte das Problem unangemessener Preise mit der *kartellrechtlichen Preiskontrolle* angegangen werden. Bei näherer Betrachtung ist diese aber kein geeigneter Lösungsansatz. Nicht nur wird sie in den meisten Fällen schon nicht anwendbar sein – Werke sind in aller Regel beschränkt substituierbar, sodass deren Produkte (E-Books, DVDs etc.) in den seltensten Fällen einen eigenständigen Produktmarkt bilden, der kraft des Ausschließlichkeitsrechts beherrscht werden könnte – und

1679 Vgl. *Hilty*, in: *Hargreaves/Hofheinz*, Intellectual Property and Innovation, S. 50 f.; *ders.*, in: *Geiger/Rodà*, FS Schmidt-Szalewski, S. 213 u. 215; *ders.*, laut *Peifer*, in: *Stern/Peifer/Hain*, Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und YouTube, S. 15, jeweils ohne zwischen Urheber und Verwerter zu differenzieren.

1680 Vgl. *Hilty*, in: *Hargreaves/Hofheinz*, Intellectual Property and Innovation, S. 50 f.; *ders.*, in: *Geiger/Rodà*, FS Schmidt-Szalewski, S. 213 u. 215; *ders.*, laut *Peifer*, in: *Stern/Peifer/Hain*, Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und YouTube, S. 15.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bestehen große Schwierigkeiten bei der Feststellung des Preismissbrauchs. Vor allem stellt sie einen Systembruch dar, weil mit der Festsetzung einer Preisobergrenze nicht mehr die Spielregeln einer „spontanen Ordnung“[1681] gesetzt, sondern die Spielergebnisse korrigiert werden. Es ist deshalb sinnvoller, das Problem an der Wurzel zu packen, also die quasi-monopolistische Preissetzungsmacht zu beschränken. Dazu ist aber eine Schutzbeschränkung vonnöten. Während das *Rechtsmissbrauchsverbot* und der *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* erneut von vornherein ausscheiden, weil sie – wenn überhaupt – nur in absoluten Ausnahmefällen zur Anwendung gelangen können, erscheint es naheliegend, die *kartellrechtliche Zwangslizenz* zu bemühen. Tatsächlich hat der EuGH in „Volvo“ ebendiesen Weg aufgezeigt. Dennoch ist diese Schutzbeschränkung in aller Regel ungeeignet. Zunächst wird – wie schon bei der kartellrechtlichen Preiskontrolle – in den meisten Fällen keine marktbeherrschende Stellung vorliegen, weil Werke zumeist beschränkt substituierbar sind, also keinen eigenständigen Lizenzmarkt bilden. Aus demselben Grund werden auch der *essential facility test* und *leveraging test* kaum überwunden werden können. Hinzu kommt, dass nach „IMS Health“ grundsätzlich das Auftreten eines neuen Produkts verhindert werden muss (*new product test*), während hier das Angebot eines billigeren, aber mehr oder weniger gleichen Produkts unterbunden wird. Ob allein die Festsetzung unangemessener Preise eine Zwangslizenz rechtfertigen kann oder weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssen, ist unklar.[1682] Selbst wenn man der Auslegung des EuG folgt, die den *new product test* durch einen *„better product test“* ersetzt hat,[1683] kommt man nicht wirklich weiter, weil das verbotene Konkurrenzprodukt eben schlicht billiger, aber kaum besser wäre. Zwar haben der BGH und die Cour de cassation bisher keinen *new product test* verlangt; allerdings hat der BGH noch keinen Fall einer generellen Lizenzverweigerung entschieden[1684] und hat die Cour de cassation dazu noch keine Stellung bezogen[1685]. Die „unbekannte Person“ müsste sich also auf einen langwierigen und kostspieligen Prozess einstellen, den sie mit großer Wahrscheinlichkeit verlöre, zumal erhebliche Schwierigkeiten bei der Bestimmung unan-

1681 Vgl. *v. Hayek*, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, S. 254.
1682 Siehe 2. Kapitel A. II. 5. b) aa) (1).
1683 Siehe 2. Kapitel A. II. 5. b) aa) (5).
1684 Siehe 2. Kapitel A. II. 5. b) bb) (3).
1685 Siehe 2. Kapitel A. II. 5. b) cc) (5).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gemessener Preise bestehen. Unter diesen Umständen wird sie das zu unangemessenen Preisen verwertete Werk kaum konkurrierend nutzen.

Damit steht erneut der Gesetzgeber in der Pflicht. Eine Beschränkung des Rechts in Fällen, in denen ein Verwerter das Werk zu unangemessenen Preisen verwertet, ist *materiell realisierbar*[1686], weil die normative Zielvorstellung unmittelbar, also ohne Übersetzung in eine „juristische Symptomatik" zum Ausdruck gebracht wird. Anders als in den ersten beiden Fallgruppen ist hier nicht zwischen Urhebern und Verwertern zu unterscheiden, weil die Schutzbeschränkung nur für Verwerter gelten soll. Ein *Zweitverwertungsrecht* wäre wenig effektiv, weil der Urheber das Risiko, die Unangemessenheit falsch einzuschätzen und als Nichtberechtigter zu verfügen, kaum eingehen würde. Die *Wahrnehmungsvermutung* und die *erweiterte kollektive Lizenz mit Widerspruchsrecht* müssen ausscheiden, weil das Ausschließlichkeitsrecht ausnahmslos beschränkt werden soll. Da die jeweiligen Nutzungsrechte von einer *überschaubaren* Anzahl an Rechtsinhabern in jeweils *einer* Transaktion erworben werden können, sind die *gesetzliche Lizenz*, *Verwertungsgesellschaftspflicht*, *Wahrnehmungsfiktion* und *erweiterte kollektive Lizenz ohne Widerspruchsrecht* einer rechtssicher und beschleunigt erteilten *urheberrechtlichen Zwangslizenz* nur insoweit an Effektivität überlegen, als sie entweder überhaupt keine Vergütung vorsehen oder die pauschale Vergütung die einzelfallgerechte Vergütung unterschreitet. Insoweit schössen sie aber über das Ziel hinaus, weil es nur darum geht, eine konkurrierende Nutzung zu erlauben – und allenfalls darum, die Transaktionskosten gering zu halten –, nicht aber dem Verwerter einen angemessenen Vergütungsanspruch zu entziehen. Damit ist die urheberrechtliche Zwangslizenz als das mildere Mittel auch hier der richtige Lösungsansatz.[1687] Zwar bleiben die Schwierigkeiten der Feststellung unangemessener Preise bestehen, zumal je nach Investitionsrisiko auch Quersubventionierungen zu berücksichtigen sind. Allerdings sind diese Schwierigkeiten – wie schon in „Volvo" – kein Argument gegen eine Zwangslizenz. Zunächst ist damit zu rechnen, dass die Gerichte eine solche Generalklausel – ähnlich wie die Kartellbehörden die kartellrechtliche Preiskontrolle – aufgrund dieser Schwierigkeiten sehr zurückhaltend zur Anwendung brächten, zumal ohnehin die meisten Werke

1686 Zum Begriff der materiellen Realisierbarkeit siehe bereits 2. Kapitel A. I. 3. d) bb).

1687 Vgl. *Hilty*, GRUR 2009, 633, 636 ff.; *ders.*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 123 ff.; *ders.*, in: *Bartsch/Briner*, DGRI Jahrbuch, S. 16 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

im monopolistischen Wettbewerb zu (langfristig) angemessenen Preisen verwertet werden. Damit ist die urheberrechtliche Zwangslizenz aber keineswegs ineffektiv oder gar zwecklos. Eher ist anzunehmen, dass auch von dieser Zwangslizenz ein gewisser Abschreckungseffekt ausginge. Denn müssten die Verwerter damit rechnen, dass sie im Einzelfall ihre quasi-monopolistischen Preise begründen müssen, um einer Zwangslizenz zu entgehen, bestünde ein Anreiz, solche Preise eben nur in begründeten Fällen – etwa in denen Quersubventionierungen geboten sind – zu verlangen. Auf der anderen Seite dürfte das Risiko, dass die Verwerter in Zukunft nicht mehr in die Verbreitung von potentiell quasi-monopolistisch verwertbaren Werken (Blockbustern, Bestsellern etc.) investierten, gegen Null tendieren. Denn es läge an der „unbekannten Person", die Unangemessenheit der Preise darzulegen und zu beweisen. Das damit verbundene Prozessrisiko ginge sie aber nur ein, wenn sie es für wahrscheinlich hielte, dass das Gericht die Preise ebenfalls als unangemessen beurteilt. Damit würde eine Zwangslizenz nur – aber immerhin – in den Fällen drohen, in denen Werke zu deutlich unangemessenen Preisen verwertet werden. Anders gewendet wäre der Abschreckungseffekt zu gering, um Investitionsanreize zu schmälern, aber groß genug, um das Schlimmste – einen *deutlichen* Effizienzverlust – zu verhindern.

IV. Verwertung von wissenschaftlichen Aufsätzen und Sole-source-Datenbanken

Freilich ist eine materiell realisierbare Zwangslizenz kaum der richtige Lösungsansatz für *bekannte* Probleme, also Fälle, in denen *typischerweise* unangemessene Preise verlangt werden. Vielmehr können solche Probleme deutlich effektiver, weil rechtssicherer, mit einer *formell realisierbaren* Schutzbeschränkung gelöst werden.

1. Wissenschaftliche Aufsätze

Die bisherigen Bemühungen um einen freiwilligen Open Access haben die Zeitschriftenkrise nicht gelöst und bleiben – trotz des Zweitveröffentlichungsrechts in § 38 Abs. 4 UrhG – wenig erfolgversprechend. Insoweit

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wird auf die Ausführungen im 1. Kapitel verwiesen.[1688] Denkbar wäre allein, die Wissenschaftler zu *Open-Access-Veröffentlichungen* zu *verpflichten*. Eine Möglichkeit besteht darin, den Wissenschaftler *vertraglich* zu verpflichten, nämlich (allein) die Drittmittelvergabe (etwa der DFG) von der Open-Access-Veröffentlichung abhängig zu machen, womit es dem Wissenschaftler frei steht, die Bedingungen anzunehmen oder sie abzulehnen.[1689] Darüber hinaus könnte der an einer Lehr- oder Forschungseinrichtung beschäftigte Wissenschaftler *gesetzlich* verpflichtet werden, den Aufsatz seiner Lehr- oder Forschungseinrichtung zur Open-Access-*Erst*veröffentlichung anzubieten (sog. Anbietungspflicht).[1690] Schließlich könnte er *hochschulrechtlich* zu Open-Access-Veröffentlichungen verpflichtet werden, entweder mittelbar dergestalt, dass zur Promotion, Habilitation, Berufung, Beförderung und Forschungsevaluierung nur noch Open-Access-Veröffentlichungen berücksichtigt würden,[1691] oder gleich unmittelbar[1692]. Ganz davon abgesehen, dass jedenfalls die zweite und dritte Variante auf verfassungsrechtliche Bedenken stoßen,[1693] laufen diese Lösungsansätze auf eine Inländerdiskriminierung und eine Benachteiligung des For-

---

1688 Siehe 1. Kapitel B. III. 1. a) bb) (3) u. cc) (2).

1689 Vgl. *Hilty/Klass*, S. 20 f.; *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 12; *Spindler*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 303 u. 307; in dieselbe Richtung *Sandberger*, ZUM 2006, 818, 821; *Krings/Hentsch*, ZUM 2013, 909, 912.

1690 Vgl. *Pflüger/Ertmann*, ZUM 2004, 436, 441 f.

1691 Vgl. *Peukert*, in: *Grünberger/Leible*, Die Kollision von Urheberrecht und Kommunikationsverhalten der Nutzer, S. 150 f.

1692 Vgl. § 44 Abs. 6 S. 1 BWLHG („Die Hochschulen sollen die Angehörigen ihres wissenschaftlichen Personals durch Satzung verpflichten, das Recht auf nichtkommerzielle Zweitveröffentlichung nach einer Frist von einem Jahr nach Erstveröffentlichung für wissenschaftliche Beiträge wahrzunehmen, die im Rahmen der Dienstaufgaben entstanden und in einer periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung erschienen sind“).

1693 Vgl. *Hilty/Klass*, S. 20 (allgemein); *Hilty/Seemann*, S. 99 (bzgl. Anbietungspflicht); *Peukert*, JIPITEC 4 (2013), 142, 152 (allgemein); *ders.*, in: *Grünberger/Leible*, Die Kollision von Urheberrecht und Kommunikationsverhalten der Nutzer, S. 163 f. (bzgl. hochschulrechtlicher Verpflichtung zu Open-Access-*Erst*veröffentlichungen); *Hansen*, GRUR Int. 2005, 378, 379 f. (bzgl. Anbietungspflicht, auch bei Open-Access-*Zweit*veröffentlichungen); *Lutz*, S. 212 ff. (bzgl. Anbietungspflicht); *Hirschfelder*, Anforderungen an eine rechtliche Verankerung des Open Access Prinzips, S. 132 (bzgl. Anbietungspflicht); *ders.*, MMR 2009, 444, 447 (bzgl. Anbietungspflicht); *Sandberger*, ZUM 2006, 818, 820 f. (bzgl. Anbietungspflicht).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schungsstandorts Deutschland hinaus.[1694] Denn während ausländische Wissenschaftler weiterhin in den angesehensten Zeitschriften veröffentlichen könnten, müssten ihre inländischen Kollegen entweder von vornherein auf Veröffentlichungen in Subskriptionszeitschriften verzichten – so bei der Anbietungspflicht –[1695] oder es bliebe ihnen die Veröffentlichung in solchen Top-Journals verwehrt, deren Verleger eine frühzeitige Open-Access-Zweitveröffentlichung verbieten.[1696] Allenfalls könnte man die Wissenschaftler verpflichten, von ihrem *vertraglichen* Zweitveröffentlichungsrecht Gebrauch zu machen, weil ihnen damit nicht die Möglichkeit genommen würde, in der Zeitschrift ihrer Wahl zu publizieren. Allerdings änderte dies nichts an der quasi-monopolistischen Preissetzungsmacht der Wissenschaftsverleger – weil diese eine „Konkurrenz", die sie selbst erlauben, nicht fürchten – und bliebe die Zeitschriftenkrise ungelöst.[1697] Zu guter Letzt darf nicht vergessen werden, dass auch Open Access seinen Preis hat,[1698] sei es, dass der Autor für die Veröffentlichung in privaten Open-Access-Zeitschriften z.T. erhebliche Autorengebühren bezahlen muss,[1699] sei es, dass der Staat die Open-Access-Veröffentlichung leistet, was bei öffentlich-rechtlich angestellten Wissenschaftlern auf dasselbe hinausläuft. Denn gleich, ob mit oder ohne Open Access – in beiden Fällen zahlt der Steuerzahler die Rechnung und droht ein Nullsummenspiel.[1700] Die zweite Variante könnte den Steuerzahler sogar noch kostspieliger kommen, weil Staatsunternehmen den Privatunternehmen an produktiver Effizienz zumeist unterlegen sind.[1701] Letztlich würde dieser – z.T. wohl auch ideologisch motivierte – Zwang zur Open-Access-Veröffentlichung über das Ziel hinausschießen: Das Problem ist nicht, dass wissenschaftliche Artikel *überhaupt* etwas kosten. Das Problem ist, dass sie

1694 Vgl. *Peukert*, in: *Grünberger/Leible*, Die Kollision von Urheberrecht und Kommunikationsverhalten der Nutzer, S. 152; *Hansen*, GRUR Int. 2005, 378, 380; *Hirschfelder*, MMR 2009, 444, 446; in dieselbe Richtung *Hilty*, GRUR Int. 2006, 179, 186.

1695 *Hirschfelder*, MMR 2009, 444, 446.

1696 *Hansen*, GRUR Int. 2005, 378, 380.

1697 Vgl. *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 6.

1698 *Hilty*, GRUR Int. 2006, 179, 184.

1699 Siehe 1. Kapitel B. III. 1. a) bb) (3) (a).

1700 *Hilty*, GRUR Int. 2006, 179, 185.

1701 Vgl. *Hilty*, GRUR Int. 2006, 179, 185; *Hansen*, GRUR Int. 2005, 378, 380; in dieselbe Richtung *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 149; *Krujatz*, S. 273 f.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

unangemessen viel kosten. Es geht nicht darum, auf Kosten der Steuerzahler eine Gratis-Kultur zu fördern, sondern allein darum, die Preise für wissenschaftliche Artikel auf ein angemessenes Maß zurechtzustutzen. Dazu müssen wir nicht gleich das Kind mit dem Bade ausschütten.

Damit verbleiben die allgemeinen Lösungsansätze. Die in der Literatur angedachte[1702] *kartellrechtliche Preiskontrolle* ist aus den bereits genannten allgemeinen Gründen ungeeignet. Während das *Rechtsmissbrauchsverbot* und der *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* von vornherein ausscheiden, weil sie – wenn überhaupt – nur in absoluten Ausnahmefällen zur Anwendung gelangen können, hilft auch die – ebenfalls in der Literatur als Lösungsansatz diskutierte[1703] – *kartellrechtliche Zwangslizenz* nicht weiter. Schon die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung bereitet Schwierigkeiten. Zwar haben Kommission und BKartA anerkannt, dass wissenschaftliche Publikationen unter Zugrundelegung des Bedarfsmarktkonzepts kaum substituierbar sind.[1704] Im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle von Wissenschaftsverlagen sind sie aber ausdrücklich vom Bedarfsmarktkonzept abgewichen und haben stattdessen auf die Substitutionsfähigkeit auf der Angebotsseite abgestellt – mit der Folge einer Marktabgrenzung nach Disziplinen.[1705] Das mag (allein) im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle nachvollziehbar sein,[1706] doch ist kaum anzunehmen, dass Kommission und BKartA – und ebenso die Rspr. – im Rahmen der

---

1702 Vgl. *Hilty*, GRUR Int. 2006, 179, 186; *ders.*, GRUR 2009, 633, 639; *ders.*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 126 f.; *Hilty/Seemann*, S. 75 ff.; *Hilty/Bajon*, ZfBB 2008, 257, 262; *Lutz*, S. 250 ff.

1703 Vgl. *Hilty*, GRUR Int. 2006, 179, 186; *ders.*, GRUR 2009, 633, 639; *ders.*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 125 f.; *Hilty/Seemann*, S. 75 ff.; *Kunz-Hallstein*, GRUR 2009, 135, 140; *Egloff*, sic! 2007, 705, 714; *Lutz*, S. 250 ff.

1704 Kommission, Entsch. v. 29.7.2003, COMP/M.3197, Rdnr. 13 – „Candover/Cinven/Bertelsmann/Springer" („From the point of view of functional interchangeability, two different publications could hardly be regarded as substitutable by the end-users, the readers"); BKartA NJWE-WettbR 2000, 101, 101, Rdnr. 7 – „C.H. Beck/Nomos" („da für die Nachfrager eine bestimmte Fachpublikation so gut wie nie mit einer anderen vollständig austauschbar ist").

1705 Kommission, Entsch. v. 29.7.2003, COMP/M.3197, Rdnr. 14 – „Candover/Cinven/Bertelsmann/Springer"; Entsch. v. 29.7.2003, COMP/M.3197, Rdnr. 11 – „Candover/Cinven/Bertelsmann/Springer"; BKartA NJWE-WettbR 2000, 101, 101 f., Rdnr. 7 – „C.H. Beck/Nomos".

1706 *Hilty*, GRUR 2009, 633, 638; *ders.*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 125.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Missbrauchskontrolle anders entscheiden würden. Bestimmten sie nämlich den einzelnen Aufsatz, der wie gezeigt *generell* kaum substituierbar ist,[1707] als relevanten Markt, stellten sie *generell* eine marktbeherrschende Stellung von Wissenschaftsverlegern fest.[1708] Folglich bildete auch der entsprechende wissenschaftliche Artikel einen eigenständigen Markt, wäre der zugrundeliegende Aufsatz *generell* unerlässlich, um auf diesem Markt tätig zu werden *(essential facility test)*, und würde *generell* jeglicher Wettbewerb in diesem Markt durch das Urheberrecht ausgeschlossen *(leveraging test)*. Zwar würde die Zwangslizenz spätestens am nach „IMS Health" erforderlichen *new product test* scheitern,[1709] weil die Zweitverwertung eines Aufsatzes kein neuer – und auch kein besserer –, sondern nahezu der gleiche Artikel wäre. Ob allein die Festsetzung unangemessener Preise eine Zwangslizenz rechtfertigen kann oder weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssen, ist unklar.[1710] Anzunehmen ist aber, dass die Kartellbehörden und die Rspr. es niemals so weit kommen ließen, weil sie dann Gefahr liefen, ihre Kompetenz als *vollziehende* bzw. recht*sprechende* – eben nicht gesetzgebende – Gewalt zu überschreiten. Im Ergebnis müsste sich die „unbekannte Person" also auf einen langwierigen und kostspieligen Prozess einstellen, den sie mit großer Wahrscheinlichkeit verlöre, und wird sie unter diesen Umständen wissenschaftlicher Aufsätze kaum konkurrierend nutzen wollen. Damit scheidet die kartellrechtliche Zwangslizenz als Lösungsansatz aus.[1711]

Erneut steht der Gesetzgeber in der Pflicht. Eine Beschränkung des Rechts, die konkurrierende Nutzung von bereits veröffentlichten wissenschaftlichen Aufsätzen zu verbieten, ist als solche *formell realisierbar*, weil sie sich leicht, sicher und eindeutig auf den konkreten Sachverhalt anwenden lässt.[1712] Sie ist lediglich – aber immerhin – mit einem Ausnahmevorbehalt zu versehen, weil einerseits die Wissenschaftsverleger *typischerweise* – nicht ausnahmslos – über eine quasi-monopolistische Preis-

1707 Siehe 1. Kapitel B. III. 1. a) aa).
1708 Vgl. *Hilty/Seemann*, S. 76.
1709 Vgl. *Hilty*, GRUR 2009, 633, 639; *ders.*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 126.
1710 Siehe 2. Kapitel A. II. 5. b) aa) (1).
1711 Vgl. *Hilty*, GRUR 2009, 633, 639; *ders.*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 126; *Hilty/Seemann*, S. 77 u. 100; *Drexl*, in: *IRPI*, La propriété intellectuelle en question(s), S. 77; *Krujatz*, S. 292; *Lutz*, S. 252; *Kunz-Hallstein*, GRUR 2009, 135, 140.
1712 Vgl. 2. Kapitel A. I. 3. d) aa).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

setzungsmacht verfügen bzw. unangemessene Preise verlangen,[1713] und andererseits berechtigte ideelle Interessen des Urhebers ein Ausschließlichkeitsrecht im Einzelfall erfordern können.[1714] Ein *Zweitverwertungsrecht* macht keinen Sinn. Denn wenn der Wissenschaftler erst einmal in der Zeitschrift seiner Wahl publiziert hat, wird er – wie schon beim Zweit*veröffentlichungs*recht – kaum ein Interesse daran haben, denselben Aufsatz in einer Zeitschrift der zweiten Wahl zu veröffentlichen, zumal sich die Wissenschaftsverlage in aller Regel die Nutzungsrechte unentgeltlich einräumen lassen,[1715] er also auch keinen finanziellen Anreiz hätte. Damit verbleiben die *gesetzliche Lizenz*, die *konditionalen kollektiven Lizenzen* und die *urheberrechtliche Zwangslizenz*.[1716] Zunächst kann man an eine Erweiterung der bestehenden[1717] Wissenschaftsschranken zugunsten des einzelnen Wissenschaftlers denken.[1718] Allerdings ist ein solcher Ansatz wenig zielführend, weil der Wissenschaftler davon nur profitierte, soweit er – bzw. seine Lehr- oder Forschungseinrichtung – bereits Zugang zu dem benötigten Aufsatz hat.[1719] Zudem werden damit nur die Symptome gelindert, ohne das Problem an seiner Wurzel – der quasi-monopolistischen Preissetzungsmacht – zu packen.[1720] Die Schutzbeschränkung sollte also (weiterhin) zugunsten der „unbekannten Person" gelten, die den Aufsatz konkurrierend zu nutzen beabsichtigt. Erneut müssen die gesetzliche Lizenz und die konditionalen kollektiven Lizenzen ausscheiden: Praktisch sind die Rechtsinhaber veröffentlichter wissenschaftlicher Aufsätze stets Verleger, da diese sich alle Nutzungsrechte ausschließlich einräumen lassen. Deshalb könnten die jeweiligen Nutzungsrechte (z.B. an allen in den

---

1713 Vgl. *Hilty et al.*, IIC 2009, 309, 323 („Both the limitation and the outlined restraint could turn out to be too broad in shape with regard to the rather diverse market conditions within the overall area of scientific publishing").

1714 Vgl. *Hilty*, GRUR 2009, 633, 639; *ders.*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 126; *Hilty/Seemann*, S. 77 u. 100; *Krujatz*, S. 292; *Lutz*, S. 252; *Kunz-Hallstein*, GRUR 2009, 135, 140.

1715 Siehe 1. Kapitel B. III. 1. a) cc) (2) (a) (aa) [2].

1716 Vgl. *Kunz-Hallstein*, GRUR 2009, 135, 140; siehe auch *Hilty et al.*, IIC 2009, 309, 322 f.

1717 Siehe 1. Kapitel B. III. 1. a) cc) (1) (a).

1718 Vgl. *Hilty*, GRUR 2009, 633, 636 f.; *Hilty et al.*, IIC 2009, 309, 318 ff.; *Hilty/Klass*, S. 31 ff.; *Hilty/Seemann*, S. 91 ff.; *Bajon*, S. 538 ff.

1719 Vgl. *Hilty/Seemann*, S. 92.

1720 Vgl. *Hilty*, GRUR 2009, 633, 637 („Solches schafft nicht an sich schon Wettbewerb, sondern entschärft gegebenenfalls lediglich die Folgen fehlenden Wettbewerbs zu Gunsten des Schrankenbegünstigten").

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Elsevier-Zeitschriften „Journal of chromatography", „Biochimica et Biophysica Act" und „Cell" erschienenen Aufsätzen) von einer *überschaubaren* Anzahl an Rechtsinhabern (hier: Elsevier) in jeweils *einer* Transaktion erworben werden und wären die gesetzliche Lizenz und die konditionalen kollektiven Lizenzen einer rechtssicher und beschleunigt erteilten urheberrechtlichen Zwangslizenz nur insoweit an Effektivität überlegen, als sie entweder überhaupt keine Vergütung vorsähen oder die pauschale Vergütung die einzelfallgerechte Vergütung unterschritte. Insoweit schössen sie aber über das Ziel hinaus, weil es nur darum geht, eine konkurrierende Nutzung zu erlauben – und allenfalls darum, die Transaktionskosten gering zu halten –, nicht aber dem Verleger einen angemessenen Vergütungsanspruch zu entziehen. Soweit der Urheber dem Verleger einmal nur ein einfaches Nutzungsrecht einräumte und sich weigerte, einem konkurrierenden Verleger ebenfalls ein einfaches Nutzungsrecht einzuräumen, wären die gesetzliche Lizenz und die konditionalen kollektiven Lizenzen ebenfalls nicht effektiver, weil ein solcher Fall so gut wie nie eintritt und – wenn doch – die „unbekannte Person" nicht mit einer Vielzahl an Urhebern verhandeln müsste. Zugleich ist die urheberrechtliche Zwangslizenz aber – zumal unter Berücksichtigung individualistischen Begründungsansätze – das mildere Mittel. Damit ist die – von der Enquete-Kommission des Bundestages bereits erwogene[1721] – urheberrechtliche Zwangslizenz auch hier der richtige Lösungsansatz.[1722] Wird sie effektiv ausgestaltet, sodass sie schnell verfügbar ist – weitgehend rechtssicher ist sie bereits als eher formell realisierbare Schutzbeschränkung – ist anzunehmen, dass die quasi-monopolistische Preissetzungsmacht angreifbar („contestable") wäre und allein die Angreifbarkeit – nicht unbedingt der Angriff selbst, also die Klage auf Erteilung einer Zwangslizenz verbunden mit einem Antrag auf einstweilige Verfügung – angemessene Preise zur Folge hätte. Denn bei – durch keine Quersubventionierungen gerechtfertigten – quasi-monopolistischen Preisen – und entsprechenden Margen von 30 % – würde sofort die „unbekannte Person" eine einstweilige Zwangslizenz beantragen, den Quasi-Monopolpreis etwas unterbieten, positive Gewinne erwirtschaften und kurz vor der Gegenreaktion des Erstverlegers den „Markt" (z.B. für die in der „Cell" erschienenen Aufsätze) wieder verlassen.[1723] Ein sol-

1721 Vgl. Sechster Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft" v. 8.1.2013, BT-Drs. 17/12029, S. 47.

1722 Vgl. *Krujatz*, S. 288 ff.

1723 Vgl. 2. Kapitel A. I. 3. d) ee).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

cher „hit and run entry“ lohnt sich aber nur, soweit die Preise *erheblich* über den Stückkosten liegen. Mit anderen Worten müssten Verleger, die von vornherein angemessene Preise nahe den Stückkosten verlangen, unabhängig vom Ausnahmevorbehalt keine Zwangslizenz befürchten.

2. Sole-source-Datenbanken

Aus den bereits genannten allgemeinen Gründen ist auch die *kartellrechtliche Preiskontrolle* als Lösungsansatz ungeeignet.[1724] Auch die *kartellrechtliche Zwangslizenz* hilft nicht wirklich weiter.[1725] Schon die Marktbeherrschung ist schwer darzulegen.[1726] Im Übrigen ist unklar, ob allein die Feststellung unangemessener Preise eine Zwangslizenz rechtfertigen kann oder weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssen.[1727] Grundsätzlich müssen die vier „Magill“-Kriterien vorliegen. Damit muss die Sole-source-Datenbank unerlässlich sein, um auf dem nachgelagerten Produktmarkt tätig zu werden *(essential facility test)*, müssen der Wettbewerb auf diesem Markt ausgeschlossen *(leveraging test)* und das Auftreten eines neuen Produktes verhindert werden *(new product test)*.[1728] Zwar kann unter diesen Voraussetzungen – wie „Magill“ gezeigt hat – durchaus einmal eine Zwangslizenz erteilt werden. Allerdings ist dies im Vorhinein völlig unsicher.[1729] Zudem kann – wie ebenfalls das Beispiel „Magill“ zeigt – nicht schnell und prozess-, d.h. transaktionskostengünstig mit der Verwertung

1724 Vgl. 2. Kapitel A. II. 4. d).

1725 Vgl. *Grützmacher*, S. 369; *Große Ruse-Khan*, Der europäische Investitionsschutz für Datenbanken, S. 336; *Bartmann*, S. 121; *Beunen*, S. 247 f.; a.A. offenbar *Thum/Hermes*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87a, Rdnr. 47 („Selbst wenn einmal bei ‚single source’-Konstellationen durch Verkauf oder Lizenzierung des Datenbestands an Dritte die Gefahr der Monopolisierung an den erzeugten Daten drohen sollte, bleibt den Wettbewerbern noch der Weg über das Kartellrecht“).

1726 *Grützmacher*, S. 369.

1727 Siehe 2. Kapitel A. II. 5. b) aa) (1).

1728 Siehe 2. Kapitel A. II. 5. b) aa) (4) (b).

1729 Vgl. *Grützmacher*, S. 369; *Beunen*, S. 248; *Bartmann*, S. 120; *Derclaye*, IIC 2007, 275, 278.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

begonnen werden.[1730] Unter diesen Umständen wird die „unbekannte Person“ Sole-source-Datenbanken kaum konkurrierend nutzen wollen.

Damit steht erneut der Gesetzgeber in der Pflicht. Eine Beschränkung des Rechts, die konkurrierende Nutzung von Sole-source-Datenbanken zu verbieten, ist als solche *formell realisierbar*, weil sie sich leicht, sicher und eindeutig auf den konkreten Sachverhalt anwenden lässt.[1731] Ein *Zweitverwertungsrecht* macht keinen Sinn, weil der Datenbankhersteller zugleich der lizenzverweigernde Rechtsinhaber ist. Die *Wahrnehmungsvermutung* und die *erweiterte kollektive Lizenz mit Widerspruchsrecht* müssen ausscheiden, weil das Ausschließlichkeitsrecht ausnahmslos beschränkt werden soll. Da das jeweilige Nutzungsrecht von *einem* Rechtsinhaber in *einer* Transaktion erworben werden kann, sind die *gesetzliche Lizenz*, *Verwertungsgesellschaftspflicht*, *Wahrnehmungsfiktion* und *erweiterte kollektive Lizenz ohne Widerspruchsrecht* einer rechtssicher und beschleunigt erteilten *urheberrechtlichen Zwangslizenz* nur insoweit an Effektivität überlegen, als sie entweder überhaupt keine Vergütung vorsehen oder die pauschale Vergütung die einzelfallgerechte Vergütung unterschreitet. Insoweit schössen sie aber über das Ziel hinaus, weil es nur darum geht, das Ausschließlichkeitsrecht zu beschränken – und allenfalls darum, die Transaktionskosten gering zu halten –, nicht aber dem Rechtsinhaber einen angemessenen Vergütungsanspruch zu entziehen. Damit ist die urheberrechtliche Zwangslizenz als das mildere Mittel der richtige Lösungsansatz.[1732]

1730 Vgl. *Grützmacher*, S. 369; *Große Ruse-Khan*, Der europäische Investitionsschutz für Datenbanken, S. 336; *Bartmann*, S. 121; *Beunen*, S. 248; *Derclaye*, IIC 2007, 275, 278.

1731 Vgl. 2. Kapitel A. I. 3. d) ee).

1732 Vgl. *Kur/Hilty/Geiger/Leistner*, IIC 2006, 551, 554 f.; *Leistner*, Der Rechtsschutz von Datenbanken, S. 236; *Derclaye*, IIC 2007, 275, 297; *Beunen*, S. 258; *Bartmann*, S. 121; *Grützmacher*, S. 382; *Große Ruse-Khan*, Der europäische Investitionsschutz für Datenbanken, S. 332.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

V. Exkurs: Lösungsansatz des Wittem-Projekts

Im Rahmen des sog. Wittem-Projekts[1733] haben führende europäische Urheberrechtswissenschaftler – von deutscher Seite nahmen Reto M. Hilty und Thomas Dreier an dem Projekt teil – zwischen 2002 und 2010 einen „European Copyright Code" entworfen,[1734] der in Art. 5.4 eine gesetzliche Lizenz zu „Uses for the purpose of enhancing competition" enthält. Während Abs. 1 eine gesetzliche Lizenz *ohne* Vergütungspflicht für das Reverse Engineering und die Nutzung zu Werbezwecken vorsieht – beides Fälle, die bereits sekundär- bzw. richterrechtlich normiert sind[1735] –,[1736] ist Abs. 2 wie folgt gefasst:

> „Uses of news articles, scientific works, industrial designs, computer programs and databases are permitted without authorisation, but only against payment of a negotiated remuneration, and to the extent justified by the purpose of the use, provided that:
> (i) the use is indispensable to compete on a derivative market;
> (ii) the owner of the copyright in the work has refused to license the use on reasonable terms, leading to the elimination of competition in the relevant market and
> (iii) the use does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the owner of the copyright in the work."

Zwar ist die Vergütung wie bei einer Zwangslizenz *individuell* auszuhandeln („*negotiated* remuneration").[1737] Dennoch handelt es sich, weil die

---

1733 Der Name geht auf den belgischen Tagungsort zurück, in dem der Gedanke eines „European Copyright Code" erstmals formuliert wurde, *Dreier*, ZEuP 2011, 831, 835, Fn. 14.

1734 Abrufbar unter: http://www.copyrightcode.eu (zuletzt besucht am 20.12.2015); eingehend zum Wittem-Projekt *Dreier*, ZEuP 2011, 831 ff.; *ders.*, in: *Geiger*, Constructing European Intellectual Property, S. 292 ff.; *Kuhlen*, JIPITEC 2 (2011), 18 ff.; *Ginsburg*, A&M 1/2011, 5-21.

1735 *Dreier*, ZEuP 2011, 831, 847; *ders.*, in: *Geiger*, Constructing European Intellectual Property, S. 309; vgl. Art. 6 Computerprogramme-RL bzw. EuGH GRUR Int. 1998, 140, 144, Rdnr. 55 ff. – „Dior/Evora".

1736 „The following uses for the purpose of enhancing competition are permitted without authorisation and without remuneration, to the extent justified by the purpose of the use: (a) use for the purpose of advertising public exhibitions or sales of artistic works or goods which have been lawfully put on the market; (b) use for the purpose of reverse engineering in order to obtain access to information, by a person entitled to use the work."

1737 Dies wird in Fn. 54 des „European Copyright Code" klargestellt („The term 'negotiated remuneration' means that the compulsory license fee is to be negotiated

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Erlaubnis kraft Gesetzes gilt, um eine gesetzliche Lizenz.[1738] Der Tatbestand orientiert sich an den kartellrechtlichen „Magill"-Kriterien[1739] und dem urheberrechtlichen Dreistufentest[1740]: Der *essential facility test* und *leveraging test* finden sich in Ziffer (i) bzw. (ii) wieder, während Ziffer (iii) die dritte Stufe des Dreistufentests und das vierte „Magill"-Kriterium (sachliche Rechtfertigung) enthält. Der Unterschied zur kartellrechtlichen Zwangslizenz besteht darin, dass es hier weder auf den *new product test* (oder die Verhinderung der Entwicklung des Marktes zum Nachteil der Verbraucher), noch auf die Erlaubnis des Rechtsinhabers, einer Behörde oder eines Gerichts ankommt. Zudem werden nur Nachrichtenartikel, wissenschaftliche Werke, Industriedesigns, Computerprogramme und Datenbanken erfasst, während die kartellrechtliche Zwangslizenz für alle Immaterialgüter gilt.

Von Vorteil ist sicher, dass der Lösungsansatz des Wittem-Projekts auf den *new product test* verzichtet und damit – im Gegensatz zur kartellrechtlichen Zwangslizenz nach „IMS Health" – auch Fälle der Verwertung zu unangemessenen Preisen erfasst, in denen das Angebot eines *billigeren*, nicht das Angebot eines neuen Produktes unterbunden wird. Die in Kapitel 1 analysierten Probleme bzgl. wissenschaftlichen Aufsätzen und Solesource-Datenbanken ließen sich damit (theoretisch) lösen. Ein weiterer Vorteil besteht darin, dass die „unbekannte Person" schnell und ohne Transaktionskosten mit der Nutzung beginnen könnte, ohne die Nutzungserlaubnis in einem kostspieligen und langwierigen Prozess erzwingen zu müssen. Insoweit verspricht der Lösungsansatz ein hohes Maß an Effektivität.

Allerdings bestehen gewichtige Nachteile. Zunächst gilt der Vorschlag nur für Nachrichtenartikel, wissenschaftliche Werke, Industriedesigns, Computerprogramme und Datenbanken. Es können aber wie gezeigt auch andere Werkarten zu unangemessenen Preisen (z.B. wissenschaftliche

---

in individual cases, and therefore does not imply a role for collective rights management").

1738 *Dreier*, ZEuP 2011, 831, 847; *ders.*, in: *Geiger*, Constructing European Intellectual Property, S. 309; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 542.

1739 *Dreier*, ZEuP 2011, 831, 847; *ders.*, in: *Geiger*, Constructing European Intellectual Property, S. 309; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 542 f.

1740 *Kuhlen*, JIPITEC 2 (2011), 18, 23; ausführlich zum Dreistufentest siehe 3. Kapitel A. I. 2.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Aufsätze) oder überhaupt nicht bzw. nicht auf eine neue Art (z.B. Google Books, Internet-Fernsehen etc.) verwertet werden. Damit blieben viele der in Kapitel 1 analysierten Probleme ungelöst. Zwar könnte man – vorbehaltlich konventions-, unions- und verfassungsrechtlicher Vorgaben – den Tatbestand auf *alle* Werkarten ausdehnen. Aber auch dann bliebe das Problem, dass die Einbeziehung kartellrechtlicher Kriterien ein erhebliches Prognoserisiko zur Folge hätte.[1741] Die Marktabgrenzung ist gerade in urheberrechtsbezogenen Fällen äußerst komplex.[1742] Namentlich bei wissenschaftlichen Werken wäre höchst fraglich, ob die Nutzung wirklich unerlässlich ist, um auf einem abgeleiteten Markt tätig zu werden (*essential facility test*); im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle haben Kommission und BKartA die wissenschaftlichen Publikationsmärkte nämlich nach Disziplinen, nicht nach einzelnen Werken abgegrenzt.[1743] Folge der Rechtsunsicherheit ist ein Verlust an Effektivität: Die „unbekannte Person" könnte sich nie sicher sein, das jeweilige Werk wirklich nutzen zu dürfen. Hinzu kommt, dass die Verhandlungsposition des Rechtsinhabers erheblich geschwächt würde, weil der Nutzungsinteressent erst nutzen und im Nachhinein über die Lizenzgebühr verhandeln könnte.[1744] Der Nutzungsinteressent müsste nicht einmal Sicherheit leisten oder einen richterlich nachprüfbaren Betrag als vorläufige Lizenzgebühr hinterlegen. Das Insolvenzrisiko ginge vollständig zulasten des Rechtsinhabers.

Eine urheberrechtliche Zwangslizenz ist demgegenüber das deutlich mildere Mittel, weil hier grundsätzlich erst kontrahiert und dann genutzt wird. Wird die urheberrechtliche Zwangslizenz durch einstweilige Verfügung erteilt, kann der Lizenzsucher auch schnell mit der Nutzung beginnen („Verfügungsmodell").[1745] Gleichzeitig kann von ihm verlangt werden, Sicherheit zu leisten, sodass der Rechtsinhaber nicht das vollständige Insolvenzrisiko tragen muss. Noch weitergehender kann dem Lizenzsucher, wenn sich die Parteien nur über die Höhe der Lizenzgebühr streiten,

---

1741 *Dreier*, ZEuP 2011, 831, 847; *ders.*, in: *Geiger*, Constructing European Intellectual Property, S. 309.

1742 Siehe 2. Kapitel A. II. 5. d).

1743 Kommission, Entsch. v. 15.2.1999, IV/M.1377, Rdnr. 11 f. – „Bertelsmann/Wissenschaftsverlag Springer"; Entsch. v. 29.7.2003, COMP/M.3197, Rdnr. 19 f. – „Candover/Cinven/Bertelsmann/Springer"; BKartA NJWE-WettbR 2000, 101, 101, Rdnr. 7 ff. – „C.H. Beck/Nomos".

1744 *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 543.

1745 Zum „Verfügungsmodell" in u.a. § 42a Abs. 6 S. 2 siehe 3. Kapitel B. II. 1. a) ee).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gesetzlich gestattet werden, das Werk bereits nach Hinterlegung der vom Rechtsinhaber nach billigem Ermessen bestimmten Lizenzgebühr zu nutzen („Hinterlegungsmodell").[1746] Auch hier wird der Rechtsinhaber gegen das Insolvenzrisiko abgesichert. Schließlich kann der Tatbestand formell realisierbar und damit deutlich rechtssicherer ausgestaltet werden. Im Ergebnis ist eine urheberrechtliche Zwangslizenz de lege ferenda also je nach Ausgestaltung effektiver bis kaum weniger effektiv und deutlich milder als der Lösungsansatz des Wittem-Projekts. Sie verdient deshalb den Vorzug.

VI. Zwischenergebnis

Die in Kapitel 1 analysierten Probleme sind mit einer urheberrechtlichen Zwangslizenz zu lösen. Die urheberrechtliche Zwangslizenz de lege ferenda muss also vorbehaltlich berechtigter ideeller Interessen in den folgenden Fallgruppen gelten:

1. Das Werk wird seit zwei Jahren nicht mehr verwertet.
2. Das Werk wird nicht auf eine neue Art verwertet und die bisherige Nutzung wird nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt.
3. Das Werk wird nicht auf eine neue, etablierte Art verwertet.
4. Das Werk wird von einer Person, die nicht der Urheber ist, zu unangemessenen Preisen verwertet.
5. Das Ausschließlichkeitsrecht schützt einen wissenschaftlichen Aufsatz oder eine Sole-source-Datenbank.

Zudem sind die Zwangslizenz nach § 87 Abs. 5 UrhG und die Verwertungsgesellschaftspflicht nach § 20b Abs. 1 UrhG technologieneutral auszugestalten.

1746 Zum „Hinterlegungsmodell" in §§ 34 Abs. 1, 37 VGG siehe 3. Kapitel B. II. 1. d) dd) (1).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Kapitel: Die urheberrechtliche Zwangslizenz als Rechtsfigur

Die Rechtsfigur der urheberrechtlichen Zwangslizenz wird in zwei Abschnitten beleuchtet. Zunächst wird der Rahmen bestimmt, den keine urheberrechtliche Zwangslizenz überschreiten darf. Es werden also die *Vorgaben des Konventions- und Unionsrechts* sowie des deutschen und französischen *Verfassungsrechts* untersucht (unten A.). Im Anschluss werden die dogmatischen Konturen der *urheberrechtlichen Zwangslizenz als eines besonderen Kontrahierungszwangs* geklärt (unten B.).

A. Vorgaben des Konventions- und höherrangigen Rechts

Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ist insoweit begrenzt, als er keine Zwangslizenz regeln kann, die gegen Konventionsrecht (unten I.) oder höherrangiges Unions- (unten II.) und Verfassungsrecht (unten III.) verstößt.

I. Vorgaben des Konventionsrechts

Deutschland und Frankreich haben sich völkervertraglich zu einem urheberrechtlichen Mindestschutz verpflichtet, den sie nicht unterlaufen dürfen (pacta sunt servanda).[1747] Die bei weitem bedeutendste Konvention des

---

1747 Eingehend zur allgemeinen Völkerrechtsregel pacta sunt servanda *Aust*, in: *Wolfrum*, MPEPIL, Pacta Sunt Servanda; zum Mindestschutz und den übrigen Grundelementen immaterialgüterrechtlicher Konventionen *Drexl*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[6], Bd. 11, IntImmGR, Rdnr. 39 ff. Nach Art. 25 S. 2 GG gilt ein Vorrang des Völkerrechts gegenüber deutschen Gesetzen nur für die *allgemeinen Regeln* des Völkerrechts, während völker*vertragliche* Verpflichtungen erst durch ein Bundesgesetz in deutsches Recht transformiert werden müssen (vgl. Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG) und als solche mit den übrigen Bundesgesetzen auf einer Rangstufe stehen; die allgemeine Völkerrechtsregel pacta sunt servanda bewirkt nicht, dass die völkerrechtlichen Verträge selbst zu allgemeinen Regeln werden, eingehend *Streinz*, in: *Sachs*, GG[7], Art. 23, Rdnr. 29, u. Art. 59, Rdnr. 65; *Koenig*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG[6], Bd. 2, Art. 23, Rdnr. 18; *Kempen*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG[6], Bd. 2, Art. 59, Rdnr. 92; siehe auch

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Urheberrechts ist die 1886 geschlossene, inzwischen mehrfach revidierte Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst (RBÜ),[1748] die durch den WIPO-Urheberrechtsvertrag (WIPO Copyright Treaty, WCT) in Bezug auf Computerprogramme, Datenbankwerke und digitale Nutzungsarten ergänzt wird.[1749] Das 1961 geschlossene Rom-Abkommen über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen (Rom-Abk) regelt einen leistungsschutzrechtlichen Mindestschutz von Darbietungen, Tonaufnahmen und Sendungen,[1750] und wird durch den WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger (WIPO Performances and Phonograms Treaty, WPPT) hinsichtlich digitaler Nutzungsarten ergänzt.[1751] Das 1994 geschlossene Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS) bindet alle Mitglieder der Welthandelsorganisation (WTO) an die RBÜ (Art. 9 Abs. 1, sog. Bern-Plus-Effekt)[1752] und verlangt einen Mindestschutz für Computerprogramme, Datenbankwerke, Darbietungen, Tonauf-

---

Katzenberger, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], vor §§ 120 ff., Rdnr. 118. Allerdings ist die Europäische Union dem WCT, WPPT, TRIPS-Übereinkommen beigetreten, sodass deren Bestimmungen und – über Art. 1 Abs. 4 WCT bzw. 9 Abs. 1 TRIPS – die Art. 1 bis 20 RBÜ samt Anhang Bestandteil des Unionsrechts geworden sind und *als solche* höherrangiges Recht darstellen (Art. 216 Abs. 2 AEUV), vgl. eingehend *Drexl*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[6], Bd. 11, IntImmGR, Rdnr. 84 ff.; *ders.*, GRUR Int. 1994, 777, 783; siehe auch *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], vor §§ 120 ff., Rdnr. 117.

1748 *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 63; *Drexl*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[6], Bd. 11, IntImmGR, Rdnr. 30; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], vor §§ 120 ff., Rdnr. 14; eingehend *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], vor §§ 120 ff., Rdnr. 41 ff.

1749 Vgl. *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 72; *Drexl*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[6], Bd. 11, IntImmGR, Rdnr. 33; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], vor §§ 120 ff., Rdnr. 14; eingehend *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], vor §§ 120 ff., Rdnr. 50 ff.

1750 Vgl. *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 70; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], vor §§ 120 ff., Rdnr. 15; eingehend *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], vor §§ 120 ff., Rdnr. 75 ff.

1751 Vgl. *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 72; *Drexl*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[6], Bd. 11, IntImmGR, Rdnr. 33; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], vor §§ 120 ff., Rdnr. 15; eingehend *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], vor §§ 120 ff., Rdnr. 84 ff.

1752 Statt vieler *Drexl*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[6], Bd. 11, IntImmGR, Rdnr. 32.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nahmen und Sendungen.[1753] Keine internationalen Konventionen bestehen für den Sui-generis-Datenbankschutz (Art. 7 Abs. 1 Datenbanken-RL (§ 87 Abs. 1 UrhG, Art. L. 341-1 Abs. 1 CPI).[1754] Je nach Konvention unterliegen diese Mindestrechte keinen oder speziellen Vorbehalten (unten 1.) oder einem allgemeinen Schrankenvorbehalt, dem sog. Dreistufentest (unten 2.).

1. Mindestrechte ohne oder mit speziellen Vorbehalten

Die Mindestrechte der RBÜ – mit Ausnahme des Vervielfältigungsrechts – (unten aa)) und des Rom-Abk (unten bb)) gelten ohne oder mit speziellen Vorbehalten.

a) Mindestrechte der RBÜ

Das Bearbeitungsrecht einschließlich des Filmherstellungs- und Übersetzungsrechts (Art. 8, 12, 14 Abs. Nr. 1 Var. 1 RBÜ), das Aufführungs-, Vortrags- und Filmvorführungsrecht (Art. 11 Abs. 1 Nr. 1, 11ter Abs. 1 Nr. 1, 14 Abs. 1 Nr. 2 Var. 1 RBÜ), das Filmverbreitungsrecht (Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 Var. 3 RBÜ) sowie das Recht der öffentlichen Übertragung – ohne das Recht der drahtlosen Erstsendung und das Weitersenderecht[1755] – von Aufführungen, Vorträgen und Filmwerken (Art. 11 Abs. 1 Nr. 2, 11ter Abs. 1 Nr. 2, 14 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 RBÜ) sind ohne Vorbehalt geregelt; das Filmvervielfältigungsrecht (Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 RBÜ) unterliegt dem Dreistufentest des Art. 9 Abs. 2 RBÜ.[1756] Im Umkehrschluss zu Art. 9 Abs. 2 RBÜ, der Beschränkungen des Vervielfältigungsrechts erlaubt, und dem Anhang der RBÜ, der Zwangslizenzen in Entwicklungs-

1753 Vgl. *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 68; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], vor §§ 120 ff., Rdnr. 14; eingehend *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], vor §§ 120 ff., Rdnr. 23 ff.

1754 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], vor §§ 120 ff., Rdnr. 15.

1755 Diese Rechte werden von Art. 11bis Abs. 1 Nr. 1 u. 2 RBÜ erfasst, *Nordemann/Vinck/Hertin*, Art. 11 RBÜ, Rdnr. 5, Art. 11bis RBÜ, Rdnr. 3, Art. 11ter; *Dreier*, Kabelweiterleitung und Urheberrecht, S. 63.

1756 *Nordemann/Vinck/Hertin*, Art. 14/14bis RBÜ, Rdnr. 7.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ländern zulässt,[1757] kann gefolgert werden, dass diese Mindestrechte in Industrieländern wie Deutschland und Frankreich weder mit Beschränkungen noch mit Zwangslizenzen versehen werden dürfen, weil sonst Art. 9 Abs. 2 RBÜ und der Anhang sinnlos wären. Dagegen dürfen das allgemeine Sende- und Wiedergaberecht (Art. 11bis Abs. 1 Nr. 1 u. 3 RBÜ), das Weitersenderecht (Art. 11bis Abs. 1 Nr. 2 RBÜ) und das Recht der Aufnahme eines Werkes auf einen Tonträger (Art. 13 Abs. 1 RBÜ) auch unter „Vorbehalten" (Art. 11bis Abs. 2, 13 Abs. 1 RBÜ) gewährt werden, und zählen dazu nach allgemeiner Ansicht zumindest Zwangslizenzen.[1758]

b) Mindestrechte des Rom-Abk

Nach Art. 15 Abs. 2 S. 1 Rom-Abk dürfen die Vertragsparteien den Schutz von Darbietungen, Tonaufnahmen und Sendungen ebenso „beschränken" wie den Schutz von Werken, sodass mittelbar die Vorgaben der RBÜ und des WCT gelten.[1759] Von diesem Grundsatz macht Art. 15 Abs. 2 S. 2 Rom-Abk aber eine Ausnahme. Danach dürfen „Zwangslizenzen […] nur insoweit vorgesehen werden, als sie mit den Bestimmungen dieses Abkommens vereinbar sind". Daraus wird geschlossen, dass „Zwangslizenzen" nur unter den engen Voraussetzungen der Art. 7 Abs. 2, 12 und 13

1757 Vgl. Art. I Abs. 1 S. 1, Art. II Abs. 1 Anhang RBÜ, Art. III Abs. 1 Anhang RBÜ („Jedes Land […] ist berechtigt, das in Artikel 9 vorgesehene ausschließliche Vervielfältigungsrecht durch ein System nicht ausschließlicher und unübertragbarer Lizenzen zu ersetzen, die von der zuständigen *Behörde* unter den folgenden Voraussetzungen und gemäß Artikel IV erteilt werden", Hervorh. d. Verf.), Art. IV Abs. 1 S. 1 Anhang RBÜ („Eine Lizenz nach Artikel II oder III darf nur erteilt werden, wenn der Antragsteller […] um die *Erlaubnis des Rechtsinhabers* […] ersucht und diese *nicht erhalten* hat oder daß er den Rechtsinhaber trotz gehöriger Bemühungen nicht ausfindig machen konnte", Hervorh. d. Verf.).

1758 Vgl. *Ricketson*, The Berne Convention, Rdnr. 9.52 u. 9.45; *ders.*, WIPO Study, S. 28 ff.; *Ricketson/Ginsburg*, Bd. 1, Rdnr. 13.63 u. 13.71; *v. Lewinski*, International Copyright Law and Policy, Rdnr. 5.193; *Nordemann/Vinck/Hertin*, Art. 11bis RBÜ, Rdnr. 6, Art. 13 RBÜ, Art. 3; *Dreier*, Kabelweiterleitung und Urheberrecht, S. 59; *Dittrich*, RfR 1982, 25, 35.

1759 Vgl. *Ricketson/Ginsburg*, Bd. 2, Rdnr. 19.16; *Nordemann/Vinck/Hertin*, Art. 15 Rom-Abk, Rdnr. 9; *Drexl*, Entwicklungsmöglichkeiten des Urheberrechts im Rahmen des GATT, S. 232; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 411.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lit. d Rom-Abk zulässig sind.[1760] Fraglich ist aber die Bedeutung von „Zwangslizenzen". Denkbar wäre, dass der Begriff sowohl Zwangslizenzen im eigentlichen Sinne als auch gesetzliche Lizenzen erfasst.[1761] Allerdings ist der deutsche Text nicht verbindlich; verbindlich sind allein der englische, französische und spanische Wortlaut (Art. 23 Rom-Abk). Deshalb könnte mit „Zwangslizenz" auch *nur* die gesetzliche Lizenz gemeint sein, da „compulsory licence" in erster Linie im Sinne der gesetzlichen Lizenz verstanden wird.[1762] Dafür spricht auch, dass die Art. 7 Abs. 2, 12 und 13 lit. d Hs. 2 Rom-Abk gesetzliche Lizenzen erlauben.[1763] Damit ist der Wortlaut nicht eindeutig und es besteht ein gewisser Interpretationsspielraum. So haben der deutsche, der österreichische und der spanische Gesetzgeber für das Weitersenderecht von Sendeunternehmen (Art. 13 lit. a Rom-Abk) eine Zwangslizenz geregelt (§ 87 Abs. 5 UrhG, § 59b Abs. 2 öUrhG[1764] bzw. Art. 20 Abs. 4 TRLPI[1765]), obwohl der Schrankenvorbehalt in Art. 13 lit. d Hs. 2 Rom-Abk nur für das Recht der öffentlichen Wiedergabe an Orten, die der Öffentlichkeit gegen Zahlung eines Entgelts zugänglich sind, gilt. Dass alle drei das Rom-Abk übersehen oder gar ignoriert haben, erscheint unwahrscheinlich. Richtigerweise ist deshalb zwischen gesetzlichen Lizenzen, kartellrechtlichen Zwangslizenzen und urheber- bzw. leistungsschutzrechtlichen Zwangslizenzen zu unterscheiden. Zunächst muss „Zwangslizenz" zumindest die gesetzliche Li-

---

1760 So *Ricketson/Ginsburg*, Bd. 2, Rdnr. 19.16; offenbar auch *v. Lewinski*, International Copyright Law and Policy, Rdnr. 6.69; *Nordemann/Vinck/Hertin*, Art. 15 Rom-Abk, Rdnr. 9.

1761 So *Ulmer*, GRUR Ausl. 1961, 569, 591, Fn. 21.

1762 *Sterling*, S. 1216 („[The] term [is] *generally* applied to a statutorily granted licence to do an act covered by an exclusive right, *without* the prior authority of the right owner. *Sometimes* the term is applied in a *restricted* sense to a licence granted on application to the authority, court, tribunal, etc. specified in the law. The compulsory licence in the *restricted* sense may be distinguished from the *statutory* licence which is effective by the mere fulfilment of the authority", Hervorh. d. Verf.); vgl. etwa *Ricketson/Ginsburg*, Bd. 1, Rdnr. 13.01 f.; *Ricketson*, IPQ 1999, 56, 63; selbst *Nordemann/Vinck/Hertin*, Art. 11bis RBÜ, Rdnr. 6, bezeichnen mit „Zwangslizenz" z.T. eine gesetzliche Lizenz (nach § 32 UrhG-DDR).

1763 Vgl. *Nordemann/Vinck/Hertin*, Art. 7 Rom-Abk, Rdnr. 11, Art. 12 Rdnr. 7, Art. 13 Rom-Abk, Rdnr. 7; nicht eindeutig *v. Lewinski*, International Copyright Law and Policy, Rdnr. 6.69; *Ricketson/Ginsburg*, Bd. 2, Rdnr. 19.16.

1764 Vgl. *Ciresa*, in: *Ciresa*, öUrhR[17], § 59b, Rdnr. 2; *Walter*, HdBöUrhR[1], Rdnr. 685 ff.

1765 Vgl. *Xalabarder*, S. 944.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zenz meinen, weil sonst Art. 15 Abs. 2 S. 2 Rom-Abk (völlig) überflüssig wäre. Weiter kann der Begriff nicht die kartellrechtliche Zwangslizenz erfassen, weil diese nach Art. 17 RBÜ bzw. Art. 8 Abs. 2 TRIPS im Einzelfall zulässig ist, ohne dass es hierbei auf den Dreistufentest ankommt,[1766] und es widersinnig wäre, ausgerechnet die großen Tonträgerhersteller und Sendeunternehmen kartellrechtlich freizustellen. Die urheber- bzw. leistungsschutzrechtliche Zwangslizenz ist weder gesetzliche Lizenz, noch kartellrechtliche Zwangslizenz. Je nach Ausgestaltung ähnelt sie aber stärker der einen oder anderen. An diesem Vergleich kann sich die Subsumtion unter „Zwangslizenz" orientieren. Deshalb ist zu unterscheiden: Soweit die leistungsschutzrechtliche Zwangslizenz *ausnahmslos* greift, der Rechtsinhaber also keine Möglichkeit hat, sein Ausschließlichkeitsrecht zu behalten, besteht eine gewisse Ähnlichkeit mit der gesetzlichen Lizenz. Nur an *diese* Art der Zwangslizenz können die Verfasser des Rom-Abk gedacht haben, wenn sie denn überhaupt die dogmatisch völlig unterschiedlichen Zwangslizenzen und gesetzliche Lizenzen über einen Kamm scheren wollten. Damit kann für eine *solche* Zwangslizenz nichts anderes gelten wie für die gesetzliche Lizenz: sie kann nur unter den Schrankenvorbehalten mit dem Rom-Abk vereinbar sein. Anders hingegen, wenn wie in § 87 Abs. 5 UrhG und § 59b Abs. 2 öUrhG die leistungsschutzrechtliche Zwangslizenz *nicht* automatisch greift, dem Rechtsinhaber also in berechtigten Fällen sein Ausschließlichkeitsrecht verbleibt.[1767] Denn dann überwiegt die Ähnlichkeit mit der kartellrechtlichen Zwangslizenz und es besteht kein Grund für die Gleichsetzung von gesetzlicher Lizenz und Zwangslizenz. Im Ergebnis dürfte damit eine urheber- bzw. leistungsschutzrechtliche Zwangslizenz mit Ausnahmevorbehalt nicht unter Art. 15 Abs. 2 S. 2 Rom-Abk, sondern unter Art. 15 Abs. 2 S. 1 Rom-Abk fallen. Leistungsschutzrechtliche Zwangslizenzen an Darbietungen, Tonaufnahmen und Sendungen müssen also RBÜ- und WCT-konform ausgestaltet und mit einem Ausnahmevorbehalt versehen werden.

1766 Siehe bereits 2. Kapitel A. II. 5. c).

1767 Vgl. *Dreier*, in: *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, Rdnr. 7.12.5, hinsichtlich der Konformität mit Art. 12 Abs. 1 Satelliten- u. Kabel-RL.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Mindestrechte mit Dreistufentest

Das Vervielfältigungsrecht der RBÜ[1768] und die Mindestrechte des WCT, WPPT und TRIPS-Übereinkommens unterliegen dem sog. Dreistufentest (Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 10 WCT, Art. 16 Abs. 2 WPPT und Art. 13 TRIPS). Danach sind „Vorbehalte"[1769] bzw. „Beschränkungen oder Ausnahmen"[1770] zulässig, wenn diese (erstens) auf gewisse[1771] bzw. bestimmte[1772] Sonderfälle begrenzt sind, die (zweitens) nicht die normale Auswertung der Werke beeinträchtigen und (drittens) nicht die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers[1773] (Urhebers[1774], Tonträgerherstellers oder ausübenden Künstlers[1775]) unzumutbar verletzen (sog. Dreistufentest). Zunächst wird die Anwendbarkeit des Dreistufentests geklärt (unten a)). Sodann werden dessen Voraussetzungen behandelt (unten b)).

a) Anwendbarkeit des Dreistufentests

Der Dreistufentest ist anwendbar, wenn die urheberrechtliche Zwangslizenz einen „Vorbehalt" i.S.v. Art. 9 Abs. 2 RBÜ (unten aa)) bzw. eine „Beschränkung oder Ausnahme" i.S.v. Art. 10 WCT, Art. 16 Abs. 2 WPPT, Art. 13 TRIPS (unten bb)) darstellt.

aa) Art. 9 Abs. 2 RBÜ

Eine rein grammatikalische Auslegung von „Vorbehalt" spricht zumindest nicht gegen eine Subsumtion der Zwangslizenz unter Art. 9 Abs. 2 RBÜ. Etwas anderes könnte gelten, wenn man den Begriff grammatikalisch-systematisch auslegt. Denn der „Vorbehalt" in Abs. 2 bezieht sich auf den Bestand („Genuss") des Vervielfältigungsrechts (Abs. 1), nicht auf dessen

---

1768 Art. 9 Abs. 1 RBÜ.
1769 Art. 9 Abs. 2 RBÜ.
1770 Art. 10 WCT, Art. 16 Abs. 2 WPPT; nahezu wortgleich Art. 13 TRIPS („Beschränkungen und Ausnahmen").
1771 Art. 9 Abs. 2 RBÜ.
1772 Art. 10 WCT, Art. 16 Abs. 2 WPPT, Art. 13 TRIPS.
1773 Art. 13 TRIPS.
1774 Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 10 WCT.
1775 Art. 16 Abs. 2 WPPT.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ausübung, und scheint die RBÜ sowohl zwischen „Genuss“ und „Ausübung“,[1776] als auch zwischen Vorbehalten, die sich auf den „Genuss“ beziehen, und solchen, die die „Ausübung“ regeln,[1777] zu unterscheiden. Die Subsumtion hinge dann von der Frage ab, ob die Zwangslizenz eine bloße Ausübungsregelung darstellt. Allerdings kann diese Frage hier offen bleiben, weil Art. 9 Abs. 2 RBÜ bereits aufgrund einer rein systematischen Auslegung anwendbar ist: Zum einen folgt im Umkehrschluss zu den im Anhang der RBÜ vorgesehenen Entwicklungsländer-Zwangslizenzen, dass Industrieländer wie Deutschland und Frankreich *grundsätzlich* keine Zwangslizenzen regeln dürfen (argumentum e contrario). Zum anderen muss der Dreistufentest, wenn er nach allgemeiner Meinung auf gesetzliche Lizenzen Anwendung findet,[1778] *erst recht* für Zwangslizenzen gelten, die wie gezeigt deutlich milder sind (argumentum a maiore ad minus).[1779]

bb) Art. 13 TRIPS, Art. 10 WCT, Art. 16 Abs. 2 WPPT

Fraglich ist weiter die Anwendbarkeit des in Art. 13 TRIPS, Art. 10 WCT, Art. 16 Abs. 2 WPPT geregelten Dreistufentests auf Zwangslizenzen. Während eine grammatikalisch-systematische Auslegung von „Beschränkungen oder Ausnahmen“ als Gegenbegriff zu Ausübungsregelungen von vornherein ausscheidet, weil im WCT, WPPT und TRIPS-Übereinkommen jeweils nicht zwischen „Beschränkungen“ und „Ausübungsregelungen“ unterschieden wird, scheint eine rein grammatikalische Auslegung gegen eine Anwendbarkeit zu sprechen. Dennoch muss hier – mit einer systematischen Auslegung – dasselbe wie für Art. 9 Abs. 2 RBÜ gelten. Zum einen sind die Art. 1 bis 21 RBÜ *und* deren Anhang Bestandteil des WCT (Art. 1 Abs. 4 WCT)[1780] und des TRIPS-Übereinkommens (Art. 9 Abs. 1 TRIPS)[1781]. Zum anderen wird in Art. 16 Abs. 1 WPPT für „Beschränkungen und Ausnahmen gleicher Art“ auf die RBÜ und den WCT

1776 Vgl. Art. 5 Abs. 2 S. 1 RBÜ.
1777 Vgl. einerseits Art. 11bis Abs. 1 u. 2 RBÜ, andererseits Art. 2 Abs. 6 u. 7, Art. 2bis Art. 1, 2 u. 3, Art. 14bis Abs. 1 u. 2 lit. a RBÜ.
1778 Siehe bereits 2. Kapitel A. II. 1. c).
1779 Ebenso i.E. *Hilty*, GRUR 2009, 633, 642; *ders.*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 131; *Krujatz*, S. 305; *Lutz*, S. 220.
1780 *Reinbothe/v. Lewinski*, Rdnr. 7.1.26.
1781 Eingehend *Brand*, in: *Busche/Stoll/Wiebe*, TRIPS2, Art. 9, Rdnr. 1 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

verwiesen und sollen damit die Vorbehalte gleichgeschaltet werden.[1782] Damit kann auf die Ausführungen zu Art. 9 Abs. 2 RBÜ verwiesen werden und dürfen Zwangslizenzen nur – aber immerhin – unter den Voraussetzungen des Dreistufentests geregelt werden.[1783]

b) Voraussetzungen des Dreistufentests

aa) Stufe 1

Zunächst sind Zwangslizenzen auf „gewisse" bzw. „bestimmte" (unten (1)) „Sonderfälle" (unten (2)) zu beschränken.

(1) „Gewisse"

Während in Art. 9 Abs. 2 RBÜ von „gewissen" Sonderfällen die Rede ist, schreiben 10 WCT, Art. 16 Abs. 2 WPPT und Art. 13 TRIPS eine Beschränkung auf „bestimmte" Sonderfälle vor. Allerdings ist der deutsche Text nicht verbindlich. Die verbindliche Fassung der RBÜ ist allein der französische Text („certains cas spéciaux"),[1784] während WCT, WPPT und TRIPS sowohl auf Französisch („certains cas spéciaux") als auch auf Englisch („certain special cases") ausgelegt werden können.[1785]

Nach einer Ansicht meint „certain" *„bestimmt"*. Verwiesen wird dabei auf den englischen Wortlaut i.S.v. „known and particularised, but not explicitly identified" und „determined, fixed, not variable; definitive, precise, exact".[1786] Allerdings besteht innerhalb dieser Auffassung Uneinigkeit über den Grad an Bestimmtheit. Teils wird „certain" als „klar"[1787]

1782 Vgl. *Reinbothe/v. Lewinski*, Rdnr. 8.16.32.
1783 Ebenso i.E. *Hilty*, GRUR 2009, 633, 642; *ders.*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 131; *Krujatz*, S. 305; *Lutz*, S. 220.
1784 Art. 37 Abs. 1 lit. c RBÜ.
1785 Schlussformel WTO-Übereinkommen, dessen Annex 1C das TRIPS-Übereinkommen ist; Art. 24 Abs. 1 WCT; 32 Abs. 1 WPPT.
1786 So WTO Panel, Report v. 15.6.2000, WT/DS160/R, Rdnr. 6.108, mit Verweis auf The New Shorter Oxford English Dictionary.
1787 *Ricketson*, WIPO Study, S. 22 („clearly defined"); *Ricketson/Ginsburg*, Bd. 1, Rdnr. 13.11 („clearly defined").

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

oder „präzise bestimmt“[1788] gedeutet, mithin eine Schrankengeneralklausel wie der *fair use* kritisch[1789] bis ablehnend[1790] beurteilt, teils wird „certain“ abgeschwächt im Sinne von „wohl definiert“[1791] oder „hinreichend klar definiert“[1792] verstanden, sodass offene Tatbestände durchaus mit der ersten Stufe vereinbar sein können.[1793]

Die Gegenansicht deutet „certain special cases“ hingegen als „gewisse“ i.S.v. *„bestimmbare“* Sonderfälle.[1794] Danach können Schutzbeschränkun-

---

1788 *v. Lewinski*, International Copyright Law and Policy, Rdnr. 5.179 („precisely define[d]“).

1789 Vgl. *Ricketson*, WIPO Study, S. 68 f.; *v. Lewinski*, International Copyright Law and Policy, Rdnr. 5.179.

1790 *Cohen Jehoram*, EIPR 27 (2005), 359, 360.

1791 *Reinbothe/v. Lewinski*, Rdnr. 7.10.24 u. 8.16.44 („well defined“).

1792 Vgl. WTO Panel, Report v. 15.6.2000, WT/DS160/R, Rdnr. 6.108 („In other words, this term means that, under the first condition, an exception or limitation in national legislation must be clearly defined. However, there is no need to identify explicitly each and every possible situation to which the exception could apply, provided that the scope of the exception is known and particularised. This guarantees a sufficient degree of legal certainty“); *Reinbothe*, S. 257; *Füller/Langeloh*, in: *Busche/Stoll/Wiebe*, TRIPS[2], Art. 13, Rdnr. 9; *Förster*, S. 197.

1793 Vgl. *Reinbothe*, S. 254; *Hugenholtz/Okediji*, S. 22; *Füller/Langeloh*, in: *Busche/Stoll/Wiebe*, TRIPS[2], Art. 13, Rdnr. 9; *Förster*, S. 197.

1794 Vgl. *Geiger/Griffiths/Hilty*, GRUR Int. 2008, 822, 824 („hinreichend vorhersehbar“) = IIC 2008, 707, 711 („reasonably foreseeable“) = Propr. intell. 29 (2008), 399, 402 („raisonnablement prévisible“); *Geiger*, in: *Kur/Mizaras*, The Structure of Intellectual Property Law, S. 294 („generally determinable“); *ders.*, e-Copyright Bulletin 1-3/2007, S. 5; *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 137 („National copyright limitations must accordingly be distinguishable from each other. An incalculable, shapeless provision exempting a wide variety of different uses is impermissible. Instead, privileged special cases must be known and particularised so that it becomes foreseeable whether or not a given use of a work is subjected to the authors' control. The task of making privileged special cases distinguishable […] may also be left to the courts“); *ders.*, GRUR Int. 2004, 200, 207 („Es reicht vielmehr aus, wenn Schranken des Urheberrechts auf nationaler Ebene hinreichend voneinander unterscheidbar sind, so dass ein Bestand von ‚einigen' oder ‚gewissen' freigestellten Nutzungshandlungen erkennbar wird. Die erforderliche Trennlinie zwischen unterschiedlichen Schranken des Urheberrechts kann entweder durch den Gesetzgeber selbst oder aber durch die Gerichte auf der Grundlage einer offenen Schrankenvorschrift gezogen werden“); *ders.*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 177; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 456; *Nolte*, S. 291.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gen ohne weiteres materiell realisierbar, also als offene Tatbestände ausgestaltet werden.[1795] Zur Begründung wird zunächst darauf verwiesen, dass das englische Wort „certain" auch die Bedeutung von „positive yet restricted (or of positive even if restricted) quantity, amount or degree"[1796] hat und „certain special cases" deshalb auch „some definitely, some at least, a restricted or limited number of"[1797] „cases" bedeuten kann.[1798] Weiter wird angeführt, dass die französische Fassung des Art. 9 Abs. 2 RBÜ eine Beschränkung auf „certains cas spéciaux" statt auf „cas certains et spéciaux" verlangt.[1799] Dieser Unterschied ist erheblich: Während nämlich „certain" *vor* dem Substantiv „assuré, incontestable, indéniable, indiscutable"[1800] meint, bedeutet es *nach* dem Substantiv „imprécis, difficile à fixer" und „atténuant l'idée de l'indétermination"[1801]. Darüber hinaus wird auf die Entstehungsgeschichte verwiesen, weil eine der ersten Lesart entsprechende Formulierung – nämlich „clearly and carefully defined special cases" – zwar angedacht, aber letztlich verworfen wurde.[1802] Zu guter Letzt wird argumentiert, dass der Dreistufentest in beiden Rechtskreisen – dem kontinentaleuropäischen und dem angloamerikanischen – gelten soll, sodass die kontinentaleuropäische Regelungstechnik nicht für (einzig) maßgeblich erklärt werden könne.[1803]

Die zweite Ansicht verdient zweifellos den Vorzug. Im Hinblick auf Art. 9 Abs. 2 RBÜ ist die erste Auffassung schlichtweg falsch, weil sie den *englischen* Text grammatikalisch auslegt, die Auslegung aber streitig

---

1795 *Geiger/Griffiths/Hilty*, GRUR Int. 2008, 822, 824 = IIC 2008, 707, 711 = Propr. intell. 29 (2008), 399, 402; *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 137; *ders.*, GRUR Int. 2004, 200, 207; *ders.*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 177; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 456; *Nolte*, S. 291.

1796 The Oxford English Dictionary, Bd. 2, S. 1051.

1797 The Oxford English Dictionary, Bd. 2, S. 1051.

1798 *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 134.

1799 *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 134.

1800 Le Petit Robert, S. 383.

1801 Le Petit Robert, S. 384.

1802 Vgl. *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 134; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 454; *Poeppel*, S. 113; *Nolte*, S. 291.

1803 Vgl. *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 135 f.; *ders.*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 177; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 455; *Poeppel*, S. 113; *Nolte*, S. 291.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ist und Art. 37 Abs. 1 lit. c RBÜ bei Streitigkeiten über die Auslegung der Texte ausdrücklich den *französischen* Text für maßgebend erklärt, sodass „certain" „unpräzise" („imprécis, difficile à fixer") oder die „Unbestimmtheit abschwächend" („atténuant l'idée de l'indétermination"), eben „bestimmbar" bedeutet. Im Übrigen – also im Hinblick auf Art. 10 WCT, Art. 16 Abs. 2 WPPT und 13 TRIPS – stehen beide grammatikalische Auslegungen gleichberechtigt nebeneinander, weil *beide* Fassungen verbindlich sind. Weil schon die englische Fassung mehrdeutig ist, jedenfalls aber keinen Vorrang vor der – insoweit eindeutigen – französischen Fassung genießt, muss der Begriff notwendig anderweitig ausgelegt werden. Eine zusätzliche, nämlich historische und telelogische Auslegung – wie sie von der zweiten Ansicht vorgenommen wird –, spricht aber (nur) für die zweite Lesart.

(2) „Sonderfälle"

Auch der Begriff des Sonderfalls wird unterschiedlich ausgelegt. Ausgangspunkt ist die sowohl quantitative („[h]aving an individual, particular, or *limited* application, object, or intention; affecting or concerning a *single* person, thing, circumstance, etc., or a particular class of these"[1804]) als auch qualitative („[o]f such a kind as to exceed or excel in some way that which is usual or common; *exceptional* in character, quality, or degree"[1805] und „[m]arked off from others of the kind by some *distinguishing* qualities or features; having a *distinct* or individual character"[1806]) Bedeutung des Wortes „special".

Einer Ansicht nach ist „special case" in erster Linie *quantitativ* auszulegen. Danach muss die Schutzbeschränkung auf einen engen Anwendungs-

1804 The Oxford English Dictionary, Bd. 16, S. 150 [Hervorh. d. Verf.].
1805 The Oxford English Dictionary, Bd. 16, S. 149 [Hervorh. d. Verf.].
1806 The Oxford English Dictionary, Bd. 16, S. 149 [Hervorh. d. Verf.].

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bereich begrenzt sein,[1807] muss sich die Anzahl an betroffenen Nutzungsrechten, Werken und Nutzern in Grenzen halten.[1808]

Die Gegenansicht verzichtet auf eine quantitative Deutung und versteht „Sonderfall" in einem *qualitativen* Sinn. Hiernach muss die Schutzbeschränkung einem besonderen Zweck dienen, müssen besondere Umstände vorliegen, die die Schutzbeschränkung plausibel erscheinen lassen,[1809] etwa weil wichtige Belange des Gemeinwohls betroffen sind[1810] – als Maßstab können der Schrankenkatalog der RBÜ und die Präambel des

---

1807 Vgl. WTO Panel, Report v. 15.6.2000, WT/DS160/R, Rdnr. 6.112 („narrow in its scope and reach"); *Ricketson/Ginsburg*, Bd. 1, Rdnr. 13.11 („narrow in its scope and reach"); *Ricketson*, WIPO Study, S. 22 („narrow in its scope and reach"); *Ginsburg*, RIDA 187 (2001), 2, 41 („sufficiently narrow"); *Reinbothe/v. Lewinski*, Rdnr. 7.10.24 u. 8.16.44 („of limited application"), die „Sonderfall" zusätzlich qualitativ deuten; *v. Lewinski*, International Copyright Law and Policy, Rdnr. 5.180 („narrow scope"); *Reinbothe*, S. 257 („begrenzte[r] Anwendungsbereich").

1808 Vgl. *Ricketson/Ginsburg*, Bd. 1, Rdnr. 13.11; *Ricketson*, WIPO Study, S. 22.

1809 Vgl. *Ricketson*, IPQ 1999, 56, 69 („[T]here must be something ‚special' about this purpose, ‚special' here meaning that the use is justified by some clear reason of public policy or other exceptional circumstance"), der inzwischen die erste Lesart vertritt; *ders.*, The Berne Convention, Rdnr. 9.6; *Reinbothe/v. Lewinski*, Rdnr. 7.10.25 u. 8.16.45 („sound policy objective"), die „Sonderfall "zusätzlich quantitativ deuten; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 582 („finalité particulière"); *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 358 („but spéciale"); *Lucas*, in: *Ganea/Heath/Schricker*, FS Dietz, S. 430 („but spéciale"); *dies.*, EIPR 32 (2010), 277, 278; *Ficsor*, RIDA 192 (2002), 110, 133 („clear and sound political justification"); *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 152 („clear reason of public policy"); *ders.*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 179; *ders.*, GRUR Int. 2004, 200, 207 f.; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 459; *Förster*, S. 194 f.; *Krujatz*, S. 307; *Nolte*, S. 291 f.; *Runge*, GRUR Int. 2007, 130, 134; *Grages*, S. 110; *Zwengel*, S. 231 f.; so auch BGH GRUR 1999, 707, 712 – „Kopienversanddienst" („Die Vervielfältigung geschützter Werke auf Einzelbestellung im Rahmen eines Kopienversanddienstes stellt wegen ihrer gemeinsamen Züge mit der Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch und des Gewichts des betroffenen Interesses der Allgemeinheit an dem ungehinderten Zugang zu Informationen einen Sonderfall im Sinne des Art. 9 Abs. 2 RBÜ dar").

1810 Vgl. *Ricketson*, The Berne Convention, Rdnr. 9.9 ff.; *Reinbothe/v. Lewinski*, Rdnr. 7.10.25 u. 8.16.45; *Ficsor*, RIDA 192 (2002), 110, 131 ff.; *Senftleben*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 179, Fn. 68; *ders.*, GRUR Int. 2004, 200, 208; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 458; *Nolte*, S. 292; *Runge*, GRUR Int. 2007, 130, 134; *Zwengel*, S. 231; so auch BGH GRUR 1999, 707, 712 – „Kopienversanddienst"

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

WCT („Bildung, Forschung und Zugang zu Informationen") dienen[1811] – oder der Markt versagt[1812]. Dabei verfügt der Gesetzgeber über einen gewissen Einschätzungsspielraum.[1813]

Die zweite Ansicht verdient den Vorzug. Während die Auslegung des *englischen* Wortes „special" mehrdeutig ist, also weder für die eine noch die andere Lesart spricht, hat die französische Fassung („spécial") im Wesentlichen eine qualitative Bedeutung, nämlich „[q]ui constitue une exception, est employé pour les circonstances *extraordinaires*" und „[q]ui présente des caractères particuliers dans son genre; *atypique*, particulier".[1814] Gegen die erste Auffassung sprechen aber auch eine systematische und eine telelogische Auslegung: Zunächst kann die erste Stufe nur im Zusammenhang mit der zweiten und dritten Stufe gedeutet werden (Art. 31 Abs. 1 Var. 2 WÜRV).[1815] Soweit auf der ersten Stufe Schutzbeschränkungen, die die Verwertung mehr als nur unwesentlich beeinträchtigen, von vornherein ausgesondert werden, wird der letzte Prüfungsschritt praktisch vorweggenommen.[1816] Denn unwesentliche Beeinträchtigungen werden die berechtigen Interessen des Rechtsinhabers in den seltensten

---

(„Die Vervielfältigung geschützter Werke auf Einzelbestellung im Rahmen eines Kopienversanddienstes stellt wegen […] des Gewichts des betroffenen Interesses der Allgemeinheit an dem ungehinderten Zugang zu Informationen einen Sonderfall im Sinne des Art. 9 Abs. 2 RBÜ dar").

1811 *Reinbothe/v. Lewinski*, Rdnr. 7.10.26 u. 8.16.46; *Senftleben*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 179, Fn. 68; *ders.*, GRUR Int. 2004, 200, 208; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 458.

1812 Vgl. *Ricketson*, IPQ 1999, 56, 77.

1813 *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 145 f.; *Poeppel*, S. 121; vgl. für Art. 9 Abs. 2 RBÜ auch *Reimer/Ulmer*, GRUR Int. 1967, 431, 44 („Im ganzen kann die Lösung, die in Stockholm gefunden wurde, als befriedigend angesehen werden. Unleugbar ist freilich, daß sie in ihrer Elastizität der Auslegung durch die nationale Gesetzgebung einen Spielraum läßt, der unter Umständen zu weit gezogen wird. Eine solche Elastizität war aber bei der erstmaligen Regelung der Frage in der Konvention nicht zu vermeiden");.

1814 Le Petit Robert, S. 2418 [Hervorh. d. Verf.] (neben „[q]ui concerne une espèce, une sorte de choses" und „[q]ui est propre, particulier à (une personne, un groupe, à l'exclusion des autres)").

1815 *Förster*, S. 194; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 457; in dieselbe Richtung *Geiger/Griffiths/Hilty*, GRUR Int. 2008, 822, 824 = IIC 2008, 707, 711 = Propr. intell. 29 (2008), 399, 401.

1816 Vgl. *Krujatz*, S. 307; *Nolte*, S. 292. Nach *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 144; *ders.*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Ur-

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Fällen *unzumutbar* verletzen.[1817] Damit würde die dritte Stufe nahezu überflüssig und die erste Stufe aus dem Zusammenhang gerissen.[1818] Zum anderen ist der Dreistufentest nach dem Sinn und Zweck des Konventionsrechts auszulegen (Art. 31 Abs. 1 Var. 3 WÜRV).[1819] Danach soll das Urheberrecht der gesellschaftlichen und ökonomischen Gesamtwohlfahrt[1820] bzw. einem gerechten Ausgleich von Anreiz- und Zugangsinteressen[1821] dienen. Die erste Lesart läuft diesem Ziel zuwider, weil sie auf der ersten Stufe einseitig auf die Interessen des Rechtsinhabers abstellt und die eigentliche Interessenabwägung auf der dritten Stufe auszufallen droht.[1822]

Umgekehrt sprechen eine teleologische und systematische Auslegung für die zweite Lesart. Einerseits kann hiernach das Ziel – ein gerechter Interessenausgleich oder „normative Effizienz" – erreicht werden, indem die

---

heberrecht, S. 178; *ders.*, GRUR Int. 2004, 200, 207; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 457; *Förster*, S. 194; *Poeppel*, S. 114, wird bereits die zweite Stufe vorweggenommen;.

1817 Vgl. *Senftleben*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 178; *ders.*, GRUR Int. 2004, 200, 207; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 457; *Förster*, S. 194; *Poeppel*, S. 114, jeweils im Hinblick auf die zweite Stufe.

1818 Vgl. *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 457; *Förster*, S. 194; *Poeppel*, S. 114, jeweils im Hinblick auf die zweite Stufe.

1819 *Geiger/Griffiths/Hilty*, GRUR Int. 2008, 822, 824 = IIC 2008, 707, 711 = Propr. intell. 29 (2008), 399, 402; *Geiger/Gervais/Senftleben*, 29 Am. U. Int'l L. Rev. 581, 598 (2014).

1820 Vgl. Art. 7 TRIPS („Der Schutz und die Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums sollen […] in einer dem gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Wohl zuträglichen Weise erfolgen und einen Ausgleich zwischen Rechten und Pflichten herstellen"); in der englischen Fassung ist treffender von „social and economic *welfare*" die Rede.

1821 Vgl. Präambel WCT („[U]nter Betonung der herausragenden Bedeutung des Urheberrechtsschutzes als *Anreiz* für das literarische und künstlerische Schaffen, in Erkenntnis der Notwendigkeit, ein *Gleichgewicht* zwischen den Rechten der Urheber und dem umfassenderen öffentlichen Interesse […] zu wahren, wie dies in der Berner Übereinkunft zum Ausdruck kommt", Hervorh. d. Verf.); ähnlich Präambel WPPT.

1822 Vgl. *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 143 f.; *ders.*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 178; *ders.*, GRUR Int. 2004, 200, 207; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 457 u. 460; *Krujatz*, S. 307; *Nolte*, S. 292.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(meisten) Interessen der zweiten und dritten Stufe zugeführt werden.[1823] Andererseits wird die erste Stufe damit nicht überflüssig.[1824] Vielmehr ist sie das „Eintrittstor zum Abwägungsvorgang“[1825], durch das einige – darin liegt der Unterschied zur ersten Lesart –, aber nicht alle Belange „hineingelassen“ werden.[1826] Denn stets müssen besondere Umstände vorliegen, die eine Schutzbeschränkung plausibel erscheinen lassen. Das *bloße* Interesse an günstigeren Preisen oder freier Nutzung kann niemals einen Sonderfall begründen. So verstanden dürfte etwa eine „Kulturflatrate“ kaum mit der ersten Stufe vereinbar sein.[1827]

bb) Stufe 2

Auf der zweiten Stufe ist sicherzustellen, dass die Zwangslizenz die „normale“ Auswertung nicht beeinträchtigt. Die Bedeutung des Wortes „normal“ ist noch nicht restlos geklärt. Einerseits hat es einen empirischen („qui est conforme au type le plus fréquent; *habituel*“[1828] bzw. „regular,

1823 Vgl. *Senftleben*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 178 f.; *ders.*, GRUR Int. 2004, 200, 207; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 459; *Förster*, S. 194 f.; *Krujatz*, S. 307; *Nolte*, S. 292.

1824 Vgl. *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 153; *ders.*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 179; *ders.*, GRUR Int. 2004, 200, 207 f.; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 459; *Förster*, S. 194 f.; *Krujatz*, S. 307; *Nolte*, S. 292; a.A. *Poeppel*, S. 115, freilich mit dem ernüchternden Ergebnis, dass „die Konkretisierung des Begriffs ‚Sonderfälle’ zu einer Tatbestandsvoraussetzung mit einem konkreten und eigenständigen Regelungsinhalt gegenüber den beiden weiteren Teststufen kaum möglich“ (S. 116) und insgesamt „dem Dreistufentest nicht viel mehr als die Dokumentation des gemeinsamen Willens zu einer restriktiven Tendenz bei der Einschränkung von Verwertungsrechten und ein Verbot von extrem weitreichenden Schranken zu entnehmen“ sei (S. 121).

1825 *Senftleben*, GRUR Int. 2004, 200, 205.

1826 Vgl. *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 153; *ders.*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 178 f.; *ders.*, GRUR Int. 2004, 200, 207 f.; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 459; *Förster*, S. 194 f.; *Krujatz*, S. 307; *Nolte*, S. 292.

1827 A.A. *Zwengel*, S. 232, weil (schon) die mangelhafte Durchsetzbarkeit des Ausschließlichkeitsrechts im Bereich des Filesharing einen außergewöhnlichen Umstand darstelle.

1828 Le Petit Robert, S. 1703 [Hervorh. d. Verf.].

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

usual“[1829]), andererseits einen normativen („[q]ui sert de règle, de modèle, de référence [ou *idéal*]“[1830] bzw. „[c]onstituting, conforming to, not deviating or differing from, the […] standard [or *model*]“[1831]) Sinn.

Eine Auffassung legt „normal“ in erster Linie *empirisch* aus. Danach ist die „normale“ Auswertung beeinträchtigt, wenn die Nutzung zu einer *herkömmlichen* Werknutzung in unmittelbare Konkurrenz tritt[1832] oder den Gewinn des Rechtsinhabers dadurch erheblich oder spürbar mindert, dass sie in Konkurrenz zu Nutzungsarten tritt, die dem Ausschließlichkeitsrecht *gewöhnlich* einen wirtschaftlichen Wert geben.[1833]

Die Gegenansicht deutet „normal“ dagegen *normativ*. Hiernach kommt es entscheidend darauf an, ob die betreffende Nutzung dem Rechtsinhaber ausschließlich zustehen *soll*.[1834] Damit ist ein Abwägungsvorgang verbun-

---

1829 The Oxford English Dictionary, Bd. 10, S. 515 [Hervorh. d. Verf.].

1830 Le Petit Robert, S. 1703 [Hervorh. u. Anm. d. Verf. im Hinblick auf die Bedeutung von „norme“, S. 1704, auf die verwiesen wird].

1831 The Oxford English Dictionary, Bd. 10, S. 515 [Hervorh. u. Anm. d. Verf. im Hinblick auf die Bedeutung von „norm“, ebenda].

1832 *Bornkamm*, S. 46.

1833 Vgl. WTO Panel, Report v. 15.6.2000, WT/DS160/R, Rdnr. 6.183 („We believe that an exception or limitation […] rises to the level of a conflict with a normal exploitation of the work […], if uses […] enter into economic competition with the ways that right holders normally extract economic value from that right […] and thereby deprive them of significant or tangible commercial gains“), das damit – trotz Erwähnung einer normativen Deutungsmöglichkeit – eine empirische Lesart vertritt, *Lucas*, EIPR 32 (2010), 277, 279; *Ginsburg*, RIDA 187 (2001), 2, 49; *Hugenholtz/Okediji*, S. 24; zust. *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 359; *Lucas*, in: *Ganea/Heath/Schricker*, FS Dietz, S. 432; ähnlich *Reinbothe/v. Lewinski*, Rdnr. 7.10.27 u. 8.16.47 („A limitation or exception must not interfere with the *normal mode* in which the author exploits his work in his own market“, Hervorh. d. Verf.); *Caron*, Droit d’auteur et droits voisins, Rdnr. 356; *v. Lewinski*, International Copyright Law and Policy, Rdnr. 5.183; *Ficsor*, RIDA 192 (2002), 110, 139; *Senftleben*, GRUR Int. 2004, 200, 209 („Von einer Beeinträchtigung der normalen Auswertung kann gesprochen werden, wenn die in Frage stehende Beschränkung die Rechtsinhaber einer aktuellen oder potenziellen Einnahmequelle beraubt, die *typischerweise* ganz erhebliches Gewicht innerhalb der Gesamtverwertung von Werken einer betroffenen Werkart hat“, Hervorh. d. Verf.); *ders.*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 193 f.; *ders.*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 182; *Hugenholtz/Okediji*, S. 24; *Runge*, GRUR Int. 2007, 130, 134; *Grages*, S. 111.

1834 Vgl. *Ricketson*, WIPO Study, S. 25 („[T]he question then arising is, whether these are ‚markets’ that the copyright owner *should* be able to control in a nor-

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den, der an den Zielen des Konventionsrechts ausgerichtet wird,[1835] also am Ziel der gesellschaftlichen und ökonomischen Gesamtwohlfahrt[1836] bzw. eines gerechten Ausgleichs der Anreiz- und Zugangsinteressen[1837], kurz: am Ziel normativer Effizienz.

Von den beiden Lesarten verdient die zweite den Vorzug. Während die grammatikalische Auslegung (Art. 31 Abs. 1 Var. 1 WÜRV) weder für die eine, noch die andere Deutung spricht, kann sich die normative Lesart auf eine systematische und telelogische Auslegung berufen. Zunächst ist „normal" in seinem Zusammenhang auszulegen (Art. 31 Abs. 1 Var. 2 WÜRV).[1838] Während die erste Lesart die Prüfung auf der zweiten Stufe in aller Regel abbricht, weil – abgesehen von unwesentlichen Beeinträchtigungen – der Großteil von Nutzungen unter die „normale" Auswertung fällt,[1839] kann die dritte Stufe ihre Funktion – eine umfassende Interessen-

---

mative sense", Hervorh. i. Orig.); *ders.*, IPQ 1999, 56, 92 („On the assumption that the uses covered by the compulsory licence would not otherwise fall within the capacity of the copyright owner to control, there can, by definition, be no conflict with the normal exploitation of the work"); *Ricketson/Ginsburg*, Bd. 1, Rdnr. 13.20; *Ginsburg*, RIDA 187 (2001), 2, 51; *Kur*, 8 Rich. J. Global L. & Bus. 287, 339 (2009); *Geiger/Gervais/Senftleben*, 29 Am. U. Int'l L. Rev. 581, 597 f. (2014); *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 471; *Nolte*, S. 303; für den patentrechtlichen Dreistufentest (Art. 30 TRIPS) auch WTO Panel, Report v. 17.3.2000, WT/DS114/R, Rdnr. 7.58; in dieselbe Richtung *Vivant*, Propr. intell. 24 (2007), 364, 366; *Sinodinou*, RLDI 30 (2007), 67, 71; und nicht zuletzt *Geiger/Griffiths/Hilty*, GRUR Int. 2008, 822, 824 („Ausnahmen und Beschränkungen beeinträchtigen eine normale Auswertung des Schutzgegenstandes nicht, wenn sie auf wichtigen konkurrierenden Erwägungen beruhen oder den Effekt haben, unangemessenen Einschränkungen des Wettbewerbs entgegenzuwirken") = IIC 2008, 707, 711 = Propr. intell. 29 (2008), 399, 402.

1835 *Geiger/Gervais/Senftleben*, 29 Am. U. Int'l L. Rev. 581, 597 (2014); allgemein auch *Große Ruse-Khan*, in: *Torremans*, Intellectual Property and Human Rights, S. 174.

1836 Vgl. Art. 7 TRIPS; siehe auch *Geiger/Gervais/Senftleben*, 29 Am. U. Int'l L. Rev. 581, 598 (2014); i.E. auch *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 470.

1837 Vgl. Präambel WCT; ähnlich Präambel WPPT.

1838 Vgl. *Förster*, S. 194; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 457; in dieselbe Richtung *Geiger/Griffiths/Hilty*, GRUR Int. 2008, 822, 824 = IIC 2008, 707, 711 = Propr. intell. 29 (2008), 399, 401.

1839 *Ricketson*, WIPO Study, S. 25 („Leaving aside uses that are purely *de minimis*, the great bulk of uses that fall within Article 9 could be regarded as being within

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

abwägung – (nur) mit der zweiten Lesart erfüllen.[1840] Damit wird auch nicht etwa der dritte Prüfungsschritt vorweggenommen.[1841] Denn während hier auf Seiten des Rechtsinhabers lediglich die materiellen Interessen am Ausschließlichkeitsrecht berücksichtigt werden, spielen ideelle und (bloße) Vergütungsinteressen (erst) auf der dritten Stufe eine Rolle.[1842] Schließlich sind völkerrechtliche Verträge „im Lichte ihrer Ziele und Zwecke auszulegen" (Art. 31 Abs. 1 Var. 3 WÜRV),[1843] und dient das heutige Konventionsrecht aus Art. 7 TRIPS und den Präambeln von WCT und WPPT ersichtlich der Gesamtwohlfahrt bzw. einem gerechten Interessenausgleich. Auch unter Zugrundelegung individualistischer Begründungsansätze stellt das Ausschließlichkeitsrecht an veröffentlichten Werken nicht das Prinzip, sondern die Ausnahme dar,[1844] und ist das Urheberrecht „nicht die Burg des Egoismus, sondern das Vehikel des Gemeinver-

---

the scope of the normal exploitation of a work […], leading to the consequence that the third step will never be reached"); *Ricketson/Ginsburg*, Bd. 1, Rdnr. 13.21; *Ginsburg*, RIDA 187 (2001), 2, 49; *Kur*, 8 Rich. J. Global L. & Bus. 287, 339 (2009); *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 467.

1840 Vgl. *Ricketson*, WIPO Study, S. 25; *Ricketson/Ginsburg*, Bd. 1, Rdnr. 13.21; *Ginsburg*, RIDA 187 (2001), 2, 51; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 468; *Nolte*, S. 303.

1841 Vgl. *Ricketson*, WIPO Study, S. 25 f.; *Ricketson/Ginsburg*, Bd. 1, Rdnr. 13.21; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 470 f.; *Nolte*, S. 303 f.; *Sinodinou*, RLDI 30 (2007), 67, 71; so aber *Lucas*, EIPR 32 (2010), 277, 280.

1842 Vgl. *Ricketson/Ginsburg*, Bd. 1, Rdnr. 13.24; *Hugenholtz/Okediji*, S. 24; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 471; *Nolte*, S. 303 f.; *Sinodinou*, RLDI 30 (2007), 67, 71.

1843 Speziell für den Dreistufentest *Geiger/Griffiths/Hilty*, GRUR Int. 2008, 822, 824 = IIC 2008, 707, 711 = Propr. intell. 29 (2008), 399, 402; *Geiger/Gervais/Senftleben*, 29 Am. U. Int'l L. Rev. 581, 598 (2014).

1844 *Le Chapelier*, Rapport II, S. 117 („Il semble que, *par la nature des choses*, tout est fini pour l'auteur et pour l'éditeur quand le public s'est de cette manière saisi de sa production; cependant on a considéré qu'il était juste de faire jouir un auteur de son travail, et de lui conserver pendant sa vie, et à ses héritiers quelques années après sa mort, le droit de disposer de l'ouvrage; mais c'est une *exception* qui, dans notre ancien régime, était consacrée par des privilèges royaux; qui, en Angleterre, est l'objet d'un acte tutélaire; qui, dans notre nouvelle législation, sera l'objet d'une loi positive, et cela sera beaucoup plus sage. Sortez du *principe*, mettez l'exception à sa place, et vous n'avez plus de base pour votre législation, et vous méconnaissez qu'un ouvrage publié est *de sa nature* une propriété publique"), für die Theorie vom geistigen Eigentum.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kehrs“[1845], ein „sozial gebundene[s] Recht“[1846]. Dann aber darf die zweite Stufe nicht einseitig zugunsten der Rechtsinhaber ausgelegt werden. Im Ergebnis meint also „normale“ eine normativ effiziente Auswertung.

cc) Stufe 3

Auf der dritten Stufe des Dreistufentest ist schließlich zu prüfen, ob durch die Zwangslizenz die „berechtigten“ Interessen des Rechtsinhabers[1847] (Urhebers[1848], Tonträgerherstellers, ausübenden Künstlers[1849]) „unzumutbar“ verletzt werden. *„Berechtigt“* hat in den verbindlichen Fassungen („légitime“ bzw. „legitimate“) sowohl eine positive („[q]ui est fondé en droit“[1850] bzw. („[c]onformable to law or rule; sanctioned or authorized by law or right; lawful“[1851]) als auch eine normative („[q]ui est justifié (par le bon droit, la raison, le bons sens)“[1852] bzw. „[n]ormal, regular; conformable to a recognized standard type“[1853]) Bedeutung. Nach allgemeiner Ansicht sind deshalb nicht nur die im positiven Urheberrecht anerkannten *rechtlichen*, sondern auch die das positive Urheberrecht *rechtfertigenden* Interessen zu berücksichtigen.[1854] Das Ausschließlichkeitsrecht kann mit

1845 *Kohler*, S. 41 u. 43 („Das Eigenthum ist nicht die Burg des Egoismus, sondern das Vehikel des Gemeinverkehrs. […] Und ebenso sind auch bei gewissen Immaterialrechten gewisse Einwirkungen auf die Allgemeinheit als so bedeutsam erschienen, daß die Gesetzgebung die Ausübung dieser Rechte an besondere bindende Vorschriften geknüpft hat“), für die Theorie vom Immaterialgüterrecht.

1846 *Ulmer*, UrhR[3], S. 6 („Wie alle Privatrechte, so sind auch die Urheberrechte sozial gebundene Rechte: Sie unterliegen den Schranken, durch die die Rechtssphäre des einzelnen gegenüber den Anforderungen der Allgemeinheit abgegrenzt wird“), für die monistische Theorie.

1847 Art. 13 TRIPS.

1848 Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 10 Abs. 1 WCT.

1849 Art. 16 Abs. 1 WPPT.

1850 Le Petit Robert, S. 1441.

1851 The Oxford English Dictionary, Bd. 8, S. 811.

1852 Le Petit Robert, S. 1441.

1853 The Oxford English Dictionary, Bd. 8, S. 811.

1854 Vgl. WTO Panel, Report v. 15.6.2000, WT/DS160/R, Rdnr. 6.224 („Thus, the term relates to lawfulness from a legal positivist perspective, but it has also the connotation of legitimacy from a more normative perspective, in the context of calling for the protection of interests that are justifiable in the light of the objectives that underlie the protection of exclusive rights“); *Ricketson/Ginsburg*, Bd.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ideellen und materiellen Interessen gerechtfertigt werden:[1855] Während ideelle Interessen effektiv *nur* mithilfe eines Ausschließlichkeitsrechts geschützt werden können, schützt das Ausschließlichkeitsrecht materielle Interessen zumindest *effektiver*. Denn (nur) das Ausschließlichkeitsrecht versetzt den Rechtsinhaber in die Lage, die Vergütung individuell auszuhandeln.[1856]

Unvereinbar mit dem Dreistufentest ist aber erst die *„unzumutbare"* Verletzung dieser Interessen. „Unzumutbar" („unreasonably" bzw. „injustifié") ist das Gegenteil von „[o]f such an amount, size, number, etc., as is judged to be *appropriate* or suitable to the circumstances or purpose; [o]f fair, average, or considerable amount, site, etc.; *[p]roportionate*"[1857] bzw. „[q]ui a de la justesse, qui convient bien, est bien tel qu'il doit être; *adéquat*, *approprié*, *convenable*"[1858], meint also „unverhältnismäßig".[1859] Nach – ebenfalls – allgemeiner Meinung findet hier nun (endlich) die *umfassende* Interessenabwägung statt,[1860] die in Anlehnung an die vom BVerfG geprägte Verhältnismäßigkeitsprüfung in drei Schritten – Geeig-

---

1, Rdnr. 13.24; *Ricketson*, WIPO Study, S. 27; *v. Lewinski*, International Copyright Law and Policy, Rdnr. 5.184; *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 227 ff.; *Hugenholtz/Okediji*, S. 25.

1855 *Ricketson/Ginsburg*, Bd. 1, Rdnr. 13.24; *Ricketson*, WIPO Study, S. 26; *ders.*, IPQ 1999, 56, 70; *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 216 ff.; *ders.*, GRUR Int. 2004, 200, 210; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 360; *Lucas*, EIPR 32 (2010), 277, 277 f.; *Sinodinou*, RLDI 30 (2007), 67, 71; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 478; *Leventer*, S. 377.

1856 Darauf weisen zu Recht *Reinbothe/v. Lewinski*, Rdnr. 7.10.36; *Reinbothe*, S. 259; *Poeppel*, S. 19, hin.

1857 The Oxford English Dictionary, Bd. 13, S. 291 [Hervorh. d. Verf.].

1858 Le Petit Robert, S. 1405, mit Bedeutung von „juste", da „justifier" „rendre juste" bedeutet, S. 1406 [Hervorh. d. Verf.].

1859 Vgl. *Senftleben*, GRUR Int. 2004, 200, 211; *ders.*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 175; *Nolte*, S. 307; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 479; *Leventer*, S. 378; *Krujatz*, S. 310.

1860 Vgl. *Ricketson/Ginsburg*, Bd. 1, Rdnr. 13.26; *Ricketson*, WIPO Study, S. 27; *Ginsburg*, RIDA 187 (2001), 2, 57; *v. Lewinski*, International Copyright Law and Policy, Rdnr. 5.185; *Kur*, 8 Rich. J. Global L. & Bus. 287, 341 (2009); *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 226 f.; *ders.*, GRUR Int. 2004, 200, 210; *ders.*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 176; *Bornkamm*, S. 47; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 584; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 360; *Sinodinou*, RLDI 30 (2007), 67, 71; *Geiger/Gervais/Senftleben*, 29 Am. U. Int'l L. Rev. 581, 595 (2014); *Poeppel*, S. 119;

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

netheit zur Erreichung des auf Stufe 1 definierten besonderen Zwecks, Erforderlichkeit und Angemessenheit – erfolgen kann.[1861] Dabei ist insbesondere zu prüfen, ob die Beeinträchtigung der berechtigten Interessen durch einen Anspruch auf angemessene Vergütung auf ein verhältnismäßiges Maß reduziert werden kann:[1862] Überwiegen die Interessen der Rechtsinhaber die Nutzerinteressen *wesentlich*, ist die Schutzbeschränkung absolut unzulässig; erscheinen die Interessen mehr oder weniger ausgeglichen, ist (nur) eine Schutzbeschränkung mit Vergütungspflicht, insbesondere eine Zwangslizenz, angemessen; erst wenn die Nutzerinteressen die Interessen der Rechtsinhaber *wesentlich* überwiegen, kann das Ausschließlichkeitsrecht absolut, also ohne Vergütungspflicht beschränkt werden.[1863]

c) Zwischenergebnis

Die urheberrechtliche Zwangslizenz unterliegt im Hinblick auf das Vervielfältigungsrecht der RBÜ und den Mindestrechten des WCT, WPPT und TRIPS-Übereinkommens dem sog. Dreistufentest (Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 10 WCT, Art. 16 Abs. 2 WPPT und Art. 13 TRIPS). Sie ist zulässig, wenn sie bestimmbar ist („gewisse"), einem besonderen Zweck dient („Sonderfälle") und weder die normative effiziente („normale") Auswer-

---

Kleinemenke, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 473 f.; *Nolte*, S. 307; *Leventer*, S. 377; *Krujatz*, S. 310.

1861 *Senftleben*, GRUR Int. 2004, 200, 211; *ders.*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 235 ff.; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 479; *Leventer*, S. 378; *Krujatz*, S. 312.

1862 Vgl. *Ricketson/Ginsburg*, Bd. 1, Rdnr. 13.25; *Ricketson*, The Berne Convention, S. 484; *ders.*, WIPO Study, S. 27; *ders.*, IPQ 1999, 56, 70; *Ginsburg*, RIDA 187 (2001), 2, 53; *v. Lewinski*, International Copyright Law and Policy, Rdnr. 5.186; *Reinbothe/v. Lewinski*, Rdnr. 7.10.36; *Reinbothe*, S. 260; *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 237 ff.; *ders.*, GRUR Int. 2004, 200, 211; *ders.*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 175; *Bornkamm*, S. 47; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 584; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 360; *Sinodinou*, RLDI 30 (2007), 67, 71; *Hugenholtz/Okediji*, S. 24; *Geiger/Gervais/Senftleben*, 29 Am. U. Int'l L. Rev. 581, 595 (2014); *Poeppel*, S. 119; *Nolte*, S. 307; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 478 f.; *Leventer*, S. 378; *Krujatz*, S. 313.

1863 *Ginsburg*, RIDA 187 (2001), 2, 53; zust. *Vivant*, Propr. intell. 24 (2007), 364, 366.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tung beeinträchtigt noch die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers unverhältnismäßig („unzumutbar“) verletzt.

3. Zwischenergebnis

Die urheberrechtliche Zwangslizenz ist grundsätzlich schon dann konventionskonform, wenn sie bestimmbar ist, einem besonderen Zweck dient und weder die normativ effiziente Auswertung beeinträchtigt noch die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers unverhältnismäßig verletzt (Dreistufentest). Eine Ausnahme gilt für das Bearbeitungsrecht einschließlich des Filmherstellungs- und Übersetzungsrechts, das Aufführungs-, Vortrags- und Filmvorführungsrecht, das Filmverbreitungsrecht sowie das Recht der öffentlichen Übertragung – ohne das Recht der drahtlosen Erstsendung und das Weitersenderecht – von Aufführungen, Vorträgen und Filmwerken; diese Mindestrechte dürfen keinesfalls durch eine urheberrechtliche Zwangslizenz beschränkt werden. Leistungsschutzrechtliche Zwangslizenzen an Darbietungen, Tonaufnahmen und Sendungen sind zulässig, wenn sie mit einem Ausnahmevorbehalt versehen werden und RBÜ- und WCT-konform ausgestaltet sind (Art. 15 Abs. 2 S. 1 Rom-Abk), etwa indem sie auf eine konventionskonforme urheberrechtliche Zwangslizenz verweisen.

II. Vorgaben des Unionsrechts

Als Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind Deutschland und Frankreich nicht nur an konventionsrechtliche Bestimmungen, sondern auch an die Vorgaben der urheberrechtlichen Richtlinien gebunden. In einigen dieser Richtlinien werden bestimmte Ausschließlichkeitsrechte als verbindliche Ziele festgeschrieben, die durch nationale Gesetzgebung zu erreichen sind (Art. 288 Abs. 3 AEUV).[1864] Je nach Richtlinie (unten 1. bis 5.) unterliegen diese Rechte keinen Vorbehalten, offenen oder abschließenden Vorbehalten.

1864 Allgemein zu Richtlinien *Ruffert*, in: *Callies/Ruffert*, EUV/AEUV[4], Rdnr. 23 ff.; mit einer Einführung in die urheberrechtlichen Richtlinien *v. Lewinski*, in: *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, Rdnr. 1.0.1 ff.; zu den urheberrechtlichen Richtlinien im Überblick *v. Lewinski*, in: *Loewenheim*, HdbUrhR[2], § 53.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

1. Ausschließlichkeitsrechte der Informationsgesellschafts-RL

Das Vervielfältigungsrecht[1865], das Verbreitungsrecht[1866] und das Recht der öffentlichen Wiedergabe[1867] dürfen zwar nur mit einem Numerus clausus an „Ausnahmen und Beschränkungen“[1868] versehen werden (Erwgr. 32 Informationsgesellschafts-RL), doch bleiben „die Regelungen der betroffenen Mitgliedstaaten für die Verwaltung von Rechten“ von dieser Richtlinie unberührt (Erwgr. 18 Informationsgesellschafts-RL). Damit ist die urheberrechtliche Zwangslizenz hinsichtlich dieser Rechte mit dem Unionsrecht vereinbar, wenn sie keine „Ausnahme und Beschränkung“ (unten aa)), sondern eine Ausübungsregelung (unten bb)) darstellt. In diesem Fall kommt es auch nicht auf den in Art. 5 Abs. 5 Informationsgesellschafts-RL geregelten Dreistufentest an.

a) „Ausnahme und Beschränkung“?

Nach allgemeiner Meinung bedeuten die Begriffe „Ausnahme“ und „Beschränkung“ dasselbe.[1869] „Ausnahme“ hat lediglich eine individualistische, „Beschränkung“ eine utilitaristische Konnotation.[1870] Beide Begriffe bezeichnen die teilweise Aufhebung der in Art. 2, 3 und 4 Abs. 1 Informationsgesellschafts-RL geregelten Ausschließlichkeitsrechte, nämlich des

1865 Art. 2 Informationsgesellschafts-RL.
1866 Art. 3 Informationsgesellschafts-RL.
1867 Art. 4 Informationsgesellschafts-RL.
1868 Art. 5 Informationsgesellschafts-RL.
1869 Vgl. *v. Lewinski/Walter*, in: *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, Rdnr. 11.5.11; *Geiger/Schönherr*, in: *Stamatoudi/Torremans*, EU Copyright Law, Rdnr. 11.64; *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 22; *Galopin*, Rdnr. 10.
1870 Vgl. *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 22 („This double reference makes sense against the backdrop of copyright’s two legal traditions. […] [I]n civil law countries […] such derogation from theoretical all-embracing right may be arguably called an ‚exception’ rather than a ‚limitation’ “); *Galopin*, Rdnr. 10 („En réalité, cette dualité terminologique est le fruit d’un compromis. Les rédacteurs des traités internationaux et de la directive ont eu pour ambition de consacrer des concepts susceptibles de s’adapter aux traditions juridiques nationales dans toute leur diversité“).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rechts, die Vervielfältigung, öffentliche Wiedergabe und Verbreitung von Werken „zu erlauben oder zu verbieten".[1871]

aa) Meinungsstreit

Ob die urheberrechtliche Zwangslizenz als „Ausnahme und Beschränkung" vom Numerus clausus erfasst wird, ist umstritten.

Nach Ansicht des deutschen Gesetzgebers[1872] und der überwiegenden Literatur[1873] stellt die urheberrechtliche Zwangslizenz keine „Ausnahme und Beschränkung" dar, weil das Verbotsrecht erhalten bleibe und nur die Ausübung geregelt werde. Damit folgt sie der h.M., die die Zwangslizenz dogmatisch nicht als Schranke, sondern als Ausübungsregelung einstuft.[1874] Derselben Ansicht ist offenbar auch der portugiesische Gesetzgeber hinsichtlich einer Zwangslizenz an vergriffenen Werken (Art. 52 Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos).[1875]

Die Gegenansicht möchte die urheberrechtliche Zwangslizenz unter die „Ausnahmen und Beschränkungen" subsumieren,[1876] weil das Verbots-

---

1871 Vgl. *v. Lewinski/Walter*, in: *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, Rdnr. 11.5.11; *Geiger/Schönherr*, in: *Stamatoudi/Torremans*, EU Copyright Law, Rdnr. 11.64; *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 22; *Galopin*, Rdnr. 28.

1872 Gesetzentwurf v. 6.11.2002 („Erster Korb"), BT-Drs. 15/38, S. 17 („Die Verpflichtung zur Einräumung eines Nutzungsrechtes zur Herstellung von Tonträgern unter bestimmten Voraussetzungen greift in das jeweilige Ausschließlichkeitsrecht selbst nicht ein, sondern regelt ausschließlich Teilfragen bezüglich dessen Ausübung […]. Insofern handelt es sich nicht um eine ‚Ausnahme oder Schranke' der Ausschließlichkeitsrechte im Sinne von Artikel 5 Abs. 1 bis 3 der Richtlinie. […] Somit bedarf es […] nicht einer spezifischen Grundlage in dem abschließenden Katalog möglicher Ausnahmen und Schranken der Richtlinie").

1873 Vgl. *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 4; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 1; *Rehbinder/Peukert*, Rdnr. 597 u. 599; *Krujatz*, S. 303; *Lutz*, S. 220.

1874 Siehe bereits 2. Kapitel A. II. 8. a).

1875 Zu dieser Zwangslizenz *Moura Vicente*, S. 741; die Zwangslizenzen betreffend die Kabelweitersendung im deutschen, österreichischen und spanischen Recht werden dagegen auf Art. 12 Satelliten- u. Kabel-RL gestützt.

1876 *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 42a, Rdnr. 5; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 4; *ders.*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 85, Rdnr. 30; *Kraft*, S. 66; in diese Richtung wohl auch *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 2.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

recht nur formal erhalten bleibe,[1877] und im Übrigen das *positive* Ausschließlichkeitsrecht, genauer: das Recht, eine Lizenz zu verweigern, beschränkt werde.[1878]

bb) Stellungnahme

Die erste Ansicht verdient den Vorzug.

Das Argument, dass das Verbotsrecht eine „Ausnahme und Beschränkung" darstelle, weil es formal erhalten bleibe, kann nicht überzeugen. Es bestehen gewichtige Anhaltspunkte, dass der europäische Gesetzgeber ebenfalls eine formale Betrachtung vornimmt und die urheberrechtliche Zwangslizenz nicht als „Ausnahme und Beschränkung" einstuft. Zunächst wäre bei einer nicht-formalen Betrachtung nicht nur die urheberrechtliche, sondern auch die kartellrechtliche Zwangslizenz eine „Ausnahme und Beschränkung", weil sie ebenfalls schutzbeschränkend wirkt. Der europäische Gesetzgeber geht aber davon aus, dass (auch) das nationale Kartellrecht uneingeschränkt Anwendung findet.[1879] Weiter zeigt die Entstehungsgeschichte der Datenbanken-RL, die ursprünglich eine Zwangslizenz hinsichtlich des sui-generis-Datenbankschutzes regeln sollte,[1880] dass mit „Ausnahmen und Beschränkungen" jedenfalls nicht die urheberrechtliche Zwangslizenz gemeint sein kann. Der Vorschlag der Kommission enthielt nämlich zwei Vorbehalte. Das Urheberrecht an Datenbankwerken sollte unter dem Vorbehalt gesetzlicher Lizenzen stehen und mit „Ausnahmen" bezeichnet werden.[1881] Der Vorbehalt für den sui-generis-Datenbankschutz sollte sowohl eine Zwangslizenz als auch gesetzliche Lizenzen

1877 Vgl. *Kraft*, S. 38.

1878 Vgl. *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 42a, Rdnr. 4; *Kraft*, S. 39 f.; *Hirsch-Ballin*, UFITA 20 (1955), 274, 275.

1879 Vgl. Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 20/95, ABl. C 288 v. 30.10.1995, S. 27 („Im Kommissionsvorschlag war die Möglichkeit vorgesehen, […] Zwangslizenzen zu erhalten. Aufgrund […] ist der Rat zu dem Schluß gelangt, daß […]. Er hielt es dabei jedoch für *zweckmäßig*, darauf hinzuweisen, daß […] die Wettbewerbsvorschriften *nach wie vor* Anwendung finden (*Erwägungsgrund 47*)", Hervorh. d. Verf.); *Erwgr. 47* Datenbanken-RL („Die Anwendung der gemeinschaftlichen *oder einzelstaatlichen* Wettbewerbsvorschriften bleibt daher von den Bestimmungen dieser Richtlinie unberührt", Hervorh. d. Verf.).

1880 Siehe bereits 1. Kapitel B. III. 3. b).

1881 *Kommission*, KOM(92) 24 endg., ABl. C 156 v. 15.4.1992, S. 8 f. (= Art. 6 u. 7 RL-Vorschlag 1).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

regeln und den Titel „Handlungen betreffend den Inhalt einer Datenbank – Unlautere Auszüge des Inhalts“ tragen.[1882] Die Bezeichnung wurde nach Billigung des Parlaments in den geänderten Vorschlag übernommen,[1883] und erst in „Ausnahmen“ geändert, als die Zwangslizenz im Rat gestrichen wurde und nur die gesetzlichen Lizenzen beibehalten wurden.[1884] In der endgültigen Fassung sind deshalb beide Vorbehalte mit „Ausnahmen“ betitelt.[1885] Wäre die urheberrechtliche Zwangslizenz eine „Ausnahme und Beschränkung“, hätte man keine so umständliche Bezeichnung gewählt, sondern den Vorbehalt von vornherein mit „Ausnahmen“ oder – wie in den übrigen Richtlinien, die keine Zwangslizenzen enthalten – mit „Ausnahmen und Beschränkungen“ oder kurz „Beschränkungen“ bezeichnet.

Schließlich kann auch das zweite Argument nicht überzeugen. Denn die Art. 2, 3 und 4 Abs. 1 Informationsgesellschafts-RL sehen – neben dem *negativen* Ausschließlichkeitsrecht oder Verbotsrecht – nur das Recht vor, die Nutzung „zu erlauben“. Dieses Recht wird dem Rechtsinhaber aber durch eine urheberrechtliche Zwangslizenz – anders als bei einer Schranke – nicht genommen, weil er weiterhin Lizenzen erteilen und dafür eine individuelle Vergütung erhalten kann.

Damit kann festgehalten werden, dass die urheberrechtliche Zwangslizenz nicht dem Numerus clausus an „Ausnahmen und Beschränkungen“ unterfällt.

b) Ausübungsregelung?

Fraglich bleibt, ob die urheberrechtliche Zwangslizenz dem Anwendungsbereich der Informationsgesellschafts-RL fällt. Denn wenn die erweiterte kollektive Lizenz *mit* Widerspruchsrecht an gesendeten Werken in Art. 3 Abs. 2 Satelliten- und Kabel-RL ausdrücklich erlaubt wird, kann daraus geschlossen werden, dass sie grundsätzlich unzulässig ist (argumentum a maiore ad minus) und gilt dies erst recht für die strengere Zwangslizenz

---

1882 *Kommission*, KOM(92) 24 endg., ABl. C 156 v. 15.4.1992, S. 9 (= Art. 8 RL-Vorschlag 1).

1883 *Kommission*, KOM(93) 464 endg., ABl. C 308 v. 15.11.1993, S. 10, 11, 13 ff. (= Art. 7, 8, 11 RL-Vorschlag 2).

1884 Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 20/95, ABl. C 288 v. 30.10.1995, S. 27.

1885 Vgl. Art. 6 u. 9 Datenbanken-RL.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(*ohne* Widerspruchsrecht) (argumentum e contrario). Damit wäre die urheberrechtliche Zwangslizenz doch nur unter den Voraussetzungen des Numerus clausus an „Ausnahmen und Beschränkungen" zulässig (Erst-recht-Schluss). Allerdings stellt Erwgr. 18 Informationsgesellschafts-RL ausdrücklich klar, dass „die Regelungen der betroffenen Mitgliedstaaten für die Verwaltung von Rechten" von der Richtlinie unberührt bleiben und sind davon auch künftige Regelungen erfasst.[1886] Da Rechtsbegriffe des Unionsrechts grundsätzlich einheitlich auszulegen sind,[1887] und „Verwaltung von Rechten" ausweislich der englischen und französischen Fassung dasselbe wie „Wahrnehmung von Rechten" bedeutet,[1888] fallen unter diesen Begriff auch die Regelungen für die „individuelle Rechtewahrnehmung".[1889] Weiter ist Wahrnehmung („management" bzw. „gestion") im urheberrechtlichen Zusammenhang gleichbedeutend mit „Ausübung" („exercise" bzw. „exercice"[1890]).[1891] Damit unterfallen individuelle Ausübungsregelungen nicht dem Anwendungsbereich der Informationsgesellschafts-RL und damit auch nicht dessen Numerus clausus an „Ausnahmen und Beschränkungen". Was der europäische Gesetzgeber unter Ausübungsregelungen versteht, wird aus Erwgr. 28 Satelliten- u. Kabel-RL ersichtlich: „Das Verbotsrecht als solches bleibt dabei erhalten, lediglich die Art seiner Ausübung wird in bestimmtem Umgang geregelt." Bei einer urheberrechtlichen Zwangslizenz bleibt das *negative* Ausschließlichkeits-

1886 Dies folgt im Umkehrschluss zu Erwgr. 52 Datenbanken-RL, dem zufolge nur bisherige Ausnahmen „beibehalten" werden dürfen; ebenso i.E. für die unstreitig von Erwgr. 18 erfassten erweiterten kollektive Lizenzen *Spindler/Heckmann*, GRUR Int. 2008, 271, 278; *Heckmann*, Die retrospektive Digitalisierung von Printpublikationen, S. 299; *Olsson*, Ziff. 4.

1887 EuGH GRUR 2007, 225, 226, Rdnr. 31 – „SGAE".

1888 Dort ist sowohl in Erwgr. 18 Informationsgesellschafts-RL als auch in Erwgr. 12 Verwertungsgesellschafts-RL von „gestion des droits" bzw. „management of rights" die Rede.

1889 Erwgr. 12 Verwertungsgesellschafts-RL.

1890 So ist „management" „[t]he action or manning of managing" und überschneidet sich „to manage" i.S.v. „to handle, wield, make use of", mit „to exercise", d.i. „to employ, bring to bear, apply (power, skill); to make practical use of (a right or privilege)", The Oxford English Dictionary, Bd. 9, S. 292 f., u. Bd. 5, S. 530; „gestion" hat ebenfalls die Bedeutung von „exercice", Le Petit Robert, S. 1152.

1891 *Kraft*, S. 47; vgl. auch Art. 3 Abs. 2 Spstr. 2 Satelliten- u. Kabel-RL („Rechte individuell oder kollektiv *wahrnehmen*", „*exercising* his rights either individually or collectively" bzw. „*exercer* ses droits soit individuellement, soit collectivement", Hervorh. d. Verf.).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

recht oder Verbotsrecht wie gezeigt erhalten. Schon deshalb kann sie unter den Begriff der Ausübungsregelung i.S.v. Erwgr. 18 Informationsgesellschafts-RL subsumiert werden.[1892] Im Übrigen zählt ausweislich Erwgr. 12 Verwertungsgesellschafts-RL auch die „verpflichtende kollektive Wahrnehmung", d.i. die Verwertungsgesellschaftspflicht, zu den Ausübungsregelungen. Dann muss aber erst recht die mildere urheberrechtliche Zwangslizenz dem Begriff der Ausübungsregelung unterfallen. Denn während die Verwertungsgesellschaftspflicht den Rechtsinhaber „entmündigt" und insoweit einer verdeckten Schranke gleicht,[1893] behält der Rechtsinhaber bei der urheberrechtlichen Zwangslizenz nicht nur seine positive Abschlussfreiheit, sondern grundsätzlich auch seine Vertragsgestaltungsfreiheit, sodass er die Vergütung individuell aushandeln, zumindest aber die richterliche Bestimmung der Vergütung beeinflussen kann. Dies muss umso mehr gelten, wenn die urheberrechtliche Zwangslizenz mit einem Ausnahmevorbehalt versehen wird. Denn dann ähnelt sie wesentlich der kartellrechtlichen Zwangslizenz, die unstreitig nicht dem Numerus clausus unterfällt.[1894]

c) Zwischenergebnis

Im Ergebnis kann also dem deutschen Gesetzgeber[1895] und der überwiegenden Literatur[1896] darin beigepflichtet werden, dass die urheberrechtliche Zwangslizenz eine Ausübungsregelung darstellt und als solche hinsichtlich der Ausschließlichkeitsrechte der Informationsgesellschafts-RL unionsrechtskonform ist. Auf den in Art. 5 Abs. 5 Informationsgesellschafts-RL geregelten Dreistufentest kommt es nicht an, da dieser nur für „Ausnahmen und Beschränkungen" gilt.

1892 Vgl. *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 4; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 1; *Rehbinder/Peukert*, Rdnr. 597 u. 599.
1893 Siehe bereits 2. Kapitel A. II. 2. a) aa).
1894 Siehe bereits 2. Kapitel A. II. 5. c).
1895 Gesetzentwurf v. 6.11.2002 („Erster Korb"), BT-Drs. 15/38, S. 17.
1896 Ebenso *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 4.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Ausschließlichkeitsrechte der Satelliten- u. Kabel-RL

Nach Art. 3 Abs. 2 Satelliten- u. Kabel-RL dürfen die Mitgliedstaaten das Satellitensenderecht[1897] – mit Ausnahme des Satellitensenderechts an Filmwerken[1898] – mit einer erweiterten kollektiven Lizenz mit Widerspruchsrecht versehen. Daraus kann im Umkehrschluss gefolgert werden, dass sie insoweit keine weiteren Ausübungsregelungen – auch keine Zwangslizenz – vorsehen dürfen. Dagegen kann die Ausübung des Kabelweitersenderechts[1899] nicht nur mit einer Verwertungsgesellschaftspflicht zulasten der Urheber (Art. 9 Satelliten- u. Kabel-RL), sondern zusätzlich mit einer Zwangslizenz geregelt werden, soweit diese mit einem Ausnahmevorbehalt („triftiger Grund“) versehen wird (Art. 12 Abs. 1 Satelliten- u. Kabel-RL).[1900]

3. Ausschließlichkeitsrechte der Vermiet- u. Verleih-RL

Im Umkehrschluss zu Art. 6 Abs. 1 S. 1 Vermiet- u. Verleih-RL dürfen die Mitgliedstaaten nur für das Verleihrecht[1901], nicht aber für das Vermietrecht[1902] eine „Ausnahme“ mit Vergütungspflicht vorsehen. Im Umkehrschluss zu Art. 3 Abs. 2 Satelliten- u. Kabel-RL und Erwgr. 18 Informationsgesellschafts-RL ist anzunehmen, dass Ausübungsregelungen vorbehaltlich besonderer Bestimmungen unzulässig sind. Mithin darf nur das Verleihrecht, nicht das Vermietrecht mit einer urheberrechtlichen Zwangslizenz versehen werden. Nach Art. 10 Abs. 2 Vermiet- u. Verleih-RL sind leistungsschutzrechtliche Zwangslizenzen an Darbietungen[1903], Sendun-

1897 Art. 2 Satelliten- u. Kabel-RL.
1898 Art. 3 Abs. 3 Satelliten- u. Kabel-RL.
1899 Art. 8 Satelliten- u. Kabel-RL.
1900 Ganz h.M., *v. Ungern-Sternberg*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 87, Rdnr. 48; *Ehrhardt*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87, Rdnr. 26; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 87, Rdnr. 26; *Boddien*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 87, Rdnr. 44; *Spindler*, MMR-Beil. 2003, 1, 4 u. 7; offenbar auch *Weisser/Höppener*, ZUM 2003, 597, 599; siehe auch *Dreier*, in: *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, Rdnr. 7.12.5; a.A. allein *Gounalakis*, NJW 1999, 545, 547.
1901 Art. 1 Abs. 1 Var. 2 Vermiet- u. Verleih-RL.
1902 Art. 1 Abs. 1 Var. 1 Vermiet- u. Verleih-RL.
1903 Art. 7 Abs. 1, 8 Abs. 1, 9 Abs. 1 lit. a Vermiet- u. Verleih-RL.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gen[1904], Film-[1905] und Tonaufnahmen[1906] unter denselben Voraussetzungen zulässig wie unter Art. 15 Abs. 2 Rom-Abk – da Art. 10 Abs. 2 Vermiet- u. Verleih-RL identisch auszulegen ist[1907] – und kann auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden.[1908] Weiter müssen solche Zwangslizenzen mit dem unionsrechtlichen Dreistufentest vereinbar sein (Art. 10 Abs. 3 Vermiet- u. Verleih-RL), der freilich ebenso auszulegen ist wie die zugrundeliegenden Art. 9 Abs. 2 RBÜ und Art. 10 WCT.[1909] Im Ergebnis müssen leistungsschutzrechtliche Zwangslizenzen an Darbietungen, Sendungen, Film- und Tonaufnahmen daher RBÜ- und WCT-konform ausgestaltet und mit einem Ausnahmevorbehalt versehen werden.

4. Ausschließlichkeitsrechte der Computerprogramme-RL

Die Ausschließlichkeitsrechte an Computerprogrammen[1910] stehen unter dem Vorbehalt bestimmter „Ausnahmen" (Art. 5 Computerprogramme-RL) und der Dekompilierungsschranke (Art. 6 Computerprogramme-RL). Diese Beschränkungen sind entgegen Erwgr. 50 Informationsgesellschafts-RL aus *2001* nicht abschließend.[1911] Denn nach Erwgr. 19 Computerprogramme-RL aus *2009* bleiben „die in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften in Übereinstimmung mit der Berner Übereinkunft vorgesehenen Ausnahmeregelungen für Punkte, die nicht von der Richtlinie erfasst werden", unberührt und geht die spätere Bestimmung der früheren vor (lex posterior derogat legi priori). Damit sind Beschränkungen – und erst recht Ausübungsregelungen –, die mit der RBÜ vereinbar sind und keine von Art. 5 und 6 Computerprogramme-RL erfassten Punkte regeln, unionsrechtlich zulässig.

1904 Art. 7 Abs. 2, 8 Abs. 3, 9 Abs. 1 lit. d Vermiet- u. Verleih-RL.
1905 Art. 9 Abs. 1 lit. c Vermiet- u. Verleih-RL; Art. 8 Abs. 2 Vermiet- u. Verleih-RL regelt – wie schon Art. 12 Rom-Abk – einen bloßen Vergütungsanspruch.
1906 Art. 9 Abs. 1 lit. b Vermiet- u. Verleih-RL.
1907 *v. Lewinski*, in: *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, Rdnr. 6.10.8.
1908 Siehe 3. Kapitel A. I. 1. b).
1909 *v. Lewinski/Walter*, in: *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, Rdnr. 11.5.79.
1910 Art. 4 Computerprogramme-RL.
1911 Ebenso i.E. *Janssens*, in: *Stamatoudi/Torremans*, EU Copyright Law, Rdnr. 5.95; *Strowel/Derclaye*, Rdnr. 281; *Dussolier*, in: *Kaesmacher*, Les droits intellectuels, Rdnr. 381.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

5. Ausschließlichkeitsrechte der Datenbanken-RL

Die Ausschließlichkeitsrechte an Datenbankwerken[1912] und sui-generis-geschützten Datenbanken[1913] stehen unter dem Vorbehalt bestimmter „Ausnahmen" (Art. 6, 9 Datenbanken-RL), die aus Erwgr. 35 Datenbanken-RL und Erwgr. 52 Datenbanken-RL e contrario abschließend aufgezählt sind.[1914] Im Umkehrschluss zu Art. 3 Abs. 2 Satelliten- u. Kabel-RL und Erwgr. 18 Informationsgesellschafts-RL ist anzunehmen, dass Ausübungsregelungen vorbehaltlich besonderer Bestimmungen nur geregelt werden dürfen, soweit auch „Ausnahmen und Beschränkungen" zulässig sind (argumentum a maiore ad minus). Damit gelten für urheber- und leistungsschutzrechtliche Zwangslizenzen an Datenbanken die engen Voraussetzungen der Art. 6 bzw. 9 Datenbanken-RL.

6. Zwischenergebnis

Die urheberrechtliche Zwangslizenz ist keine „Ausnahme und Beschränkung", sondern eine Ausübungsregelung. Deshalb ist sie grundsätzlich unionsrechtskonform. Ausnahmen gelten in den folgenden Fällen: Urheberrechtliche Zwangslizenzen betreffend das Kabelweitersenderecht müssen zwingend mit einem Ausnahmevorbehalt versehen werden. An Computerprogrammen sind urheberrechtliche Zwangslizenzen zulässig, wenn sie mit der RBÜ vereinbar sind und keine von Art. 5 und 6 Computerprogramme-RL erfassten Punkte regeln. Für das Satellitensende- und Vermietrecht dürfen überhaupt keine urheberrechtlichen Zwangslizenzen vorgesehen werden. Leistungsschutzrechtliche Zwangslizenzen an Darbietungen, Sendungen, Film- und Tonaufnahmen sind mit dem Unionsrecht vereinbar, wenn sie mit einem Ausnahmevorbehalt versehen und RBÜ- und WCT-konform ausgestaltet sind, etwa indem sie auf eine konventionskonforme urheberrechtliche Zwangslizenz verweisen. Urheber- und leistungsschutzrechtliche Zwangslizenzen an Datenbanken sind nur unter den engen Voraussetzungen der Art. 6 und 9 Datenbanken-RL erlaubt.

1912 Art. 5 Datenbanken-RL.
1913 Art. 7 Datenbanken-RL.
1914 Ebenso i.E. *v. Lewinski*, in: *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, Rdnr. 9.9.5.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

III. Vorgaben des Verfassungsrechts

Zu guter Letzt sind der deutsche (unten 1.) und französische (unten 2.) Gesetzgeber an die Vorgaben des Verfassungsrechts gebunden.

1. Deutsches Verfassungsrecht

a) Grundrechte

aa) Vertragsfreiheit

Die urheberrechtliche Zwangslizenz entzieht dem Rechtsinhaber die negative Abschlussfreiheit und Kontrahentenwahlfreiheit, z.T. auch die Vertragsgestaltungsfreiheit, und greift damit in die Vertragsfreiheit ein. Als Bestandteil der allgemeinen Handlungsfreiheit ist die allgemeine Vertragsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG geschützt.[1915] Die spezielle Freiheit des Rechtsinhabers, über eigentumsfähige Positionen zu verfügen, ist dagegen Bestandteil der (spezielleren) Eigentumsfreiheit, sodass insoweit Art. 2 Abs. 1 GG durch Art. 14 GG verdrängt wird.[1916] Wie gezeigt beschränkt die Zwangslizenz – wenn auch nur indirekt – die Freiheit des Rechtsinhabers, über die Erteilung und/oder Bedingungen einer Lizenz zu entscheiden. Da die Lizenz eine vermögenswerte Rechtsposition, mithin eine eigentumsfähige Position darstellt, ist der Anwendungsbereich der speziellen Eigentumsfreiheit eröffnet und kommt es auf die Vorgaben des Art. 2 Abs. 1 GG nicht an.

1915 *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, GG[72], Art. 2, Rdnr. 101; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG[13], Art. 2, Rdnr. 22; *Starck*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG[6], Bd. 1, Art. 2, Rdnr. 145; *Murswiek*, in: *Sachs*, GG[7], Art. 2, Rdnr. 54.

1916 *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, GG[72], Art. 2, Rdnr. 103; *Papier*, in: *Maunz/Dürig*, GG[72], Art. 14, Rdnr. 224; *Starck*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG[6], Bd. 1, Art. 2, Rdnr. 79; *Depenheuer*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG[6], Bd. 1, Art. 14, Rdnr. 101.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb) Eigentumsfreiheit

(1) Schutzbereich

Art. 14 GG schützt alle eigentumsfähigen Positionen, also vermögenswerten Rechtspositionen.[1917] Damit ist das vermögenswerte urheber-[1918] bzw. leistungsschutzrechtliche[1919] Ausschließlichkeitsrecht einschließlich des Rechts, über die Erteilung und/oder Bedingungen einer Lizenz zu entscheiden, „Eigentum" im Sinne von Art. 14 GG und ist der Schutzbereich der Eigentumsfreiheit eröffnet.

(2) Enteignung oder Inhalts- und Schrankenbestimmung?

Die Vorgaben des Art. 14 GG hängen davon ab, ob die urheberrechtliche Zwangslizenz eine Enteignung (Art. 14 Abs. 3) oder eine Inhalts- und Schrankenbestimmung (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG) darstellt. Spätestens seit der „Nassauskiesung"-Entscheidung des BVerfG sind beide Begriffe gegensätzlich auszulegen: „Mit der Enteignung greift der Staat auf das Eigentum *Einzelner* zu. Sie ist auf die vollständige oder teilweise *Entziehung konkreter* subjektiver, durch Art. 14 I 1 GG gewährleisteter Rechtspositionen zur Erfüllung bestimmter *öffentlicher Aufgaben* gerichtet."[1920] Dagegen meint Inhalts- und Schrankenbestimmung „die *generelle* und *abstrak-*

1917 *Papier*, in: *Maunz/Dürig*, GG[72], Art. 14, Rdnr. 55; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG[13], Art. 2, Rdnr. 5; *Depenheuer*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG[6], Bd. 1, Art. 14, Rdnr. 111; *Murswiek*, in: *Sachs*, GG[7], Art. 2, Rdnr. 21.

1918 BVerfG GRUR 1972, 481, 483 – „Kirchen- und Schulgebrauch"; GRUR 1972, 485, 486 – „Bibliotheksgroschen"; GRUR 1972, 487, 487 – „Schulfunksendungen"; GRUR 1980, 44, 46 – „Kirchenmusik"; GRUR 1988, 687, 689 – „Zeitschriftenauslage"; GRUR 1989, 193, 196 – „Vollzugsanstalten"; st. Rspr.

1919 BVerfG GRUR 1972, 491, 493 – „Schallplatten" (Leistungsschutzrecht des ausübenden Künstlers); GRUR 1990, 183, 184 – „Vermietungsvorbehalt" (Leistungsschutzrecht des Tonträgerherstellers); GRUR 1990, 438, 440 – „Bob Dylan" (Leistungsschutzrecht des ausübenden Künstlers); st. Rspr.; offen gelassen für Sportübertragungsrechte, BVerfG NJW 1998, 1627, 1631 – „Kurzberichterstattung im Fernsehen".

1920 BVerfG NVwZ 2014, 211, 213, Rdnr. 162; grundlegend NJW 1980, 985, 987; NJW 1982, 745, 748 – „Nassauskiesung"; NVwZ 1986, 113, 113; ebenso NJW 1986, 2188, 2189; NJW 2000, 413, 414; NJW 2000, 2573, 2574; NVwZ 2001, 1023, 1024; NVwZ 2009, 1158, 1159.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

te Festlegung von Rechten und Pflichten durch den Gesetzgeber hinsichtlich solcher Rechtsgüter, die als Eigentum i.S. der Verfassung zu verstehen sind“[1921]. „Ist mit dem Entzug bestehender Rechtspositionen der *Ausgleich privater Interessen* beabsichtigt, kann es sich nur um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums handeln.“[1922] Die Enteignung ist also *konkret* statt abstrakt (1. Kriterium), trifft *individuell* statt generell (2. Kriterium), *entzieht* Eigentum anstatt es zu bestimmen (3. Kriterium), und dient nicht in erster Linie[1923] dem Ausgleich privater Interessen, sondern der Erfüllung bestimmter *öffentlicher Aufgaben* (4. Kriterium). Sie erfolgt entweder durch den Gesetzgeber (sog. Legalenteignung) oder eine Behörde (sog. Administrativenteignung).[1924] Eine Enteignung durch den Richter („Judikativenteignung“) ist in der Dogmatik des BVerfG nicht vorgesehen.[1925]

In der jüngeren Literatur wird die Frage, ob die urheberrechtliche Zwangslizenz als eine Enteignung oder Inhalts- und Schrankenbestimmung einzustufen ist, kaum erörtert.[1926] Der Meinungsstreit wird eher in Bezug auf die patentrechtliche Zwangslizenz ausgetragen.

Eine Mindermeinung hält die urheber-[1927] und patentrechtliche[1928] Zwangslizenz für eine Enteignung (zugunsten Privater), weil im *konkreten* Einzelfall über die teilweise *Entziehung* des Ausschließlichkeitsrechts entschieden werde. Dagegen stuft die h.M. die patentrechtliche Zwangslizenz

1921 BVerfG NJW 1980, 985, 987; NJW 1986, 2188, 2189; ebenso NJW 1982, 745, 748 – „Nassauskiesung“; st. Rspr.
1922 BVerfG NVwZ 2001, 1023, 1024; ebenso NJW 2000, 413, 414.
1923 BVerfG NVwZ 2001, 1023, 1024 f.
1924 BVerfG NJW 1982, 745, 748 – „Nassauskiesung“; st. Rspr.
1925 *Timmann*, S. 234.
1926 Nur *Fechner*, S. 248 f.; *Krujatz*, S. 321, erörtern diese Frage kurz.
1927 *Hirsch Ballin*, UFITA 20 (1955), 274, 280; *ders.*, UFITA 21 (1956), 196, 210; ebenso *Fechner*, S. 248 f., wenngleich er sich selbst widerspricht, indem er die urheberrechtliche Zwangslizenz gem. § 42a UrhG (damals § 61 UrhG) auf S. 239 als Inhalts- und Schrankenbestimmung qualifiziert.
1928 *Holzapfel*, S. 231 ff.; *Jabbusch*, S. 94 f.; *Fechner*, S. 250 f., widerspricht sich erneut, indem er die patentrechtliche Zwangslizenz (§ 24 PatG) einerseits als Beispiel für die Enteignung „geistigen Eigentums“ anführt, andererseits feststellt, dass sie *entweder* als Enteignung *oder* als Inhalts- und Schrankenbestimmung eingestuft werden könne.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

als eine Inhalts- und Schrankenbestimmung ein,[1929] weil lediglich die Pflichten des Rechtsinhabers *generell* und *abstrakt festgelegt* würden[1930] und sich der Vergütungsanspruch gegen den Lizenznehmer statt gegen den Staat richte.[1931] Nach der jüngeren Literatur soll dies auch für die urheberrechtliche Zwangslizenz gelten.[1932]

Der zweiten Ansicht ist in Bezug auf die urheberrechtliche Zwangslizenz zuzustimmen. Dabei überzeugt nicht schon das Argument, dass sich der Vergütungsanspruch nicht gegen den Staat richtet.[1933] Denn entschädigungspflichtig ist der durch die Enteignung unmittelbar Begünstigte und kann dies auch eine natürliche oder juristische Privatperson sein.[1934] Allerdings ist die Zwangslizenz aus anderen Gründen keine Enteignung.

Zunächst ist sie keine *Legal*enteignung, weil der Gesetzgeber dem Rechtsinhaber zwar einen Teil des *positiven* Ausschließlichkeitsrechts, nämlich das Recht, über die Erteilung und/oder die Bedingungen der Lizenz frei zu entscheiden, verwehrt, diese „Vorenthaltung" aber abstraktgenerell, also für eine unbestimmte Anzahl an Werken und Rechtsinhabern gilt (1. und 2. Kriterium). Weiter ist sie keine *Administrativ*enteignung, weil die Exekutive die Zwangslizenz weder regelt noch vollzieht. Damit könnte sie allenfalls eine – dogmatisch äußerst fragwürdige – Enteignung durch den Richter („Judikativenteignung") darstellen. Zwar handelt es sich bei einer einstweiligen Anordnung oder einem Urteil um einen konkret-individuellen Akt hoheitlicher Gewalt. Allerdings wird dem Rechtsinhaber das Recht, über die Erteilung und/oder Bedingungen der Lizenz frei zu entscheiden, bereits kraft *Gesetzes* verwehrt. Der Anspruch auf Lizenzerteilung besteht kraft Gesetzes; er wird nicht erst durch den Richter ge-

---

1929 *Kraßer*, S. 833; *Timmann*, S. 230 ff.; *Wolff*, S. 28; offenbar auch BGH GRUR 1996, 190, 192 – „Polyferon", der § 24 PatG für mit Art. 14 Abs. *1* u. *2* GG vereinbar hält, statt auf Art. 14 Abs. *3* GG abzustellen; *McGuire/v. Zumbusch/Joachim*, GRUR Int. 2006, 682, 683; *Jung*, ZWeR 2004, 379, 408.

1930 Vgl. *Timmann*, S. 230 ff.; *Wolff*, S. 28.

1931 *Kraßer*, S. 833.

1932 *Fechner*, S. 239, wobei er die urheberrechtliche Zwangslizenz auf S. 248 f. als Enteignung wertet; *Krujatz*, S. 321; offenbar auch *Rehbinder/Peukert*, Rdnr. 597 ff.; *Schack*, UrhR[7], § 25, der zwischen Enteignung und Zwangslizenz unterscheidet und beide unter den Begriff „Andere Zwangseingriffe" subsumiert.

1933 Ebenso *Timmann*, S. 231; *Holzapfel*, S. 232.

1934 *Papier*, in: *Maunz/Dürig*, GG[72], Art. 14, Rdnr. 638-641; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG[13], Art. 14, Rdnr. 95; *Depenheuer*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG[6], Bd. 1, Art. 14, Rdnr. 461.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schaffen. Dann aber verfügt der Rechtsinhaber über keine Rechtsposition, die der Richter ihm entziehen könnte (3. Kriterium). Vielmehr werden „Inhalt und Schranken" seines Ausschließlichkeitsrechts abstrakt-generell (1. und 2. Kriterium) bestimmt und hat der Richter „lediglich" die Aufgabe, dieses Recht zu *erkennen* und zu aktualisieren.[1935] Schon deshalb ist die urheberrechtliche Zwangslizenz als eine Inhalts- und Schrankenbestimmung einzustufen. Darüber hinaus dient sie nicht der Erfüllung *bestimmter* öffentlichen Aufgaben, sondern in erster Linie einem *privaten Interessenausgleich* (4. Kriterium), nämlich dem Ausgleich von Rechtsinhaber- und Nutzerinteressen. Zu guter Letzt hat das BVerfG gesetzliche Lizenzen stets als Inhalts- und Schrankenbestimmungen qualifiziert.[1936] Dann muss dies erst recht für die mildere Zwangslizenz gelten.[1937]

(3) Vorgaben

Art. 14 GG ist ein sog. normgeprägtes Grundrecht, weil erst die Gesetze „Inhalt und Schranken" des Eigentums bestimmen (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG).[1938] Im Hinblick auf das Urheberrecht hat das BVerfG ausdrücklich

---

1935 Vgl. auch BVerfG NVwZ 2001, 1023, 1024, für den im Ansatz vergleichbaren Fall eines Baulandumlegungsbeschlusses („Der die Umlegung einleitende Umlegungsbeschluss stellt danach keine Enteignung dar, sondern *aktualisiert* die gesetzlich in den §§ 45ff. BauGB vorgesehene *Möglichkeit*, die Grundstücke im Umlegungsgebiet zum Zweck ihrer plangerechten Nutzung im konkreten Fall neu zu ordnen").

1936 Vgl. nur BVerfG GRUR 1972, 487, 488 – „Schulfunksendungen" („[§ 47 UrhG...] regelt generell, abstrakt und für die Zukunft die Aufnahme von Schulfunksendungen"); GRUR 1980, 44, 46 – „Kirchenmusik" („[§ 52 Abs. 1...] bestimmt generell und abstrakt mit Wirkung für die Zukunft, unter welchen Voraussetzungen die öffentliche Wiedergabe urheberrechtlich geschützter Werke erlaubnisfrei zulässig ist. […] Das Verwertungsrecht der öffentlichen Wiedergabe steht dem Urheber von vornherein nur in den durch § 52 Abs. 1 gezogenen Grenzen zu. Es handelt sich um eine Frage der Gesetzestechnik, wenn das Gesetz das Verwertungsrecht zunächst als umfassend formuliert, die ‚Schranken' dieses Rechts aber in § 52 Abs. 1 normiert").

1937 Ebenso *Timmann*, S. 234, für die patentrechtliche Zwangslizenz.

1938 Speziell im Hinblick auf das Immaterialgüter- bzw. Urheberrecht *Grzeszick*, in: *Lange/Klippel/Ohly*, Geistiges Eigentum und Wettbewerb, S. 7; *ders.*, ZUM 2007, 344, 347; *Bajon*, S. 173; allgemein auch *Depenheuer*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG[6], Bd. 1, Art. 14, Rdnr. 29; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG[13], Art. 14, Rdnr. 18.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

klargestellt, dass „es keinen vorgegebenen und absoluten Begriff des Eigentums gibt und Inhalt und Funktion des Eigentums der Anpassung an die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse fähig und bedürftig sind“.[1939] Damit hat der Gesetzgeber einen verhältnismäßig weiten Gestaltungsspielraum.[1940] Dennoch unterliegt die Ausgestaltung des Urheberrechts bestimmten Vorgaben, insbesondere der Institutsgarantie (unten (a)), der Sozialbindung (unten (b)), dem Verhältnismäßigkeitsgebot (unten (c)) und der Bestandsgarantie (unten (d)).[1941]

(a) Institutsgarantie

Die Institutsgarantie (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG) verbietet dem Gesetzgeber, solche Sachbereiche der Privatrechtsordnung zu entziehen, „die zum elementaren Bestand grundrechtlich geschützter Betätigung im vermögensrechtlichen Bereich gehören“[1942], und „an die Stelle des Privateigentums etwas [zu] setzen […], was den Namen ‚Eigentum’ nicht mehr verdient.“[1943] Da sich das Eigentum durch Privatnützigkeit und grundsätzliche Verfügungsfähigkeit über das Eigentumsobjekt auszeichnet,[1944] bildet „die *grundsätzliche* Zuordnung des vermögenswerten Ergebnisses der schöpferischen Leistung an den Urheber im Wege privatrechtlicher Normierung und seine Freiheit, in eigener Verantwortung darüber verfügen zu können [,…] den grundgesetzlich geschützten Kern des Urheberrechts“.[1945] Damit ist das Urheberrecht *grundsätzlich* als ein Ausschließ-

1939 BVerfG GRUR 1972, 481, 483 – „Kirchen- und Schulgebrauch“; GRUR 1972, 485, 486 – „Bibliotheksgroschen“; GRUR 1972, 487, 487 – „Schulfunksendungen“.

1940 BVerfG GRUR 1989, 193, 196 – „Vollzugsanstalten“; GRUR 2010, 332, 334 – „Filmurheberrecht“; GRUR 2010, 416, 417 – „Fotoarchiv“; GRUR 2011, 223, 224, Rdnr. 15 – „Drucker und Plotter“; GRUR 2012, 53, 56, Rdnr. 85 – „Le-Corbusier-Möbel“; st. Rspr.

1941 Vgl. *Grzeszick*, ZUM 2007, 344, 349; *Bajon*, S. 174; *Poeppel*, S. 137.

1942 BVerfG NJW 1969, 309, 310; NJW 1982, 745, 750 – „Nassauskiesung“.

1943 BVerfG NJW 1969, 309, 310.

1944 BVerfG GRUR 1972, 481, 483 – „Kirchen- und Schulgebrauch“ m.w.N.

1945 BVerfG GRUR 1972, 481, 483 – „Kirchen- und Schulgebrauch“ [Hervorh. d. Verf.]; GRUR 1980, 44, 46 – „Kirchenmusik“; GRUR 1988, 687, 689 – „Zeitschriftenauslage“; GRUR 1989, 193, 196 – „Vollzugsanstalten“; GRUR 1990, 183, 184 – „Vermietungsvorbehalt“; GRUR 1999, 226, 228 – „DIN-Normen“;

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lichkeitsrecht auszugestalten.[1946] Ein Urheberrecht, das ausschließlich auf Vergütungsansprüchen beruhte, wäre mit Art. 14 GG unvereinbar.[1947] Ebenso dürfte es unzulässig sein, das bisherige Urheberrecht durch ein System von Zwangslizenzen zu *ersetzen*. Denn dann wäre die Lizenzvertragsfreiheit als die „Freiheit, in eigener Verantwortung über das vermögenswerte Ergebnis verfügen zu können", nicht mehr *grundsätzlich* gewährleistet.

(b) Sozialpflichtigkeit

„Diese *grundsätzliche* Zuordnung der vermögenswerten Seite des Urheberrechts an den Urheber zur freien Verfügung bedeutet aber nicht, daß damit *jede* nur denkbare Verwertungsmöglichkeit verfassungsrechtlich gesichert sei."[1948] Denn das Eigentum „soll zugleich dem Wohl der Allgemeinheit dienen" (Art. 14 Abs. 2 S. 2 GG), ist also nicht nur privatnützig, sondern auch sozialpflichtig.[1949] Deshalb hat der Gesetzgeber „nicht nur die Individualbelange zu sichern […], sondern […] den individuellen Berechtigungen und Befugnissen die im Interesse des Gemeinwohls erforderlichen Grenzen zu ziehen"[1950], kurz „den Bereich des einzelnen und die Belange der Allgemeinheit in einen gerechten Ausgleich [zu] bringen"[1951].

GRUR 2011, 223, 224, Rdnr. 15 – „Drucker und Plotter"; GRUR 2012, 53, 56, Rdnr. 85 – „Le-Corbusier-Möbel".

1946 Vgl. *Schack*, UrhR[7], Rdnr. 93; *Bajon*, S. 175; *Poeppel*, S. 137.

1947 *Schack*, UrhR, Rdnr. 93; *Bajon*, S. 175; *Poeppel*, S. 137.

1948 BVerfG GRUR 1972, 481, 483 – „Kirchen- und Schulgebrauch" [Hervorh. d. Verf.]; GRUR 1972, 485, 486 – „Bibliotheksgroschen"; GRUR 1980, 44, 46 – „Kirchenmusik"; GRUR 1988, 687, 689 – „Zeitschriftenauslage"; GRUR 1990, 438, 441 – „Bob Dylan"; GRUR 1999, 226, 228 – „DIN-Normen"; GRUR 2012, 53, 56, Rdnr. 85 – „Le-Corbusier-Möbel"; st. Rspr.

1949 Speziell im Hinblick auf das Immaterialgüter- bzw. Urheberrecht *Grzeszick*, in: *Lange/Klippel/Ohly*, Geistiges Eigentum und Wettbewerb, S. 7 f.; *ders.*, ZUM 2007, 344, 350; *Bajon*, S. 176 f.; allgemein *Papier*, in: *Maunz/Dürig*, GG[72], Art. 14, Rdnr. 305 ff.; *Depenheuer*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG[6], Bd. 1, Art. 14, Rdnr. 218; *Wendt*, in: *Sachs*, GG[7], Art. 14, Rdnr. 111.

1950 BVerfG GRUR 1972, 481, 484 – „Kirchen- und Schulgebrauch"; GRUR 1980, 44, 46 – „Kirchenmusik".

1951 BVerfG GRUR 1972, 481, 484 – „Kirchen- und Schulgebrauch" [Anm. d. Verf.]; GRUR 1980, 44, 46 – „Kirchenmusik"; GRUR 1990, 183, 184 – „Vermietungsvorbehalt".

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Es sind also das Belohnungs- oder *Anreiz*interesse des Rechtsinhabers und das Interesse der Allgemeinheit an einem umfassenden und möglichst kostengünstigen *Zugang* auszugleichen,[1952] d.h. „eine der Natur und der sozialen Bedeutung des Rechts entsprechende Nutzung und *angemessene* Verwertung sicherzustellen".[1953] Letztlich ist die von Art. 14 GG vorgegebene Aufgabe des Urheberrechts damit deckungsgleich mit dem Ziel normativer Effizienz.

(c) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Allerdings ist die Sozialpflichtigkeit „nicht nur Grund, sondern auch Grenze" für die Schutzbeschränkungen,[1954] die damit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unterliegen und nicht weiter gehen dürfen, als es das Allgemeinwohl gebietet.[1955] Folgerichtig unterscheidet das BVerfG zwischen gesetzlichen Lizenzen *mit* Vergütungspflicht, die „eher mit Gemeinwohlgründen zu rechtfertigen" sind,[1956] und solchen *ohne* Vergütungspflicht, die „nur durch ein *gesteigertes* öffentliches Interesse gerechtfertigt werden" können.[1957] Die geringeren Anforderungen gelten auch – und erst recht – für die urheberrechtliche Zwangslizenz.[1958]

1952 *Fechner*, S. 241; in dieselbe Richtung *Depenheuer*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG[6], Bd. 1, Art. 14, Rdnr. 147.

1953 BVerfG GRUR 1972, 481, 483 – „Kirchen- und Schulgebrauch" [Hervorh. d. Verf.]; GRUR 1972, 485, 486 – „Bibliotheksgroschen"; GRUR 1990, 183, 184 – „Vermietungsvorbehalt"; GRUR 1999, 226, 228 – „DIN-Normen"; GRUR 2010, 332, 334 – „Filmurheberrecht"; GRUR 2010, 416, 417 – „Fotoarchiv"; GRUR 2011, 223, 224, Rdnr. 15 – „Drucker und Plotter"; GRUR 2012, 53, 56, Rdnr. 85 – „Le-Corbusier-Möbel"; st. Rspr.

1954 BVerfG GRUR 1989, 193, 196 – „Vollzugsanstalten"; GRUR 1990, 438, 441 – „Bob Dylan"; GRUR 1999, 226, 228 – „DIN-Normen".

1955 BVerfG GRUR 1980, 44, 48 – „Kirchenmusik"; GRUR 1989, 193, 196 – „Vollzugsanstalten"; GRUR 1999, 226, 228 – „DIN-Normen".

1956 BVerfG GRUR 1989, 193, 196 – „Vollzugsanstalten", hinsichtlich solchen „Eingriffen in das Verfügungsrecht", die das „Verfügungsrecht" *entziehen* und einen „gesetzlich festgelegten *nachträglichen* Vergütungsanspruch" darstellen.

1957 BVerfG GRUR 1972, 481, 484 – „Kirchen- und Schulgebrauch"; GRUR 1980, 44, 48 – „Kirchenmusik"; GRUR 1989, 193, 196 – „Vollzugsanstalten"; GRUR 2011, 223, 224, Rdnr. 15 – „Drucker und Plotter".

1958 Vgl. BVerfG GRUR 1999, 226, 229 – „DIN-Normen" („Das Verfügungsrecht als Ausschließlichkeitsrecht stellt für den Urheber das Mittel dar, um mit dem Interessenten vor der Nutzung eine Vergütung aushandeln zu können. Eine Be-

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(d) Bestandsgarantie

Die Bestandsgarantie (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG) schützt vor ungerechtfertigten Eingriffen in rechtmäßig begründete Rechtspositionen.[1959] Unberührt bleiben also Inhalts- und Schrankenbestimmungen, die noch nicht begründete, zukünftige Sachverhalte regeln.[1960] Dagegen sind Inhalts- und Schrankenbestimmungen, die für bereits begründete, aber noch andauernde Sachverhalte gelten (sog. unechte Rückwirkung),[1961] selbst dann nicht ohne weiteres zulässig, wenn der Betroffene mit einer Rechtsänderung gerechnet hat; insoweit geht die Bestandsgarantie über den allgemeinen Vertrauensschutzgrundsatz (Art. 20 Abs. 3 GG) hinaus,[1962] den sie als lex specialis verdrängt.[1963] Auf der anderen Seite ermächtigt Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG den Gesetzgeber, in bereits begründete Rechte einzugreifen und diesen einen neuen Inhalt zu geben, und soll die Bestandsgarantie keine unüberwindbare Schranke für notwendige Reformen bilden.[1964] Im Ergebnis muss damit nicht nur die Inhalts- und Schrankenbestimmung als solche, sondern auch und gerade der Eingriff in *bestehende* urheberrechtliche Rechtspositionen durch Gründe des öffentlichen Interesses unter Wahrung

---

schränkung dieses Rechts – etwa durch einen *Kontrahierungszwang* nach Maßgabe des § 61 UrhG [d.i. heute § 42a UrhG] oder eine gesetzliche Lizenz aufgrund von §§ 46, 49 Abs. 1 und § 52 UrhG – führt zu einer wesentlichen Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Wertes der geschützten Leistung, wenn die Möglichkeit der freien Honorarvereinbarung *nicht* durch einen gesetzlichen Vergütungsanspruch ersetzt wird. Dementsprechend hohe Anforderungen müssen an die Gemeinwohlbelange gestellt werden, wenn *über das Verfügungsrecht hinaus* auch das Verwertungsrecht eingeschränkt werden und die Benutzung *ohne* Vergütungsanspruch zugelassen werden soll", Hervorh. u. Anm. d. Verf.).

1959 BVerfG GRUR 1972, 491, 495 – „Schallplatten"; GRUR 2010, 332, 335 – „Filmurheberrecht".

1960 Vgl. BVerfG GRUR 1972, 487, 488 – „Schulfunksendungen"; GRUR 1980, 44, 46 – „Kirchenmusik".

1961 Eine Regelung, die für bereits abgeschlossene Sachverhalte gilt (sog. echte Rückwirkung), ist schon aufgrund des Vertrauensschutzgrundsatzes grundsätzlich verboten, *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig*, GG[72], Art. 20, Rdnr. 80; *Sachs*, in: *Sachs*, GG[7], Art. 20, Rdnr. 133; siehe auch BVerfG GRUR 1989, 193, 197 – „Vollzugsanstalten".

1962 BVerfG GRUR 1972, 491, 495 – „Schallplatten"; zum Grundsatz des Vertrauensschutzes *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig*, GG[72], Art. 20, Rdnr. 69 ff.; *Sachs*, in: *Sachs*, GG[7], Art. 20, Rdnr. 131 ff.

1963 BVerfG GRUR 2010, 332, 335 – „Filmurheberrecht" m.w.N.

1964 BVerfG GRUR 2010, 416, 418 – „Fotoarchiv".

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gerechtfertigt werden.[1965] Dabei ist das öffentliche Interesse, die Neuregelung auf Altpositionen zu erstrecken, mit dem Interesse des betroffenen Personenkreises am Fortbestand der bisherigen Regelung abzuwägen.[1966]

(4) Zwischenergebnis

Die Regelung einer urheberrechtlichen Zwangslizenz ist keine Enteignung, sondern eine Inhalts- und Schrankenbestimmung. Sie ist mit Art. 14 GG vereinbar, wenn das Urheberrecht im Grundsatz ein Ausschließlichkeitsrecht bleibt und Gründe des Allgemeinwohls nicht nur die Zwangslizenz als solche, sondern auch und gerade den Eingriff in bestehende Rechtspositionen unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes rechtfertigen.

cc) Sonstige Grundrechte

Der Gesetzgeber hat weiter die Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG zu beachten:

Aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG folgt eine Garantie des Urheberpersönlichkeitsrechts,[1967] insbesondere des *Erst*veröffentlichungsrechts (§ 12 Abs. 1 UrhG)[1968], des Rechts auf Anerkennung der Urheberschaft (§ 13 UrhG)[1969] und des Rechts auf Quellenangabe (§ 63 UrhG)[1970]. Weiter muss es dem Urheber möglich sein, solche *nachfolgenden* Veröffent-

1965 BVerfG GRUR 1972, 491, 494 – „Schallplatten"; GRUR 1989, 193, 197 – „Vollzugsanstalten".
1966 BVerfG GRUR 1989, 193, 197 – „Vollzugsanstalten".
1967 Statt vieler *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], Einl., Rdnr. 10; *ders.*, in: *Loewenheim*, HdbUrhR[2], § 1, Rdnr. 4; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], Einl., Rdnr. 39; *Ahlberg*, in: *Möhring/Nicolini*, UrhG[2], Einl., Rdnr. 14; *A. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], Einl., Rdnr. 64; eingehend zur Abgrenzung von Urheberpersönlichkeitsrecht und allgemeinem Persönlichkeitsrecht *Fechner*, S. 266 ff.
1968 *Fechner*, S. 276; *Kraßer/Schricker*, S. 152.
1969 *Fechner*, S. 277; *Kraßer/Schricker*, S. 156.
1970 *Fechner*, S. 277.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lichungen zu verbieten, die seine ideellen Interessen in schwerwiegender Weise beeinträchtigen.[1971]

Die Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG) kann einer Schutzbeschränkung entgegenstehen, wenn die wirtschaftliche Auswertung des Werkes derart beschränkt wird, dass eine freie künstlerische Betätigung praktisch nicht mehr möglich ist.[1972]

Zu guter Letzt schützt die Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 2 GG) die Entscheidung (speziell) des wissenschaftlichen Autors über das Ob und Wie der Veröffentlichung, also auch über den Ort der Publikation (z.B. in einem Top-Journal).[1973] Dabei kann es sich aber nur um die *Erst*veröffentlichung handeln.[1974] Denn entscheidend ist nur, dass der Wissenschaftler seine Forschungsergebnisse *überhaupt* verbreiten kann („publish or perish") und dass er dadurch an wissenschaftlichem Renommee gewinnen kann, also insbesondere die Möglichkeit hat, seinen Aufsatz in einer Zeitschrift mit einem strengem Peer-Review bzw. einem hohen Impact Factor zu platzieren.[1975] Eine *Zweit*veröffentlichung steht dem nicht entgegen. Der Ruf eines Wissenschaftlers wird nämlich nicht dadurch geschmälert, dass sein Aufsatz *zusätzlich* in einer weniger angesehenen Zeitschrift erscheint. Dies muss zumindest dann gelten, wenn bei der Zweitveröffentlichung die Quelle der Erstveröffentlichung angegeben wird, weil dann klargestellt wird, dass der Wissenschaftler selbst den Aufsatz in einer anderen, womöglich deutlich renommierteren Zeitschrift (erst-)veröffentlicht hat.

b) Bestimmtheitsgrundsatz

Der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum findet schließlich im rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatz seine Grenzen (Art. 20 Abs. 3 GG).

1971 Vgl. *Dietz/Peukert*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 12, Rdnr. 9; *Katzenberger*, S. 65 ff.; *Krujatz*, S. 289.

1972 BVerfG GRUR 1972, 481, 483 – „Kirchen- und Schulgebrauch".

1973 *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG[13], Art. 5, Rdnr. 138; *Kraßer/Schricker*, S. 152; *Sandberger*, ZUM 2006, 818, 820; *Hansen*, GRUR Int. 2005, 378, 379 f.; *Krujatz*, S. 322 f.; *Lutz*, S. 37 f.

1974 Vgl. *Krujatz*, S. 325.

1975 Vgl. *Sandberger*, ZUM 2006, 818, 820; *Hansen*, GRUR Int. 2005, 378, 380; *Lutz*, S. 213; ausführlich zur Bedeutung des Peer-Review und des Impact Factor siehe bereits 1. Kapitel B. III. 1. a) bb) (2).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Danach müssen gesetzliche Regelungen so gefasst sein, dass die Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach ausrichten können.[1976] Freilich weisen die zu regelnden Sachverhalte häufig eine hohe Komplexität und Dynamik auf.[1977] Zwar könnte der Gesetzgeber einen komplexen Sachverhalt theoretisch bis ins kleinste Detail regeln. Eine solche „*sprachlich* mögliche" Formulierung wäre aber so umständlich oder lang, dass sie – weil unlesbar oder unüberschaubar – dem Betroffenen allenfalls genauso viel Erkenntnis vermittelte wie eine kürzere, aber weniger bestimmte Fassung.[1978] Damit besteht ein (erster) Zielkonflikt zwischen der Bestimmtheit einer Norm und ihrer Überschaubarkeit und Lesbarkeit. Weiter kann der Gesetzgeber der Dynamik eines zu regelnden Sachverhalts nur mit flexiblen und damit unbestimmten Vorschriften begegnen (zweiter Zielkonflikt).[1979] Zudem besteht ein (dritter) Zielkonflikt zwischen der durch Bestimmtheit erzielbaren Rechtssicherheit und der durch Flexibilität erreichbaren Einzelfallgerechtigkeit.[1980] Im Ergebnis sind deshalb unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln regelmäßig zulässig.[1981] Der Gesetzgeber muss nur das an Bestimmtheit leisten, „was gene-

1976 BVerfG NJW 1967, 619, 619 – „Grundstückverkehrsgesetz"; NJW 1977, 1723, 1724 – „Oberstufenreform"; NJW 1983, 2309, 2309 – „Innerdeutscher Zahlungsverkehr"; NJW 1991, 1471, 1472 – „Josefine Mutzenbacher"; speziell für das Urheberrecht auch BVerfG GRUR 1972, 488, 490 – „Tonbandvervielfältigungen"; st. Rspr.

1977 *Sommermann*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG[6], Bd. 2, Art. 20, Rdnr. 289.

1978 *Poeppel*, S. 501.

1979 Siehe bereits 2. Kapitel A. I. 3. d) bb).

1980 Siehe bereits 2. Kapitel A. I. 3. d) cc).

1981 BVerfG NJW 1979, 359, 361 – „Schneller Brüter" („Nach ständiger Rechtsprechung ist die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe grundsätzlich verfassungsrechtlich unbedenklich"); vgl. etwa BVerfG NJW 1956, 99, 100 – „Besonderer Ehrenschutz" („Ohne derartige Begriffe könnte der Gesetzgeber der Vielgestaltigkeit des Lebens nicht Rechnung tragen"); NJW 1959, 475, 478 – „Preisgesetz" („Er wird sich abstrakter und unbestimmter Formulierungen bedienen müssen, um die Verwaltungsbehörden in die Lage zu versetzen, ihren Aufgaben, den besonderen Umständen des einzelnen Falles und den schnell wechselnden Situationen des wirtschaftlichen Lebens gerecht zu werden"); NJW 1959, 931, 932 – „Einfuhrgenehmigung" („Angesichts der Vielgestaltigkeit der Verhältnisse ist der Gesetzgeber gar nicht in der Lage, durch generelle Umschreibung oder gar durch Einzelaufzählung aller möglichen Fälle genau zu bestimmen, wann eine Nichtausnutzung ‚nicht zu vertreten' ist"); NJW 1978, 2446, 2447 – „Aufenthaltserlaubnis" („Generalklauseln und unbestimmte, der

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rell-abstrakter Regelung *praktisch* möglich ist“[1982], also seine Regelungen so bestimmt fassen, „wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte und mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist“.[1983] Eine Norm darf durchaus Auslegungsprobleme aufwerfen, soweit sich diese mit herkömmlichen juristischen Methoden bewältigen lassen.[1984] So sind Generalklauseln wie § 3 Abs. 1 UWG und unbestimmte Rechtsbegriffe insbesondere dann zulässig, wenn sie durch langjährige Rspr. bereits hinreichend konkretisiert sind.[1985]

Ausfüllung bedürftige Begriffe sind schon deshalb grundsätzlich zulässig, weil sich die Vielfalt der Verwaltungsaufgaben nicht immer in klar umrissene Begriffe einfangen läßt“); NJW 1982, 1275, 1275 – „Leitender Angestellter“ („[G]eneralklauselartige[n] Regelungen [… sind] im Verfassungs- und Verwaltungsrecht, aber auch im bürgerlichen Recht und Arbeitsrecht vielfach unentbehrlich […]. Sie ermöglichen es, das Gebot der inhaltlichen Richtigkeit und materiellen Gerechtigkeit der Entscheidung im Einzelfall zu verwirklichen, das neben dem Grundsatz der Rechtssicherheit aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleiten ist“, Anm. d. Verf.).

1982 BVerfG NJW 1981, 1154, 1154 – „Auslieferungsersuchen“ [Hervorh. d. Verf.].

1983 BVerfG NJW 1978, 2446, 2447 – „Aufenthaltserlaubnis“.

1984 *Poeppel*, S. 501; BVerfG NJW 1991, 1471, 1472 – „Josefine Mutzenbacher“; vgl. speziell für das Urheberrecht auch BVerfG GRUR 1972, 488, 490 – „Tonbandvervielfältigungen“ („Die Gerichte müssen in der Lage sein, die gesetzgeberische Entscheidung zu konkretisieren. Andererseits kann nicht erwartet werden, daß jeder Zweifel ausgeschlossen wird. Die Auslegungsbedürftigkeit nimmt einer Vorschrift noch nicht die rechtsstaatlich gebotene Bestimmtheit; es ist Aufgabe der Rechtsanwendungsorgane, Zweifelsfragen zu klären“).

1985 BVerfG NJW 1972, 358, 360 – „Grabsteinwerbung“ im Hinblick auf § 1 UWG a.F.; vgl. auch BVerfG NJW 1979, 359, 361 – „Schneller Brüter“ („Begriffe wie zum Beispiel ‚Zuverlässigkeit’ und ‚notwendige Kenntnisse’ […] werden seit jeher in wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Gesetzen verwendet […]. Sie sind in einer langen Tradition von Gesetzgebung, Verwaltungshandhabung und Rechtsprechung so ausgefüllt worden, daß an ihrer rechtsstaatlich hinreichenden Bestimmtheit nicht zu zweifeln ist, mögen sie für jeden neuen Sachbereich auch neue Konkretisierungen erfordern“); BVerfG NJW 1995, 1141, 1144 – „Sitzdemonstrationen II“ („Für die Beurteilung der Bestimmtheit einer Strafnorm ist anerkannt, daß auch die Verwendung von Begriffen, die eine sehr weite Auslegung zulassen […], dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitserfordernis genügen, wenn sie durch eine gefestigte Rechtsprechung eine Auslegung erfahren haben, die dem Normadressaten hinreichend verdeutlicht, was die Bestimmung strafrechtlich verbietet“).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Französisches Verfassungsrecht

a) Grundrechte

Das französische Verfassungsrecht kennt keinen klar definierten, abschließenden Grundrechtskatalog.[1986] Vielmehr werden die Grundrechte teils aus den Artikeln der Verfassung von 1958,[1987] teils aus der Präambel der Verfassung von 1946,[1988] teils aus der berühmten Déclaration des droits de l'homme et du citoyen von 1789 (DDHC) abgeleitet.[1989] Die verfassungsrechtliche Wertigkeit der Präambel der Verfassung von 1946 und der DDHC ergibt sich jeweils aus dem Verweis[1990] in Abs. 1 der Präambel der Verfassung von 1958,[1991] die ihrerseits (erst) seit der grundlegenden Entscheidung des Conseil constitutionnel vom 16. Juli 1971 Verfassungsrang (*valeur constitutionnel*) besitzt.[1992]

1986 *Bauer*, S. 147.

1987 Etwa aus Art. 1 die Glaubensfreiheit sowie aus Art. 1 S. 2 u. Art. 2 Abs. 4 der Gleichheitsgrundsatz, *Bauer*, S. 157 bzw. 168 f.

1988 Etwa aus dem Eingangssatz („Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de *dégrader* la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain […] possède des droits *inaliénables et sacrés*", Hervorh. d. Verf.) das Gebot der Menschenwürde und das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, *Bauer*, S. 148 bzw. 150.

1989 Etwa aus Art. 1, 2 u. 4 die Individualfreiheit, aus Art. 10 die Glaubensfreiheit, aus Art. 11 die Meinungsfreiheit, aus Art. 1, 6 u. 13 der Gleichheitsgrundsatz, aus Art. 2 u. 17 die Eigentumsfreiheit, *Bauer*, S. 151, 157, 159, 168 bzw. 178.

1990 „Le Peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils sont définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946."

1991 *Bauer*, S. 58 u. 102; für die DDHC ausdrücklich klargestellt in Cons. const., Entsch. v. 16.1.1982, n° 81-132 DC, Rdnr. 16.

1992 Cons. const., Entsch. v. 16.7.1971, n° 71-44 DC; ausführlich zur Vorgeschichte sowie zu Inhalt und Bedeutung dieser „revolutionären" Entscheidung *Bauer*, S. 53 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aa) Vertragsfreiheit

Lange Zeit hat der Conseil constitutionnel der Vertragsfreiheit (*liberté contractuelle*) den Verfassungsrang abgesprochen.[1993] Ausdrücklich anerkannt und in Art. 4 DDHC[1994] verankert hat er ihn erst mit der Entscheidung vom 19. Dezember 2000.[1995] Die so geschützte Vertragsfreiheit umfasst – wie im deutschen Recht – die positive und negative Abschlussfreiheit (*liberté de conclure ou non une convention*)[1996], die Kontrahentenwahlfreiheit (*liberté de choisir son cocontractant*)[1997] und die Inhaltsfreiheit (*liberté de déterminer le contenu*)[1998].[1999] Eingriffe in die Vertragsfreiheit sind zulässig, wenn sie durch ein Allgemeininteresse (*intérêt général*) gerechtfertigt und verhältnismäßig sind.[2000] Dies ähnelt dem deutschen

---

1993 *Gahdoun*, Cah. Cons. const. 31 (2011), 51, 53; *Ghestin*, JCP G 2013, 1614, 1614; vgl. noch Cons. const., Entsch. v. 3.8.1994, n° 94-348 DC, Rdnr. 9 („[A]ucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle").

1994 „La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi."

1995 Cons. const., Entsch. v. 19.12.2000, n° 2000-437 DC, Rdnr. 37.

1996 Vgl. Cons. const., Entsch. v. 19.12.2000, n° 2000-437 DC, Rdnr. 37 („[S]'il est vrai que le dispositif institué par le législateur a notamment pour finalité d'*inciter* les entreprises pharmaceutiques *à conclure avec le comité économique des produits de santé* […] des conventions relatives à un ou plusieurs médicaments, visant à la modération de l'évolution du prix de ces médicaments et à la maîtrise du coût de leur promotion, une telle incitation, inspirée par des motifs d'intérêt général, n'apporte pas à la liberté contractuelle").

1997 Vgl. Cons. const., Entsch. v. 13.6.2013, n° 2013-672 DC, Rdnr. 11 („[S]i le législateur peut porter atteinte à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle […], il ne saurait porter à ces libertés une atteinte d'une nature telle que l'entreprise soit *liée avec un cocontractant déjà désigné* par un contrat négocié au niveau de la branche et au contenu totalement prédéfini").

1998 Vgl. Cons. const., Entsch. v. 13.6.2013, n° 2013-672 DC, Rdnr. 11 („[S]i le législateur peut porter atteinte à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle […], il ne saurait porter à ces libertés une atteinte d'une nature telle que l'entreprise soit liée avec un cocontractant déjà désigné par un contrat négocié au niveau de la branche et *au contenu totalement prédéfini*").

1999 Vgl. *Ghestin*, JCP G 2013, 1614, 1614 u. 1617.

2000 Cons. const., Entsch. v. 13.6.2013, n° 2013-672 DC, Rdnr. 6 („[I]l est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle qui découlent de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'*intérêt général*, à la condition qu'il

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Recht, wonach jeder Eingriff in die Vertragsfreiheit bzw. allgemeine Handlungsfreiheit einen legitimen Zweck verfolgen und zur Erreichung dieses Zweckes geeignet, erforderlich und angemessen sein muss.[2001] Ein wesentlicher Unterschied besteht aber darin, dass die *liberté contractuelle* anders als die Vertragsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG von den – aus deutscher Sicht – „spezielleren" Grundrechten der Unternehmensfreiheit[2002] und der Eigentumsfreiheit[2003] nicht verdrängt wird, also gemeinsam mit diesen geprüft wird.

bb) Eigentumsfreiheit

Ausdrücklich anerkannt und in Art. 2[2004] und 17[2005] DDHC verankert ist die verfassungsrechtliche Wertigkeit der Eigentumsfreiheit seit der Entscheidung des Conseil constitutionnel vom 16. Januar 1982.[2006] Danach hat das Eigentumsrecht seit 1789 grundlegende Veränderungen im Hinblick auf seinen Zweck und seine Ausübungsbedingungen erfahren, im Zuge derer der Schutzbereich sowohl um neue Rechtspositionen erweitert als auch durch das Allgemeininteresse (*intérêt général*) beschränkt worden ist.[2007] Zu den in diesem Sinne neuen Rechtspositionen zählt auch das

---

n'en résulte pas d'atteintes *disproportionnées* au regard de l'objectif poursuivi").

2001 Statt vieler *Murswiek*, in: *Sachs*, GG[7], Art. 2, Rdnr. 21.

2002 Cons. const., Entsch. v. 13.6.2013, n° 2013-672 DC, Rdnr. 6 u. 11.

2003 Cons. const., Entsch. v. 27.1.2012, n° 2011-213 QPC, Rdnr. 2.

2004 „Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression."

2005 „La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité."

2006 Cons. const., Entsch. v. 16.1.1982, n° 81-132 DC, Rdnr. 16.

2007 Cons. const., Entsch. v. 16.1.1982, n° 81-132 DC, Rdnr. 16 („[P]ostérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général").

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„geistiges Eigentum“, insbesondere das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte.[2008]

Bei Beschränkungen der Eigentumsfreiheit ist zu unterscheiden, ob es sich um einen Eingriff in den Wesensgehalt des Eigentums, um eine Enteignung oder um eine „bloße“ Eigentumsbeschränkung handelt.[2009]

Ähnlich der Institutsgarantie nach Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG sind nur Eingriffe in den Wesensgehalt, also Regelungen, die die Eigentumsfreiheit inhaltlich aushöhlen oder den liberalen Charakter der Wirtschaftsordnung selbst verfremden, absolut verboten.[2010] Der Gesetzgeber hat also einen beträchtlichen, wenn auch keinen unbegrenzten Gestaltungsspielraum; so darf er etwa alle Banken mit einem Kapital von über einer Milliarde Francs verstaatlichen,[2011] nicht aber die soziale (Art. 1 S. 1 Verfassung von 1958[2012]) in eine sozialistische Republik umwandeln.[2013]

Bei der Enteignung handelt es sich um den Entzug des Eigentums oder – weitergehend als im deutschen Recht – um eine solche Beschränkung der Verfügungsbefugnis, die das Eigentumsrecht seines Inhaltes beraubt.[2014] Sie ist nur unter den strengen Voraussetzungen des Art. 17 DDHC zulässig, d.h. sie muss durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes erfolgen, eine vorherige und gerechte Entschädigung vorsehen und aus Gründen des Allgemeinwohls offensichtlich („évidemment“) notwendig sein.[2015] Im Hinblick auf die letzte Voraussetzung hat der Gesetzgeber aber einen weiten Beurteilungsspielraum; der Conseil constitutionnel sanktioniert nur manifeste Fehleinschätzungen.[2016]

2008 Cons. const., Entsch. v. 27.7.2006, n° 2006-540 DC, Rdnr. 15 („[L]es finalités et les conditions d’exercice du droit de propriété ont subi depuis 1789 une évolution caractérisée par une extension de son champ d’application à des domaines nouveaux; que, parmi ces derniers, figurent les droits de propriété intellectuelle et notamment le droit d’auteur et les droits voisins“); Entsch. v. 28.2.2014, n° 2013-370 QPC, Rdnr. 13.

2009 Vgl. *Bauer*, S. 179 ff.

2010 *Bauer*, S. 180.

2011 Vgl. Cons. const., Entsch. v. 16.1.1982, n° 81-132 DC, Rdnr. 20.

2012 „La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale.“

2013 *Bauer*, S. 180 m.w.N.

2014 *Bauer*, S. 181 m.w.N.

2015 *Bauer*, S. 181 m.w.N.

2016 *Bauer*, S. 181 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dagegen werden „bloße“ Eigentumsbeschränkungen an Art. 2 DDHC geprüft; sie müssen durch ein Allgemeininteresse (*intérêt général*) gerechtfertigt und verhältnismäßig sein.[2017]

Zu Schutzbeschränkungen des „geistigen Eigentums“ liegen bislang nur drei Entscheidungen des Conseil constitutionnel vor. Im *ersten Fall* ging es um die gesetzliche Erlaubnis der Benutzung einer fremden Marke in einer vergleichenden Werbung, die als durch ein Allgemeininteresse gerechtfertigt und verhältnismäßig angesehen wurde.[2018] Im *zweiten Fall* hatte der Conseil constitutionnel über die Verfassungsmäßigkeit des „Loi DADVSI“ und dabei insbesondere über die gesetzliche Verpflichtung zur Offenlegung von DRM-Schnittstelleninformationen (Art. L. 331-5 Abs. 4 S. 2 i.V.m. Art. L. 331-32 CPI) zu entscheiden.[2019] Die Regelung sei (nur) mit Art. 17 DDHC vereinbar, wenn „unter Beachtung der Rechte der Parteien“ (Art. L. 331-32 Abs. 1 S. 1 CPI) dahingehend ausgelegt werde, dass der Rechtsinhaber der technischen Schutzmaßnahme für die erzwungene Offenlegung der als Betriebsgeheimnis schutzfähigen Schnittstelleninformationen zu entschädigen sei.[2020] Damit stufte der Conseil constitutionnel die Offenlegungsverpflichtung als eine Enteignung (zugunsten Privater) ein.[2021] Keine Bedenken hatte er hinsichtlich der offensichtlichen Notwendigkeit aus Gründen des Allgemeinwohls. Hier zeigt sich der weite Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers. Im *dritten Fall* ging es schließlich um die Wahrnehmungsvermutung für vergriffene Bücher nach Art. L. 134-3 Abs. 1 CPI,[2022] die der Conseil constitutionnel aufgrund der Widerspruchsrechte[2023] *nicht* als eine Enteignung qualifizierte, sondern (nur) am Maßstab des Art. 2 DDHC darauf überprüfte, ob sie durch ein Allgemein-

2017 *Bauer*, S. 179 f. m.w.N.

2018 Cons. const., Entsch. v. 15.1.1992, n° 91-303 DC, Rdnr. 14.

2019 Eingehend zur gesetzlichen Offenlegungsverpflichtung von DRM-Schnittstelleninformationen siehe 3. Kapitel B. II. 2.

2020 Cons. const., Entsch. v. 27.7.2006, n° 2006-540 DC, Rdnr. 41 u. 43 – „Loi DADVSI“.

2021 *Caron*, Droit d’auteur et droits voisins, Rdnr. 272; krit. *Bruguière*, in: *CUERPI*, Que reste-t-il du droit d’auteur après la loi du 1er août 2006?, S. 101; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 994.

2022 Eingehend zur Wahrnehmungsvermutung an vergriffenen Büchern siehe 1. Kapitel B. I. 1. b).

2023 Vgl. jeweils Cons. const., Entsch. v. 28.2.2014, n° 2013-370 QPC, Rdnr. 16 f.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

interesse (*intérêt général*) gerechtfertigt und verhältnismäßig sei,[2024] was er bejahte.[2025]

Angesichts dieser Rspr. ist anzunehmen, dass der Conseil constitutionnel eine urheberrechtliche Zwangslizenz als eine Enteignung i.S.v. Art. 17 DDHC einstufen,[2026] also insbesondere eine Entschädigung verlangen würde, die der Zwangslizenz ohnehin immanent ist. Im Übrigen käme es entscheidend darauf an, ob die betreffende Zwangslizenz aus Gründen des Allgemeinwohls offensichtlich („évidemment") notwendig ist. Hier gesteht der Conseil constitutionnel dem Gesetzgeber einen weiten Beurteilungsspielraum zu.

b) Bestimmtheitsgrundsatz

In Frankreich wird der Bestimmtheitsgrundsatz (*principe de clarté*) aus Art. 34 Verfassung von 1958 abgeleitet.[2027] Danach müssen Normen „suffisamment claires et précises" sein.[2028] Allerdings besteht auch hier ein Zielkonflikt zwischen der Bestimmtheit einer Norm und ihrer Lesbarkeit und Verständlichkeit (*intelligibilité*).[2029] Denn aus Art. 4, 5, 6 und 16 DDHC ersichtlich hat der Gesetzgeber Normen verständlich, d.h. lesbar zu formulieren,[2030] und hat dieses Ziel ebenfalls Verfassungsrang.[2031] Ein

---

2024 Cons. const., Entsch. v. 28.2.2014, n° 2013-370 QPC, Rdnr. 12 („[E]n l'absence de privation du droit de propriété au sens de cet article [17 DDHC], il résulte néanmoins de l'article 2 de la Déclaration de 1789 que les atteintes portées à ce droit doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi", Anm. d. Verf.).

2025 Cons. const., Entsch. v. 28.2.2014, n° 2013-370 QPC, Rdnr. 19; zust. *Lucas*, Propr. intell. 51 (2014), 168, 169; *Bruguière*, Comm. com. électr. 4/2014, 9, 10; ablehnend *Derieux*, RLDI 103 (2014), 33, 36.

2026 Vgl. *Bruguière/Dumont*, Comm. com. électr. 5/2010, 6, 10; *Caron*, Comm. com. électr. 10/2006, 33, 34.

2027 Cons. const., Entsch. v. 16.1.1982, n° 81-132 DC, Rdnr. 69; Entsch. v. 10.6.1998, n° 1998-401 DC, Rdnr. 7; Entsch. v. 27.11.2001, n° 2001-451 DC, Rdnr. 13; Entsch. v. 12.1.2002, n° 2001-455 DC, Rdnr. 9; Entsch. v. 28.4.2005, n ° 2005-514 DC, Rdnr. 14; st. Rspr.

2028 Cons. const., Entsch. v. 16.1.1982, n° 81-132 DC, Rdnr. 69.

2029 *Flückiger*, Cah. Cons. const. 21 (2006), 74, 76.

2030 *Flückiger*, Cah. Cons. const. 21 (2006), 74, 77.

2031 Cons. const., Entsch. v. 16.12.1999, n° 99-421 DC, Rdnr. 13; Entsch. v. 27.11.2001, n° 2001-451 DC, Rdnr. 13; Entsch. v. 12.1.2002, n° 2001-455

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

verständlicher Text ist zumeist kurz und einfach, während ein bestimmter Text häufig länger und komplexer, weil präziser und detaillierter ist. In vielen Fällen sind unbestimmte Normen nicht nur unvermeidbar, sondern aus den oben beschriebenen Gründen auch wünschenswert.[2032] Der Gesetzgeber muss deshalb *beiden* Zielen gerecht werden, sie gegeneinander abwägen und einen Mittelweg einschlagen.[2033] Wohl deshalb zitiert der Conseil constitutionnel in seinen jüngeren Entscheidungen beide Ziele zumeist gemeinsam.[2034] Im Ergebnis dürften deshalb keine wesentlichen Unterschiede zum deutschen Bestimmtheitsgrundsatz bestehen, d.h. Regelungen dürften ebenfalls nur soweit wie (praktisch) möglich bestimmt abzufassen sein.

3. Zwischenergebnis

Die Regelung einer urheberrechtlichen Zwangslizenz stellt nach deutschem Verfassungsrecht eine Inhalts- und Schrankenbestimmung (Art. 14 Abs. 2 S. 2 GG) dar. Sie ist mit Art. 14 GG vereinbar, wenn das Urheberrecht im Grundsatz ein Ausschließlichkeitsrecht bleibt und Gründe des Allgemeinwohls nicht nur die Zwangslizenz als solche, sondern auch und gerade den Eingriff in bestehende Rechtspositionen unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes rechtfertigen; die Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) wird insoweit von der Eigentumsfreiheit verdrängt.

In Frankreich dürfte die urheberrechtliche Zwangslizenz als eine Enteignung i.S.v. Art. 17 DDHC einzustufen sein, müsste also aus Gründen des Allgemeinwohls offensichtlich („évidemment“) notwendig sein, wobei dem Gesetzgeber ein weiter Beurteilungsspielraum zugestanden wird. Ferner müsste sie im Hinblick auf die Vertragsfreiheit (Art. 4 DDHC) durch ein Allgemeininteresse (*intérêt général*) gerechtfertigt und verhältnismäßig sein.

DC, Rdnr. 9; Entsch. v. 26.6.2003, n° 2003-473 DC, Rdnr. 69; Entsch. v. 28.4.2005, n° 2005-514 DC, Rdnr. 14.

2032 *Flückiger*, Cah. Cons. const. 21 (2006), 74, 78.

2033 *Flückiger*, Cah. Cons. const. 21 (2006), 74, 78.

2034 Vgl. Cons. const., Entsch. v. 27.11.2001, n° 2001-451 DC, Rdnr. 13; Entsch. v. 12.1.2002, n° 2001-455 DC, Rdnr. 9; Entsch. v. 28.4.2005, n° 2005-514 DC, Rdnr. 14.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zu guter Letzt ist in beiden Staaten der Bestimmtheitsgrundsatz zu beachten, d.h. die Regelung muss (soweit wie praktisch möglich) bestimmt abgefasst werden.

B. *Die urheberrechtliche Zwangslizenz als besonderer Kontrahierungszwang*

Die dogmatischen Konturen der urheberrechtlichen Zwangslizenz werden erkennbar, wenn diese nicht nur als Gesamtheit der urheberrechtlichen Zwangslizenzen de lege lata, sondern auch als eine besondere Art des Kontrahierungszwangs begriffen wird. Deshalb wird zunächst der *allgemeine Kontrahierungszwang* dargestellt (unten I.). Erst im Anschluss werden die *urheberrechtlichen Zwangslizenzen de lege lata* (unten II.) untersucht. Es folgt eine Darstellung der eng verwandten *patentrechtlichen Zwangslizenzen* (unten III.) und der prozessualen Besonderheit des *Zwangslizenzeinwands* (unten IV.).

I. Der allgemeine Kontrahierungszwang

Das Rechtsinstitut des Kontrahierungszwangs beruht auf dem Gedanken, dass der Vertragsfreiheit des einen die Vertragsfreiheit des anderen notwendig gegenübersteht.[2035] Die Vertragsfreiheit muss deshalb dort ihre immanenten Grenzen haben, wo die Interessen einer Partei beim Vertragsschluss vollständig unberücksichtigt bleiben – hier ist nur die Vertragsgestaltungsfreiheit tangiert – oder einem Rechtssubjekt die Möglichkeit des Zugangs zu einem Vertrag von vornherein abgeschnitten wird.[2036] In der zweiten Alternative, in der (auch) die Vertragsbegründungsfreiheit betroffen ist, findet die Vertragsfreiheit ihre immanente Grenze in der Verpflichtung zum Vertragsschluss, dem Kontrahierungszwang;[2037] in Frankreich

---

2035 *Busche*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 1, vor § 145, Rdnr. 12; ausführlich *ders.*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 102 ff.

2036 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 105.

2037 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 105; grundlegend zum Begriff des Kontrahierungszwangs *Nipperdey*, S. 7 („Der Kontrahierungszwang ist die auf Grund einer Norm der Rechtsordnung einem Rechtssubjekt ohne seine Willensbindung im Interesse eines Begünstigten auferlegte Verpflichtung,

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wird dieser Fall unter dem Begriff des *refus de contracter* behandelt.[2038] Abzugrenzen ist der Kontrahierungszwang insbesondere vom diktierten Vertrag bzw. *contrat forcé*, also einem privaten Rechtsverhältnis, das in seiner Wirkung, nicht aber in seiner Entstehung dem Vertragsverhältnis gleichsteht; hier sind es nicht die Parteien, die den Vertrag durch zwei sich deckende Willenserklärungen begründen, sondern das Vertragsverhältnis wird vielmehr unmittelbar durch privatrechtgestaltenden Hoheitsakt herbeigeführt.[2039] Darauf wird noch zurückzukommen sein.

1. Deutschland

In Deutschland ist neben den besonderen spezialgesetzlichen Kontrahierungszwängen, allen voran dem kartellrechtlichen Abschlusszwang nach §§ 19, 20 GWB bzw. Art. 102 AEUV i.V.m. § 33 GWB und der Grundversorgungspflicht gegenüber Haushaltskunden nach § 36 EnWG, ein allgemeiner Kontrahierungszwang allgemein anerkannt. Es werden Tatbestand (unten a)), Rechtsfolge (unten b)) und Durchsetzung (unten c)) dargestellt.

a) Tatbestand

Die Rechtsgrundlage des allgemeinen Kontrahierungszwangs wird seit der Rspr. des RG überwiegend in § 826 BGB i.Vm. § 249 Abs. 1 BGB (Anspruch auf Naturalrestitution),[2040] teilweise aber auch unmittelbar in § 826 BGB (Anspruch auf Naturalprästation)[2041] bzw. in § 1004 BGB analog

---

mit diesem einen Vertrag bestimmten oder von unparteiischer Seite zu bestimmenden Inhalts abzuschließen").

2038 *Klingenfuß*, S. 10.

2039 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 116; *ders.*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 1, vor § 145, Rdnr. 13; rechtsvergleichend auch für das französische Recht *Klingenfuß*, S. 14.

2040 *Busche*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 1, vor § 145, Rdnr. 21; so etwa RGZ 132, 273, 276; 148, 326, 334; 155, 257, 286; BGH NJW 1969, 316, 317; NVwZ 1994, 1240, 1241; *Mansel*, in: *Jauernig*, BGB[15], vor §§ 145-157, Rdnr. 11.

2041 *Nipperdey*, S. 98 f.; *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1, 13; *Belke*, S. 426; *Klingenfuß*, S. 196 f.; *Ellenberger*, in: *Palandt*, BGB[75], Einf v § 145, Rdnr. 9; wohl auch *Larenz*, S. 48.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

i.V.m. § 826 BGB (quasinegatorischer Beseitigungsanspruch)[2042] gesehen. Einigkeit besteht darüber, dass die Vertragsverweigerung als solche noch keine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung darstellt, da im Ausgangspunkt weder der positiven Abschlussfreiheit des Vertragsinteressenten, noch der negativen Abschlussfreiheit des Vertragsverweigerers Vorrang gebührt und der durch Vertragsverweigerung entstehende Konflikt nicht einfach zulasten des Verweigerers gelöst werden kann.[2043] Die Rspr. ist im Übrigen uneinheitlich. Während das RG vorrangig auf das Kriterium des Monopolmissbrauchs abstellte,[2044] kommt es nach der Rspr. des BGH – seit Inkrafttreten des GWB 1958 ist der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung speziell geregelt – vor allem darauf an, ob der Anbieter dem Nachfrager die Befriedigung existentieller Bedürfnisse verweigert.[2045] Zudem tendiert die Rspr. dazu, den Kontrahierungszwang als Folge der Übernahme öffentlicher Aufgaben, mithin als Ausprägung eines vom Allgemeininteresse bestimmten Eingriffs in die Vertragsfreiheit zu begreifen.[2046] Auch die Lit. folgt keiner einheitlichen Linie.[2047] Letztlich kann die Frage nach den Voraussetzungen des allgemeinen Kontrahierungszwangs aber offen bleiben, weil sie für die Ausgestaltung der urheberrechtlichen Zwangslizenz de lege ferenda keinen Erkenntnisgewinn verspricht. Der Tatbestand ist vielmehr so zu fassen, dass die im 1. Teil definierten Probleme erfasst werden.

2042 *Kilian*, AcP 180 (1980), 47, 82; *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 225 ff.; *ders.*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[1], Bd. 1, vor § 145, Rdnr. 21; *Bork*, in: *Staudinger*, BGB[2011], Buch 1, vor §§ 145-156, Rdnr. 27.

2043 Statt vieler *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 127.

2044 *Busche*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 1, vor § 145, Rdnr. 21; vgl. etwa RGZ 48, 114, 127; 132, 273, 276; 155, 257, 286.

2045 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 177; vgl. etwa BGH NJW 1990, 761, 762 f.; NVwZ 1994, 1240, 1241.

2046 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 177; vgl. etwa RGZ 48, 114, 127; BGH WM 1969, 1296, 1296 f.; NJW 1990, 761, 763; NVwZ 1994, 1240, 1241.

2047 Eingehend *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 183 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Rechtsfolge

Rechtsfolge des allgemeinen Kontrahierungszwangs ist ein Anspruch auf Abschluss eines privatrechtlichen Zielvertrages (unten aa)) mit einem bestimmten bzw. zu bestimmenden Inhalt (unten bb)).

aa) Anspruch auf Abschluss eines privatrechtlichen Zielvertrages

Der Anspruch auf Abschluss des Zielvertrages ist im Gesetz nur latent angelegt, entsteht also erst mit der qualifizierten Vertragsverweigerung.[2048] Es handelt sich um einen sog. verhaltenen Anspruch,[2049] also einen Anspruch, der entgegen der Regel des § 271 Abs. 2 BGB vor Fälligkeit nicht erfüllbar ist.[2050] Der Anspruch auf Vertragsschluss ruht, bis der Vertragsinteressent sein Vertragsverlangen *erneut* geltend macht. Erst dann wird er fällig und erfüllbar.[2051] Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass der allgemeine Kontrahierungszwang im Hinblick auf die Befriedigung individueller Bedürfnisse nur ultima ratio ist.[2052] Mit dem verhaltenen Anspruch entsteht eine dem gesetzlichen Schuldverhältnis der c.i.c. ähnelnde schuldrechtliche Sonderverbindung, die bei schuldhafter Verletzung der (fälligen) Vertragsabschlusspflicht zum Schadensersatz verpflichtet (§§ 280 Abs. 1 u. 3, 286 BGB).[2053]

Dagegen genügt beim *besonderen* Kontrahierungszwang bereits das *einmalige* Verlangen des Vertragsschlusses, um den (schon) kraft Gesetzes

---

2048 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 241.

2049 *Nipperdey*, S. 101 u. 113; *Bydlinski*, JZ 1980, 378, 384; *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 242; a.A. ohne Begründung *Klingenfuß*, S. 197.

2050 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 242; *Stadler*, in: *Jauernig*, BGB[15], § 271, Rdnr. 4; *Krüger*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 2, § 271, Rdnr. 4; *Grüneberg*, in: *Palandt*, BGB[75], § 271, Rdnr. 1.

2051 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 242.

2052 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 242.

2053 BGH NJW 1974, 1903, 1904 („ein etwa dem durch Eintritt in Vertragsverhandlungen vergleichbares, dem schuldrechtlichen Vertrag ähnliches Rechtsverhältnis"); *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 243 f.; dagegen für Schadensersatzanspruch mit der c.i.c. als Rechtsgrund *Ellenberger*, in: *Palandt*, BGB[75], Einf v § 145, Rdnr. 11; *Bork*, in: *Staudinger*, BGB[2011], Buch 1, vor §§ 145-156, Rdnr. 31.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

geltenden verhaltenen Anspruch fällig und erfüllbar zu stellen.[2054] Die Sonderverbindung entsteht aber ebenfalls erst mit der Geltendmachung des Anspruchs auf Vertragsschluss.[2055]

Freilich hat der Vertragsinteressent keinen Anspruch auf Abschluss eines Vertrages beliebigen Inhalts.[2056] Die Geltendmachung wirkt nur, wenn sie sich im gesetzlichen Rahmen hält, also dem entspricht, was der Vertragsverweigerer dem Vertragsinteressenten schuldet.[2057] Um dies überprüfen zu können, bedarf es einer vorläufigen Konkretisierung.[2058] Dazu muss der Vertragsinteressent an sich ein konkretes, d.h. bestimmtes Angebot abgeben.[2059] In der Regel wird ihm dies aber nur im Hinblick auf den Leistungsgegenstand gelingen. Hinsichtlich der Gegenleistung läuft er Gefahr, entweder einen zu niedrigen Betrag anzubieten – dann aber kann sein Angebot weiter abgelehnt werden – oder sich aber zu mehr zu verpflichten, als er sich verpflichten müsste.[2060] Hier kommt ihm zugute, dass die Rspr. das Bestimmungsrecht bzgl. der Gegenleistung dem Vertragsverweigerer zuordnet (dazu sogleich). Im Ergebnis muss der Vertragsinteressent deshalb ein Angebot abgeben, das auf einen bestimmten Leistungsgegenstand und eine nach billigem Ermessen zu bestimmende gerichtete Gegenleistung gerichtet ist.[2061]

bb) Inhalt des Zielvertrages

Der allgemeine Kontrahierungszwang soll den Vertragsinteressenten so stellen, wie er stehen würde, wenn die Vertragsverweigerung nicht stattge-

2054 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 585.
2055 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 585.
2056 OLG Karlsruhe, GRUR-RR 2007, 177, 180 – „Orange-Book-Standard“, zu einer kartellrechtlichen Zwangslizenz.
2057 *Bydlinski*, JZ 1980, 378, 384; *Bork*, in: *Staudinger*, BGB[2011], Buch 1, vor §§ 145-156, Rdnr. 31.
2058 *Bydlinski*, JZ 1980, 378, 384.
2059 Vgl. *Bydlinski*, JZ 1980, 378, 384; *Bork*, in: *Staudinger*, BGB[2011], Buch 1, vor §§ 145-156, Rdnr. 31.
2060 Vgl. BGH GRUR 2009, 694, 697, Rdnr. 39 – „Orange-Book-Standard“, zum kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand; eingehend zu diesem Urteil 3. Kapitel B. IV.
2061 Vgl. *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 252 ff.; ebenso BGH GRUR 2009, 694, 697, Rdnr. 39 – „Orange-Book-Standard“, zum kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand; eingehend zu diesem Urteil 3. Kapitel B. IV.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

funden hätte.[2062] Dann hätte er aber, ebenso wie der Vertragsverweigerer, grundsätzlich keinen Anspruch auf Vertragsschluss zu *bestimmten*, sondern nur zu solchen Bedingungen, die sich aus dem Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage ergeben.[2063] Während der eigentliche Vertragsgegenstand, d.h. die Leistung, durch das Begehren des Vertragsinteressenten bereits hinreichend bestimmt ist, bedarf die Gegenleistung noch der Konkretisierung der Parteien.[2064] Damit stellt sich (zunächst) die Frage, *wer* die Gegenleistung (vorläufig) bestimmen soll.[2065]

Eine Ansicht weist *beiden* Beteiligten das Bestimmungsrecht zu, da es „überhaupt unvertretbar [sei], aus der Monopolstellung noch bestimmte Rechte, nämlich Bestimmungsrechte abzuleiten"[2066]: danach soll der Kontrahierungspflichtige unter dem Vorbehalt einer Restforderung die Leistung, der Kontrahierungsberechtigte unter dem Vorbehalt einer teilweisen Rückforderung die Gegenleistung erbringen *können*.[2067]

Nach der Gegenansicht, die insbesondere von der Rspr. vertreten wird,[2068] soll in „mindestens entsprechender" Anwendung des § 316 BGB (nur) der *Kontrahierungspflichtige* die Gegenleistung bestimmen dürfen. Die Anwendung des § 316 BGB wird damit begründet, dass nur noch die Gegenleistung offen sei und die Beteiligten aufgrund des Kontrahierungszwangs so gut wie vertraglich miteinander verbunden seien.[2069] Deshalb läge, würden sie die Gegenleistung ausklammern, die Situation des § 316 BGB vor.[2070] Durch die entsprechende Anwendung des § 316 BGB, der die Person des Bestimmungsberechtigten festlegt, ist auch § 315 BGB an-

2062 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 252.
2063 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 253.
2064 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 252.
2065 *Bydlinski*, JZ 1980, 378, 380.
2066 *Bydlinski*, JZ 1980, 378, 381 [Anm. d. Verf.].
2067 *Bydlinski*, JZ 1980, 378, 381.
2068 BGH WuW/E 1195, 1196 – „Vertragsloser Zustand I"; vgl. auch GRUR 1964, 515, 517 – „Werkmilchabzug"; NJW 2003, 3131, 3132 – „billige Entgeltbestimmung"; NJW-RR 2006, 915, 916, Rdnr. 19 – „Stromnutzungsentgelt II"; zust. *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 256; *Belke*, S. 435; *Stadler*, in: *Jauernig*, BGB[15], § 315, Rdnr. 4; *Würdinger*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 2, § 315, Rdnr. 22.
2069 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 255 f.; vgl. auch BGH WuW/E 1195, 1196 – „Vertragsloser Zustand I".
2070 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 256.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wendbar.[2071] Damit hat der Kontrahierungspflichtige die Gegenleistung nach billigem Ermessen zu treffen (§ 315 Abs. 1 BGB) und ist diese Bestimmung für den Kontrahierungsberechtigten nur verbindlich, soweit sie der Billigkeit entspricht (§ 315 Abs. 3 S. 1 BGB); andernfalls wird die Gegenleistung richterlich bestimmt (§ 315 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BGB).

Die letzte Ansicht verdient den Vorzug. Ein *beiderseitiges* Bestimmungsrecht versagt in den Fällen, in denen sich die Parteien nicht auf eine Gegenleistung einigen können. Dagegen spricht für ein einseitiges Bestimmungsrecht des Kontrahierungspflichtigen ein Spiegelbildgedanke. Wenn der Kontrahierungsberechtigte die *Leistung*, an die der Kontrahierungszwang anknüpft, (vorläufig) näher bestimmen darf, ist es ausgewogen, dem Kontrahierungspflichtigen – in den Grenzen des § 315 BGB – das (vorläufige) Bestimmungsrecht bezüglich der *Gegenleistung* einzuräumen.

Daraus ergibt sich Folgendes: Wenn der Kontrahierungspflichtige den Kontrahierungszwang als solchen anerkennt und sich die Parteien nur über den Umfang der Gegenleistung, also regelmäßig die Höhe der Vergütung streiten, hat er einen Ermessensspielraum, den er voll ausschöpfen kann;[2072] das Gericht überprüft seine Bestimmung nur auf Ermessensfehler.[2073] Erst wenn die Grenzen des billigen Ermessens überschritten worden sind – nicht dagegen schon, wenn das Gericht eine andere Festsetzung für richtig hält[2074] –, hat das Gericht die Bestimmung durch eine eigene zu ersetzen (§ 315 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BGB). Etwas anderes gilt, wenn sich der Kontrahierungspflichtige dem Vertragsschluss völlig verweigert, da dies der Verzögerung der Bestimmung der Gegenleistung gleichkommt.[2075] Dann steht das Bestimmungsrecht von vornherein dem Gericht zu (§ 315 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 BGB). Dieses muss sich aber „in der Mitte" des Ermessensspielraums halten, kann diesen also nicht zu Gunsten des Kontrahie-

---

2071 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 256; *Grüneberg*, in: *Palandt*, BGB[75], § 316, Rdnr. 4; *Würdinger*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 2, § 316, Rdnr. 9; *Rieble*, in: *Staudinger*, BGB[2009], Buch 2, § 316, Rdnr. 15.

2072 *Würdinger*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 2, § 315, Rdnr. 30; *Grüneberg*, in: *Palandt*, BGB[75], § 315, Rdnr. 10.

2073 *Rieble*, in: *Staudinger*, BGB[2009], Buch 2, § 315, Rdnr. 323 ff.; *Grüneberg*, in: *Palandt*, BGB[75], § 315, Rdnr. 16.

2074 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 262; *Rieble*, in: *Staudinger*, BGB[2009], Buch 2, § 315, Rdnr. 325; *Würdinger*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 2, § 315, Rdnr. 51.

2075 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 257.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rungspflichtigen ausschöpfen.[2076] Im Ergebnis besteht also ein gewisser Anreiz für den Kontrahierungspflichtigen, sich *nicht* dem Vertragsschluss zu verschließen und von sich aus eine Gegenleistung zu bestimmen, die der Billigkeit entspricht. Nur dann kann er die höchstmögliche, weil *gerade* noch billige Vergütung erzielen.

„Billigkeit" meint konkrete Einzelfallgerechtigkeit.[2077] Deshalb ist die objektive Interessenlage der Parteien zu ermitteln und gegeneinander abzuwägen.[2078] Maßgeblich für die Höhe der Vergütung ist der Wert der zu vergütenden Leistung.[2079] Die objektive Betrachtung hat zur Folge, dass auf das in vergleichbaren Fällen Übliche abzustellen ist.[2080]

Für die Billigkeit der getroffenen Bestimmung trägt der Kontrahierungspflichtige die Darlegungs- und Beweislast.[2081] Dies folgt nicht nur aus dem Wortlaut des § 315 Abs. 3 S. 1 BGB („für den anderen Teil nur verbindlich, *wenn* sie der Billigkeit entspricht"),[2082] sondern auch daraus, dass typischerweise allein der Bestimmungsberechtigte in der Lage ist, die Billigkeit seiner Bestimmung darzutun.[2083] Für den Fall, dass das Gericht die Gegenleistung ersatzweise zu bestimmen hat, gibt es keine Darlegungs- und Beweislast im eigentlichen Sinne; denn das Gericht nimmt einen Gestaltungsakt vor, ohne dass es unmittelbar auf eine Beweisfälligkeit ankäme.[2084] Freilich ist jede Partei mittelbar gehalten, die für ihre Position sprechenden Umstände vorzutragen, weil das Gericht bei seiner Er-

---

2076 *Grüneberg*, in: *Palandt*, BGB[75], § 315, Rdnr. 19; *Würdinger*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 2, § 315, Rdnr. 30.

2077 *Rieble*, in: *Staudinger*, BGB[2009], Buch 2, § 315, Rdnr. 305.

2078 BGH GRUR 1964, 515, 517 – „Werkmilchabzug"; WuW/E 1195, 1196 – „Vertragsloser Zustand I"; *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 258; *Grüneberg*, in: *Palandt*, BGB[75], § 315, Rdnr. 10.

2079 *Grüneberg*, in: *Palandt*, BGB[75], § 315, Rdnr. 10 m.w.N.

2080 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 258; *Grüneberg*, in: *Palandt*, BGB[75], § 315, Rdnr. 10; *Würdinger*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 2, § 315, Rdnr. 29.

2081 BGH GRUR 1964, 515, 517 – „Werkmilchabzug"; NJW 2003, 3131, 3132 – „billige Entgeltbestimmung"; NJW-RR 2006, 915, 916, Rdnr. 19 – „Stromnutzungsentgelt II"; *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 261; *Würdinger*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 2, § 315, Rdnr. 54; *Rieble*, in: *Staudinger*, BGB[2009], Buch 2, § 315, Rdnr. 394; *Grüneberg*, in: *Palandt*, BGB[75], § 315, Rdnr. 20; a.A. *Kilian*, AcP 180 (1980), 47, 82 f.

2082 *Rieble*, in: *Staudinger*, BGB[2009], Buch 2, § 315, Rdnr. 394.

2083 BGH NJW-RR 2006, 915, 916, Rdnr. 19 – „Stromnutzungsentgelt II".

2084 *Rieble*, in: *Staudinger*, BGB[2009], Buch 2, § 315, Rdnr. 397.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

messensentscheidung nur das ihm Bekannte in die Abwägung einstellen kann.[2085] Fehlt ein erschöpfender Parteivortrag, kann das Gericht die Gegenleistung in entsprechender Anwendung von § 287 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 1 ZPO durch Schätzung bestimmen.[2086]

c) Durchsetzung

Der allgemeine Kontrahierungszwang vermittelt wie gezeigt nur einen Anspruch auf Vertragsschluss, also das „Vehikel", keinen unmittelbaren Anspruch auf die begehrte Leistung.[2087] Eigentlich müsste der Vertragsinteressent erst seinen Anspruch auf Vertragsschluss einklagen, um anschließend seinen vertraglichen Erfüllungsanspruch durchzusetzen. Aus Gründen der Prozessökonomie kann er aber unmittelbar auf Leistung klagen, sei es in Verbindung mit einer Klage auf Abgabe der Willenserklärung (§ 260 ZPO),[2088] sei es an deren Stelle.[2089]

Statthafte Klageart ist grundsätzlich die Leistungsklage.[2090] Der Kontrahierungspflichtige wird zur Abgabe der auf Vertragsschluss gerichteten Willenserklärung verurteilt, sodass mit Rechtskraft des Urteils das Zustandekommen des Vertrages fingiert wird (§ 894 ZPO).[2091] Nur ein Teil dieser Willenserklärung, nämlich die Gegenleistung, wird u.U. rechtsgestaltend festgesetzt (entsprechend § 316 BGB i.V.m. § 315 Abs. 3 S. 2 BGB).

Im Hinblick auf die *Bestimmtheit des Klageantrags* (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) ist zu unterscheiden: Wird die begehrte Leistung vom Vertragsverweigerer zu einem „Einheitspreis" abgegeben, kann der Klageantrag ohne weiteres hinreichend bestimmt gefasst werden.[2092] Ist die Gegenleistung

---

2085 *Rieble*, in: *Staudinger*, BGB[2009], Buch 2, § 315, Rdnr. 397.
2086 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 259.
2087 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 264;.
2088 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 265; *Nipperdey*, S. 118; *Ellenberger*, in: *Palandt*, BGB[75], Einf v § 145, Rdnr. 11; *Bork*, in: *Staudinger*, BGB[2011], Buch 1, vor §§ 145-156, Rdnr. 33; *Klingenfuß*, S. 198.
2089 BGH BB 1969, 1239, 1240; *Nipperdey*, S. 118; *Larenz*, S. 49.
2090 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 267 ff.
2091 *Busche*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[1], Bd. 1, vor § 145, Rdnr. 23; *Nipperdey*, S. 118; *Belke*, S. 430; *Klingenfuß*, S. 199; *Bork*, in: *Staudinger*, BGB[2011], Buch 1, vor §§ 145-156, Rdnr. 33; a.A. *Kilian*, AcP 180 (1980), 47, 82, der eine Klage auf Leistung zu den nach § 315 Abs. 3 BGB festzulegenden angemessenen Bedingungen für statthaft hält.
2092 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 268.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nicht taxmäßig festgesetzt, hat der Vertragsinteressent auf eine billigem Ermessen entsprechende Bestimmung seitens des Gerichts anzutragen;[2093] der Klageantrag ist nämlich schon dann hinreichend bestimmt, soweit nur das Urteil vollstreckt werden kann.[2094] Bei einer Klageverbindung hat der Vertragsinteressent also Klage auf Vertragsschluss und Leistung zu der vom Gericht festzusetzenden Gegenleistung zu erheben.[2095] Kann auch die Leistung nicht hinreichend genau bestimmt werden, etwa weil das Vertragsbegehren auf eine mehrmalige oder fortlaufende Belieferung gerichtet ist, muss der Vertragsinteressent Feststellungsklage erheben.[2096]

Einstweilige Verfügungen sind nach den allgemeinen Regeln zulässig (§§ 935, 940 ZPO). Allerdings gelten für den Erlass einer auf Leistung gerichteten einstweiligen Verfügung, der sog. Leistungsverfügung, strenge Anforderungen, da entgegen dem Grundsatz, dass im einstweiligen Rechtsschutz nur „einstweilige", d.h. vorübergehende Maßnahmen getroffen werden, die Hauptsache zumindest teilweise vorweggenommen wird.[2097] Leistungsverfügungen setzen deshalb die Glaubhaftmachung einer *besonderen* Dringlichkeit – die Gefahr eines irreparablen Schadens[2098] – und die *hohe* statt überwiegende Wahrscheinlichkeit des Erfolgs in der Hauptsache voraus.[2099] Nach Ansicht des Kartellsenats des OLG Düsseldorf stehen beide Voraussetzungen in einem Wechselverhältnis zu-

---

2093 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 268 f.; *Kilian*, AcP 180 (1980), 47, 82.

2094 *Becker-Eberhard*, in: *Rauscher/Krüger*, MünchKommZPO[4], Bd. 1, § 253, Rdnr. 90.

2095 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 267.

2096 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 269 ff.

2097 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 271 f.; allgemein *Drescher*, in: *Rauscher/Krüger*, MünchKommZPO[4], Bd. 2, § 938, Rdnr. 8 u. 10; *Grunsky*, in: *Stein/Jonas*, ZPO[22], Bd. 9, vor § 935, Rdnr. 31 f.; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO[72], Grundz § 916, Rdnr. 5 u. 9.

2098 *Drescher*, in: *Rauscher/Krüger*, MünchKommZPO[4], Bd. 2, § 938, Rdnr. 16; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO[72], Grundz § 916, Rdnr. 6; ebenso etwa OLG Dresden GRUR-RR 2002, 85, 87; OLG München GRUR-RR 2003, 56, 58; ähnlich OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 123, 124; GRUR-RR 2002, 176, 178.

2099 *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO[72], Grundz § 916, Rdnr. 9 („hohe Erfolgswahrscheinlichkeit in der Hauptsache"); *Drescher*, in: *Rauscher/Krüger*, MünchKommZPO[4], Bd. 2, § 938, Rdnr. 15 f. („in höchstem Maße wahrscheinlich"); siehe auch *Vollkommer*, in: *Zöller*, ZPO[30], § 940, Rdnr. 6 („strenge Prüfung"); *Grunsky*, in: *Stein/Jonas*, ZPO[22], Bd. 9, vor § 935, Rdnr. 37 („besonders strenge Anforderungen"). Grundsätzlich sind Tatsachen glaubhaft gemacht,

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einander: Ist die Rechtslage *eindeutig*, sind geringere Anforderungen an die besondere Dringlichkeit, die „Notlage“,[2100] zu stellen; umgekehrt ist die Schwelle für die darzulegende Notlage höher anzusetzen, wenn die Rechtslage nicht zu Gunsten des Antragstellers *zweifelsfrei* feststeht.[2101] Der Grundsatz, dass die einstweilige Verfügung nicht zur Vorwegnahme der Hauptsache führen darf, schließt es zudem aus, im Verfügungsverfahren auf einen Vertragsschluss anzutragen.[2102] Im isolierten Verfügungsverfahren kann der Antrag deshalb unmittelbar auf Leistung gerichtet werden.[2103] Dies ist zwar dogmatisch unbefriedigend, aber vom praktischen Ergebnis her tolerabel, weil andernfalls Rückabwicklungsprobleme drohten.[2104]

2. Frankreich

Der allgemeine Kontrahierungszwang spielt in der französischen Rspr. und Literatur so gut wie keine Rolle.[2105] Der wesentliche Grund ist, dass das französische Recht neben dem kartellrechtlichen Kontrahierungszwang (Art. L. 420-2 C. com. i.V.m. Art. 1382 CC) einen weiteren besonderen Kontrahierungszwang kennt, der einen sehr weiten Anwendungsbereich hat:[2106] die Rechtsfigur des *refus de vente*.[2107] Nach Art. L. 122-1 Abs. 1 C. consom. ist es verboten, einem Verbraucher den Verkauf eines Produktes oder einer Dienstleistung ohne Rechtfertigung zu verweigern, den Verkauf eines Produktes an den Kauf einer auferlegten Menge, den Kauf eines anderen Produkts oder eines anderen Dienstes zu binden, und eine Dienstleistung an eine andere Dienstleistung oder den Kauf eines

---

wenn nachgewiesen wird, dass ihr Vorliegen *überwiegend* wahrscheinlich ist, *Prütting*, in: *Rauscher/Krüger*, MünchKommZPO[4], Bd. 1, § 294, Rdnr. 2 u. 24.

2100 OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 123, 124 („Diese Situation, die den Erlaß einer Leistungsverfügung rechtfertigt, wird gemeinhin als ‚Notlage’ oder ‚existentielle Notlage’ oder mit ähnlichen Bezeichnungen benannt“).

2101 OLG Düsseldorf GRUR-RR 2002, 176, 178.

2102 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 272.

2103 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 272.

2104 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 272.

2105 Vgl. *Klingenfuß*, S. 146.

2106 *Klingenfuß*, S. 11.

2107 Eingehend zu Entstehungsgeschichte, Normzweck, Tatbestand und Rechtsfolgen *Klingenfuß*, S. 76 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Produktes zu koppeln.[2108] Deshalb hält sich das praktische Bedürfnis nach einem *allgemeinen* Kontrahierungszwang in Grenzen.[2109] Es ist kein Zufall, dass die einschlägige französische Literatur im Wesentlichen aus der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts stammt,[2110] als der *refus de contracter* weder kartellrechtlich noch verbraucherschutzrechtlich verboten war; das gesetzliche Verbot der Verkaufsverweigerung geht auf ein Dekret vom 30. Januar 1940 zurück.[2111] Die dort diskutierte Frage nach Geltung und etwaigen Voraussetzungen eines allgemeinen Kontrahierungszwangs soll hier aber offen bleiben,[2112] weil damit kein Erkenntnisgewinn für die Ausgestaltung der urheberrechtlichen Zwangslizenz de lege ferenda verbunden wäre.

Wichtiger ist die Frage nach den Rechtsfolgen eines verbotenen *refus de contracter* (*refus de vente*). Die rechtswidrige Verweigerung eines Vertragsschlusses ist eine *faute* i.S.v. Art. 1382 CC.[2113] Der Vertragsverweigerer ist deshalb zum Schadensersatz verpflichtet. Zwar kann dieser grundsätzlich nicht nur als Geldersatz (*réparation par équivalent*), sondern auch als Naturalrestitution (*réparation par nature*) geleistet werden.[2114] Dennoch kann die Abgabe der auf Vertragsschluss gerichteten Willenserklärung nach ganz überwiegender Ansicht nicht unmittelbar erzwungen werden.[2115] Nicht nur kann nach Art. 1142 CC die Nichterfüllung einer Ver-

---

2108 In Anlehnung an die Übersetzung von *Klingenfuß*, S. 90: „Il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime, et de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service ainsi que de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit."

2109 *Klingenfuß*, S. 146.

2110 Vgl. *Morel*, RTD civ. 1908, 289-311; *Josserand*, De l'esprit des droits et de leur relativité (1927); *ders.*, D. 1940, Chr., 5-8; *Capitant*, RTD civ. 1928, 365-376; *Ricot*, Le refus de contracter (1929); *Rouast*, RTD civ. 1944, 1-19; *Durand*, RTD civ. 1944, 73-97; siehe auch *Klingenfuß*, S. 11 („Die wissenschaftliche Diskussion eines allgemeinen zivilrechtlichen Kontrahierungszwangs fehlt in der neueren Literatur nahezu vollständig").

2111 *Klingenfuß*, S. 80.

2112 Insoweit wird auf *Klingenfuß*, S. 200 ff., verwiesen.

2113 *Klingenfuß*, S. 121 u. 217.

2114 *Klingenfuß*, S. 123 f. m.w.N.

2115 *Klingenfuß*, S. 122 m.w.N. u. 219, der selbst aber entgegen der h.M. einen unmittelbar auf Art. 1382 CC bzw. Art. L. 122-1 Abs. 1 C. consom. gestützten unmittelbaren Kontrahierungszwang vorschlägt, a.a.O., S. 126 u. 219; *Belke*, S. 278; *Ferid*, S. 416 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

pflichtung zu einem Tun oder Unterlassen nur den Schadensausgleich zur Folge haben,[2116] woraus eine weit verbreitete Literaturansicht das Prinzip der Nichtvollstreckbarkeit vertraglicher und nichtvertraglicher Handlungspflichten ableitet.[2117] Auch enthält das französische Zwangsvollstreckungsrecht keine § 894 ZPO entsprechende Vorschrift.[2118] Damit begründet das Verbot des *refus de contracter* (*refus de vente*) nur einen *mittelbaren* Kontrahierungszwang.[2119]

Anstelle eines *unmittelbaren* Kontrahierungszwangs kennt das französische Recht das Rechtsinstitut des diktierten Vertrages (*contrat forcé*). Hier wird der Vertrag nicht durch zwei sich deckende Willenserklärungen, sondern unmittelbar durch privatrechtsgestaltenden Hoheitsakt herbeigeführt.[2120] Eine Kontrahierung und mithin ein Kontrahierungszwang sind nicht nötig: der Vertrag wird nicht von den Parteien geschlossen, sondern den Parteien von einem Dritten oktroyiert. Ein Beispiel ist das „Foujita"-Urteil, mit dem eine Lizenz *und* eine Vergütungspflicht angeordnet wurden.[2121] Es beruht auf der Regelung des Art. L. 122-9 Abs. 1 S. 1 CPI, nach der der Tribunal de grande instance „jede geeignete Maßnahme treffen kann".[2122] Das „Foujita"-Urteil zeigt, dass das Gericht den Rechtsinhaber nicht erst zum Abschluss eines Lizenzvertrages verurteilen muss – der *contrat forcé* kommt ohne Mitwirkung des Rechtsinhabers zustande –, sondern – weil es von vornherein rechtsgestaltend tätig wird – dem Lizenzsucher auch unmittelbar die Lizenz erteilen kann. Nichts anderes gilt für die kartellrechtlichen und die auf das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot gestützten mittelbaren Zwangslizenzen;[2123] auch diese haben den

---

2116 „Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur."

2117 *Klingenfuß*, S. 124 m.w.N.

2118 *Klingenfuß*, S. 134.

2119 *Klingenfuß*, S. 122 u. 218 f.; *Belke*, S. 278; *Ferid*, S. 416.

2120 *Klingenfuß*, S. 14.

2121 TGI Nanterre, Urt. v. 15.9.1986, RIDA 131 (1987), 268, 272 – „Foujita" („Autorise les éditions ACR à publier le manuscrit […] illustré des mille deux cents reproductions communiquées à Mme Foujita […]; Dit que les éditions ACR devront respecter les droits patrimoniaux"); CA Rennes, Urt. v. 16.11.1990, RIDA 148 (1991), 168, 175 – „Foujita" („Considérant […] que les droits patrimoniaux de l'auteur ou de ses ayants droit apparaissent donc respectés en leur principe, leurs montants devant être déterminés par la suite, d'un commun accord entre les parties ou au besoin arbitrés par le juge").

2122 Siehe bereits 2. Kapitel A. II. 6. b) aa) (2).

2123 Siehe bereits 2. Kapitel A. II. 6. b) bb).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Charakter eines *contrat forcé*.[2124] Das Problem der Nichtvollstreckbarkeit vertraglicher und nichtvertraglicher Handlungspflichten (Art. 1142 CC) wird auf diese Weise elegant gelöst.

3. Zwischenergebnis

Das Rechtsinstitut des Kontrahierungszwangs oder *refus de contracter* bildet eine immanente Grenze der Vertragsfreiheit des einen zum Schutz der Vertragsfreiheit des anderen. Der Tatbestand des allgemeinen Kontrahierungszwangs kann hier offen bleiben, weil für die Ausgestaltung der urheberrechtlichen Zwangslizenz de lege ferenda nur die Rechtsfolge und Durchsetzung von Interesse sind. Rechtsfolge ist der Anspruch auf Abschluss eines privatrechtlichen Zielvertrages mit einem bestimmten bzw. zu bestimmenden Inhalt. Der Vertragsinteressent muss ein Angebot abgeben, das auf einen bestimmten Leistungsgegenstand und eine nach billigem Ermessen zu bestimmende Gegenleistung gerichtet ist. Der Kontrahierungspflichtige hat dann zwei Möglichkeiten: Entweder nimmt er das Angebot an und bestimmt eine „billige" Gegenleistung (§ 316 i.V.m. § 315 Abs. 1 BGB entsprechend); das Gericht kann die Gegenleistungsbestimmung nur auf Ermessensfehler überprüfen – der Kontrahierungspflichtige trägt insoweit die Darlegungs- und Beweislast – und eine Ersatzbestimmung nur bei Ermessensfehlgebrauch treffen. Oder er verweigert den Vertragsschluss und überlässt es dem Gericht, an seiner statt die Gegenleistung zu bestimmen (§ 316 i.V.m. § 315 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 BGB entsprechend); in diesem Fall sind beide Parteien gehalten, die für ihre jeweilige Position sprechenden Umstände vorzutragen. Durchgesetzt wird der Anspruch mit einer Klage auf Vertragsschluss und Leistung zu der vom Gericht festzusetzenden Gegenleistung, d.h. die Gegenleistung muss im Klageantrag nicht beziffert werden (es sei denn, sie ist taxmäßig bestimmt). Eine auf Leistung gerichtete einstweilige Verfügung (sog. Leistungsverfügung) ist nach allgemeinen Regeln zulässig, wenn eine *besondere* Dringlichkeit und eine *hohe* Wahrscheinlichkeit des Erfolgs in der Hauptsache bestehen. Mit Rechtskraft des Urteils wird das Zustandekommen des Zielvertrages fingert (§ 894 ZPO). Da in Frankreich eine entsprechende Vor-

2124 *Jacquier*, Le pouvoir du juge sur les contrats d'auteur, Rdnr. 491 ff.; *dies.*, Comm. com. électr. 11/2001, 13, 15; *Caron*, Abus de droit et droit d'auteur, Rdnr. 188 ff.; *ders.*, RIDA 176 (1998), 2, 37.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schrift fehlt und aus Art. 1142 CC das Prinzip der Nichtvollstreckbarkeit vertraglicher und nichtvertraglicher Handlungspflichten abgeleitet wird, kann dort die Abgabe einer Willenserklärung unmittelbar nicht erzwungen werden. Anstelle eines *unmittelbaren* Kontrahierungszwangs kennt das französische Recht den diktierten Vertrag (*contrat forcé*), der unmittelbar durch privatrechtsgestaltenden Hoheitsakt herbeigeführt wird.

II. Die urheberrechtlichen Zwangslizenzen de lege lata

Zunächst werden die Zwangslizenzen des deutschen Urheberrechts untersucht (unten 1.). Sodann wird die im französischen Urheberrechtsgesetz (Première partie du Code de la propriété intellectuelle) geregelte Verpflichtung zur Offenlegung von DRM-Schnittstelleninformationen beleuchtet, da es sich hierbei um eine „versteckte" Zwangslizenz handeln könnte (unten 2.).

1. Deutschland

Das deutsche Urheberrecht kennt vier Zwangslizenzen: eine Zwangslizenz an Werken der Musik (unten a)), eine Zwangslizenz an privaten Normwerken (unten b)), eine Zwangslizenz an Funksendungen und gesendeten Werken (unten c)) und eine Zwangslizenz an Werken, die bei einer Verwertungsgesellschaft liegen (unten d)).

a) Zwangslizenz an Musikwerken (§ 42a UrhG)

Die älteste und wohl bekannteste urheberrechtliche Zwangslizenz ist die in § 42a UrhG geregelte Zwangslizenz an Musikwerken zugunsten von Tonträgerherstellern. Es werden die Entstehungsgeschichte (unten aa)), der Normzweck (unten bb)), der Tatbestand (unten cc)), die Rechtsfolge (unten dd)) und die Durchsetzung (unten ee)) dargelegt.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aa) Entstehungsgeschichte

Die Zwangslizenz des § 42a UrhG hat eine lange Geschichte. Auf Betreiben der Schweiz bzw. deren Spieldosenindustrie war in § 3 des Schlussprotokolls der Berner Übereinkunft von 1886 bestimmt worden, dass „die Fabrikation und der Verkauf von Instrumenten, welche zur mechanischen Wiedergabe von Musikstücken dienen, die aus geschützten Werken entnommen sind, nicht als den Tatbestand der musikalischen Nachbildung darstellend angesehen werden".[2125] Damit war unstreitig die Herstellung und Verbreitung von mechanischen Musikinstrumenten mit *festen* Walzen freigestellt.[2126] Als bald darauf, zunächst in Deutschland, mechanische Musikinstrumente mit *auswechselbaren* Platten – gewissermaßen die Vorläufer des Grammophons – hergestellt und vermarktet wurden, war umstritten, ob auch diese Nutzungshandlung freigestellt war.[2127] Anders als die Cour d'appel de Paris, die diese Frage mit dem Argument bejahte, dass die Lochplatten einen Bestandteil der musikalischen Instrumente bildeten und deshalb § 3 des Schlussprotokolls unterfielen,[2128] erblickte das RG darin eine verbotene Vervielfältigung des Musikwerkes.[2129] Die Folge war, dass in Deutschland mechanische Musikinstrumente mit festen Bestandteilen gegenüber solchen mit auswechselbaren Bestandteilen begünstigt wurden. Aus „Rücksicht auf die deutsche Industrie" verabschiedete der deutsche Gesetzgeber daraufhin § 22 LUG, womit grundsätzlich alle mechanischen Musikinstrumente freigestellt waren.[2130] Als mit der Revision der Berner Übereinkunft von 1908 § 3 des Schlussprotokolls gestrichen und dem Urheber das ausschließliche Recht zur Übertragung von Musikwerken „auf Instrumente, die zu ihrer mechanischen Wiedergabe dienen", zugestanden wurde (damals Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 RBÜ), wurde auf Betreiben der deutschen Delegation ein Vorbehalt angefügt (damals Art. 13 Abs. 2 RBÜ, heute Art. 13 Abs. 1 RBÜ), der es dem deutschen Gesetzgeber erlaubte, § 22 LUG durch eine Zwangslizenzregelung in §§ 22-22c LUG zu ersetzen.[2131] Diese Vorschriften wurden schließlich 1965 als § 61 UrhG

2125 *Strecker*, S. 11 u. 14; *Voigtländer/Fuchs*, S. 141 f.; *Allfeld*, S. 243.
2126 Vgl. *Voigtländer/Fuchs*, S. 142; *Allfeld*, S. 243.
2127 *Voigtländer/Fuchs*, S. 142; *Allfeld*, S. 243.
2128 *Strecker*, S. 16.
2129 RGZ 22, 174, 176.
2130 *Strecker*, S. 17; *Voigtländer/Fuchs*, S. 142; *Allfeld*, S. 244.
2131 *Voigtländer/Fuchs*, S. 142; *Allfeld*, S. 244.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

neugefasst und 2003 in § 42a UrhG überführt.[2132] Ursprünglich sollte § 61 UrhG eine gesetzliche Lizenz regeln, weil das Verfahren der Zwangslizenz für zu langwierig gehalten wurde.[2133] Der Gesetzgeber folgte aber dem Vorschlag des Rechtsausschusses, die gesetzliche Lizenz in eine Zwangslizenz „abzuschwächen", wobei ausdrücklich auf die erleichterten Voraussetzungen einer einstweiligen Verfügung hingewiesen wurde.[2134]

bb) Normzweck

§ 42a UrhG soll verhindern, dass ein einzelner Tonträgerhersteller „ein Monopol an einem Werk erwirbt. Ein solches Monopol wäre nicht nur aus wirtschaftlichen Gründen, sondern vor allem auch aus kulturellen Gründen unerwünscht, da dadurch zum Schaden der Allgemeinheit und des Urhebers das Erscheinen des Werkes in verschiedenen miteinander wetteifernden Interpretationen unterbunden werden könnte."[2135] Damit hat die Zwangslizenz an Musikwerken einen doppelten, nämlich wettbewerbs-

2132 *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 3 f.

2133 Gesetzentwurf v. 23.3.1962, BT-Drs. 4/270, S. 77 („Dieses Verfahren ist umständlich und kostet den Hersteller unter Umständen so viel Zeit, daß sich dann die Aufnahme des Werkes auf Tonträger nicht mehr lohnt, weil das Publikumsinteresse an dem betreffenden Werk geschwunden ist. Insbesondere bei Schlagermusik kann dies leicht so liegen").

2134 Bericht des Rechtsausschusses v. 10.5.1965, zu BT-Drs. 4/3401, S. 11 („Diese Regelung ist für den Urheber günstiger, weil sie es ihm ermöglicht, die Bedingungen für die Nutzung seines Werkes in angemessenem Rahmen selbst festzusetzen. Dem Interesse der Schallplattenindustrie, beim Eintritt der Voraussetzungen für die Zwangslizenz möglichst schnell die Produktion aufnehmen zu können, trägt die in Absatz 6 Satz 2 vorgesehene Regelung Rechnung, nach der einstweilige Verfügungen unter erleichterten Voraussetzungen erlassen werden können").

2135 Bericht des Rechtsausschusses v. 10.5.1965, zu BT-Drs. 4/3401, S. 11; in dieselbe Richtung bereits Gesetzentwurf v. 23.3.1962, BT-Drs. 4/270, S. 77 („Nach wie vor ist ein Bedürfnis dafür anzuerkennen, daß die Werke der Tonkunst allen Herstellern von Tonträgern für die Übertragung auf solche Vorrichtungen gegen angemessene Gebühr zur Verfügung stehen. Damit wird Monopolbildungen zugunsten einzelner Firmen vorgebeugt. Es liegt ebenso im Interesse der Komponisten wie der Allgemeinheit, daß für die Aufnahme auf Tonträger der Wettbewerb mehrerer Hersteller offengehalten und dadurch das Streben nach Vervollkommnung der Tonträger wachgehalten wird").

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und kulturpolitischen Zweck.[2136] Zwar ist ihre praktische Bedeutung gering, weil die sog. mechanischen Rechte der Vervielfältigung und Verbreitung von Musikwerken auf Tonträgern in der Regel von der GEMA wahrgenommen werden, die als Verwertungsgesellschaft ohnehin zur Lizenzerteilung verpflichtet ist (§ 34 Abs. 1 VGG).[2137] Dennoch ist die Norm nicht bedeutungslos; denn gäbe es sie nicht, würden der GEMA die mechanischen Rechte möglicherweise nicht in dem Umfang zur treuhänderischen Wahrnehmung eingeräumt werden wie bisher.[2138] Stattdessen könnten die großen Musiklabels ihre Hits monopolisieren und konkurrierende Coverversionen verhindern.[2139] Die Folge wäre eine „Verarmung der Kulturlandschaft".[2140]

cc) Tatbestand

Nach § 42a Abs. 1 UrhG kann ein Tonträgerhersteller (unten (1)) vom Rechtsinhaber (unten (2)) die Erteilung einer Lizenz verlangen, wenn das Musikwerk lizenziert worden sowie erschienen ist (unten (3)) und der Anspruch nicht ausgeschlossen ist (unten (4)).

(1) Berechtigter

Anspruchsberechtigt sind Hersteller von Tonträgern mit Hauptniederlassung (§§ 13-13c HGB, § 17 ZPO) oder Wohnsitz (§ 7 BGB) in Deutsch-

2136 Vgl. Gesetzentwurf v. 6.11.2002 („Erster Korb"), BT-Drs. 15/38, S. 17; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 1; *Gass*, in: *Möhring/Nicolini*, UrhG[2], § 61, Rdnr. 1; *Buhrow/Nordemann*, GRUR Int. 2005, 407, 411; *Wolff*, S. 58.

2137 *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 1; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 3; *Gass*, in: *Möhring/Nicolini*, UrhG[2], § 61, Rdnr. 3; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 4; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 7; *Wolff*, S. 81.

2138 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 3.

2139 *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 2; *Gass*, in: *Möhring/Nicolini*, UrhG[2], § 61, Rdnr. 9.

2140 *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 2; ähnlich *Gass*, in: *Möhring/Nicolini*, UrhG[2], § 61, Rdnr. 9.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

land oder – aufgrund des Diskriminierungsverbots (Art. 18 EUV)[2141] – in einem anderen Mitgliedstaat der EU (§ 42a Abs. 1 S. 1 Hs. 1 UrhG); mangels entsprechender Bekanntmachung des Bundesministers der Justiz (§ 42a Abs. 2 UrhG) können sich Tonträgerhersteller aus Drittstaaten nicht auf § 42a UrhG berufen.[2142] Tonträger sind „Vorrichtungen zur wiederholbaren Wiedergabe von Tonfolgen" (§ 16 Abs. 2 UrhG), insbesondere Audio-CDs, nicht aber Bild-Ton-Träger wie Video-DVDs.[2143] Tonträgerhersteller ist jeder, der Tonträger entweder selbst herstellt oder sie herstellen lässt, um sie im eigenen Namen zu vertreiben, wobei „Herstellen" nicht die Erzeugung des Rohstoffes (z.B. des CD-Rohlings), sondern die Vervielfältigung des bespielten Tonträgers bezeichnet.[2144]

(2) Verpflichteter

Anspruchsgegner ist entweder der Urheber (§ 42a Abs. 1 S. 1 Hs. 1 UrhG) oder nach Einräumung ausschließlicher Nutzungsrechte deren Inhaber (§ 42a Abs. 4 UrhG), z.B. ein Tonträgerhersteller.

(3) Vorherige Lizenzierung eines Werks der Musik, das erschienen ist

Der Anspruch auf Lizenzerteilung setzt nach § 42a Abs. 1 S. 1 Hs. 1 UrhG voraus, dass der Urheber einem anderen Tonträgerhersteller ein Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung eines Musikwerks auf *Ton*trägern – nicht *Bild*-Ton-Trägern (Art. 42a Abs. 7 UrhG)[2145] – eingeräumt hat und dieses

2141 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 9; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 20; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 13; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 14.

2142 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 9; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 21; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 13.

2143 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 6; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 14; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 11; *Wolff*, S. 59.

2144 *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 8; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 10; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 8; *Wolff*, S. 59.

2145 *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 19.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– gleich an welchem Ort und auf welche Art[2146] – erschienen, also der Öffentlichkeit bereits in körperlicher Form zugänglich gemacht worden ist (§ 6 Abs. 2 UrhG).[2147] Aus diesem Grund ist ein Urheber, der sein Werk selbst auf Tonträger vervielfältigt und verbreitet, nicht zur Lizenzerteilung verpflichtet.[2148]

(4) Kein Ausschluss

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn die Rechte erlaubterweise von einer Verwertungsgesellschaft wahrgenommen werden (§ 42a Abs. 1 S. 1 Hs. 2 Alt. 1 UrhG) oder das Werk der Überzeugung des Urhebers nicht mehr entspricht, ihm deshalb die Verwertung des Werkes nicht mehr zugemutet werden kann und er ein etwa bestehendes Nutzungsrecht aus diesem Grunde zurückgerufen hat (§ 42a Abs. 1 S. 1 Hs. 2 Alt. 2 UrhG). Um einem Rechtsmissbrauch vorzubeugen, muss der Urheber in dem Zeitpunkt, in dem die Zwangslizenz verlangt wird, die Rückruferklärung (§ 42 Abs. 1 UrhG) bereits abgegeben haben; eine spätere Rückruferklärung rechtfertigt die Verweigerung der Zwangslizenz nicht.[2149]

dd) Rechtsfolge

Rechtsfolge des § 42a Abs. 1 UrhG ist ein Anspruch auf Lizenzerteilung, vermittelt durch den Abschluss eines Lizenzvertrages.[2150]

2146 *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 6; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 9; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 11; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 5.

2147 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 11; *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 6, Rdnr. 30.

2148 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 12; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 11; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 8; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 10; *Wolff*, S. 60.

2149 *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 23; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 18; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 13; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 42a, Rdnr. 14.

2150 BGH GRUR 1998, 376, 378 – „Coverversion“; der Vertragsschluss ist lediglich das Vehikel, um dem Lizenzsucher die Lizenz zu gewähren, allgemein für den

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(1) Leistung

Gegenstand des Lizenzvertrages ist ein einfaches Recht zur Übertragung, Vervielfältigung und Verbreitung eines Musikwerks – mit oder ohne Text (§ 42a Abs. 5 UrhG)[2151] – auf *Ton*trägern (§ 42a Abs. 1 Hs. 1 UrhG),[2152] nicht *Bild*-Ton-Trägern (§ 42a Abs. 1 S. 2 UrhG).[2153] Dabei müssen die drei einzelnen Rechte gemeinsam erworben werden; der isolierte Erwerb nur eines Rechtes ist nicht möglich.[2154] Zudem muss das einzuräumende Recht ein Musikwerk betreffen, nicht eine vorhandene Aufnahme oder eine Darbietung; die Zwangslizenz erfasst also nicht den Erwerb von Leistungsschutzrechten.[2155] Aufgrund des Territorialitätsprinzips ist die Zwangslizenz auf das *Inland* beschränkt; die Ausfuhr von Tonträgern in das Ausland ist grundsätzlich unzulässig (§ 42a Abs. 3 UrhG), die Zulässigkeit des Imports richtet sich nach dortigem Recht.[2156] Dies steht im Einklang mit Art. 13 Abs. 1 RBÜ, der die Wirkung eines Vorbehalts für das Recht der Aufnahme eines Werkes auf einen Tonträger auf das Hoheitsgebiet des Landes beschränkt, das sie festgelegt hat.

Kontrahierungszwang *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 264.

2151 *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 11; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 4; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 6; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 42a, Rdnr. 7; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 5.

2152 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 15; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 15; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 18.

2153 *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 11; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 6; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 14; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 42a, Rdnr. 12; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 18.

2154 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 13; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 11; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 15.

2155 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 5; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 5; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 7; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 20.

2156 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 16; siehe auch *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 16; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 16; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 42a, Rdnr. 20 f.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(2) Gegenleistung

Das Nutzungsrecht ist zu angemessenen Bedingungen einzuräumen (§ 42a Abs. 1 Hs. 1 UrhG), der Lizenzsucher muss sich also insbesondere zu einer angemessenen Vergütung verpflichten. Einigen sich die Parteien nicht, hat das Gericht die Gegenleistung nach billigem Ermessen,[2157] also regelmäßig schätzungsweise zu bestimmen (§ 287 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 1 ZPO).[2158] Nimmt der Rechtsinhaber dagegen das Angebot des Lizenzsuchers an und bestimmt eine „billige" Lizenzgebühr, muss dasselbe gelten wie beim allgemeinen Kontrahierungszwang, d.h. das Gericht darf die Gegenleistungsbestimmung des Rechtsinhabers nur auf Ermessensfehler überprüfen und eine Ersatzbestimmung nur bei Ermessensüberschreitung treffen (§ 315 Abs. 3 S. 2 BGB entsprechend).[2159] Für die Bestimmung der Angemessenheit ist regelmäßig der Betrag zugrunde zu legen, den der Urheber in anderen vergleichbaren Fällen verlangt und auch erzielt hat, also die Lizenzhöhe, die er bei der erstmaligen Lizenzierung des Werkes erhalten hat oder die er üblicherweise für vergleichbare Werke erhält.[2160] Im Übrigen kann die Angemessenheit der Vergütung im Vergleich mit den entsprechenden Tarifen der GEMA ermittelt werden, die freilich nur die Untergrenze darstellen, und zwar ohne Berücksichtigung von Gesamtvertragsrabatten etc.[2161] Einerseits soll der Rechtsinhaber keine prohibitiven

2157 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 596, speziell zu § 61 UrhG a.F. (d.i. § 42a UrhG n.F.); vgl. *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 14; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 42a, Rdnr. 15; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 14; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 15; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 21.

2158 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 14; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 15; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 21.

2159 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 596, speziell zu § 61 UrhG a.F. (d.i. § 42a UrhG n.F.).

2160 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 14; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 15; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 14; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 42a, Rdnr. 15; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 21.

2161 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 14; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 15; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 14; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 42a, Rdnr. 15; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 21.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Preise verlangen und auf diese Weise die Zwangslizenz aushebeln können; andererseits soll der Lizenzsucher denjenigen Preis zahlen müssen, der bei gesteigerter Beliebtheit des Werkes üblicherweise zu zahlen ist.[2162]

(3) Keine Beeinträchtigung des Urheberpersönlichkeitsrechts

Schließlich muss der Zwangslizenznehmer – wie jeder andere Lizenznehmer auch – das Urheberpersönlichkeitsrecht beachten, indem er insbesondere den Urheber benennt (§ 13 UrhG) und Änderungen am Werk grundsätzlich unterlässt (§ 39 UrhG).[2163] Teil-Werknutzungen, Kürzungen, Bearbeitungen, Auswechseln von Stimmen, andere Instrumentierungen, Verbindungen mit anderen Werken oder Gestaltungselementen oder sonstige Umgestaltungen sind damit unzulässig.[2164] Grundsätzlich erlaubt – und vom Gesetzgeber sogar gewollt[2165] – sind dagegen Coverversionen.[2166] Der Verweis in § 42a Abs. 1 S. 2 UrhG auf § 63 UrhG (Quellenangabe) ist so zu verstehen, dass nicht nur der Urheber – dies folgt bereits aus § 13 UrhG –, sondern auch der sonstige Rechtsinhaber (Verleger) anzugeben ist.[2167]

ee) Durchsetzung

§ 42a Abs. 1 UrhG verleiht nur den Anspruch auf Abschluss eines Lizenzvertrages, nicht die Lizenz selbst.[2168] Der Anspruch soll vorrangig durch

---

2162 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 14.

2163 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 17; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 24 f.; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 15; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 22 f.

2164 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 17.

2165 LG München I ZUM-RD 2002, 14, 16.

2166 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 17; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 15; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 22; LG München I ZUM-RD 2002, 14, 16.

2167 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 18; siehe auch *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 15; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 24; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 23.

2168 BGH GRUR 1998, 376, 378 – „Coverversion".

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gütliche Einigung verwirklicht und erst bei Scheitern der Verhandlungen eingeklagt werden.[2169] Das Unterlassen eines Einigungsversuchs hätte zwar nicht die Klageabweisung zur Folge – die außergerichtliche Einigung ist (hier) keine Prozessvoraussetzung –, sondern ein Anerkenntnisurteil (§ 307 ZPO); der Lizenzsucher müsste aber die Prozesskosten tragen, weil der Rechtsinhaber durch sein Verhalten keinen Anlass zu Klage gegeben hätte (§ 93 ZPO).[2170]

Der Anspruch auf Abschluss eines Lizenzvertrages ist auf die Abgabe einer Willenserklärung zur Lizenzierung zu angemessenen Bedingungen gerichtet. Daher ist der Lizenzerteilungsanspruch mit einer *Leistungsklage* zu verfolgen.[2171] Mit Rechtskraft des Urteils wird die auf Annahme des Lizenzangebots gerichtete Willenserklärung des Rechtsinhabers fingiert (§ 894 ZPO),[2172] wobei die angemessenen Bedingungen u.U. rechtsgestaltend festgesetzt werden.[2173]

Die *Zuständigkeit* richtet sich nach allgemeinen Regeln (§§ 1 ff. ZPO, 105 UrhG).[2174] Danach ist grundsätzlich das Gericht am allgemeinen Gerichtsstand des Rechtsinhabers zuständig (§§ 12 ff. ZPO).[2175] Nur soweit der Rechtsinhaber keinen allgemeinen Gerichtsstand im Inland hat, gilt § 42a Abs. 6 S. 1 UrhG mit der Zuständigkeit des LG München I bzw. AG München.[2176] Für einstweilige Verfügungen soll das Gericht am Sitz des Lizenzsuchers zuständig sein, da sich dort das durchzusetzende Lizenzrecht im Sinne des § 919 ZPO „befinde".[2177] Dem kann nicht gefolgt wer-

---

2169 *Münch*, S. 24.
2170 *Münch*, S. 24.
2171 *Münch*, S. 25.
2172 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 19; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 24.
2173 *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 24.
2174 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 20; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 29; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 21; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 42a, Rdnr. 24; unverständlich *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 25 (Zuständigkeit nach §§ 38 ff. ZPO).
2175 *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 42a, Rdnr. 24.
2176 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 20; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 29; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 21; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 42a, Rdnr. 24; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 25.
2177 So *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 21; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 25.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den: § 919 ZPO regelt die Zuständigkeit des *Arrest*gerichts; für den Erlass *einstweiliger Verfügungen* ist das Gericht der Hauptsache zuständig (§ 937 Abs. 1 ZPO).[2178]

Der *Klageantrag* muss zwar an sich bestimmt sein (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO), also aus einem vollständigen Lizenzangebot bestehen, das alle wesentlichen Vertragsbestandteile enthält.[2179] Doch kann die Höhe der angemessenen Lizenzgebühr unbeziffert bleiben.[2180]

Freilich kann sich der Prozess über mehrere Instanzen hinziehen und wäre die Zwangslizenz kaum effektiv.[2181] Damit der Lizenzsucher alsbald mit der Nutzung beginnen kann,[2182] erleichtert § 42a Abs. 6 S. 2 UrhG die Voraussetzungen an eine Leistungsverfügung. Danach wird der *Verfügungsgrund*, d.h. die (besondere)[2183] Dringlichkeit (§ 935, 940 ZPO), vermutet und muss der Lizenzsucher nur den *Verfügungsanspruch*, d.i. die hohe Wahrscheinlichkeit des Erfolgs in der Hauptsache,[2184] glaubhaft machen („Verfügungsmodell").[2185]

2178 Daher ist § 919 ZPO nicht über § 936 ZPO auf einstweilige Verfügungen anwendbar, *Drescher*, in: *Rauscher/Krüger*, MünchKommZPO[4], Bd. 2, § 936, Rdnr. 6; allg. Meinung.

2179 *Hötte*, S. 312, für die kartellrechtliche Zwangslizenz; allgemein zur Bestimmtheit eines Antrags auf Abgabe einer Willenserklärung *Becker-Eberhard*, in: *Rauscher/Krüger*, MünchKommZPO[4], Bd. 1, § 253, Rdnr. 149.

2180 *Münch*, S. 25; allgemein zum unbezifferten Klageantrag *Becker-Eberhard*, in: *Rauscher/Krüger*, MünchKommZPO[4], Bd. 1, § 253, Rdnr. 117 ff.

2181 Vgl. *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 21; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 26.

2182 *Marwitz/Möhring*, S. 204 („alsbald"); *Allfeld*, S. 253 („so rasch wie möglich").

2183 D.i. die Gefahr eines irreparablen Schadens, *Drescher*, in: *Rauscher/Krüger*, MünchKommZPO[4], Bd. 2, § 938, Rdnr. 16; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO[72], Grundz § 916, Rdnr. 6; ebenso etwa OLG Dresden GRUR-RR 2002, 85, 87; OLG München GRUR-RR 2003, 56, 58; ähnlich OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 123, 124; GRUR-RR 2002, 176, 178.

2184 *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO[72], Grundz § 916, Rdnr. 9 („hohe Erfolgswahrscheinlichkeit in der Hauptsache"); *Drescher*, in: *Rauscher/Krüger*, MünchKommZPO[4], Bd. 2, § 938, Rdnr. 15 f. („in höchstem Maße wahrscheinlich"); siehe auch *Vollkommer*, in: *Zöller*, ZPO[30], § 940, Rdnr. 6 („strenge Prüfung"); *Grunsky*, in: *Stein/Jonas*, ZPO[22], Bd. 9, vor § 935, Rdnr. 37 („besonders strenge Anforderungen").

2185 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 21; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 28; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 20; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 42a, Rdnr. 23; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 26.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Fraglich ist, ob die Dringlichkeitsvermutung widerlegt werden kann. In der Literatur wird diese Frage nicht erörtert. Die mit § 42a Abs. 6 S. 2 UrhG wortgleiche Vorschrift des § 25 S. 1 UWG a.F. wurde entgegen dem Wortlaut („können erlassen werden, auch wenn die in den §§ 935 und 940 der Zivilprozessordnung bezeichneten Voraussetzungen nicht *zutreffen*") von der h.M. so ausgelegt, dass zwar ein Verfügungsgrund erforderlich sei, dieser aber widerleglich vermutet werde.[2186] Dies wurde damit begründet, dass, wenn der Verfügungsgrund völlig entbehrlich wäre, das Gericht willkürlich handelte.[2187] Im Zuge der UWG-Reform von 2004 hat sich der Gesetzgeber ohne Begründung der h.M. angeschlossen und § 25 S. 1 UWG a.F. als § 12 Abs. 2 UWG in diesem Sinne reformuliert („können […] auch ohne *die Darlegung und Glaubhaftmachung* der in den §§ 935 und 940 der Zivilprozessordnung bezeichneten Voraussetzungen erlassen werden").[2188] Daraus folgt aber nicht, dass auch § 42a Abs. 6 S. 2 UrhG wie § 25 S. 1 UWG a.F. auszulegen wäre.[2189] Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Dringlichkeitsvermutung unwiderleglich gilt.[2190] Für dieses Ergebnis spricht zunächst der klare Wortlaut und die systematische Gegenüberstellung zu §§ 885 Abs. 1 S. 2, 899 Abs. 2 S. 2 BGB, weil nach diesen Vorschriften die *Glaubhaftmachung* eines Verfügungsgrundes nicht erforderlich ist, während § 42a Abs. 6 S. 2 UrhG *schlechterdings* darauf abstellt, dass die Voraussetzungen der §§ 935, 940 BGB nicht vorliegen

2186 BGH GRUR 2000, 151, 152 – „Späte Urteilsbegründung", ohne Begründung, aber mit Verweis auf die „fast einhellige Auffassung"; ebenso statt vieler *Baumbach/Hefermehl*, UWG[22], § 25, Rdnr. 6; *Teplitzky*, S. 748 f.; a.A. etwa *Schultz-Süchting*, in: *Jacobs/Lindacher/Teplitzky*, GroßkommUWG[1], Bd. 2, § 25, Rdnr. 37.

2187 *Baumbach/Hefermehl*, UWG[22], § 25, Rdnr. 6.

2188 Gesetzentwurf v. 22.8.2003, BT-Drs. 15/1487, S. 25 („Die Regelung entspricht im Wesentlichen § 25 UWG a.F. Es wird klargestellt, dass der Antragssteller den Verfügungsgrund nicht glaubhaft machen muss. Die Eilbedürftigkeit bzw. Dringlichkeit wird in Wettbewerbssachen vermutet").

2189 So aber ohne Begründung OLG München GRUR 1994, 118, 120 – „Beatles CD's" (für die analoge Anwendung des § 42a Abs. 6 S. 2); offenbar auch *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 20 („vgl. die identische Regelung in § 25 S. 1 UWG").

2190 Vgl. *Allfeld*, S. 253 („Einstweilige Verfügungen […] sind hier zuzulassen, auch wenn weder eine Veränderung des bestehenden Zustandes zu besorgen ist (§ 935 ZPO), noch die Regelung eines einstweiligen Zustandes zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder aus anderen Gründen nötig erscheint (§ 940 ZPO)"); *Voigtländer/Fuchs*, S. 151; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 28.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

müssen.[2191] Weiter spricht eine telelogische Auslegung für eine unwiderlegliche Vermutung. Denn wenn einstweilige Verfügungen nur erlassen werden können, wenn „aus der Lizenzverweigerung schwere finanzielle Nachteile drohen, die durch eine Geltendmachung des Erfüllungsanspruches im Hauptsacheverfahren nicht mehr aufgefangen werden können“,[2192] besteht das Risiko, dass der Lizenzsucher trotz eines Verfügungsanspruchs *nicht* alsbald mit der Nutzung beginnen kann. Eben dies soll aber durch § 42a Abs. 6 S. 2 UrhG verhindert werden. Schließlich ist das Argument richterlicher Willkür nicht überzeugend. Pflichtgemäßes richterliches Ermessen ohne Ausprägung eines besonderen Verfügungsgrundes ist nicht gleichbedeutend mit Willkür; umgekehrt kann ein Gericht auch dann willkürlich handeln, wenn es einen Verfügungsgrund feststellen muss.[2193]

Die Höhe der Lizenzgebühr wird erst in der Entscheidung in der Hauptsache bestimmt.[2194] Insgesamt ist damit die Zwangslizenz an Musikwerken effektiv.[2195] Allerdings gebieten die Interessen des Rechtsinhabers (Insolvenzrisiko), dass die einstweilige Zwangslizenz nur gegen Sicherheitsleistung erteilt wird (§ 921 Abs. 2 S. 2 ZPO).[2196]

b) Zwangslizenz an privaten Normwerken (§ 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG)

Die zweite urheberrechtliche Zwangslizenz ist die in § 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG geregelte Zwangslizenz an privaten Normwerken zugunsten von Verlegern.

2191 *Schultz-Süchting*, in: *Jacobs/Lindacher/Teplitzky*, GroßkommUWG[1], Bd. 2, § 25, Rdnr. 37, Fn. 48, für § 25 S. 1 UWG a.F.

2192 OLG München GRUR 1994, 118, 120 – „Beatles CD’s“.

2193 *Schultz-Süchting*, in: *Jacobs/Lindacher/Teplitzky*, GroßkommUWG[1], Bd. 2, § 25, Rdnr. 37, Fn. 51, für § 25 S. 1 UWG a.F.

2194 *Münch*, S. 26; vgl. auch *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 28; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 21.

2195 *Münch*, S. 26 („Der Fabrikant kann sich also sehr schnell und leicht ohne vorherige Einigung über die Höhe der zu leistenden Vergütung die Zwangslizenz verschaffen“).

2196 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 21; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 28; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 21; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 42a, Rdnr. 23; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 26.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aa) Entstehungsgeschichte

Äußerungen des Staates können urheberrechtlich geschützt sein, soweit die Schutzvoraussetzungen der §§ 2 bis 4 UrhG erfüllt sind.[2197] Allerdings entzieht § 5 UrhG amtlichen Werken den Urheberrechtsschutz und verfolgt dabei ein Stufenmodell:[2198] Amtliche Werke *mit* Regelungscharakter[2199] (Gesetze, Verordnungen, amtliche Erlasse und Bekanntmachungen sowie Entscheidungen und amtlich verfasste Leitsätze zu Entscheidungen), denen zumindest eine gewisse Außenwirkung zukommt,[2200] genießen überhaupt keinen Schutz (Abs. 1). Amtliche Werke *ohne* Regelungscharakter[2201], die im amtlichen Interesse zur allgemeinen Kenntnisnahme veröffentlicht worden sind (z.B. Gesetzentwürfe, Pressemitteilungen)[2202] unterliegen einem Änderungsverbot und der Verpflichtung zur Quellenangabe, sind im Übrigen aber gemeinfrei (Abs. 2). Bis 2003 enthielt § 5 nur diese beiden Absätze. Anlass für die Regelung des Abs. 3 war die 1990 ergangene „DIN-Normen"-Entscheidung des BGH. Danach können private Normwerke (z.B. DIN-Normen) zu amtlichen Werken werden, wenn Gesetze oder amtliche Verlautbarungen sich diese in einer Weise zu eigen machen, dass ihnen eine gewisse Außenwirkung zukommt, selbst wenn sie nicht in den Wortlaut inkorporiert, sondern lediglich im Anhang oder in einer allgemein zugänglichen Quelle (z.B. in einer vom Verleger beziehbaren Publikation)[2203] abgedruckt sind.[2204] Als solche waren sie nunmehr gemeinfrei und es bestand das Risiko, dass die privaten Normungsgremien ihre Fixkosten ohne Ausschließlichkeitsrecht nicht mehr amortisieren könnten und mittelfristig der Staat zur Subventionierung oder gar zur Übernahme der technischen Normung gezwungen sei.[2205] Der Gesetzgeber nahm deshalb private Normwerke, auf die in Gesetzen, Verordnungen,

2197 *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 5, Rdnr. 1.
2198 *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 5, Rdnr. 1.
2199 *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 5, Rdnr. 14.
2200 BGH GRUR 2006, 848, 850, Rdnr. 14 – „Vergaberichtlinie".
2201 *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 5, Rdnr. 24.
2202 *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 5, Rdnr. 27; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 5, Rdnr. 11.
2203 *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 5, Rdnr. 33.
2204 BGH GRUR 1990, 1003, 1004 – „DIN-Normen", bestätigt von BVerfG GRUR 1999, 226 – „DIN-Normen".
2205 Gesetzentwurf v. 6.11.2002 („Erster Korb"), BT-Drs. 15/38, S. 16; siehe auch *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 5, Rdnr. 77.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

amtliche Erlassen und Bekanntmachungen verwiesen wird, *ohne* dass ihr Wortlaut wiedergegeben wird, von der Schutzausnahme wieder völlig aus (Abs. 3 S. 1). Im Anschluss an die Bedenken der CDU/CSU-[2206] und FDP-Fraktion[2207] wurden schließlich die Sätze 2 und 3 angefügt und das wiederhergestellte Ausschließlichkeitsrecht immerhin durch eine Zwangslizenz beschränkt.[2208]

bb) Normzweck

Die Zwangslizenz des § 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG verfolgt zunächst – wie die Schutzausnahmen in § 5 Abs. 1 u. 2 UrhG –[2209] den Zweck, eine ungehinderte Verbreitung amtlicher Werke zu ermöglichen.[2210] Amtliche Werke oder private Normwerke, die diesen gleichkommen, sind nicht oder nur sehr eingeschränkt substituierbar, sodass sie mithilfe eines Ausschließlichkeitsrechts (quasi-)monopolisiert werden können. Unter Zugrundelegung des ökonomischen Verhaltensmodells wäre die Folge eine Verwertung zu unangemessenen, d.h. überhöhten Preisen.[2211] Die Schutzausnahmen und die Zwangslizenz sollen verhindern, dass das Ausschließlichkeitsrecht als Druckmittel in Verhandlungen mit Lizenzsuchern eingesetzt wird, mithin die Preise gering halten.[2212] Damit hat die Zwangslizenz des § 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG die Funktion einer „fleet in being", die die Rechtsinhaber davon abhält, unangemessene Preise zu verlangen.[2213] Insgesamt hat die Norm daher einen wettbewerbspolitischen Zweck.[2214]

2206 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses v. 9.4.2003, BT-Drs. 15/837, S. 27.
2207 Kleine Anfrage der FDP-Fraktion v. 18.12.2002, BT-Drs. 15/248, S. 1.
2208 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses v. 9.4.2003, BT-Drs. 15/837, S. 33; siehe auch *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 5, Rdnr. 78; *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, FS Nordemann, S. 53 f.
2209 Gesetzentwurf v. 23.3.1962, BT-Drs. 4/270, S. 39 („möglichst weite Verbreitung"); siehe auch *Loewenheim*, in: *Berger/Ebke/Elsing/Großfeld/Kühne*, FS Sandrock, S. 609.
2210 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses v. 9.4.2003, BT-Drs. 15/837, S. 33.
2211 Vgl. BVerfG GRUR 1999, 226, 229 – „DIN-Normen".
2212 BVerfG GRUR 1999, 226, 229 – „DIN-Normen".
2213 Vgl. *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 5, Rdnr. 16.
2214 Vgl. *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 5, Rdnr. 16; *Buhrow/Nordemann*, GRUR Int. 2005, 407, 411; *Wolff*, S. 90.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

cc) Tatbestand

Anspruchsberechtigt sind ausschließlich Verleger i.S.v. § 1 VerlG, also alle Unternehmen, die ein Werk zur Vervielfältigung und Verbreitung auf eigene Rechnung in Verlag nehmen.[2215] Online-Verleger können schon deshalb nicht den Abschluss eines Lizenzvertrages verlangen, weil der Rechtsinhaber zur Einräumung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung (§§ 15 Abs. 2 S. 2 Nr. 2, 19a UrhG) nicht verpflichtet ist.[2216] Zwangslizenzverpflichtet ist entweder der Urheber des Normwerks (§ 5 Abs. 3 S. 2 UrhG) oder bei zuvor erfolgter Einräumung eines ausschließlichen Vervielfältigungs- und Verbreitungsrechts der abgeleitete Rechtsinhaber (§ 5 Abs. 3 S. 3 UrhG), z.B. das Deutsche Institut für Normung e.V. (DIN) oder ein Verleger.[2217] Weiter muss auf das private Normwerk in Gesetzen, Verordnungen, Erlassen oder sonstigen Bekanntmachungen verwiesen werden, *ohne* dass ihr Wortlaut wiedergegeben wird; es muss also im Anhang oder in einer allgemein zugänglichen Quelle abgedruckt sein.[2218] Zu guter Letzt muss es sich um ein privates Normwerk handeln, dessen Schutz gerade durch § 5 Abs. 3 S. 1 UrhG sichergestellt wird, also um ein Normwerk, auf das in Gesetzen, Verordnungen, Erlassen oder sonstigen Bekanntmachungen derart verwiesen wird, dass sein Schutz in § 5 Abs. 1 oder 2 UrhG in Frage gestellt wird.[2219] Dazu muss es als amtliches Werk einzustufen sein, d.h. das Gesetz oder die amtliche Verlautbarung muss sich das Normwerk in einer Weise zu eigen machen, dass ihm eine gewisse Außenwirkung zukommt.[2220] Dies folgt nicht nur aus dem

2215 *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, FS Nordemann, S. 56; *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 5, Rdnr. 83; *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 5, Rdnr. 36.

2216 *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 5, Rdnr. 83; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 5, Rdnr. 16.

2217 *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 5, Rdnr. 84.

2218 *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 5, Rdnr. 33; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 5, Rdnr. 15; *Marquardt*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 5, Rdnr. 26.

2219 *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 5, Rdnr. 82; *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, FS Nordemann, S. 54 f.*; J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 5, Rdnr. 35; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 5, Rdnr. 65; *Wolff*, S. 97.

2220 BGH GRUR 1990, 1003, 1004 – „DIN-Normen“; GRUR 2006, 848, 850, Rdnr. 14 f. – „Vergaberichtlinie“.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wortlaut („In diesem Fall"),[2221] sondern auch aus der Entstehungsgeschichte und dem Normzweck.[2222] Umgekehrt unterliegen private Normwerke, auf die nicht oder nicht amtlich verwiesen wird, keiner Zwangslizenz nach § 5 Abs. 1 S. 2 u. 3 UrhG.[2223]

dd) Rechtsfolge

Rechtsfolge des § 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG ist der Anspruch auf Lizenzerteilung, vermittelt durch den Abschluss eines Lizenzvertrages.[2224]

(1) Leistung

Gegenstand des Lizenzvertrages ist ein einfaches Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung des privaten Normwerks.[2225] Kein Anspruch besteht auf die Einräumung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung (§§ 15 Abs. 2 S. 2 Nr. 2, 19a UrhG).[2226] Ebenso wenig berechtigt die Zwangslizenz zur Übernahme des Layouts, weil das Urheberrecht, auf das sich § 5 UrhG bezieht, nur den Wortlaut der Norm, nicht aber die graphische Form der Darstellung umfasst.[2227] Aufgrund des Territorialitätsprinzips kann die Zwangslizenz nur im *Inland* wirken.[2228]

2221 *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 5, Rdnr. 82; *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, FS Nordemann, S. 54.

2222 *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, FS Nordemann, S. 54.

2223 *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 5, Rdnr. 35.

2224 *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 5, Rdnr. 39; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 5, Rdnr. 68; der Vertragsschluss ist lediglich das Vehikel, um dem Lizenzsucher die Lizenz zu gewähren, allgemein für den Kontrahierungszwang *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 264.

2225 *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 5, Rdnr. 86; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 5, Rdnr. 16; *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 5, Rdnr. 37; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 5, Rdnr. 67; *Marquardt*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 5, Rdnr. 27.

2226 *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 5, Rdnr. 37; *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 5, Rdnr. 86.

2227 *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, FS Nordemann, S. 55; *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 5, Rdnr. 86.

2228 *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 5, Rdnr. 37; *Wolff*, S. 90.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(2) Gegenleistung

Die Parteien haben den Lizenzvertrag zu angemessenen Bedingungen abzuschließen (§ 5 Abs. 3 S. 2 UrhG). Das Gebot der Angemessenheit gilt zwar für alle Bedingungen des Lizenzvertrages,[2229] bezieht sich aber vorrangig auf die Höhe der Lizenzgebühr. Für die Bestimmung der angemessenen Lizenzgebühr wird überwiegend auf § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG zurückgegriffen, nach dem die Vergütung angemessen ist, die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses dem entspricht, was im Geschäftsverkehr nach Art und Umfang der eingeräumten Nutzungsmöglichkeit, insbesondere nach Dauer und Zeitpunkt der Nutzung, unter Berücksichtigung alle Umstände üblicher- und redlicherweise zu leisten ist.[2230] Vorrangiges Kriterium ist damit die redliche Branchenübung;[2231] bestehen Tarife der Verwertungsgesellschaften, sind diese heranzuziehen.[2232] Wenn eine Branchenübung nicht festgestellt werden kann oder diese Übung nicht der Redlichkeit entspricht, ist die angemessene Vergütung „nach billigem Ermessen festzusetzen".[2233] Da die Zwangslizenz nach § 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG nur eine Ausprägung des allgemeinen Kontrahierungszwangs ist, dürfte die Anlehnung an § 316 BGB i.V.m. § 315 BGB, wonach die Gegenleistung nach billigem Ermessen durch den Vertragspartner, bei Unbilligkeit durch das Gericht bestimmt wird, kein Zufall sein.[2234] Auch hier muss dem Rechtsinhaber ein Ermessensspielraum zugestanden werden, wenn er das Angebot des Lizenzsuchers annimmt und eine „billige" Lizenzgebühr be-

2229 *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, FS Nordemann, S. 56; *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 5, Rdnr. 86.

2230 *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, FS Nordemann, S. 56; *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 5, Rdnr. 86; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 5, Rdnr. 16; *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 5, Rdnr. 38; *Marquardt*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 5, Rdnr. 27.

2231 *Schricker/Haedicke*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 32, Rdnr. 30; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 32, Rdnr. 47; *Kotthoff*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 32, Rdnr. 26.

2232 *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 5, Rdnr. 69.

2233 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses v. 23.1.2002, BT-Drs. 14/8058, S. 18.

2234 Auf die Parallele weisen *Schricker/Haedicke*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 32, Rdnr. 32, hin.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

stimmt.[2235] Bei der Ausübung des billigen Ermessens sind alle relevanten Umstände zu berücksichtigen, also Art und Umfang der Nutzung, Marktverhältnisse, Investitionen, Risikotragung, Kosten, Zahl der Werkstücke oder zu erzielende Einnahmen.[2236] Insbesondere ist die Lizenzgebühr so zu bemessen, dass der Rechtsinhaber seine Fixkosten amortisieren kann.[2237]

ee) Durchsetzung

§ 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG verleiht nur den Anspruch auf Lizenzerteilung, nicht die Lizenz selbst.[2238] Scheitern die Verhandlungen, kann der Lizenzsucher seinen Anspruch im Wege der Leistungsklage prozessual durchsetzen. Da der Gesetzgeber die Zwangslizenz an privaten Normwerken an § 42a UrhG angelehnt hat,[2239] gelten die dortigen Ausführungen entsprechend:[2240] Die Zuständigkeit richtet sich nach allgemeinen Regeln (§§ 1 ZPO),[2241] der Klageantrag kann im Hinblick auf die zu zahlende angemessene Lizenzgebühr unbeziffert bleiben,[2242] das Vorliegen eines Verfügungsgrundes wird analog § 42a Abs. 6 S. 2 UrhG vermutet,[2243] und eine einstweilige Zwangslizenz darf nur gegen Sicherheitsleistung erteilt werden.[2244]

2235 Vgl. *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 596, speziell zu § 61 UrhG a.F. (d.i. § 42a UrhG n.F.) und allgemein für den spezialgesetzlichen Kontrahierungszwang.

2236 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses v. 23.1.2002, BT-Drs. 14/8058, S. 18.

2237 *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, FS Nordemann, S. 57; *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 5, Rdnr. 38; ähnlich *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 5, Rdnr. 86.

2238 *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 5, Rdnr. 39; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 5, Rdnr. 68.

2239 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses v. 9.4.2003, BT-Drs. 15/837, S. 33; siehe auch *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, FS Nordemann, S. 54; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 5, Rdnr. 14; *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 5, Rdnr. 85.

2240 Siehe bereits 3. Kapitel B. II 1. a) ee).

2241 *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 5, Rdnr. 42.

2242 *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 5, Rdnr. 42.

2243 *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 5, Rdnr. 85.

2244 Vgl. *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 5, Rdnr. 85.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c) Zwangslizenz an Funksendungen und gesendeten Werken (§ 87 Abs. 5 UrhG)

Eine weitere urheberrechtliche Zwangslizenz ist die in § 87 Abs. 5 UrhG geregelte Zwangslizenz an Funksendungen und gesendeten Werken zugunsten von Kabelunternehmen.

aa) Normzweck

§ 87 Abs. 5 UrhG dient der Umsetzung von Art. 12 Abs. 1 Satelliten- u. Kabel-RL. Danach haben die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen, dass Sende- und Kabelunternehmen Verhandlungen über die Erlaubnis der Kabelweitersendung nach Treu und Glauben aufnehmen und diese Verhandlungen nicht ohne triftigen Grund be- oder verhindern, d.h. verweigern oder scheitern lassen.[2245] Im Ergebnis sollen der Erwerb der Kabelweitersenderechte gefördert[2246] und einer Unternutzung von Fernsehprogrammen vorgebeugt werden.[2247] Es geht also nicht allein um die Ausnutzung von Marktmacht, sondern auch um die schlichte Ausübung des Ausschließlichkeitsrechts, die für sich genommen noch nicht wettbewerbswidrig ist.[2248] Dennoch ist § 87 Abs. 5 eine Ausprägung des kartellrechtlichen Kontrahierungszwangs,[2249] verfolgt also (auch) einen wettbewerbspolitischen Zweck.

bb) Tatbestand

Nach § 87 Abs. 5 S. 1 UrhG kann ein Kabelunternehmen (unten (1)) vom Sendeunternehmen (unten (2)) den Abschluss eines Lizenzvertrages verlangen, soweit dieser Anspruch nicht ausgeschlossen ist (unten (3)). An dem Vertrag können Verwertungsgesellschaften beteiligt werden (unten (4)).

2245 Vgl. Erwgr. 11 Satelliten- u. Kabel-RL.
2246 Erwgr. 30 Satelliten- u. Kabel-RL.
2247 Vgl. *Dreier*, in: *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, Rdnr. 7.11.1.
2248 *Dreier*, in: *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, Rdnr. 7.12.3.
2249 OLG Dresden, GRUR 2003, 601, 603 – „Kontrahierungszwang".

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(1) Berechtigter

Den Abschluss eines *Lizenz*vertrages kann – trotz der in § 87 Abs. 5 S. 1 UrhG geregelten gegenseitigen Pflicht zum Vertragsschluss[2250] – nur ein Kabelunternehmen verlangen, weil ein Sendeunternehmen von diesem allenfalls die Zustimmung zur Einspeisung der Sendungen in das Kabelnetz fordern kann und es sich dabei um keine Lizenz handelt.[2251] Der Begriff des Kabelunternehmens meint den Betreiber eines Kabelnetzes zur Weitersendung von Sendungen.[2252] Deshalb können etwa OTT-TV-Anbieter keine Zwangslizenz verlangen:[2253] weder betreiben sie ein Kabelnetz, noch erfolgt die Weitersendung notwendig über Kabelsysteme.[2254]

(2) Verpflichteter

Zum Lizenzvertragsschluss verpflichtet ist jedes Sendeunternehmen, also ein Unternehmen, das durch Funk i.S.v. § 20 UrhG („Ton- und Fernsehfunk, Satellitenrundfunk, Kabelfunk oder ähnliche technische Mittel") oder durch Satellitensendung i.S.v. § 20a Abs. 3 UrhG Funksendungen

---

2250 In der Literatur ist umstritten, ob § 87 Abs. 5 S. 1 auch einen Vertragszwang zulasten des Kabelunternehmens regelt: dafür (arg. Wortlaut) *v. Ungern-Sternberg*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 87, Rdnr. 50 u. 53 (aber nur Anspruch auf kostenlose Weitersendung); *Ehrhardt*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87, Rdnr. 26; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 87, Rdnr. 26; *Boddien*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 87, Rdnr. 45; dagegen (arg. Telos, Systematik) *Weisser/Höppener*, ZUM 2003, 597, 599 f.; *Wolff*, S. 91; die Frage kann offen bleiben, weil es hier um die urheberrechtliche Zwangslizenz, also einen *Lizenz*vertragszwang geht.

2251 Vgl. *Wolff*, S. 91; *Weisser/Höppener*, ZUM 2003, 597, 599.

2252 *Wolff*, S. 91.

2253 LG Hamburg ZUM 2009, 582, 585 f.; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 20b, Rdnr. 9; *v. Ungern-Sternberg*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 20b, Rdnr. 8; *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 20b, Rdnr. 13; *Bauer/v. Einem*, MMR 2007, 698, 699; *Neurauter*, GRUR 2011, 691, 693; siehe auch *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 2; a.A. *Kempermann/Pieper*, CR 2013, 661, 666; *Weber*, ZUM 2009, 460, 462; *Poll*, GRUR 2007, 476, 481 (zumindest analoge Anwendung); *Gounalakis*, ZUM 2009, 447, 452.

2254 *v. Ungern-Sternberg*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 20b, Rdnr. 8; *Neurauter*, GRUR 2011, 691, 693; *Bauer/v. Einem*, MMR 2007, 698, 699; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 20b, Rdnr. 9; siehe bereits 1. Kapitel B. II. 1. b) aa) (1).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

veranstaltet, die zum unmittelbaren und gleichzeitigen Empfang durch die Öffentlichkeit vorgesehen sind.[2255]

(3) Kein Ausschluss

Der Anspruch ist ausgeschlossen, sofern ein die Ablehnung des Vertragsschlusses sachlich rechtfertigender Grund besteht. Die negative Tatbestandsvoraussetzung ist im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 Satelliten- u. Kabel-RL („ohne triftigen Grund") bewusst als Generalklausel ausgestaltet,[2256] zumal eine Zwangslizenz, die dem Sendeunternehmen nicht die Möglichkeit ließe, ihr in berechtigten Fällen zu entgehen, als nicht richtlinienkonform gedeutet werden könnte.[2257] Nach der Gesetzesbegründung kommen sowohl rechtliche als auch tatsächliche Gründe in Betracht.[2258] Ein rechtlicher Grund liegt etwa vor, wenn das Sendeunternehmen nicht Inhaber der Weitersenderechte ist,[2259] die Weitersendung Rechte Dritter verletzt,[2260] oder medienrechtliche Vorschriften der Länder entgegenstehen.[2261] Als tatsächliche Gründe werden genannt: das Nichteingehen auf ernsthafte Angebote ohne Angabe von Gründen;[2262] nicht ernst gemeinte Angebote;[2263] gänzlich überhöhte Preisforderungen;[2264] berechtigte Zwei-

2255 *v. Ungern-Sternberg*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 87, Rdnr. 12; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 87, Rdnr. 5; *Wolff*, S. 91.

2256 *Ehrhardt*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87, Rdnr. 27.

2257 *Dreier*, in: *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, Rdnr. 7.12.5; so etwa, trotz des Ausnahmevorbehalts, *Gounalakis*, NJW 1999, 545, 547 („[§ 87 Abs. 5 UrhG] geht über die Richtlinie hinaus, die in Art. 12 I lediglich eine Pflicht zur fairen Verhandlung, aber keine Abschlußpflicht vorsieht. Das ist mit der in Art. 9 der Richtlinie hervorgehobenen Vertragsfreiheit unvereinbar", Anm. d. Verf.).

2258 Gesetzentwurf v. 4.6.1996, BT-Drs. 13/4796, S. 14.

2259 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 20b, Rdnr. 27; *Ehrhardt*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87, Rdnr. 27; *Boddien*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 87, Rdnr. 47.

2260 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 20b, Rdnr. 27; *Boddien*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 87, Rdnr. 47.

2261 Gesetzentwurf v. 4.6.1996, BT-Drs. 13/4796, S. 15.

2262 *Ehrhardt*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87, Rdnr. 27.

2263 *Ehrhardt*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87, Rdnr. 27.

2264 *Ehrhardt*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87, Rdnr. 27; allerdings erlaubt eine unangemessene Vertragsbedingung nur die Ablehnung des konkret angebotenen

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

fel an der Vertragstreue des Kabelunternehmens;[2265] die fehlende Fähigkeit des Kabelunternehmens, die Weitersendung technisch zu gewährleisten;[2266] und allgemein die Unzumutbarkeit einer Lizenzerteilung, was nicht allein nach dem wohlverstandenen Interesse des Sendeunternehmens, sondern auch nach dem Zweck des § 87 Abs. 5 UrhG bestimmt wird.[2267] Aus diesem Grund kann sich das Kabelunternehmen nicht auf nachteilige Umstände berufen, die gerade auf der gesetzgeberischen Entscheidung zur technologieneutralen Förderung der Kabelweitersendung beruhen.[2268] So kann ein Sendeunternehmen den Vertragsschluss über die digitale Kabelweitersendung nicht mit dem Argument ablehnen, es habe bereits der analogen Weitersendung zugestimmt.[2269] Andererseits soll die Lizenzerteilung etwa verweigert werden dürfen, wenn die Kabelweitersendung das eigene Interesse des Sendeunternehmens an einer Verwertung seiner Sendung im Ausland beeinträchtigt.[2270]

Dem Wortlaut („sofern nicht“) und Normzweck lässt sich weiter entnehmen, dass der Anspruch auf Abschluss eines Lizenzvertrages nur ausnahmsweise entfällt.[2271] Das Gesetz geht für den Regelfall vom Fehlen eines Ablehnungsgrundes aus.[2272] Deshalb liegt die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines sachlich rechtfertigenden Grundes beim Sendeunternehmen.[2273]

(4) Beteiligung von Verwertungsgesellschaften

Da die zur Kabelweitersendung nötigen Rechte der Urheber verwertungsgesellschaftspflichtig sind (§ 20b Abs. 1 S. 1 UrhG) und nicht notwendig einem Sendeunternehmen eingeräumt werden (vgl. § 20b Abs. 1 S. 2 UrhG), können sie auch von Verwertungsgesellschaften gehalten werden.

Vertrages und endet dieses Ablehnungsrecht bei Vorlage eines neuen Angebots mit angemessenen Bedingungen, *Weisser/Höppener*, ZUM 2003, 597, 604.

2265 *Weisser/Höppener*, ZUM 2003, 597, 605.
2266 *Weisser/Höppener*, ZUM 2003, 597, 605.
2267 *Weisser/Höppener*, ZUM 2003, 597, 604 f.
2268 *Weisser/Höppener*, ZUM 2003, 597, 605.
2269 Gesetzentwurf v. 15.6.2006 („Zweiter Korb“), BT-Drs. 16/1828, S. 32.
2270 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 20b, Rdnr. 27.
2271 *Weisser/Höppener*, ZUM 2003, 597, 604; *Wolff*, S. 101.
2272 *Weisser/Höppener*, ZUM 2003, 597, 604.
2273 *Wolff*, S. 101; *Weisser/Höppener*, ZUM 2003, 597, 604.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ist. Damit für die Kabel- und Sendeunternehmen transparent und kalkulierbar ist, welche Vergütungen für die Kabelweitersendung insgesamt zu zahlen sind, können nach § 87 Abs. 5 S. 2 UrhG beide Parteien verlangen, die Verwertungsgesellschaften in den Lizenzvertrag miteinzubeziehen, um auf diese Weise eine umfassende Vereinbarung herbeizuführen.[2274] Die Verwertungsgesellschaften mussten nicht in Art. 87 Abs. 5 UrhG zum Vertragsschluss verpflichtet werden, weil für sie die – weitergehende – Zwangslizenz des § 34 Abs. 1 VGG gilt.[2275]

cc) Rechtsfolge

Rechtsfolge des § 87 Abs. 5 S. 1 UrhG ist ein Anspruch auf Abschluss eines Lizenzvertrages.[2276]

(1) Leistung

Gegenstand des Lizenzvertrages sind die dem Sendeunternehmen originär (§ 87 Abs. 5 S. 1 Hs. 1 i.V.m.§ 87 Abs. 1 Nr. 1 UrhG) oder abgeleitet (§ 87 Abs. 5 S. 1 Hs. 2 i.V.m. §§ 20b Abs. 1 S. 2, 87 Abs. 2 UrhG) zustehenden Kabelweitersenderechte i.S.v. § 20b Abs. 1 S. 1 UrhG,[2277] also das Recht, die Funksendung und die (darin) gesendeten Werke im Rahmen eines zeitgleich, unverändert und vollständig weiterübertragenen Programms durch Kabelsysteme oder Mikrowellensysteme weiterzusenden. Dabei spielt es keine Rolle, ob die *Erst*sendung im In- oder Ausland erfolgte, da sich § 87 Abs. 5 S. 1 i.V.m. § 20b Abs. 1 S. 1 UrhG – anders als Art. 1 Abs. 3, 8 Abs. 1 Satelliten- u. Kabel-RL – nicht auf die Kabelweitersendung aus

2274 Gesetzentwurf v. 15.6.2006 („Zweiter Korb"), BT-Drs. 16/1828, S. 32; siehe auch *Ehrhardt*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87, Rdnr. 26.

2275 *v. Ungern-Sternberg*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 87, Rdnr. 51.

2276 *Weisser/Höppener*, ZUM 2003, 597, 608; der Vertragsschluss ist lediglich das Vehikel, um dem Lizenzsucher die Lizenz zu gewähren, allgemein für den Kontrahierungszwang *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 264.

2277 *v. Ungern-Sternberg*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 87, Rdnr. 52; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 87, Rdnr. 26; *Ehrhardt*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87, Rdnr. 26.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einem anderem Mitgliedstaat der EU beschränkt.[2278] Allerdings muss die zwangslizenzierte *Weiter*sendung aufgrund des Territorialitätsprinzips im Inland erfolgen.[2279] So kann für die Weitersendung einer deutschen oder französischen (Erst-)Sendung durch *französische* Kabelsysteme keine Zwangslizenz nach § 87 Abs. 5 UrhG verlangt werden; insoweit ist das *droit de représentation* (Art. L. 122-2, L. 216-1 CPI) betroffen.[2280] Dies steht im Einklang mit Art. 11bis Abs. 2 RBÜ, der die Wirkung von Regelungen zur Ausübung des Weitersenderechts (Art. 11bis Abs. 1 Nr. 2 RBÜ) auf das Hoheitsgebiet des Landes beschränkt, das sie festgelegt hat.[2281]

(2) Gegenleistung

Der Lizenzvertrag ist zu angemessenen Bedingungen abzuschließen (§ 87 Abs. 5 S. 1 Hs. 1 UrhG). Der Begriff erfasst zwar auch – und gerade – die angemessene Vergütung, geht aber darüber hinaus, indem er auf alle gegenseitigen Vertragspflichten Bezug nimmt.[2282] Für die Bestimmung der Angemessenheit sind alle im Einzelfall relevanten Faktoren, die nach der Verkehrsanschauung für die Bewertung von Leistung und Gegenleistung maßgeblich sind, zu berücksichtigen.[2283] Dazu werden in erster Linie die marktüblichen Bedingungen herangezogen,[2284] etwa die bereits bestehen-

2278 *Weisser/Höppener*, ZUM 2003, 597, 599; im Hinblick auf die Verwertungsgesellschaftspflicht (§ 20b Abs. 1 S. 1 UrhG) auch *v. Ungern-Sternberg*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 20b, Rdnr. 4.

2279 Vgl. *Ulmer*, UrhR[3], S. 81, allgemein für „Zwangseingriffe" in das Urheberrecht.

2280 Allerdings wird in Frankreich das Kabelweitersenderecht nur durch eine Verwertungsgesellschaftspflicht beschränkt (Art. L. 132-20-1 Abs. 1, L. 217-2 Abs. 1 CPI) und sind die von einem Sendeunternehmen gehaltenen Rechte davon ausdrücklich ausgenommen (Art. L. 132-20 Abs. 2 S. 2, L. 217-2 Abs. 2 S. 2 CPI); sie unterliegen auch keiner Zwangslizenz.

2281 Vgl. *Dreier*, Kabelweiterleitung und Urheberrecht, S. 62.

2282 *Weisser/Höppener*, ZUM 2003, 597, 606; *Spindler*, MMR-Beil. 2003, 1, 8;.

2283 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 87, Rdnr. 28; *Ehrhardt*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87, Rdnr. 28.

2284 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 87, Rdnr. 28; *Boddien*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 87, Rdnr. 46; *Ehrhardt*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87, Rdnr. 28; *Hillig*, in: *Möhring/Nicolini*, UrhG[2], § 87, Rdnr. 54; *ders.*, MMR-Beil. 2001, 34, 38.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den Verträge[2285] und die gemeinsamen Vergütungstarife der GEMA und anderer Verwertungsgesellschaften für die Weitersendung.[2286] Im Übrigen können u.a. folgende Faktoren Berücksichtigung finden:[2287] die Zahl der an das Kabelnetz angeschlossenen Teilnehmer und die Höhe der von ihnen entrichteten Entgelte;[2288] die Wahrscheinlichkeit und der Umfang der Beeinträchtigung anderer Verwertungsmöglichkeiten des Sendeunternehmens;[2289] die Investitionen der Parteien;[2290] der wertmindernde Charakter der Kabelweitersendung als Zweitverwertungsrecht;[2291] sowie schließlich die im Fall des Transportmodells fehlende Einflussnahme des Kabelnetzbetreibers auf die Inhalte einerseits und andererseits dessen im Fall des Vermarktungsmodells unternehmerisch aktivere Rolle.[2292]

dd) Durchsetzung

§ 87 Abs. 5 UrhG verleiht nur den Anspruch auf Abschluss eines Lizenzvertrages, nicht die Lizenz selbst.[2293] Der Anspruch soll vorrangig durch gütliche Einigung verwirklicht und erst bei Scheitern der Verhandlungen eingeklagt werden.[2294] In Umsetzung von Art. 11 Satelliten- u. Kabel-RL regelt § 92 Abs. 2 VGG daher ein Schiedsstellenverfahren beim DPMA, das der Klage – nicht aber dem Arrest und der einstweiligen Verfügung (§ 128 Abs. 3 S. 1 VGG) – als Prozessvoraussetzung zwingend vorgeschaltet ist (§ 128 Abs. 1 S. 1 VGG); andernfalls ist die Klage unzulässig.[2295] Zugleich stellt das Schiedsstellenverfahren eine Verfahrenslö-

2285 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 87, Rdnr. 28; *Hillig*, in: *Möhring/Nicolini*, UrhG[2], § 87, Rdnr. 54.
2286 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 87, Rdnr. 28; *Hillig*, in: *Möhring/Nicolini*, UrhG[2], § 87, Rdnr. 54.
2287 *Weisser/Höppener*, ZUM 2003, 597, 607.
2288 *Hillig*, MMR-Beil. 2001, 34, 38.
2289 *Hillig*, MMR-Beil. 2001, 34, 38.
2290 *Gounalakis/Mand*, S. 97.
2291 *Spindler*, MMR-Beil. 2003, 1, 14.
2292 *Spindler*, MMR-Beil. 2003, 1, 16.
2293 *Weisser/Höppener*, ZUM 2003, 597, 608.
2294 Vgl. *Dreier*, in: *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, Rdnr. 7.11.2.
2295 *Weisser/Höppener*, ZUM 2003, 597, 597; *Spindler*, MMR-Beil. 2003, 1, 7; *Wolff*, S. 104; *W. Nordemann/Wirtz*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], §§ 14-16 UrhWG, Rdnr. 16; *Reinbothe*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 16 UrhWG,

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sung zur Bestimmung der Angemessenheit der Bedingungen dar.[2296] Mit der fachlichen Autorität, die ihre spezielle Sachkunde erwarten lässt, erleichtert die Schiedsstelle eine Einigung der Beteiligten oder gibt, wo dies nicht zu erreichen ist, dem später zu entscheidenden Gericht eine Orientierungshilfe.[2297] Die Erfahrungen zeigen, dass das Schiedsstellenverfahren fast immer zu einer gütlichen Einigung führt. [2298] Die Schiedsstelle hat den Parteien dazu binnen einen Jahres einen Einigungsvorschlag zu unterbreiten (§ 105 Abs. 1 S. 1 VGG), der – wenn ihm nicht binnen drei Monaten widersprochen wird – als angenommen gilt (§ 105 Abs. 3 VGG).

Im Anschluss an das Schiedsstellenverfahren ist ausschließlich das OLG München erstinstanzlich zuständig (§ 129 Abs. 1 VGG). Es setzt den Inhalt des Vertrages, insbesondere Art und Höhe der Vergütung, „nach billigem Ermessen" fest (§ 130 S. 1 VGG). Allerdings muss sich das Gericht in dem Rahmen bewegen, der durch die Parteien gesteckt ist; es darf nicht darüber hinausgehen (§ 308 ZPO).[2299] Die Entscheidung ist der eines Gerichts vergleichbar, das im Falle des § 315 Abs. 3 S. 2 BGB (i.V.m. § 316 BGB) für die hierzu an sich berufene Vertragspartei die (Gegen-)Leistung nach billigem Ermessen zu bestimmen hat.[2300] Dies ähnelt stark den zum allgemeinen Kontrahierungszwang beschriebenen Grundsätzen, wonach die Gegenleistung nach billigem Ermessen durch den Vertragspartner, bei

---

Rdnr. 2; *Gerlach*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 16 UrhWG, Rdnr. 2; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 16 UrhWG, Rdnr. 2.

2296 *Weisser/Höppener*, ZUM 2003, 597, 597.

2297 *W. Nordemann/Wirtz*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], §§ 14-16 UrhWG, Rdnr. 1; vgl. auch Gesetzentwurf v. 22.12.1983, BT-Drs. 10/837, S. 24 („Um die Sachkunde der Schiedsstelle in möglichst großem Umfang nutzbar zu machen und die Gerichte soweit wie möglich zu entlasten, bestimmt Absatz 1, daß bei Streitfällen, bei denen nach § 14 des Entwurfs die Schiedsstelle angerufen werden kann, die Durchführung des Schiedsverfahrens eine von Amts wegen zu berücksichtigende Prozeßvoraussetzung für die gerichtliche Geltendmachung darstellt").

2298 *W. Nordemann/Wirtz*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], §§ 14-16 UrhWG, Rdnr. 1.

2299 *W. Nordemann/Wirtz*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], §§ 14-16 UrhWG, Rdnr. 17.

2300 BGH GRUR 2001, 1139, 1142 – „Gesamtvertrag privater Rundfunk".

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Unbilligkeit durch das Gericht bestimmt wird (§ 316 BGB i.V.m. § 315 BGB).[2301]

Die Frage, ob für die einstweilige Zwangslizenz der Verfügungsgrund analog § 42a Abs. 6 S. 2 UrhG zu vermuten ist, wird in der Literatur nicht erörtert. Richtigerweise kann aber für § 87 Abs. 5 UrhG nicht anderes gelten als für § 42a und 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG. Zunächst besteht eine Regelungslücke, weil die Voraussetzungen einer einstweiligen Zwangslizenz weder in § 87 Abs. 5 UrhG noch in den §§ 128 ff. VGG geregelt ist. Weiter kann eine Planwidrigkeit dieser Regelungslücke angenommen werden, da die §§ 128 ff. VGG in erster Linie Streitigkeiten zwischen Verwertungsgesellschaften und Nutzern (§ 92 Abs. 1 Nr. 1-3 VGG) im Blick haben und sich hier das Problem einer Leistungsverfügung überhaupt nicht stellt, weil die Nutzungsrechte als durch Vorbehaltzahlung oder Hinterlegung eingeräumt gelten (§ 37 VGG).[2302] Schließlich besteht eine vergleichbare Interessenlage: Die Zwangslizenz wäre nicht effektiv, wenn der Lizenzsucher über mehrere Instanzen prozessieren müsste, um irgendwann mit der Nutzung beginnen zu dürfen. Deshalb müssen auch hier die Anforderungen an eine einstweilige Verfügung reduziert werden.

d) Zwangslizenz zulasten von Verwertungsgesellschaften (§ 34 Abs. 1 VGG)

Die vierte und letzte urheberrechtliche Zwangslizenz ist die in § 34 Abs. 1 VGG geregelte Zwangslizenz zulasten von Verwertungsgesellschaften.

aa) Normzweck

Verwertungsgesellschaften verfügen entweder über ein absolutes Monopol – wenn sie in dem entsprechenden Tätigkeitsbereich alle Rechte treuhänderisch wahrnehmen – oder zumindest über ein relatives Monopol, als sie eine Vielzahl von Rechten bündeln und ein Verwerter nicht beliebig auf

2301 Vgl. *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 596, speziell zu § 61 UrhG a.F. (d.i. § 42a UrhG n.F.) und allgemein für den spezialgesetzlichen Kontrahierungszwang.

2302 *Gerlach*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 16 UrhWG, Rdnr. 10.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

andere Werke ausweichen kann oder will.[2303] Der Abschlusszwang des § 34 Abs. 1 S. 1 VGG soll einem Missbrauch dieser Marktmacht vorbeugen.[2304] Die Norm hat deshalb in erster Linie einen wettbewerbspolitischen Zweck.[2305] Sie konkretisiert und verstärkt die Abschlusspflicht, die die Verwertungsgesellschaft als Unternehmen mit beherrschender Stellung bereits nach den allgemeinen Vorschriften (Art. 102 AEUV, §§ 19, 33 GWB) treffen kann.[2306] Das Interesse der Allgemeinheit an kultureller Vielfalt wird nur als Reflex geschützt.[2307]

bb) Tatbestand

Anspruchsberechtigt ist „jedermann", also jeder potentielle Nutzer.[2308] Ausnahmen von dem Lizenzerteilungsanspruch scheint der Wortlaut nicht vorzusehen.[2309] Allerdings folgt aus dem Normzweck, dass der Anspruch ausnahmsweise nicht besteht, wenn im Einzelfall eine missbräuchliche Ausnutzung der Monopolstellung ausscheidet und die Verwertungsgesellschaft dem Verlangen auf Einräumung von Nutzungsrechten vorrangige berechtigte Interessen entgegenhalten kann.[2310] Diese Auslegung ist auch mit dem Wortlaut vereinbar, weil die Verwertungsgesellschaft die von ihr wahrgenommenen Rechte nur zu „angemessenen Bedingungen" einräumen muss und damit nicht nur die Angemessenheit der Vergütung gemeint

2303 *Reinbothe*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 1; ähnlich *W. Nordemann/Wirtz*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], §§ 11 UrhWG, Rdnr. 1;.

2304 Vgl. Gesetzentwurf v. 23.3.1962, BT-Drs. 4/271, S. 17; *Reinbothe*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 1; *W. Nordemann/Wirtz*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], §§ 11 UrhWG, Rdnr. 1; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 11 UrhWG, Rdnr. 1; *Gerlach*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 1; *Zeisberg*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 11 UrhWG, Rdnr. 1; *Banck*, S. 28.

2305 *Buhrow/Nordemann*, GRUR Int. 2005, 407, 411; *Banck*, S. 28.

2306 BGH GRUR 2009, 1052, 1053, Rdnr. 10 – „Seeing is Believing".

2307 *Buhrow/Nordemann*, GRUR Int. 2005, 407, 411; *Banck*, S. 29.

2308 *Reinbothe*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 4; *Gerlach*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 1; *Zeisberg*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 11 UrhWG, Rdnr. 4.

2309 Vgl. *Banck*, S. 101; *Reinbothe*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 8.

2310 BGH GRUR 2009, 1052, 1053, Rdnr. 11 – „Seeing is Believing".

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ist.[2311] Vielmehr braucht die Verwertungsgesellschaft dem Verlangen eines Lizenzsuchers auch dann nicht nachzukommen, wenn die Einräumung in sonstiger Weise mit unangemessenen Bedingungen verbunden wäre.[2312] Folgt aus der Monopolstellung der Verwertungsgesellschaft nur die Pflicht, die wahrgenommenen Rechte nicht missbräuchlich auszuüben, darf sie die Lizenzerteilung auch dann verweigern, wenn dafür ein sachlich gerechtfertigter Grund besteht.[2313] Die Beurteilung, ob eine sachlich gerechtfertigte Ausnahme gegeben ist, erfordert eine Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der Zielsetzung des VGG sowie des Zwecks der grundsätzlichen Abschlusspflicht.[2314] Dabei ist zwischen berechtigten Interessen der Verwertungsgesellschaft und des betreffenden Urhebers zu unterscheiden.[2315] Ein sachlich gerechtfertigter Grund aus der Sphäre der Verwertungsgesellschaft liegt etwa vor, wenn der Lizenzsucher ein „notorischer Rechtsbrecher" ist, der Verträge beharrlich nicht einhält, insbesondere die geschuldete Vergütung nicht entrichtet, oder wiederholt vorsätzlich Urheberrechtsverletzungen begeht;[2316] wenn er insolvent ist;[2317] oder wenn die Verwertungsgesellschaft durch den Abschluss gegen sonstige Rechtsnormen verstoßen würde.[2318] Auch Gründe, die in der Person des Urhebers liegen, können in Ausnahmefällen eine Lizenzverweigerung rechtfertigen. Ein solcher Fall liegt insbesondere dann vor, wenn die nicht ganz fernliegende Gefahr besteht, dass der Lizenzsucher Rechte des Urhebers, die dieser selbst wahrnimmt (insbesondere Urheberpersönlichkeitsrechte)[2319], verletzen wird.[2320] Denn es kann einer Verwertungsgesellschaft aufgrund des Treuhandverhältnisses nicht zuge-

2311 BGH GRUR 2009, 1052, 1053, Rdnr. 11 – „Seeing is Believing".
2312 BGH GRUR 2009, 1052, 1053, Rdnr. 11 – „Seeing is Believing".
2313 BGH GRUR 2009, 1052, 1053, Rdnr. 11 – „Seeing is Believing".
2314 BGH GRUR 2009, 1052, 1053, Rdnr. 13 – „Seeing is Believing".
2315 *Banck*, S. 111 f.
2316 *W. Nordemann/Wirtz*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], §§ 11 UrhWG, Rdnr. 3; *Reinbothe*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 8; *Banck*, S. 112 ff.; in dieselbe Richtung *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 11 UrhWG, Rdnr. 5.
2317 *Banck*, S. 115 ff.
2318 *Banck*, S. 121 f.
2319 Eingehend *Banck*, S. 129 ff.; siehe auch *Gerlach*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 8.
2320 BGH GRUR 2009, 1052, 1054, Rdnr. 23 – „Seeing is Believing"; in diesem Fall war der Künstlerexklusivvertrag zwischen einem Tonträgerhersteller und dem Urheber Xavier Naidoo nichtig (§§ 138 Abs. 1, 139 BGB) und weigerte sich

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mutet werden, mögliche Verletzungen von Urheber- oder Leistungsschutzrechten ihrer Treugeber durch den Abschluss von Lizenzverträgen objektiv zu fördern oder zumindest die Gefahr solcher Rechtsverletzungen objektiv zu erhöhen.[2321] Zu guter Letzt kann der Vertragsschluss verweigert werden, wenn der Urheber den Rückruf wegen gewandelter Überzeugung erklärt hat (§ 42a Abs. 1 S. 1 Hs. 2 UrhG analog)[2322] oder sich die Rechtseinräumung im Wahrnehmungsvertrag ausdrücklich vorbehalten hat.[2323]

cc) Rechtsfolge

Rechtsfolge des § 34 Abs. 1 S. 1 VGG ist der Anspruch auf Abschluss eines Lizenzvertrages („Abschlusszwang").[2324]

(1) Leistung

Gegenstand des Lizenzvertrages können nur einfache Nutzungsrechte sein, weil die Verwertungsgesellschaft auch anderen Lizenzsuchern („jedermann") gegenüber kontrahierungspflichtig ist.[2325]

---

dieser beharrlich, die ihm als Sänger zustehenden Leistungsschutzrechte (§§ 77, 78 Abs. 1 Nr. 1 UrhG) doch noch einzuräumen.

2321 BGH GRUR 2009, 1052, 1054, Rdnr. 23 – „Seeing is Believing".

2322 *W. Nordemann/Wirtz*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], §§ 11 UrhWG, Rdnr. 3; *Reinbothe*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 8; *Banck*, S. 137 ff.

2323 *W. Nordemann/Wirtz*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], §§ 11 UrhWG, Rdnr. 3; *Banck*, S. 143 ff.

2324 *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 11 UrhWG, Rdnr. 6; der Vertragsschluss ist lediglich das Vehikel, um dem Lizenzsucher die Lizenz zu gewähren, allgemein für den Kontrahierungszwang *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 264.

2325 *Reinbothe*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 4; *W. Nordemann/Wirtz*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], §§ 11 UrhWG, Rdnr. 34; *Zeisberg*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 11 UrhWG, Rdnr. 4; *Gerlach*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 3; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 11 UrhWG, Rdnr. 10; *Banck*, S. 60.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(2) Gegenleistung

Der Lizenzvertrag muss angemessene Bedingungen enthalten (§ 34 Abs. 1 S. 1 VGG), d.h. Leistung und Gegenleistung müssen zueinander in einem ausgewogenen Verhältnis stehen.[2326] Dazu müssen die Bedingungen insbesondere objektiv und nichtdiskriminierend sein und eine angemessene Vergütung vorsehen (§ 34 Abs. 1 S. 2 VGG). Schon vor der VGG-Novelle war die Angemessenheit der Vergütung der wesentliche – wenn auch nicht der einzige – Faktor.[2327] Die Vergütung ist angemessen, wenn der Urheber an der wirtschaftlichen Nutzung seines Werkes angemessen beteiligt wird.[2328] Dazu ist in Anlehnung an § 39 Abs. 1 VGG grundsätzlich auf den wirtschaftlichen Erfolg des Verwerters abzustellen.[2329] Nicht restlos geklärt ist die Frage, ob für die Angemessenheit schlicht auf die entsprechenden oder zumindest vergleichbaren Tarife abzustellen ist:[2330] Zum Teil wird diese Frage bejaht, weil die Tarife angemessen sein müssen und von der Aufsichtsbehörde überprüft würden.[2331] Die Gegenansicht lehnt eine gesetzliche Vermutung für die Angemessenheit der Tarife ab, weil diese ihrerseits in vollem Umfang gerichtlich nachprüfbar seien und die Aufsichtsbehörde nur bei einem groben Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung einschreiten könne.[2332] Vermittelnd wird danach unterschieden, ob sich die Parteien auf einen Tarif einigen oder nicht; (nur) im

2326 *Reinbothe*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 5; *Gerlach*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 3; *Zeisberg*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 11 UrhWG, Rdnr. 7.

2327 *Reinbothe*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 5; *Gerlach*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 3; *Zeisberg*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 11 UrhWG, Rdnr. 7.

2328 *Reinbothe*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 5; *Gerlach*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 3; *Zeisberg*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 11 UrhWG, Rdnr. 7.

2329 *Reinbothe*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 5; *Gerlach*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 3; *Zeisberg*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 11 UrhWG, Rdnr. 7.

2330 *Reinbothe*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 6; *Zeisberg*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 11 UrhWG, Rdnr. 8.

2331 BGH GRUR 1974, 35, 37 – „Musikautomat"; vgl. *Zeisberg*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 11 UrhWG, Rdnr. 9; *Reinbothe*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 6.

2332 BGH GRUR 1986, 376, 377 f. – „Filmmusik"; vgl. *Zeisberg*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 11 UrhWG, Rdnr. 10; *Reinbothe*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 6.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zweiten Fall müsse eine angemessene Vergütung selbständig ausgehandelt und notfalls gerichtlich durchgesetzt werden,[2333] wobei die Verwertungsgesellschaft insbesondere bei schon länger geltenden und in der Praxis anerkannten Tarifen eine Beweiserleichterung trifft.[2334] Der vermittelnden Ansicht ist zuzustimmen: Gegen die erste Ansicht spricht das Argument der Gegenansicht. Andererseits kann eine Vergütung, auf die sich die Parteien einigen, obwohl das Werk auch ohne Einigung über die Höhe der Vergütung genutzt werden kann (vgl. § 37 VGG), kaum unangemessen sein.[2335]

dd) Durchsetzung

§ 34 Abs. 1 S. 1 VGG verleiht nur den Anspruch auf Abschluss eines Lizenzvertrages, nicht die Lizenz selbst.[2336] Der Anspruch soll vorrangig durch gütliche Einigung verwirklicht und erst bei Scheitern der Verhandlungen eingeklagt werden. Zunächst müssen die Verwertungsgesellschaft und der Lizenzsucher nach Treu und Glauben verhandeln und sich alle für die Verhandlungen notwendigen Informationen zur Verfügung stellen (§ 36 Abs. 1 S. 1 u. 2 VGG). Das aus Art. 16 Abs. 1 Verwertungsgesellschafts-RL übernommene Verhandlungsgebot gleicht dem Verhandlungsgebot in Art. 12 Abs. 1 Satelliten- u. Kabel-RL[2337], mit dem Fälle wie das Nichteingehen auf ernsthafte Angebote ohne Angabe von Gründen und gänzlich überhöhte Vertragsbedingungen verhindert werden sollen.[2338] Da

2333 BGH GRUR 1984, 52, 54 – „Tarifüberprüfung I“; ebenso *Zeisberg*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 11 UrhWG, Rdnr. 11; *Reinbothe*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 6; *Gerlach*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 5; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 11 UrhWG, Rdnr. 12; offenbar auch *W. Nordemann/Wirtz*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], §§ 11 UrhWG, Rdnr. 4.

2334 *Reinbothe*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 6; *Gerlach*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 6; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 11 UrhWG, Rdnr. 13; *Zeisberg*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 11 UrhWG, Rdnr. 13; *W. Nordemann/Wirtz*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], §§ 11 UrhWG, Rdnr. 4.

2335 Ähnlich BGH GRUR 1984, 52, 54 – „Tarifüberprüfung I“.

2336 *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 11 UrhWG, Rdnr. 6.

2337 „Die Mitgliedstaaten sorgen […] dafür, dass die Beteiligten Verhandlungen über die Erlaubnis der Kabelweitersendung nach Treu und Glauben aufnehmen […].“

2338 *Dreier*, in: *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, Rdnr. 7.12.4.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die Parteien bereits durch den weitergehenden Anspruch auf Abschluss eines Lizenzvertrages an den Verhandlungstisch gebracht werden, mag man aber an der Sinnhaftigkeit dieser Regelung zweifeln – so hat der Gesetzgeber bei der Umsetzung des Art. 12 Abs. 1 Satelliten- u. Kabel-RL in § 87 Abs. 5 UrhG auf das Verhandlungsgebot verzichtet. Für den Fall, dass die Verhandlungen scheitern, ist der Klage das Schiedsstellenverfahren als Prozessvoraussetzung zwingend vorgeschaltet (§§ 128 Abs. 1 S. 1, 92 Abs. 1 Nr. 1 VGG), es sei denn, die Anwendbarkeit und Angemessenheit des Tarifs ist unstreitig (§ 128 Abs. 2 S. 1 VGG).[2339] Das ausschließlich zuständige OLG München setzt dann die angemessenen Bedingungen fest (§§ 129 Abs. 1, 130 S. 1 VGG). Insoweit kann auf die Ausführungen zur Zwangslizenz des § 87 Abs. 5 UrhG verwiesen werden.[2340]

(1) „Hinterlegungsmodell“

Allerdings muss der Lizenzsucher, wenn (nur) keine Einigung über die Höhe der Vergütung zustande gekommen ist, nicht erst eine einstweilige Verfügung erwirken. Vielmehr kann er, wenn er die Vergütung in Höhe des von ihm anerkannten (Sockel-)Betrages an die Verwertungsgesellschaft gezahlt und in Höhe der darüber hinausgehenden Forderung unter Vorbehalt an die Verwertungsgesellschaft (vollständig)[2341] gezahlt oder (vollständig)[2342] zu ihren Gunsten beim zuständigen Amtsgericht (§ 374 Abs. 1 BGB)[2343] hinterlegt hat, sofort mit der Nutzung beginnen („Hinterlegungsmodell“); die Nutzungsrechte gelten dann als eingeräumt (§ 37 VGG). Damit soll verhindert werden, dass sich die Verwertungsgesell-

2339 *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 11 UrhWG, Rdnr. 25; *Gerlach*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 12.

2340 Siehe 3. Kapitel B. II. 1. c) dd).

2341 BGH GRUR 1974, 35, 38 – „Musikautomat“; BGH GRUR 1983, 565, 566 – „Tarifüberprüfung II“.

2342 BGH GRUR 1974, 35, 38 – „Musikautomat“.

2343 Die Hinterlegung richtet sich nach den §§ 372 ff. BGB und der Hinterlegungsordnung, *Gerlach*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 10; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 11 UrhWG, Rdnr. 21; *Reinbothe*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 12; *Banck*, S. 65.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schaft durch Hinauszögern der Rechtseinräumung und unangemessen hohe Vergütungsforderungen dem Abschlusszwang tatsächlich entzieht.[2344]

(2) „Verfügungsmodell"

Etwas anderes gilt, wenn die Einigung aus anderen Gründen als der Höhe der Vergütung ausgeblieben ist, etwa weil die Verwertungsgesellschaft einen sachlichen Grund für die Lizenzverweigerung geltend macht.[2345] Hier stellt sich die Frage, ob der Lizenzsucher analog § 42a Abs. 6 S. 2 UrhG eine einstweilige Verfügung beantragen kann, ohne die (besondere) Dringlichkeit glaubhaft machen zu müssen („Verfügungsmodell").

(a) Meinungsstreit

In der Literatur werden dazu drei Ansichten vertreten: Zum Teil wird eine Analogie mit dem Argument abgelehnt, sie sei nicht notwendig, weil § 37 VGG zu einer gesetzlichen Rechtseinräumung führe.[2346] Einer weiteren Ansicht nach scheidet eine Analogie mangels vergleichbarer Interessenlage aus.[2347] Während die Zwangslizenz des § 42a UrhG kaum jemals Anwendung finde, sei § 34 Abs. 1 VGG für jeden Nutzungsvorgang unter Beteiligung einer Verwertungsgesellschaft einschlägig.[2348] Der Gesetzgeber ordne eine Dringlichkeitsvermutung aber „aus gutem Grunde" nur in Ausnahmesituationen an.[2349] Zudem werde mit einer Analogie der Unterschied zwischen einer Zwangslizenz und einer gesetzlichen Lizenz verwischt.[2350] Danach unterliegt der Lizenzsucher den strengen Anforderungen an eine Leistungsverfügung, sodass er eine *besondere* Dringlichkeit – die Gefahr eines irreparablen Schadens – und das *hoch*wahrscheinliche

2344 BGH GRUR 2000, 872, 874 f. – „Schiedsstellenanrufung", mit Verweis auf Gesetzentwurf v. 23.3.1962, BT-Drs. 4/271, S. 17.
2345 *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 11 UrhWG, Rdnr. 17.
2346 *Melichar*, in: *Loewenheim*, HdbUrhR[2], § 48, Rdnr. 14.
2347 *Banck*, S. 87 f.
2348 *Banck*, S. 87.
2349 *Banck*, S. 88.
2350 *Banck*, S. 88.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bestehen des Verfügungsanspruchs glaubhaft machen muss.[2351] Die h.L. folgt ohne nähere Begründung einem Urteil des OLG München.[2352] Danach soll zwar § 42a Abs. 6 S. 2 UrhG analog anwendbar sein, doch müssen dem Lizenzsucher „aus der Lizenzverweigerung schwere finanzielle Nachteile drohen, die durch eine Geltendmachung des Erfüllungsanspruches im Hauptsacheverfahren nicht mehr aufgefangen werden können".[2353] Mit anderen Worten soll zwar ein Verfügungsgrund erforderlich sein, dieser aber *widerleglich* vermutet werden.[2354]

(b) Stellungnahme

Alle drei Ansichten sind abzulehnen. Richtigerweise ist § 42a Abs. 6 S. 2 UrhG analog anwendbar und wird die besondere Dringlichkeit *unwiderleglich* vermutet. Der Lizenzsucher muss nur – aber immerhin – glaubhaft machen, dass der Verfügungsanspruch mit *hoher* Wahrscheinlichkeit besteht.[2355]

Zunächst besteht eine Regelungslücke.[2356] Die Voraussetzungen einer einstweiligen Zwangslizenz sind weder in § 34 VGG noch in den §§ 128 ff. VGG geregelt und bedürfen einer Regelung, weil sich die Ver-

2351 Allgemein *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO[72], Grundz § 916, Rdnr. 6 u. 9 („hohe Erfolgswahrscheinlichkeit in der Hauptsache"); *Drescher*, in: *Rauscher/Krüger*, MünchKommZPO[4], Bd. 2, § 938, Rdnr. 15 f. („in höchstem Maße wahrscheinlich"); siehe auch *Vollkommer*, in: *Zöller*, ZPO[30], § 940, Rdnr. 6; *Grunsky*, in: *Stein/Jonas*, ZPO[22], Bd. 9, vor § 935, Rdnr. 37. Grundsätzlich sind Tatsachen glaubhaft gemacht, wenn nachgewiesen wird, dass ihr Vorliegen *überwiegend* wahrscheinlich ist, *Prütting*, in: *Rauscher/Krüger*, MünchKommZPO[4], Bd. 1, § 294, Rdnr. 2 u. 24.

2352 *Reinbothe*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 13; *Gerlach*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 12; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 11 UrhWG, Rdnr. 26; *Seifert*, in: *Schmid/Wirth/Seifert*, UrhG[2], § 11 UrhWG, Rdnr. 14.

2353 OLG München GRUR 1994, 118, 120 – „Beatles CD's".

2354 So auch die h.M. zur wortgleichen Vorschrift des § 25 S. 1 UWG a.F., siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. a) ee).

2355 Allgemein *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO[72], Grundz § 916, Rdnr. 9 („hohe Erfolgswahrscheinlichkeit in der Hauptsache"); *Drescher*, in: *Rauscher/Krüger*, MünchKommZPO[4], Bd. 2, § 938, Rdnr. 15 („in höchstem Maße wahrscheinlich"); siehe auch *Vollkommer*, in: *Zöller*, ZPO[30], § 940, Rdnr. 6; *Grunsky*, in: *Stein/Jonas*, ZPO[22], Bd. 9, vor § 935, Rdnr. 37.

2356 *Banck*, S. 87.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wertungsgesellschaft dem Abschlusszwang nicht durch Hinauszögern der Rechtseinräumung entziehen soll und § 37 VGG versagt, wenn die Einigung aus anderen Gründen als der Höhe der Vergütung ausbleibt. Dies wird von der ersten Ansicht übersehen.

Weiter ist diese Regelungslücke planwidrig. Der Gesetzgeber wollte verhindern, dass sich die Verwertungsgesellschaften dem Abschlusszwang entziehen können, und hat aus diesem Grund § 37 VGG geregelt.[2357] Da er anders als in § 42a Abs. 1 S. 1 Hs. 2 UrhG („dies gilt nicht, wenn") und § 87 Abs. 5 S. 1 UrhG („sofern nicht") keinen Ausnahmevorbehalt geregelt hat, konnte er nicht damit rechnen, dass die Verwertungsgesellschaften – durch die telelogische Auslegung des § 34 Abs. 1 VGG[2358] – die Rechtseinräumung nun doch hinauszögern können.

Schließlich besteht auch eine vergleichbare Interessenlage.[2359] In beiden Fällen wird eine urheberrechtliche Zwangslizenz angeordnet und soll der Lizenzsucher alsbald mit der Nutzung beginnen können. Ohne Dringlichkeitsvermutung könnte sich der Prozess über mehrere Instanzen hinziehen und wäre die Zwangslizenz kaum effektiv. Der Analogie kann auch nicht entgegengehalten werden, dass der Gesetzgeber eine Dringlichkeitsvermutung nur in Ausnahmesituationen vorsieht. Die Analogie des § 42a Abs. 6 S. 2 UrhG gilt nämlich nur für den Ausnahmefall, dass die Einigung aus anderen Gründen als der Höhe der Vergütung ausbleibt. Für den Regelfall gilt § 37 VGG. Ebenso wenig überzeugt der Einwand der zweiten Ansicht, dass durch die Dringlichkeitsvermutung der Unterschied zwischen gesetzlicher Lizenz und Zwangslizenz verwischt werde. Denn es wird nur die Dringlichkeit, d.h. der Verfügungsgrund vermutet. Im Übrigen gelten die strengen Anforderungen an eine Leistungsverfügung, d.h. der Lizenzsucher muss das hochwahrscheinliche Bestehen des Verfügungsanspruchs glaubhaft machen.[2360] Die Verwertungsgesellschaft kann also die Nutzung bis zur Lizenzerteilung nicht nur nicht verbieten; sie kann auch die Erteilung einer einstweiligen Zwangslizenz verhindern,

---

2357 BGH GRUR 2000, 872, 874 f. – „Schiedsstellenanrufung", mit Verweis auf Gesetzentwurf v. 23.3.1962, BT-Drs. 4/271, S. 17.

2358 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. d) bb).

2359 Vgl. OLG München GRUR 1994, 118, 119 – „Beatles CD's".

2360 Allgemein *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO[72], Grundz § 916, Rdnr. 9 („hohe Erfolgswahrscheinlichkeit in der Hauptsache"); *Drescher*, in: *Rauscher/Krüger*, MünchKommZPO[4], Bd. 2, § 938, Rdnr. 15 („in höchstem Maße wahrscheinlich"); siehe auch *Vollkommer*, in: *Zöller*, ZPO[30], § 940, Rdnr. 6; *Grunsky*, in: *Stein/Jonas*, ZPO[22], Bd. 9, vor § 935, Rdnr. 37.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wenn sie einen sachlichen Grund zur Lizenzverweigerung glaubhaft macht. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb ihr dies nicht zugemutet werden könnte.

Zu guter Letzt muss für die analoge Anwendung des § 42a Abs. 6 S. 2 UrhG dasselbe gelten wie für die unmittelbare Anwendung. Richtigerweise wird die besondere Dringlichkeit dann aber *unwiderleglich* vermutet.[2361]

2. Frankreich: Zwangslizenz an DRM-Schnittstelleninformationen?

Unmittelbar regelt das französische Urheberrechtsgesetz (Première partie du Code de la propriété intellectuelle) keine Zwangslizenz an Werken oder urheberrechtlich geschützten Gütern;[2362] eine solche kann nur mittelbar durch die Rechtsmissbrauchsvorschriften der Art. L. 121-3 Abs. 1 S. 1, L. 122-9 Abs. 1 S. 1 CPI oder die *théorie de l'abus de droit* begründet werden. In der Literatur wird dies damit begründet, dass das Urheberrecht in Frankreich traditionell als ein von der Natur gegebenes Eigentum statt als ein vom Staat verliehenes Ausschließlichkeitsrecht angesehen wird (Lehre vom geistigen Eigentum).[2363] Allerdings regelt Art. L. 331-5 Abs. 4 S. 2 i.V.m. Art. L. 331-32 CPI eine Verpflichtung zur Offenlegung von DRM-Schnittstelleninformationen und könnte es sich hierbei um eine „verdeckte" Zwangslizenz handeln. Es werden der Normzweck (unten a)), der Tatbestand (unten b)), die Rechtsfolge (unten c)) und die Durchsetzung (unten d)) erörtert.

a) Normzweck

Anlass für die gesetzliche Verpflichtung zur Offenlegung von DRM-Schnittstelleninformationen war eine Entscheidung des Conseil de la Concurrence von November 2004.[2364] Darin war ein Antrag auf Erlass einer

2361 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. a) dd).
2362 *Carre*, S. 396.
2363 *Strowel*, Droit d'auteur et copyright, Rdnr. 486; *ders.*, Cah. propr. intell. 3 (1990/91), 161, 167.
2364 Vgl. *Goldsmith*, RLDI 23 (2007), supplément, 42, 42; *Harrang*, 49 Ariz. L. Rev. 29, 37 (2007).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kartellrechtlichen Zwangslizenz an Apples DRM-Technologie FairPlay zurückgewiesen worden,[2365] weil die Nutzung von FairPlay nicht als unerlässlich eingestuft wurde, um auf dem Markt für Internet-Musikdienste tätig zu werden *(essential facility test)*.[2366] Der französische Gesetzgeber erblickte in der Beschränkung der Interoperabilität von technischen Schutzmaßnahmen – anders als hier vertreten[2367] – ein *allgemeines* Problem, das er glaubte, pauschal lösen zu müssen. Deshalb setzte er mit der Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information („Loi DADVSI") vom 1. August 2006 nicht nur (etwas verspätet) die Informationsgesellschafts-RL in nationales Recht um, sondern ordnete unter Berufung auf Erwgr. 48 und 54 Informationsgesellschafts-RL[2368] zusätzlich an, dass die technischen Schutzmaßnahmen nicht dazu führen dürfen, dass die wirksame Herstellung der Interoperabilität, unter Beachtung des Urheberrechts, verhindert wird; zu diesem Zweck wurden die Anbieter technischer Schutzmaßnahmen verpflichtet, unter den in den Art. L. 331-31 Abs. 1 Nr. 1 und L. 331-32 CPI festgelegten Bedingungen Zugang zu den für die Interoperabilität wesentlichen Informationen zu gewähren (Art. L. 331-5 Abs. 4 CPI).[2369] Der Normzweck besteht also in der Herstellung von Interoperabilität.

2365 Siehe bereits 1. Kapitel B. IV. 1. b).

2366 Cons. conc., Entsch. v. 9.11.2004, n° 04-D-54, Rdnr. 97 („Or, en l'espèce, le caractère indispensable de l'accès au DRM d'Apple n'apparaît pas prouvé pour trois raisons: le caractère minoritaire du transfert sur baladeur dans les usages actuels de la musique téléchargée; l'existence d'une possibilité simple, peu coûteuse et très courante de contournement de l'incompatibilité des DRM: la gravure sur CD; l'apparition récente en France de nombreux baladeurs numériques, avec et sans disque dur, sécurisés avec le DRM de Microsoft et compatibles avec la plate-forme VirginMega").

2367 Siehe 1. Kapitel B. IV. 2.

2368 Rapport Michel Thiollière, n° 308 (Sénat) v. 12.4.2006, S. 145 f. („[L]a directive […] ne s'est cependant pas montrée indifférente à ces considérations qui […] sont évoquées dans le considérant 48. […] Un peu plus loin, le considérant 54 […] souhaite que soient encouragées la compatibilité et l'interopérabilité des différents systèmes […]. Votre commission considère dans ces conditions que les dispositions garantissant l'interopérabilité dont elle souhaite assortir la consécration des mesures techniques de protection ne sont pas étrangères aux orientations de la directive, même si elles ne relèvent pas d'une obligation de transposition impérative").

2369 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dietz*, GRUR Int. 2007, 692, 698, unter Berücksichtigung der geltenden Fassung: „Les mesures techniques ne doivent pas avoir pour effet d'empêcher la mise en œuvre effective de l'interopérabilité,

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Tatbestand

Nach Art. L. 331-32 Abs. 1 S. 1 CPI kann jeder Hersteller von Computerprogrammen, jeder Hersteller von technischen Systemen und jeder Dienstanbieter, wenn der Zugang zu den für die Interoperabilität wesentlichen Informationen versagt wird, von der Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur l'Internet (HADOPI) verlangen, dass sie die Interoperabilität der Systeme und der bestehenden Dienste gewährleistet, unter Beachtung der Rechte der beteiligten Parteien, und dass sie vom Inhaber der Rechte an der technischen Maßnahme die für die Interoperabilität wesentlichen Informationen erhält.[2370] Freilich ist diese Vorschrift im Zusammenhang mit Art. L. 331-5 Abs. 4 S. 2 CPI zu lesen, der den Anbieter technischer Schutzmaßnahmen verpflichtet, Zugang zu den für die Interoperabilität wesentlichen Informationen zu gewähren.

Anspruchsberechtigt ist jeder Hersteller von Computerprogrammen, jeder Hersteller von technischen Systemen und jeder Dienstanbieter, also nicht –wie im Gesetzentwurf der Assemblée nationale vorgesehen[2371] – jeder Interessent, sondern nur eine Person, die die DRM-Schnittstelleninformationen dem Normzweck entsprechend nutzt und ein kompatibles System herstellt.[2372]

Der Anspruch besteht nur „unter Beachtung der Rechte der beteiligten Parteien". Dieser Vorbehalt wird in Art. L. 331-31 Abs. 1 Nr. 1 und L. 331-32 Abs. 2 CPI weiter konkretisiert. Danach sollen die technischen Maßnahmen keine *zusätzlichen* Beschränkungen in der Nutzung eines Werkes zur Folge haben, die auch *unabhängig* von denjenigen sind, die der Inhaber des Urheberrechts ausdrücklich getroffen hat (Art. L. 331-31

---

dans le respect du droit d'auteur. Les fournisseurs de mesures techniques donnent l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité dans les conditions définies au 1° de l'article L. 331-31 et à l'article L. 331-32."

2370 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dietz*, GRUR Int. 2007, 692, 698, unter Berücksichtigung der geltenden Fassung: „Tout éditeur de logiciel, tout fabricant de système technique et tout exploitant de service peut, en cas de refus d'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité, demander à la Haute Autorité de garantir l'interopérabilité des systèmes et des services existants, dans le respect des droits des parties, et d'obtenir du titulaire des droits sur la mesure technique les informations essentielles à cette interopérabilité."

2371 Texte adopté n° 554 (Assemblée Nationale) v. 21.3.2006, Art. 7.

2372 Cons. const., Entsch. v. 27.7.2006, n° 2006-540 DC, Rdnr. 43 – „Loi DADVSI".

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Abs. 1 Nr. 1 CPI),[2373] und ist der Begriff der Schnittstelleninformationen („informations essentielles à l'interopérabilité") unter Beachtung der ursprünglich festgelegten Nutzungsbedingungen des (DRM-)geschützten Werkes oder Gegenstandes auszulegen (Art. L. 331-32 Abs. 2 CPI).[2374] In der Literatur ist deshalb die Frage aufgeworfen worden, ob, wenn der Rechtsinhaber des *DRM-geschützten Werkes* die Nutzung an eine bestimmte DRM-Technologie geknüpft hat – etwa, dass sein Buch nur als DRM-geschütztes Kindle eBook gelesen werden kann –, der (passivlegitimierte) Rechtsinhaber *der technischen Schutzmaßnahme* die Offenlegung der Schnittstelleninformationen verweigern darf.[2375] Überwiegend wird

2373 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dietz*, GRUR Int. 2007, 692, 698, unter Berücksichtigung der geltenden Fassung: „[L]a Haute Autorité exerce les fonctions suivantes: 1° Elle veille à ce que les mesures techniques visées à l'article L. 331-5 n'aient pas pour conséquence, du fait de leur incompatibilité mutuelle ou de leur incapacité d'interopérer, d'entraîner dans l'utilisation d'une œuvre des limitations supplémentaires et indépendantes de celles expressément décidées par le titulaire d'un droit d'auteur sur une œuvre autre qu'un logiciel ou par le titulaire d'un droit voisin sur une interprétation, un phonogramme, un vidéogramme ou un programme."

2374 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dietz*, GRUR Int. 2007, 692, 698, unter Berücksichtigung der geltenden Fassung: „On entend par informations essentielles à l'interopérabilité la documentation technique et les interfaces de programmation nécessaires pour permettre à un dispositif technique d'accéder […] à une œuvre ou à un objet protégé par une mesure technique et aux informations sous forme électronique jointes, *dans le respect des conditions d'utilisation de l'œuvre ou de l'objet protégé qui ont été définies à l'origine*" [Hervorh. d. Verf.].

2375 *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 997; *Bernault*, RLDI 19 (2006), 59, 61; *dies.*, RLDI 25 (2007), supplément, 6, 9; *Gaubiac*, RIDA 211 (2007), 90, 126; *ders.*, in: *CUERPI*, Que reste-t-il du droit d'auteur après la loi du 1er août 2006?, S. 108; *Harrang*, 49 Ariz. L. Rev. 29, 38 (2007); siehe auch *Sirinelli*, Propr. intell. 20 (2006), 297, 329.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

diese Frage zwar verneint, weil damit die Grenzen des *droit de destination* überschritten würden.[2376] Dennoch besteht Rechtsunsicherheit.[2377]

c) Rechtsfolge

Rechtsfolge des Art. L. 331-5 Abs. 4 S. 2 i.V.m. Art. L. 331-32 CPI ist der Anspruch auf Offenlegung der DRM-Schnittstelleninformationen „unter Beachtung der Rechte der beteiligten Parteien".

aa) Leistung

Der Rechtsinhaber an der technischen Schutzmaßnahme ist verpflichtet, die Schnittstelleninformationen („informations essentielles à l'interopérabilité") offenzulegen. Der Begriff der Schnittstelleninformationen ist in Art. L. 331-32 Abs. 2 legaldefiniert als „die technische Dokumentation und die Programmierschnittstellen, die erforderlich sind, um einer technischen Vorrichtung […] den Zugang zu einem durch technische Maßnahmen geschützten Werk oder Gegenstand […], unter Beachtung der ursprünglich festgelegten Nutzungsbedingungen des geschützten Werkes oder Gegenstandes zu erlauben".[2378] Diese Informationen können als Betriebsgeheimnis,[2379] mithin als Eigentum i.S.v. Art. 17 DDHC geschützt sein.[2380]

2376 *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 997; *Bernault*, RLDI 19 (2006), 59, 61; *dies.*, RLDI 25 (2007), supplément, 6, 9. Das *droit de destination* ist nicht gesetzlich geregelt, aber in der französischen Rspr. und Lehre anerkannt; danach kann der Urheber nicht nur seinen Vertragspartnern, sondern auch jedem späteren Erwerber eine oder mehrere bestimmte Arten der Nutzung der Werkexemplare verbieten, *Lucas-Schloetter*, GRUR Int. 2007, 658, 659 f.; ausführlich *Pollaud-Dulian*, GRUR Int. 1989, 811 ff.

2377 Vgl. *Bernault*, RLDI 19 (2006), 59, 61; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 997.

2378 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dietz*, GRUR Int. 2007, 692, 698.

2379 Cons. const., Entsch. v. 27.7.2006, n° 2006-540 DC, Rdnr. 43 – „Loi DADVSI"; ebenso EuG BeckEuRS 2007, 455432, Rdnr. 289 – „Microsoft"; *Drexl*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 443. Allgemein zum Betriebsgeheimnis nach deutschem (§§ 17, 18 UWG) und französischem Recht *Schlötter*, S. 69 ff. u. 133 ff.; *Surblytė*, S. 49 ff. u. 60 ff.

2380 Cons. const., Entsch. v. 27.7.2006, n° 2006-540 DC, Rdnr. 41 – „Loi DADVSI".

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Fraglich ist, ob die Art. L. 331-5 Abs. 4 S. 2 i.V.m. Art. L. 331-32 CPI im Einzelfall auch eine Zwangslizenz im eigentlichen Sinn regelt. Wie gezeigt kann zur Herstellung von Interoperabilität bisweilen nicht nur die Information darüber, wie die Schnittstelle spezifiziert und gegebenenfalls wie diese Spezifikation implementiert ist, sondern – wenn die technische Schutzmaßnahme ein oder mehrere Computerprogramme enthält – auch die Übernahme von Quellcodefragmenten erforderlich sein.[2381] Damit stellt sich die Frage, ob der Rechtsinhaber in diesem Fall auch die Vervielfältigung der urheberrechtlich schutzfähigen Quellcodefragmente erlauben muss. Der Wortlaut des Art. L. 331-5 Abs. 4 S. 1 CPI („Die technischen Schutzmaßnahmen dürfen nicht dazu führen, dass die wirksame Herstellung der Interoperabilität, *unter Beachtung des Urheberrechts*, verhindert wird") ist insoweit unklar.[2382] Entweder bezieht sich der Vorbehalt des Urheberrechts nur auf die DRM-geschützten Werke oder – weitergehend – auch auf die Schnittstelleninformationen selbst. Der Gesetzgeber hat hier nicht hinreichend genug differenziert.[2383]

Dafür könnte sprechen, dass die von der Norm bezweckte *wirksame* Herstellung der Interoperabilität bisweilen eben auch eine Übernahme der Programmierschnittstellen, d.h. der schutzfähigen Quellcodefragmente erfordert, die nach der Legaldefinition zu den offenlegungspflichtigen Schnittstelleninformationen zählen. Wohl aus diesem Grund wird in der Literatur Art. L. 331-5 Abs. 4 S. 2 i.V.m. Art. L. 331-32 CPI vereinzelt als Zwangslizenz bezeichnet.[2384]

Anzunehmen ist aber eher, dass die Regelung nicht die Vervielfältigung von Quellcodefragmenten deckt.[2385] Zunächst ist die Offenlegung nicht

---

2381 Siehe bereits 1. Kapitel B. IV. 1. a).

2382 *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 997.

2383 *Bernault*, RLDI 25 (2007), supplément, 6, 9; *Rojinsky*, RLDI 20 (2006), supplément, 11, 12 f.

2384 So etwa *Harrang*, 49 Ariz. L. Rev. 29, 38 (2007).

2385 Vgl. *Bernault*, RLDI 25 (2007), supplément, 6, 9s („En revanche, si cette reproduction est nécessaire, l'auteur pourrait alors s'y opposer. Il apparait donc que dans certains cas, indépendamment du dispositif mis en place par législateur, le droit d'auteur pourrait bel et bien faire obstacle à l'interopérabilité"); offenbar in dieselbe Richtung *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 302 („Tout d'abord, il est affirmé […] que les mesures techniques ne doivent pas avoir pour effet d'empêcher la mise en œuvre effective de l'interopérabilité, dans le respect du droit d'auteur'. Cette dernière précision est importante car il ne faut pas que l'interopérabilité soit la couverture noble d'un acte de contrefaçon").

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gleichbedeutend mit der Erteilung einer Nutzungserlaubnis. Ein veröffentlichtes Werk ist „offengelegt", darf aber nur mit Zustimmung des Rechtsinhabers genutzt werden. Zudem spricht die Tatsache, dass der Gesetzgeber gerade nicht differenziert hat, dafür, den Urheberrechtsvorbehalt auch auf die Schnittstelleninformationen zu beziehen. Hinzu kommt, dass ursprünglich geplant war, den Rechtsinhaber zur Lizenzierung der DRM-Technologie insgesamt – nicht nur der Schnittstelleninformationen – zu verpflichten,[2386] und diese eigentliche Zwangslizenz im Laufe des Gesetzgebungsprozesses bewusst fallengelassen wurde.[2387]

Im Ergebnis ist der Rechtsinhaber also nur verpflichtet, die Quellcodefragmente offenzulegen, nicht aber, deren Nutzung zu erlauben. Damit regelt Art. L. 331-5 Abs. 4 S. 2 i.V.m. Art. L. 331-32 CPI keine urheberrechtliche Zwangslizenz im eigentlichen Sinn.[2388]

bb) Gegenleistung

Wenn sich die Parteien *nicht* einigen, trifft die HADOPI eine Entscheidung, in der die Bedingungen, unter welchen der Antragsteller Zugang zu den für die Interoperabilität wesentlichen Informationen haben kann, festgesetzt werden (Art. L. 331-32 Abs. 4 S. 2 CPI).[2389] Da die Offenlegung

2386 Projet de loi n° 1206 (Assemblée Nationale) v. 12.11.2003, Art. 7 („Les *licences de développement des mesures techniques de protection* sont accordées aux fabricants de systèmes techniques ou aux exploitants de services qui veulent *mettre en œuvre l'interopérabilité*, dans des conditions équitables et non discriminatoires, lorsque ces fabricants ou exploitants s'engagent à respecter, dans leur domaine d'activité, les conditions garantissant la sécurité de fonctionnement des mesures techniques de protection qu'ils utilisent", Hervorh. d. Verf.).

2387 Rapport Michel Thiollière, n° 308 (Sénat) v. 12.4.2006, S. 147 („Sans se prononcer sur la pertinence de ce rapprochement, votre rapporteur relève qu'au cours de leur audition, plusieurs industriels ont émis de discrètes, mais sérieuses réserves à l'égard du dispositif envisagé par le projet de loi, estimant que l'obligation de délivrer une licence, qui doit rester exceptionnelle, était en outre peu indiquée dans un marché à la fois internationalement très ouvert, et dans lequel le marché et les acteurs français ne représentent qu'un poids relatif").

2388 Vgl. *Carre*, S. 396.

2389 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dietz*, GRUR Int. 2007, 692, 698, unter Berücksichtigung der geltenden Fassung: „A défaut d'un accord entre les parties […], elle rend une décision […] prescrivant […] les conditions dans lesquelles le demandeur peut obtenir l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité […]."

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nur „unter Beachtung der Rechte der Parteien“ angeordnet werden darf (Art. L. 331-32 Abs. 1 S. 1 CPI), muss also der Rechtsinhaber der technischen Schutzmaßnahme „entschädigt“ werden.[2390] Erneut ist Art. L. 331-32 Abs. 1 S. 1 CPI im Zusammenhang mit Art. L. 331-5 Abs. 4 S. 2 CPI zu lesen, sodass nicht erst die Durchsetzung des Offenlegungsanspruchs, sondern schon der Anspruch selbst an die Zahlung einer angemessenen Vergütung geknüpft ist.

Zusätzlich zu einer angemessenen Vergütung kann der Rechtsinhaber vom Anspruchssteller verlangen, auf die Veröffentlichung des Quellcodes und der technischen Dokumentation seines unabhängigen und interoperablen Computerprogramms zu verzichten, wenn er nachweist, dass diese eine schwere Beeinträchtigung der Sicherheit und Wirksamkeit seiner technischen Maßnahme zur Folge hätte (Art. L. 311-32 Abs. 3 CPI).[2391] Je nach Auslegung des Begriffs „schwer“ dürfen die DRM-Schnittstelleninformationen deshalb nicht zur Herstellung eines interoperablen Open-Source-Programms verwendet werden.[2392] Die Folge ist eine zusätzliche Rechtsunsicherheit, die zulasten der Entwicklung von Open-Source-Software geht.[2393]

d) Durchsetzung

Der Anspruch auf Offenlegung soll vorrangig durch gütliche Einigung verwirklicht werden.[2394] Erst bei Ausbleiben einer Einigung („A défaut d’un contrat“) kann er behördlich durchgesetzt werden (Art. L. 331-32 Abs. 4 S. 2 CPI). Ursprünglich sollte der Berechtigte seinen Anspruch beim Tribunal de grande instance einklagen und eine einstweilige Verfü-

2390 Cons. const., Entsch. v. 27.7.2006, n° 2006-540 DC, Rdnr. 41 – „Loi DADVSI“.

2391 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dietz*, GRUR Int. 2007, 692, 698, unter Berücksichtigung der geltenden Fassung: „Le titulaire des droits sur la mesure technique ne peut imposer au bénéficiaire de renoncer à la publication du code source et de la documentation technique de son logiciel indépendant et interopérant que s’il apporte la preuve que celle-ci aurait pour effet de porter gravement atteinte à la sécurité et à l’efficacité de ladite mesure technique.“

2392 *Bernault*, RLDI 25 (2007), supplément, 6, 10; *dies.*, RLDI 19 (2006), 59, 61.

2393 *Bernault*, RLDI 25 (2007), supplément, 6, 10.

2394 Vgl. *Bruguière*, Comm. com. électr. 2/2007, 8, 12; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 997.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gung *(référé)* erwirken können.[2395] Allerdings kamen im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens Zweifel auf, ob der Zivilrichter die nötige Sachkompetenz besitzt, um in diesem technischen und speziellen Bereich sachgerechte Entscheidungen treffen zu können; zudem befürchtete man eine divergierende Rechtsprechung.[2396] Aus diesem Grund wurde die Zuständigkeit einer neu geschaffenen zentralen Sonderbehörde – der Autorité de régulation des mesures techniques – übertragen, die schließlich 2009 in der HADOPI aufging.[2397]

Binnen zwei Monaten nach Antragstellung (Art. L. 331-32 Abs. 1 S. 2 CPI[2398]) weist die HADOPI den Antrag auf Anordnung der Offenlegung entweder zurück oder trifft, notfalls unter Androhung eines Zwangsgeldes, eine Anordnung, die die Bedingungen, unter welchen der Antragsteller Zugang zu den für die Interoperabilität wesentlichen Informationen haben kann, und die Verpflichtungen, welche er einzuhalten hat, um die Wirksamkeit und die Integrität der technischen Maßnahme zu gewährleisten, sowie die Zugangs- und Nutzungsbedingungen des geschützten Inhalts vorschreibt (Art. L. 331-32 Abs. 4 S. 2 CPI).[2399] Im Ergebnis wird den Beteiligten also ein Vertrag diktiert.[2400] Die Folge ist ein faktischer Kontra-

---

2395 Texte adopté n° 554 (Assemblée Nationale) v. 21.3.2006, Art. 7 („Tout intéressé peut demander au président du tribunal de grande instance statuant en référé d'enjoindre sous astreinte à un fournisseur de mesures techniques de fournir les informations essentielles à l'interopérabilité").

2396 Rapport Michel Thiollière, n° 308 (Sénat) v. 12.4.2006, S. 155 („Le juge civil est le juge de droit commun en matière de propriété littéraire et artistique. Il peut certes recourir à des experts, mais il n'est pas sûr qu'il soit le mieux armé pour intervenir dans un domaine aussi technique et aussi spécialisé. En outre, la multiplicité des tribunaux risquerait de se traduire par une disparité des décisions, elle-même source d'incertitudes juridiques").

2397 *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 992.

2398 „A compter de sa saisine, la Haute Autorité dispose d'un délai de deux mois pour rendre sa décision."

2399 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dietz*, GRUR Int. 2007, 692, 698, unter Berücksichtigung der geltenden Fassung: „A défaut d'un accord entre les parties et après avoir mis les intéressés à même de présenter leurs observations, elle rend une décision motivée de rejet de la demande ou émet une injonction prescrivant, au besoin sous astreinte, les conditions dans lesquelles le demandeur peut obtenir l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité et les engagements qu'il doit respecter pour garantir l'efficacité et l'intégrité de la mesure technique, ainsi que les conditions d'accès et d'usage du contenu protégé."

2400 Vgl. *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 302 („contrat forcé"); *ders.*, Comm. com. électr. 10/2006, 8, 10.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hierungszwang, der durch die Androhung eines Zwangsgeldes noch einmal verstärkt werden kann. In Fällen des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung oder bei Handlungen, die die freie Wettbewerbsausübung behindern, muss die HADOPI die Autorité de la concurrence anrufen (Art. L. 331-32 Abs. 7 S. 1 CPI[2401]).

Gegen die Entscheidung ist das Rechtsmittel der Berufung vor der Cour d'appel de Paris statthaft; die Berufung hat aufschiebende Wirkung (Art. L. 331-32 Abs. 6 CPI[2402]).

Bisher ist freilich weder die HADOPI noch ihre Vorgängerbehörde um eine Entscheidung ersucht worden.[2403] Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, dass die Verpflichtung zu Offenlegung in hohem Maße rechtsunsicher ist[2404] und sich der Anspruchsteller auf ein langwieriges und kostspieliges Verfahren – erst vor der HADOPI, dann vor der Cour d'appel de Paris – einstellen muss. Hinzu kommt, dass die Berufung aufschiebende Wirkung hat und eine Leistungsverfügung *(mesure d'anticipation)* nach französischem Recht zwar nicht notwendig Eilbedürftigkeit, aber – weitergehend als nach deutschem Recht[2405] – das *offenkundige* Bestehen des Verfügungsanspruchs voraussetzt,[2406] was angesichts der Rechtsunsicherheit praktisch ausgeschlossen ist. Art. L. 331-5 Abs. 4 S. 2 i.V.m. Art. L. 331-32 CPI ist damit wenig effektiv und taugt auch kaum als eine „fleet in being". Dies dürfte der Grund sein, weshalb Amazon (auch) in Frankreich

---

2401 „Le président de la Haute Autorité saisit l'Autorité de la concurrence des abus de position dominante et des pratiques entravant le libre exercice de la concurrence dont il pourrait avoir connaissance dans le secteur des mesures techniques."

2402 „Les décisions de la Haute Autorité sont rendues publiques dans le respect des secrets protégés par la loi. Elles sont notifiées aux parties qui peuvent introduire un recours devant la cour d'appel de Paris. Le recours a un effet suspensif."

2403 *Bernault*, in: *Synodinou*, Codification of European Copyright Law, S. 310.

2404 Vgl. *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 997; *Bernault*, RLDI 19 (2006), 59, 63.

2405 Die Leistungsverfügung setzt in Deutschland die Glaubhaftmachung einer *besonderen* Dringlichkeit – die Gefahr eines irreparablen Schadens – und die *hohe* Wahrscheinlichkeit des Erfolgs in der Hauptsache voraus, *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO[72], Grundz § 916, Rdnr. 6 u. 9 („hohe Erfolgswahrscheinlichkeit in der Hauptsache"); *Drescher*, in: *Rauscher/Krüger*, MünchKommZPO[4], Bd. 2, § 938, Rdnr. 15 f. („in höchstem Maße wahrscheinlich"); siehe auch *Vollkommer*, in: *Zöller*, ZPO[30], § 940, Rdnr. 6; *Grunsky*, in: *Stein/Jonas*, ZPO[22], Bd. 9, vor § 935, Rdnr. 37.

2406 *Kimmerle*, S. 53 u. 59 f.; *Wannenmacher*, S. 57 f.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

an seinem geschlossenen Ökosystem aus Kindle und Kindle eBooks festhält.[2407] Im Ergebnis dürfte die gesetzliche Verpflichtung zur Offenlegung von DRM-Schnittstelleninformationen deshalb praktisch unbedeutend sein.

3. Zwischenergebnis

Das französische Urheberrechtsgesetz (Première partie du Code de la propriété intellectuelle) regelt unmittelbar keine Zwangslizenz an Werken oder urheberrechtlich geschützten Gütern. Auch die in Art. L. 331-5 Abs. 4 S. 2 i.V.m. Art. L. 331-32 CPI geregelte Verpflichtung zur Offenlegung von DRM-Schnittstelleninformationen ist keine Zwangslizenz, weil die Offenlegung von Quellcodefragmenten nicht gleichbedeutend mit der Erteilung einer Nutzungserlaubnis ist. Das deutsche Urheberrecht kennt vier Zwangslizenzen, mit denen der Gesetzgeber eine Quasi-Monopolisierung von privaten Normwerken (§ 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG), Musikwerken (§ 42a UrhG) und sonstigen Werken (§ 34 Abs. 1 VGG) sowie eine Unternutzung von Funksendungen und gesendeten Werken (§ 87 Abs. 5 UrhG) verhindern will. Anspruchsberechtigt sind produktive Nutzungswillige (Verleger, Tonträgerhersteller, Kabelunternehmen, § 5 Abs. 3 S. 2 u. 3, 42a, 87 Abs. 5 UrhG) oder jedermann (§ 34 Abs. 1 S. 1 VGG), zwangslizenzverpflichtet die Rechtsinhaber (§ 5 Abs. 3 S. 2 u. 3, 42a, 87 Abs. 5 UrhG) bzw. Treuhänder (§ 34 Abs. 1 VGG). Bei drei Zwangslizenzen ist der Anspruch unter bestimmten Voraussetzungen (Wahrnehmung durch Verwertungsgesellschaft oder gewandelte Überzeugung des Urhebers, § 42a UrhG; „sachlich rechtfertigender Grund“, § 87 Abs. 5 UrhG, „sachlich gerechtfertigter Grund“, § 34 Abs. 1 VGG) ausgeschlossen. Inhalt des Zielvertrages ist die Einräumung eines einfachen, territorial auf die Bundesrepublik Deutschland beschränkten Nutzungsrechts zu angemessenen Bedingungen, also insbesondere einer angemessenen Lizenzgebühr. Einigen sich die Parteien nicht, hat das Gericht die Gegenleistung nach billigem Ermessen festzusetzen. Nimmt der Rechtsinhaber dagegen das Angebot des Lizenzsuchers an und bestimmt eine „billige“ Lizenzgebühr, gilt dasselbe wie beim allgemeinen Kontrahierungszwang, d.h. das Gericht

2407 Vgl. *Vercken/Macrez*, Légicom 51 (2014), 85, 86; siehe bereits 1. Kapitel B. IV. 1. b).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

darf die Gegenleistungsbestimmung des Rechtsinhabers nur auf Ermessensfehler überprüfen und eine Ersatzbestimmung nur bei Ermessensfehlgebrauch treffen (§ 315 Abs. 3 S. 2 BGB entsprechend). Angemessen ist regelmäßig der Betrag, den der Rechtsinhaber bei der erstmaligen Lizenzierung desselben Werkes oder der Lizenzierung vergleichbarer Werke erzielt hat. Im Übrigen kann auf die entsprechenden Tarife der Verwertungsgesellschaften und die umfangreiche Rspr. zu § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG zurückgegriffen werden. Die Lizenzgebühr muss eine Höhe erreichen, die die Amortisation der Fixkosten sicherstellt. Ggf. kann das Gericht einen Sachverständigen hinzuziehen. In den Fällen der §§ 87 Abs. 5 UrhG, 34 Abs. 1 VGG, in denen der Klage ein Schiedsstellenverfahren vorgeschaltet ist, kann sich das Gericht zudem am Einigungsvorschlag der Schiedsstelle orientieren. Durchgesetzt wird der Anspruch – entsprechend den Grundsätzen zum allgemeinen Kontrahierungszwang – mit einer Klage auf Vertragsschluss und Leistung zu der vom Gericht festzusetzenden Gegenleistung, d.h. die Lizenzgebühr muss im Klageantrag nicht beziffert werden. Mit Rechtskraft des Urteils wird das Zustandekommen des Lizenzvertrages fingert (§ 894 ZPO). Um dem Lizenzsucher eine schnelle Nutzung zu ermöglichen, sehen die Zwangslizenzen ein „Hinterlegungsmodell“ und/oder ein „Verfügungsmodell“ vor. Soweit sich die Parteien nur über die Höhe der Lizenzgebühr streiten, kann der Lizenzsucher die vom Rechtsinhaber bestimmte Vergütung hinterlegen und mit der Nutzung beginnen („Hinterlegungsmodell“ bei §§ 34 Abs. 1, 37 VGG). Im Übrigen kann er eine Leistungsverfügung erwirken, ohne die (besondere) Dringlichkeit glaubhaft machen zu müssen – richtigerweise wird diese unwiderleglich vermutet; es muss lediglich eine hohe Wahrscheinlichkeit des Erfolgs in der Hauptsache bestehen („Verfügungsmodell“). Die Höhe der Lizenzgebühr wird erst in der Entscheidung in der Hauptsache bestimmt.

III. Die patentrechtlichen Zwangslizenzen

Die patentrechtlichen Zwangslizenzen können hier nicht vertieft behandelt werden. Dennoch lohnt sich ein Blick auf die der urheberrechtlichen Zwangslizenz am nächsten stehende Rechtsfigur.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

1. Deutschland

Das deutsche Patentrecht kennt drei Zwangslizenzen, die allesamt in § 24 PatG geregelt sind: die Zwangslizenz im öffentlichen Interesse (unten a)), die Abhängigkeitslizenz (unten b)) und die Ausführungslizenz (unten c)).

a) Zwangslizenz im öffentlichen Interesse (§ 24 Abs. 1 PatG)

Die Zwangslizenz im öffentlichen Interesse ist in § 24 Abs. 1 PatG geregelt. Ihr Zweck besteht darin, die Allgemeinheit vor Nachteilen des mit dem Patent verbundenen Ausschließlichkeitsrechts zu schützen.[2408] Anders als die §§ 5 Abs. 3 S. 2 u. 3, 42a, 87 Abs. 5 UrhG, § 34 Abs. 1 VGG sowie § 24 Abs. 2 PatG regelt diese Vorschrift ihrem Wortlaut nach keine Verpflichtung des Rechtsinhabers, sondern die Voraussetzungen der Erteilung einer Zwangslizenz durch den Staat.[2409] Zum Teil wird deshalb die Auffassung vertreten, dass es sich bei dem Anspruch auf Lizenzerteilung um einen *öffentlich-rechtlichen Anspruch* handele, der gegen den Staat gerichtet sei.[2410] Für diese Ansicht mag auch sprechen, dass für die Klage auf Lizenzerteilung kein ordentliches Gericht, sondern das BPatG zuständig ist.[2411] Vorzugswürdig ist dennoch die herrschende Gegenansicht, die in § 24 PatG einen gegen den Rechtsinhaber gerichteten *privatrechtlichen Anspruch* auf Lizenzerteilung erkennt.[2412] Gegen das Wortlautargument lässt sich einwenden, dass § 24 Abs. 1 PatG die Verpflichtung des Rechtsinhabers zur Lizenzerteilung voraussetzt, indem er an das Ausbleiben einer Zustimmung zur Nutzung anknüpft (§ 24 Abs. 1 Nr. 1 PatG). Darüber hinaus ist Prozessgegner nicht etwa der Staat, sondern der Rechtsinhaber (§ 81 Abs. 1 S. 2 PatG); der Staat wirkt nur durch unabhängige Richter mit.[2413] Dass für die Erzwingung der Lizenzerteilung kein ordent-

---

2408 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 5; *Hacker*, in: *Busse*, PatG[7], § 24, Rdnr. 16; siehe auch *Kraßer*, S. 833.

2409 „Die nicht ausschließliche Befugnis […] wird durch das Patentgericht […] erteilt, wenn […]."

2410 *Pohl*, S. 12; *Clad*, S. 58 u. 61; offen gelassen von *Hacker*, in: *Busse*, PatG[7], § 24, Rdnr. 64.

2411 *Kraßer*, S. 837.

2412 *Kraßer*, S. 837; *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 5; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 3 u. 28; *Mes*, in: *Mes*, PatG[4], § 24, Rdnr. 2.

2413 *Kraßer*, S. 837; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 3 u. 28.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

liches Gericht zuständig ist, ist damit zu erklären, dass die Zwangslizenz als Ersatz für die – dem Patentamt als Erteilungsbehörde zukommende – Zurücknahme des Patents eingeführt wurde; der Gesetzgeber hätte das Zwangslizenzverfahren ebenso gut den ordentlichen Gerichten zuweisen können.[2414] Im Folgenden werden der Tatbestand (unten aa)), die Rechtsfolge (unten bb)) und die Durchsetzung (unten cc)) dargelegt.

aa) Tatbestand

Anspruchsberechtigt ist jedermann, der die Erfindung gewerbsmäßig benutzen will und kann,[2415] d.h. wirtschaftlich, technisch und organisatorisch dazu in der Lage ist.[2416] Anspruchsgegner ist der im Register eingetragene Inhaber des Patents (§ 81 Abs. 1 S. 2 PatG), nicht der ausschließliche Lizenznehmer.[2417]

Weiter muss die Erteilung der Lizenz im öffentlichen Interesse geboten sein (§ 24 Abs. 1 Nr. 1 PatG). Dass sich der Lizenzsucher innerhalb eines angemessenen Zeitraumes erfolglos bemüht haben muss, vom Patentinhaber die Zustimmung zu erhalten, die Erfindung zu angemessenen geschäftsüblichen Bedingungen zu benutzen (§ 24 Abs. 1 Nr. 1 PatG), ist eine bloße Sachurteilsvoraussetzung.[2418]

Der Begriff des *öffentlichen Interesses* ist ein von der Rspr. auszufüllender unbestimmter Rechtsbegriff, der sich nicht in allgemeingültiger Weise umschreiben lässt, sondern dem Wandel unterworfen ist.[2419] Die Bewertung der jeweils gegeneinander abzuwägenden Belange des Rechtsinhabers und der Allgemeinheit unterliegt wechselnden Anschauungen und ist vom Einzelfall abhängig.[2420] Einerseits kann das öffentliche Interesse nicht allein durch die Ausschließlichkeitsstellung des Rechtsinhabers begründet werden, selbst wenn dieser auf dem Markt eine tatsächliche Mo-

2414 *Kraßer*, S. 838.
2415 RGZ 130, 360, 361 f.; *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 12; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 10; *Hacker*, in: *Busse*, PatG[7], § 24, Rdnr. 22; *Rinken/Kühnen*, in: *Schulte*, PatG[9], § 24, Rdnr. 8.
2416 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 14; *Hacker*, in: *Busse*, PatG[7], § 24, Rdnr. 23.
2417 BGH GRUR 1996, 190, 195 – „Polyferon".
2418 BGH GRUR 1996, 190, 191 f. – „Polyferon".
2419 BGH GRUR 1996, 190, 192 – „Polyferon".
2420 BGH GRUR 1996, 190, 192 – „Polyferon".

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nopolstellung einnimmt; vielmehr müssen „besondere Umstände“ hinzutreten, welche die uneingeschränkte Anerkennung des Ausschließlichkeitsrechts und die Interessen des Rechtsinhabers zurücktreten lassen, weil die Belange der Allgemeinheit die Ausübung des Patents durch den Lizenzsucher gebieten.[2421] Andererseits muss das Patent aber auch nicht missbräuchlich ausgeübt worden sein.[2422] Als besondere Umstände, die die Annahme eines öffentlichen Interesses rechtfertigen, kommen deshalb auch andere Umstände in Betracht, vor allem technische, wirtschaftliche, sozialpolitische und medizinische (öffentliche Gesundheit).[2423] Dabei können die (reichs-)gerichtlich anerkannten „besonderen Umstände“ wegen des Wandels der Anschauungen nur bedingt zur Bestimmung des öffentlichen Interesses herangezogen werden.[2424]

Die Lizenzerteilung muss im öffentlichen Interesse *geboten* sein, womit der Gesetzgeber dem patentrechtlichen Dreistufentest (Art. 30 TRIPS) Rechnung trägt, der eine umfassende Interessenabwägung verlangt.[2425] Bei der Interessenabwägung ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren.[2426] So besteht etwa kein Anspruch auf Erteilung einer Lizenz an einem Arzneimittel, wenn das öffentliche Interesse mit anderen, mehr oder weniger gleichwertigen Ausweichpräparaten befriedigt werden kann.[2427]

Schließlich kann die Erteilung einer Lizenz an patentierten Erfindungen auf dem Gebiet der Halbleitertechnologie nur beansprucht werden, wenn die Lizenzerteilung zur Behebung einer in einem Gerichts- oder Verwaltungsverfahren festgestellten wettbewerbswidrigen Praxis des Patentinhabers erforderlich ist (§ 24 Abs. 4 PatG); dabei handelt es sich um eine zusätzliche Voraussetzung („im Rahmen des Absatzes 1“).[2428]

2421 BGH GRUR 1996, 190, 192 – „Polyferon“.
2422 BGH GRUR 1996, 190, 192 – „Polyferon“.
2423 BGH GRUR 1996, 190, 192 f. – „Polyferon“.
2424 BGH GRUR 1996, 190, 192 – „Polyferon“. Ausführlich zur umfangreichen rechtsgerichtlichen Rspr. *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 29 ff.; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 18 ff.; *Rinken/Kühnen*, in: *Schulte*, PatG[9], § 24, Rdnr. 13.
2425 BGH GRUR 1996, 190, 192 – „Polyferon“.
2426 BGH GRUR 1996, 190, 193 – „Polyferon“.
2427 BGH GRUR 1996, 190, 193 – „Polyferon“.
2428 Eingehend *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 40; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 26; *Hacker*, in: *Busse*, PatG[7], § 24, Rdnr. 56 ff.; *Mes*, in: *Mes*, PatG[4], § 24, Rdnr. 23 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb) Rechtsfolge

Rechtsfolge des § 24 Abs. 1 PatG ist der Anspruch auf Lizenzerteilung zu angemessenen geschäftsüblichen Bedingungen, vermittelt durch den Abschluss eines Lizenzvertrages.[2429]

(1) Leistung

Gegenstand des Lizenzerteilungsanspruchs ist ein einfaches Nutzungsrecht,[2430] das eingeschränkt erteilt werden kann (§ 24 Abs. 6 S. 2 PatG). Einschränkungen der Lizenz ergeben sich zum einen aus dem Antrag des Lizenzsuchers und zum anderen aus dem Zweck, zu dem der Anspruch auf Lizenzerteilung besteht (vgl. § 24 Abs. 6 S. 3 PatG).[2431] Der Anspruch geht also nicht über das durch das öffentliche Interesse Gebotene hinaus.[2432] Die Zwangslizenz ist territorial auf den Geltungsbereich des PatG beschränkt.[2433] Sie kann nur zusammen mit dem Betrieb übertragen werden – durch Gesamtrechtsnachfolge, Asset Deal, Share Deal –[2434], der mit der Ausübung des Patents befasst ist (§ 24 Abs. 7 PatG).

(2) Gegenleistung

Der Rechtsinhaber hat gegen den Lizenznehmer Anspruch auf eine Vergütung, die nach den Umständen des Falles angemessen ist und den wirtschaftlichen Wert der Zwangslizenz in Betracht zieht (§ 24 Abs. 6 S. 4 PatG). Einigen sich die Beteiligten nicht über die Höhe, so hat das Gericht

2429 Der Vertragsschluss ist lediglich das Vehikel, um dem Lizenzsucher die Lizenz zu gewähren, allgemein für den Kontrahierungszwang *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 264.

2430 Vgl. *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 80; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 38; *Mes*, in: *Mes*, PatG[4], § 24, Rdnr. 43; *Hacker*, in: *Busse*, PatG[7], § 24, Rdnr. 66; *Rinken/Kühnen*, in: *Schulte*, PatG[9], § 24, Rdnr. 34.

2431 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 52; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 31.

2432 Vgl. *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 52; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 31.

2433 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 81; *Hacker*, in: *Busse*, PatG[7], § 24, Rdnr. 66.

2434 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 71.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die Lizenzgebühr nach billigem Ermessen, also regelmäßig durch Schätzung (§ 287 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 1 ZPO) zu bestimmen.[2435] Maßgebend ist, was bei einer vertraglichen Einigung ein vernünftiger Patentinhaber fordern und ein vernünftiger Lizenznehmer gewähren würde.[2436] Damit gilt derselbe Maßstab wie bei der Schadensberechnung durch Lizenzanalogie (§ 139 Abs. 2 S. 3 PatG)[2437] und kann auf die entsprechende Rspr. zurückgegriffen werden.[2438] Die Vergütung ist so zu bemessen, dass sie einerseits dem Rechtsinhaber eine angemessene Entschädigung gewährt und andererseits dem Lizenzsucher die Aufrechterhaltung seines Betriebes gestattet.[2439] Im Übrigen sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen,[2440] etwa das Alter und die wirtschaftliche Bedeutung des Patents;[2441] die mit dem Patent verbundene Marktstellung;[2442] der innovative Aufwand und die angemessene Amortisation des Patentinhabers;[2443] der Umfang der Lizenz und der lizenzierten Benutzung;[2444] sowie der vergebliche Auf-

---

2435 Vgl. BPatG GRUR 1994, 98, 103 – „Zwangslizenz"; *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 62; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 33; *Hacker*, in: *Busse*, PatG[7], § 24, Rdnr. 78; allgemein für den spezialgesetzlichen Kontrahierungszwang auch *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 596.

2436 RGZ 171, 227, 239; *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 57; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 33; *Hacker*, in: *Busse*, PatG[7], § 24, Rdnr. 75.

2437 Vgl. BGH GRUR 1962, 401, 404 – „Kreuzbodenventilsäcke III"; GRUR 1990, 1008, 1009 – „Lizenzanalogie"; GRUR 1992, 432, 433 – „Steuereinrichtung"; GRUR 1993, 55, 58 – „Tchibo/Rolex II"; GRUR 1993, 899, 900 – „Dia-Duplikate"; GRUR 1995, 578, 580 – „Steuereinrichtung II"; GRUR 2000, 685, 687 – „formunwirksamer Lizenzvertrag"; GRUR 2009, 660 f. – „Resellervertrag".

2438 Vgl. *Hacker*, in: *Busse*, PatG[7], § 24, Rdnr. 75.

2439 RGZ 143, 223, 229; BPatG GRUR 1994, 98, 103 – „Zwangslizenz"; *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 57; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 33; *Hacker*, in: *Busse*, PatG[7], § 24, Rdnr. 75; *Rinken/Kühnen*, in: *Schulte*, PatG[9], § 24, Rdnr. 32.

2440 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 58; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 33; *Hacker*, in: *Busse*, PatG[7], § 24, Rdnr. 75.

2441 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 58; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 33; *Hacker*, in: *Busse*, PatG[7], § 24, Rdnr. 75.

2442 *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 33; *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 58;.

2443 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 58; *Hacker*, in: *Busse*, PatG[7], § 24, Rdnr. 75.

2444 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 58; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 33; *Hacker*, in: *Busse*, PatG[7], § 24, Rdnr. 75.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wand für andere Erfindungen auf dem betreffenden Gebiet,[2445] also das Investitionsrisiko. Weiter kann sich der Lizenzsatz an den Vergütungssätzen für Arbeitnehmerfindungen und an der mit vertraglichen Lizenznehmern vereinbarten Vergütung orientieren.[2446] Die Vergütung kann als eine einmalige oder als eine zu bestimmten Zeitpunkten (z.B. vierteljährlich, jährlich) regelmäßig wiederkehrende, der Höhe nach von vornherein bestimmte oder nach Umsatz – die Rspr. hat im Allgemeinen Prozentsätze zwischen 1% und 10% für angemessen gehalten[2447] –, Gewinn oder Stückzahl zu berechnende Leistung festgesetzt werden.[2448]

Schließlich kann die Lizenzerteilung an weitere Bedingungen geknüpft werden (§ 24 Abs. 6 S. 2 PatG), etwa an die Erbringung einer Sicherheitsleistung.[2449]

cc) Durchsetzung

Der Anspruch soll vorrangig durch gütliche Einigung verwirklicht werden. Der Lizenzsucher muss sich deshalb innerhalb eines angemessenen Zeitraumes *erfolglos bemüht* haben, vom Patentinhaber die Zustimmung zu erhalten, die Erfindung zu angemessenen geschäftsüblichen Bedingungen zu benutzen (§ 24 Abs. 1 Nr. 1 PatG); andernfalls kann kein Urteil ergehen (Sachurteilsvoraussetzung).[2450] Das Bemühen innerhalb eines angemessenen Zeitraums meint ein ernsthaftes, nachhaltiges Bemühen um eine Li-

---

2445 *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 34.

2446 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 61; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 33;.

2447 BPatG GRUR 1994, 98, 103 – „Zwangslizenz"; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 34; *Hacker*, in: *Busse*, PatG[7], § 24, Rdnr. 77; *Rinken/Kühnen*, in: *Schulte*, PatG[9], § 24, Rdnr. 32.

2448 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 59; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 34; *Hacker*, in: *Busse*, PatG[7], § 24, Rdnr. 76; *Rinken/Kühnen*, in: *Schulte*, PatG[9], § 24, Rdnr. 132.

2449 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 63; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 31; *Mes*, in: *Mes*, PatG[4], § 24, Rdnr. 39; *Hacker*, in: *Busse*, PatG[7], § 24, Rdnr. 71; *Rinken/Kühnen*, in: *Schulte*, PatG[9], § 24, Rdnr. 33.

2450 BGH GRUR 1996, 190, 191 f. – „Polyferon"; das erfolglose Bemühen muss also erst im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vorliegen, RGZ 113, 115, 116; *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 12; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 18; *Mes*, in: *Mes*, PatG[4], § 24, Rdnr. 13; *Hacker*, in: *Busse*, PatG[7], § 24, Rdnr. 28.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zenz.[2451] Es genügt, wenn der Lizenzsucher seine grundsätzliche Bereitschaft zur Zahlung einer angemessenen Vergütung erklärt;[2452] die Nennung eines bestimmten Betrages ist deshalb nicht nötig und regelmäßig nur als ein Vorschlag zu werten,[2453] es sei denn, der Lizenzsucher gibt klar zu erkennen, keinesfalls mehr zahlen zu wollen.[2454] Die Bemühungen sind erfolglos, wenn der Rechtsinhaber eine Lizenz ausdrücklich verweigert oder das Angebot unter Mitteilung eines unannehmbaren Gegenangebots ablehnt.[2455]

Statthafte Klageart ist nach ganz h.M. die Gestaltungsklage, da dem Lizenzsucher mit Erteilung der Zwangslizenz das Nutzungsrecht *unmittelbar* verliehen wird,[2456] also ohne Fiktion eines Lizenzvertrages.[2457]

Erstinstanzlich *zuständig* ist das BPatG (§ 66 Abs. 1 Nr. 2 PatG); Berufungsinstanz ist der BGH (§ 110 Abs. 1 PatG).

Der *Klageantrag* muss zwar grundsätzlich bestimmt sein (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO), also auf die Erteilung einer einfachen Lizenz an einem bestimmten Patent gerichtet sein.[2458] Doch kann die Höhe der angemessenen Vergütung zweckmäßigerweise dem Ermessen des Richters überlassen werden.[2459] Im Rahmen der gestellten Anträge erforscht das Gericht den Sachverhalt von Amts wegen, ohne an das Vorbringen und die Beweisanträge der Parteien gebunden zu sein (§ 87 Abs. 1 PatG).

2451 *Mes*, in: *Mes*, PatG[4], § 24, Rdnr. 10; *Hacker*, in: *Busse*, PatG[7], § 24, Rdnr. 30.

2452 BGH GRUR 1996, 190, 192 – „Polyferon"; BPatG GRUR 1994, 98, 99 – „Zwangslizenz".

2453 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 13; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 21; *Mes*, in: *Mes*, PatG[4], § 24, Rdnr. 12; *Rinken/Kühnen*, in: *Schulte*, PatG[9], § 24, Rdnr. 10; *Hacker*, in: *Busse*, PatG[7], § 24, Rdnr. 31.
vgl. BGH GRUR 1996, 190, 192 – „Polyferon".

2454 RGZ 171, 227, 232 f.; *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 13; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 21; *Hacker*, in: *Busse*, PatG[7], § 24, Rdnr. 31.

2455 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 13; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 19; *Mes*, in: *Mes*, PatG[4], § 24, Rdnr. 12.

2456 BGH GRUR 1996, 190, 195 – „Polyferon".

2457 *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 28; *Mes*, in: *Mes*, PatG[4], § 24, Rdnr. 33; *Hacker*, in: *Busse*, PatG[7], § 24, Rdnr. 65; *Kraßer*, S. 837; *Wolff*, S. 46; *Pohl*, S. 12; a.A. *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 48 (Leistungsklage).

2458 *Mes*, in: *Mes*, PatG[4], § 24, Rdnr. 33; *Rinken/Kühnen*, in: *Schulte*, PatG[9], § 24, Rdnr. 29 (mit Beispiel eines Klageantrags).

2459 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 62; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 33.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Auf Antrag des Klägers kann ihm die Benutzung der patentierten Erfindung auch schon vorweg durch *einstweilige Verfügung* gestattet werden. Allerdings muss er dazu nicht nur den *Verfügungsanspruch*, also das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen, sondern zusätzlich einen *Verfügungsgrund* glaubhaft machen, nämlich dass die alsbaldige Erteilung der Erlaubnis im öffentlichen Interesse dringend geboten ist (§ 85 Abs. 1 PatG). Damit kommen für den Erlass einer einstweiligen Verfügung nur solche Fälle in Betracht, bei denen zur Abwendung wesentlicher Nachteile die sofortige Benutzungsgestattung im Interesse der Öffentlichkeit so dringend geboten ist, dass ein längeres Zuwarten nicht verantwortet werden könnte.[2460] Die patentrechtliche Zwangslizenz ist damit weniger effektiv als ihre urheberrechtlichen Schwestern. Die Höhe der Vergütung kann aber auch hier der Entscheidung in der Hauptsache vorbehalten bleiben.[2461] Der Erlass der einstweiligen Verfügung kann davon abhängig gemacht werden, dass der Lizenzsucher wegen der dem Rechtsinhaber drohenden Nachteile Sicherheit leistet (§ 86 Abs. 2 PatG). Die Sicherheit sollte den prozessualen Schadensersatzanspruch aus § 86 Abs. 5 PatG abdecken, also die Schäden, die dem Rechtsinhaber insbesondere durch Absatzverluste entstehen, wenn die einstweilige Verfügung durchgeführt wird, sich aber als von Anfang an ungerechtfertigt erweist.[2462]

Sind die Umstände, die der Lizenzerteilung zugrunde lagen, entfallen und ist ihr Wiedereintritt unwahrscheinlich, kann der Rechtsinhaber die *Rücknahme* der Zwangslizenz verlangen (§ 24 Abs. 6 S. 6 PatG); dabei sind schutzwürdige Interessen des Lizenznehmers zu berücksichtigen, etwa an der Amortisation seiner Investitionen im berechtigten Vertrauen auf den Bestand der Zwangslizenz.[2463] Weiter kann jeder Beteiligte eine *Anpassung* der wiederkehrenden Vergütungsleistungen des Lizenznehmers verlangen, wenn sich die für die Höhe der Vergütung maßgebenden Verhältnisse wesentlich ändern (§ 24 Abs. 6 S. 5 PatG). Beide Ansprüche sind

---

2460 BGH GRUR 1952, 393, 493 – „Paladon".

2461 RGZ 171, 227, 237; *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 56; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 33; *Hacker*, in: *Busse*, PatG[7], § 24, Rdnr. 79.

2462 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 85, Rdnr. 14; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 85, Rdnr. 5; *Keukenschrijver*, in: *Busse*, PatG[7], § 85, Rdnr. 12; *Voit*, in: *Schulte*, PatG[9], § 85, Rdnr. 7.

2463 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 66; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 45.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

durch Abänderungsklage entsprechend § 323 ZPO beim BPatG durchzusetzen.[2464]

b) Abhängigkeitslizenz (§ 24 Abs. 2 PatG)

Die sog. Abhängigkeitslizenz ist in § 24 Abs. 2 PatG geregelt. Ihr liegt der Gedanke zugrunde, dass das Patentrecht die technische Entwicklung fördern und Innovationen nicht unangemessen behindern soll.[2465] Dass der Anspruch auf Lizenzerteilung gegen den Rechtsinhaber gerichtet ist, folgt hier bereits aus dem Wortlaut.[2466]

aa) Tatbestand

Anspruchsberechtigt ist in telelogischer Extension des zu engen Wortlauts („Kann der Lizenzsucher eine *ihm* durch Patent […] geschützte Erfindung") jeder Nutzungsberechtigte eines jüngeren Patents, also auch der einfache oder ausschließliche Lizenznehmer.[2467] Allerdings muss auch er die Erfindung gewerbsmäßig benutzen wollen und können.[2468] Anspruchsgegner ist der Inhaber eines älteren Patents. Weiter muss die Erfindung des Lizenzsuchers abhängig sein, d.h. die durch das jüngere Patent geschützte Erfindung darf nicht verwerten werden können, ohne das ältere Patent zu verletzen. Schließlich muss die Erfindung des Lizenzsuchers einen im Vergleich zu derjenigen des älteren Patents *wichtigen* technischen Fortschritt – also einen solchen, der über die Neuheit und den erfinderischen Schritt im Sinne der §§ 3, 4 PatG hinausgeht[2469] – von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung aufweisen (§ 24 Abs. 2 Nr. 2 PatG); diese ist ob-

---

2464 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 64 u. 66; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 42 u. 45; *Mes*, in: *Mes*, PatG[4], § 24, Rdnr. 41.

2465 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 35; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 22; vgl. BPatG GRUR 1994, 98, 100 f. – „Zwangslizenz".

2466 Unrichtig insoweit *Pohl*, S. 12 („§ 24 PatG statuiert nicht, daß sich dieser Anspruch gegen den Patentinhaber selbst richtet. Die Tatbestandsfassung ist insofern neutral").

2467 Allg. Ansicht, *Rinken/Kühnen*, in: *Schulte*, PatG[9], § 24, Rdnr. 16; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 22; *Hacker*, in: *Busse*, PatG[7], § 24, Rdnr. 50.

2468 *Rinken/Kühnen*, in: *Schulte*, PatG[9], § 24, Rdnr. 18.

2469 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 37.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

jektiv, d.h. nicht nach den individuellen Bedürfnisses des Lizenzsuchers zu beurteilen.[2470] Nicht (mehr) erforderlich ist ein öffentliches Interesse an der Lizenzerteilung.[2471] § 24 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. Abs. 1 Nr. PatG regelt eine bloße Sachurteilsvoraussetzung.[2472]

bb) Rechtsfolge

Hinsichtlich der Rechtsfolge kann auf die Ausführungen zur Zwangslizenz im öffentlichen Interesse verwiesen werden.[2473] Eine Besonderheit besteht nur insoweit, als der Anspruchsgegner seine Lizenzerteilung von der Einräumung einer Gegenlizenz an der Erfindung des jüngeren Patents abhängig machen kann (§ 24 Abs. 2 S. 1 PatG). Diese muss ebenfalls zu angemessenen Bedingungen erfolgen, also insbesondere nach § 24 Abs. 6 PatG. Dabei kann die Vergütung für die Zwangslizenz diejenige für die Gegenlizenz übersteigen und umgekehrt; ebenso kommt auch eine wechselseitige Freilizenz in Betracht; maßgeblich sind jeweils die Umstände des Einzelfalls.[2474]

cc) Durchsetzung

Auch insoweit wird auf die Ausführungen zu § 24 Abs. 1 PatG verwiesen.[2475]

2470 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 37; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 22.

2471 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 35; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 22; *Hacker*, in: *Busse*, PatG[7], § 24, Rdnr. 47; *Mes*, in: *Mes*, PatG[4], § 24, Rdnr. 20; *Rinken/Kühnen*, in: *Schulte*, PatG[9], § 24, Rdnr. 16.

2472 Siehe bereits 3. Kapitel B. III. 1. a) aa).

2473 Siehe 3. Kapitel B. III. 1. a) bb).

2474 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 38; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 24.

2475 Siehe 3. Kapitel B. III. 1. a) cc).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c) Ausführungslizenz (§ 24 Abs. 5 PatG)

Die dritte und letzte patentrechtliche Zwangslizenz ist die sog. Ausführungslizenz (§ 24 Abs. 5 PatG), mit der 1998 ein (reichs-)gerichtlich anerkannter „besonderer Umstand", der ein öffentliches Interesse i.S.v. § 24 Abs. 1 PatG begründet – die unzureichende Inlandsversorgung –, kodifiziert wurde.[2476] Folgerichtig besteht der Anspruch auf Lizenzerteilung nur „im Rahmen des Absatzes 1", d.h. muss der Tatbestand der Zwangslizenz im öffentlichen Interesse vorliegen;[2477] insoweit und bezüglich der Rechtsfolge sowie der Durchsetzung kann auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden.[2478] Zusätzlich verlangt § 24 Abs. 5 S. 1 PatG, dass der Rechtsinhaber die patentierte Erfindung nicht oder nicht überwiegend im Inland ausübt. Dabei steht der inländischen „Ausübung", d.h. der Herstellung des patentierten Erzeugnisses oder der Anwendung des patentierten Verfahrens,[2479] die Einfuhr des patentierten Erzeugnisses gleich (§ 24 Abs. 5 S. 2 PatG). Zu guter Letzt muss kumulativ eine ausreichende Versorgung des Inlandsmarktes mit dem patentierten Produkt sicherzustellen sein (§ 24 Abs. 5 S. 1 PatG).[2480] Teils wird dies so verstanden, dass die unzureichende Inlandsversorgung auf der mangelnden Ausübung im Inland bzw. Einfuhr beruhen muss.[2481] Denkbar ist aber auch, dass die Nicht- oder nicht überwiegende Ausübung im Inland eine Zwangslizenz nur begründet, wenn nicht nur ein öffentliches Interesse vorliegt, sondern dieses gerade an einer ausreichenden Versorgung des Inlandsmarktes besteht.[2482] Diese Auslegung verdient den Vorzug, weil sonst § 24 Abs. 5 PatG überflüssig wäre. Denn verlangt man über das Interesse an einer ausreichenden Inlandsversorgung hinaus ein zusätzliches öffentliches Interesse, besteht

2476 *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 27; *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 30 u. 43.

2477 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 42; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 27; *Hacker*, in: *Busse*, PatG[7], § 24, Rdnr. 61; *Rinken/Kühnen*, in: *Schulte*, PatG[9], § 24, Rdnr. 26; *Mes*, in: *Mes*, PatG[4], § 24, Rdnr. 28.

2478 Siehe 3. Kapitel B. III. 1. a).

2479 Gesetzentwurf v. 20.2.1998, BT-Drs. 13/9971, S. 27; siehe auch *Hacker*, in: *Busse*, PatG[7], § 24, Rdnr. 62.

2480 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 35; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 27; *Hacker*, in: *Busse*, PatG[7], § 24, Rdnr. 63; *Mes*, in: *Mes*, PatG[4], § 24, Rdnr. 29.

2481 *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 27.

2482 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 44.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Lizenzanspruch bereits nach § 24 Abs. 1 PatG aufgrund *dieses* öffentlichen Interesses.

2. Frankreich

Das französische Patentgesetz („Livre VI du Code de la propriété intellectuelle") kennt fünf Zwangslizenzen, die entweder richterlich (*licences obligatoires*) oder behördlich (*licences d'office*) erteilt werden:[2483] die Ausführungslizenz (unten a)), die Abhängigkeitslizenz (unten b)) und drei Zwangslizenzen im öffentlichen Interesse (unten c)).

a) Ausführungslizenz (Art. L. 613-11 ff. CPI)

Die in Art. L. 613-11 bis L. 613-14 CPI geregelte Ausführungslizenz beruht auf dem Gedanken, dass das Ausschließlichkeitsrecht seine ökonomische Rechtfertigung verliert, d.h. missbräuchlich ausgeübt wird, wenn die Erfindung nicht verwertet wird.[2484] Sie dient dem Interessenausgleich, indem sie einerseits dem Patentinhaber sein Patent belässt und ihm eine angemessene Vergütung ermöglicht, andererseits aber Dritten erlaubt, die Erfindung im Interesse der Allgemeinheit zu verwerten.[2485] In der Praxis ist sie die wichtigste Zwangslizenz und die einzige, die bislang zu bedeutsamen Entscheidungen geführt hat.[2486]

aa) Tatbestand

Antragsberechtigt ist jede natürliche Person und jede juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts (Art. L. 613-11 Abs. 1 CPI), die in der Lage ist, die Erfindung ernsthaft und wirklich zu verwerten (Art. L. 613-12 CPI a.E.), also über die nötige Kompetenz sowie die materiellen

---

2483 In beiden Fällen handelt es sich um Zwangslizenzen, *Salamolard*, S. 32; *Pfanner*, GRUR Int. 1985, 357, 363; *Demaret*, GRUR Int. 1987, 1, 3; *Koikkara*, S. 95.

2484 *Pollaud-Dulian*, La propriété industrielle, Rdnr. 619; *Schmidt-Szalewski/Pierre*, Rdnr. 298; in dieselbe Richtung *Azéma/Galloux*, Rdnr. 611.

2485 *Pollaud-Dulian*, La propriété industrielle, Rdnr. 625.

2486 *Pollaud-Dulian*, La propriété industrielle, Rdnr. 622.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und personellen Mittel verfügt.[2487] Antragsgegner ist der Patentinhaber oder sein Rechtsnachfolger (Art. L. 613-11 Abs. 1 CPI). Dieser darf innerhalb einer Frist von drei Jahren nach Erteilung des Patents oder von vier Jahren nach der Einreichung der Anmeldung nicht begonnen oder keine wirklichen und ernsthaften – also keine symbolischen, unbedeutenden oder vorgetäuschten[2488] – Vorkehrungen getroffen haben, die patentierte Erfindung in einem Mitgliedstaat der EU oder des EWR zu verwerten und – kumulativ[2489] – das Produkt, das Gegenstand des Patents ist, nicht in ausreichender Menge vertrieben haben, um die Nachfrage auf dem französischen Markt zu befriedigen (Art. L. 613-11 Abs. 1 CPI).[2490] Dem steht es gleich, wenn entweder die Verwertung oder der Vertrieb in Frankreich seit mehr als drei Jahren aufgeben wurde (Art. L. 613-11 Abs. 2 CPI).[2491] Als Verwertung gilt auch die Einfuhr des Produkts, das Gegenstand des Patents ist und in einem Mitgliedstaat der WTO hergestellt wurde (Art. L. 613-11 Abs. 3 CPI).[2492] Aufgrund der Frist von drei bzw. vier Jahren verbleibt dem Rechtsinhaber die Möglichkeit, die patentierte Erfindung zu

2487 *Pollaud-Dulian*, La propriété industrielle, Rdnr. 634; *Mankiewicz*, RTD com. 1955, 1, 6.

2488 *Pollaud-Dulian*, La propriété industrielle, Rdnr. 630; siehe auch *Salamolard*, S. 97.

2489 *Schmidt-Szalewski/Pierre*, Rdnr. 299.

2490 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dreier/Krasser*, S. 206 f., unter Berücksichtigung der geltenden Fassung: „Toute personne de droit public ou privé peut, à l'expiration d'un délai de trois ans après la délivrance d'un brevet, ou de quatre ans à compter de la date du dépôt de la demande, obtenir une licence obligatoire de ce brevet, dans les conditions prévues aux articles suivants, si au moment de la requête, et sauf excuses légitimes le propriétaire du brevet ou son ayant cause: a) N'a pas commencé à exploiter ou fait des préparatifs effectifs et sérieux pour exploiter l'invention objet du brevet sur le territoire d'un Etat membre de la Communauté économique européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen. b) N'a pas commercialisé le produit objet du brevet en quantité suffisante pour satisfaire aux besoins du marché français."

2491 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dreier/Krasser*, S. 207, unter Berücksichtigung der geltenden Fassung: „Il en est de même lorsque l'exploitation prévue au a) ci-dessus ou la commercialisation prévue au b) ci-dessus a été abandonnée depuis plus de trois ans."

2492 „Pour l'application du présent article, l'importation de produits objets de brevets fabriqués dans un Etat partie à l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce est considérée comme une exploitation de ce brevet."

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

verwerten.[2493] Zu guter Letzt darf die Zwangslizenz nicht durch berechtigte Entschuldigungsgründe ausgeschlossen sein (Art. L. 613-11 Abs. 1 CPI). Als solche gelten in der Rspr. höhere Gewalt, andere ernsthafte und vom Patentinhaber nicht beeinflussbare Hindernisse, Hindernisse wirtschaftlicher, administrativer, rechtlicher oder technischer Art.[2494] Der Wortlaut („Toute personne […] *peut* […] obtenir une licence obligatoire") legt den Schluss nahe, dass die Lizenzerteilung im richterlichen Ermessen liegt; in der Literatur wird diese Frage nicht erörtert.

bb) Rechtsfolge

Die Zwangslizenz ist nicht-ausschließlich (Art. L. 613-13 S. 1 CPI)[2495] und wird unter bestimmten Bedingungen, insbesondere hinsichtlich ihrer Dauer, ihres Geltungsbereiches und der Höhe der Lizenzgebühren erteilt (Art. L. 613-12 Abs. 2 CPI)[2496]. Die Zwangslizenz hat den Charakter eines diktierten Vertrages,[2497] sodass die Regeln über den Lizenzvertrag entsprechende Anwendung findet.[2498] Die Lizenzgebühr ist so zu bemessen, dass sie einerseits dem Patentinhaber eine gerechte Vergütung seines Einsatzes (seiner Investitionen) und seines Beitrages zum Fortschritt ermöglicht, andererseits aber die Rentabilität der Verwertung durch den Lizenznehmer nicht gefährdet.[2499] Soweit die Lizenz nicht für die Dauer des Patentschutzes erteilt wird, ist zu berücksichtigen, dass die Aufnahme der Verwertung einige Zeit in Anspruch nimmt, die für die effektive Auswertung verloren geht, und dem Lizenznehmer ein angemessener Zeitraum verbleiben muss, die ihm eine Amortisation seiner Kosten erlaubt.[2500] Ggf. soll das Gericht

2493 *Pollaud-Dulian*, La propriété industrielle, Rdnr. 627.
2494 *Pollaud-Dulian*, La propriété industrielle, Rdnr. 632; siehe auch *Mankiewicz*, RTD com. 1955, 1, 15 f.; *Salamolard*, S. 97.
2495 „Les licences obligatoires et les licences d'office sont non exclusives."
2496 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dreier/Krasser*, S. 207, unter Berücksichtigung der geltenden Fassung: „La licence obligatoire est accordée à des conditions déterminées, notamment quant à sa durée, son champ d'application et le montant des redevances auxquelles elle donne lieu."
2497 *Pollaud-Dulian*, La propriété industrielle, Rdnr. 636.
2498 *Schmidt-Szalewski/Pierre*, Rdnr. 300; a.A. *Mankiewicz*, RTD com. 1955, 1, 21.
2499 *Mankiewicz*, RTD com. 1955, 1, 20.
2500 *Mankiewicz*, RTD com. 1955, 1, 20.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

für diese Fragen einen Sachverständigen heranziehen.[2501] Das Nutzungsrecht kann nur mit dem Geschäft, Betrieb oder Betriebsteil übertragen werden, dem es zugeteilt worden ist (Art. L. 613-13 S. 2 CPI).[2502]

cc) Durchsetzung

Da die Lizenz nicht schon kraft Gesetzes gilt,[2503] muss sie, wenn sie nicht erteilt wird, eingeklagt werden. Als „richterliche Lizenz"[2504] wird sie erst mit Bekanntgabe des richterlichen Erlasses wirksam (Art. L. 613-17 Abs. 2 CPI). Der Zwangslizenzantrag wird bei einem ordentlichen Gericht, dem Tribunal de grande instance, gestellt; er muss mit dem Nachweis verbunden sein, dass der Antragsteller vom Patentinhaber keine Lizenz erhalten können – einer ausdrücklichen Lizenzverweigerung stehen übermäßige Preisforderungen gleich[2505] – und dass er in der Lage ist, die Erfindung ernsthaft und wirklich zu verwerten (Art. 613-12 Abs. 1 CPI).[2506]

Ähnlich wie nach deutschem Recht können die Bedingungen der Lizenzerteilung auf Antrag eines Beteiligten durch Entscheidung des Gerichts geändert werden (Art. 613-12 Abs. 1 CPI).[2507] Dagegen können der Patentinhaber und ggf. die anderen Lizenznehmer bei Gericht die Rücknahme der Zwangslizenz erwirken, wenn der Inhaber der Zwangslizenz den Bedingungen nicht genügt (Art. 613-14 Abs. 1 CPI),[2508] während nach

---

2501 *Mankiewicz*, RTD com. 1955, 1, 17.

2502 „Les droits attachés à ces licences ne peuvent être transmis qu'avec le fonds de commerce, l'entreprise ou la partie de l'entreprise auquel ils sont attachés."

2503 *Mankiewicz*, RTD com. 1955, 1, 21; siehe auch *Pollaud-Dulian*, La propriété industrielle, Rdnr. 633.

2504 *Mankiewicz*, RTD com. 1955, 1, 21 („licence judiciaire").

2505 *Azéma/Galloux*, Rdnr. 613.

2506 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dreier/Krasser*, S. 207 („La demande de licence obligatoire est formée auprès du tribunal de grande instance: elle doit être accompagnée de la justification que le demandeur n'a pu obtenir du propriétaire du brevet une licence d'exploitation et qu'il est en état d'exploiter l'invention de manière sérieuse et effective").

2507 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dreier/Krasser*, S. 207 („Ces conditions peuvent être modifiées par décision du tribunal, à la requête du propriétaire ou du licencié").

2508 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dreier/Krasser*, S. 207 („Si le titulaire d'une licence obligatoire ne satisfait pas aux conditions auxquelles cette licence

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 24 Abs. 6 S. 6 PatG eine Rücknahme nur verlangt werden kann, wenn die Umstände, die der Erteilung der Zwangslizenz zugrunde lagen, entfallen und ihr Wiedereintritt unwahrscheinlich ist.

b) Abhängigkeitslizenz (Art. L. 613-15 CPI)

Die in Art. L. 613-15 CPI geregelte Abhängigkeitslizenz entspricht weitgehend § 24 Abs. 2 PatG.

aa) Tatbestand

Antragsberechtigt ist jeder Inhaber eines jüngeren Patents (Art. L. 613-15 Abs. 2 CPI), nicht schon der Lizenznehmer; eine telelogische Extension des Wortlauts wird in der französischen Literatur – als in der deutschen Literatur zu § 24 Abs. 2 PatG – nicht erörtert. Antragsgegner ist der Inhaber eines älteren Patents. Weiter muss die Erfindung des Lizenzsuchers abhängig sein, d.h. die durch das jüngere Patent geschützte Erfindung darf nicht verwerten werden können, ohne das ältere Patent zu verletzen. Schließlich muss die Erfindung des Lizenzsuchers einen im Vergleich zu derjenigen des älteren Patents *wichtigen* technischen Fortschritt von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung aufweisen (Art. L. 613-15 Abs. 2 CPI);[2509] ein öffentliches Interesse ist auch hier nicht vonnöten. Dem Wortlaut nach („le tribunal de grande instance *peut* lui accorder une licence") dürfte die Lizenzerteilung im richterlichen Ermessen liegen; in der Literatur wird diese Frage nicht erörtert.

---

a été accordée, le propriétaire du brevet et, le cas échéant, les autres licenciés peuvent obtenir du tribunal le retrait de cette licence").

2509 „Lorsque le titulaire d'un brevet ne peut l'exploiter sans porter atteinte à un brevet antérieur dont un tiers est titulaire, le tribunal de grande instance peut lui accorder une licence d'exploitation du brevet antérieur dans la mesure nécessaire à l'exploitation du brevet dont il est titulaire et pour autant que cette invention constitue à l'égard du brevet antérieur un progrès technique important et présente un intérêt économique considérable."

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb) Rechtsfolge

Hinsichtlich der Rechtsfolge kann auf die Ausführungen zur Ausführungslizenz verwiesen werden,[2510] da Art. L. 613-15 Abs. 6 CPI auf Art. L. 613-12 ff. CPI verweist.[2511] Allerdings kann auch nach französischem Recht der Antragsgegner auf sein Verlangen hin eine Gegenlizenz an der Erfindung des jüngeren Patents erhalten (Art. L. 613-15 Abs. 4 CPI).[2512] Schließlich kann die Zwangslizenz nur zusammen mit dem jüngeren Patent übertragen werden (Art. L. 613-15 Abs. 5 CPI).[2513]

cc) Durchsetzung

Auch insoweit kann auf die Ausführungen zur Ausführungslizenz verwiesen werden (Art. L. 613-15 Abs. 6 CPI).[2514]

c) Zwangslizenzen im öffentlichen Interesse (Art. L. 613-16 f., L. 613-18, L. 613-19 CPI)

Die Zwangslizenzen im öffentlichen Interesse unterscheiden sich von jener des § 24 Abs. 1 PatG deutlich. Statt einer Generalklausel regeln die Art. L. 613-16 ff. CPI spezielle Zwangslizenzen im Interesse der öffentlichen Gesundheit (unten aa)), der Volkswirtschaft (unten bb)) und der nationalen Verteidigung (unten cc)).[2515] Zudem wird die Zwangslizenz von einer Behörde erteilt (deshalb *licence d'office*) und das Zwangslizenzver-

2510 Siehe 3. Kapitel B. III. 2. a) bb).

2511 „Les dispositions des articles L. 613-12 à L. 613-14 sont applicables."

2512 „Le titulaire du brevet antérieur obtient, sur demande présentée au tribunal, la concession d'une licence réciproque sur le brevet postérieur."

2513 „La licence accordée au titulaire du brevet postérieur ne peut être transmise qu'avec ledit brevet."

2514 Siehe 3. Kapitel B. III. 2. a) cc).

2515 Zusätzlich regelt Art L. 5141-13 Code de la santé publique eine *licence d'office* an Veterinär-Pharmapatenten, wenn die Zuchtwirtschaft es gebietet („lorsque l'économie de l'élevage l'exige"); für das Erteilungsverfahren gilt Art. L. 613-17 CPI entsprechend, *Azéma/Galloux*, Rdnr. 626; *Schmidt-Szalewski/Pierre*, Rdnr. 309; *Pollaud-Dulian*, La propriété industrielle, Rdnr. 658.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

fahren nicht auf Initiative des Lizenzsuchers, sondern auf Initiative einer Behörde eingeleitet.[2516]

aa) Öffentliche Gesundheit (Art. L. 613-16 f. CPI)

Die Zwangslizenz nach Art. L. 613-16 f. CPI setzt zunächst voraus, das die patentierte Erfindung ein Medikament, ein Medizinprodukt, ein In-vitro-Diagnostikum, ein zugehöriges therapeutisches Produkt, das Verfahren zu deren Herstellung, ein zu deren Herstellung erforderliches Produkt, ein Verfahren zur Herstellung eines solchen Produkts oder eine Ex-vivo-Diagnostikmethode zum Gegenstand hat (Art. L. 613-16 Abs. 1 CPI).[2517] Weiter müssen diese Produkte, Verfahren oder Methoden der Öffentlichkeit nur in unzureichender Menge oder Qualität oder zur überhöhten Preisen zur Verfügung gestellt werden; oder die entsprechende Erfindung muss in einer Weise verwertet werden, die dem Interesse der öffentlichen Gesundheit zuwiderläuft oder nach einer bestands- bzw. rechtskräftigen Entscheidung gegen das Kartellrecht verstößt (Art. L. 613-16 Abs. 2 CPI).[2518] Wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind und es das Interesse der öffentlichen Gesundheit gebiet, kann der für den gewerblichen Rechtsschutz zuständige Minister auf Antrag des Gesundheitsministers durch Erlass das entsprechende Patent der Zwangslizenzregelung unterwerfen; zuvor hat er – außer im Notfall oder um einem kartellrechtswidrigen Verhalten abzu-

2516 *Sayn*, JCP CI 1971, 457, 460; *Salamolard*, S. 31.

2517 „Si l'intérêt de la santé publique l'exige et à défaut d'accord amiable avec le titulaire du brevet, le ministre chargé de la propriété industrielle peut, sur la demande du ministre chargé de la santé publique, soumettre par arrêté au régime de la licence d'office, dans les conditions prévues à l'article L. 613-17, tout brevet délivré pour: a) Un médicament, un dispositif médical, un dispositif médical de diagnostic in vitro, un produit thérapeutique annexe; b) Leur procédé d'obtention, un produit nécessaire à leur obtention ou un procédé de fabrication d'un tel produit; c) Une méthode de diagnostic ex vivo."

2518 „Les brevets de ces produits, procédés ou méthodes de diagnostic ne peuvent être soumis au régime de la licence d'office dans l'intérêt de la santé publique que lorsque ces produits, ou des produits issus de ces procédés, ou ces méthodes sont mis à la disposition du public en quantité ou qualité insuffisantes ou à des prix anormalement élevés, ou lorsque le brevet est exploité dans des conditions contraires à l'intérêt de la santé publique ou constitutives de pratiques déclarées anticoncurrentielles à la suite d'une décision administrative ou juridictionnelle devenue définitive."

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

helfen (Art. L. 613-16 Abs. 3 CPI)[2519] – auf eine gütliche Einigung hinzuwirken (Art. L. 613-16 Abs. 1 CPI).

Vom Tage der Veröffentlichung des Erlasses an, der das Patent der Zwangslizenzregelung unterwirft, kann jede dazu befähigte Person, also eine Person, die in Lage ist, das Patent im Interesse der öffentlichen Gesundheit auszuüben,[2520] bei dem für den gewerblichen Rechtsschutz zuständigen Minister eine – einfache (Art. L. 613-13 S. 1 CPI) – Lizenz beantragen (Art. L. 613-17 Abs. 1 S. 1 CPI).[2521] Die Lizenz wird durch Erlass des Ministers unter bestimmten Bedingungen erteilt, die sich insbesondere auf ihre Dauer und ihren Anwendungsbereich, nicht aber auf die Lizenzgebühren beziehen (Art. L. 613-17 Abs. 1 S. 2 CPI).[2522]

Kommt eine von dem für den gewerblichen Rechtsschutz zuständigen Minister und dem Gesundheitsminister gebilligte gütliche Einigung nicht zustande, wird die Höhe der Lizenzgebühren durch den Tribunal de grande instance bestimmt (Art. L. 613-17 Abs. 3 CPI).[2523]

Hervorzuheben ist, dass eine Zwangslizenz, wenn es das Interesse der öffentlichen Gesundheit gebietet, nach französischem Recht bereits dann erteilt werden kann, wenn die patentierte Erfindung zu unangemessenen Preisen verwertet wird. Der davon ausgehende Abschreckungseffekt mag ein Grund sein,[2524] weshalb Medikamente in Frankreich in der Regel billiger sind als in Deutschland.[2525]

2519 „Lorsque la licence a pour but de remédier à une pratique déclarée anticoncurrentielle ou en cas d'urgence, le ministre chargé de la propriété industrielle n'est pas tenu de rechercher un accord amiable."

2520 Vgl. *Sayn*, JCP CI 1971, 457, 459.

2521 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dreier/Krasser*, S. 209 („Du jour de la publication de l'arrêté qui soumet le brevet au régime de la licence d'office, toute personne qualifiée peut demander au ministre chargé de la propriété industrielle l'octroi d'une licence d'exploitation").

2522 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dreier/Krasser*, S. 209 („Cette licence est accordée par arrêté dudit ministre à des conditions déterminées, notamment quant à sa durée et son champ d'application, mais à l'exclusion des redevances auxquelles elle donne lieu").

2523 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dreier/Krasser*, S. 209 („A défaut d'accord amiable approuvé par le ministre chargé de la propriété industrielle et le ministre chargé de la santé publique, le montant des redevances est fixé par le tribunal de grande instance").

2524 Vgl. *Demaret*, GRUR Int. 1987, 1, 2.

2525 Vgl. die im Sommer 2012 durchgeführte Studie des Centre Européen de la Consommation über Medikamentenpreise in Deutschland und Frankreich, *dass.*, S. 19 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb) Volkswirtschaft (Art. L. 613-18 CPI)

Die Zwangslizenz im Interesse der Volkswirtschaft setzt materiell voraus, dass ein Patent, für das nicht Art. L. 613-16 f. CPI gilt, entweder überhaupt nicht oder quantitativ oder qualitativ unzureichend verwertet wird und dadurch der wirtschaftlichen Entwicklung und dem öffentlichen Interesse schweren Schaden zugefügt wird (Art. L. 613-18 Abs. 2 CPI[2526]). Kommt der entsprechende Patentinhaber der Aufforderung des für den gewerblichen Rechtsschutz zuständigen Ministers, das Patent in einer den Bedürfnissen der Volkswirtschaft genügenden Weise zu verwerten (Art. L. 613-18 Abs. 1 CPI),[2527] binnen eines Jahres nicht nach, kann der Conseil d'Etat – das oberste Verwaltungsgericht – das Patent durch Dekret der Zwangslizenzregelung unterwerfen (Art. L. 613-18 Abs. 2 CPI). Die Ein-Jahres-Frist kann vom für den gewerblichen Rechtsschutz zuständigen Minister verlängert werden, wenn der Patentinhaber berechtigte und mit den Erfordernissen der Volkswirtschaft vereinbare Entschuldigungsgründe nachweist (Art. L. 613-18 Abs. 3 CPI).[2528] Für das Zwangslizenzverfahren im engeren Sinn kann auf die Ausführungen zur Zwangslizenz im Interesse der öffentlichen Gesundheit verwiesen werden,[2529] da Art. L. 613-18 Abs. 4-6 CPI nahezu wortgleich mit Art. L. 613-17 CPI ist.

cc) Nationale Verteidigung (Art. L. 613-19 CPI)

Zu guter Letzt kann der Verteidigungsminister für die Bedürfnisse der nationalen Verteidigung eine Zwangslizenz beantragen (Art. L. 613-19

2526 „Si la mise en demeure n'a pas été suivie d'effet dans le délai d'un an et si l'absence d'exploitation ou l'insuffisance en qualité ou en quantité de l'exploitation entreprise porte gravement préjudice au développement économique et à l'intérêt public, les brevets, objets de la mise en demeure, peuvent être soumis au régime de licence d'office par décret en Conseil d'Etat."

2527 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dreier/Krasser*, S. 209 („Le ministre chargé de la propriété industrielle peut mettre en demeure les propriétaires de brevets d'invention autres que ceux visés à l'article L. 613-16 d'en entreprendre l'exploitation de manière à satisfaire aux besoins de l'économie nationale").

2528 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dreier/Krasser*, S. 210 („Le ministre chargé de la propriété industrielle peut prolonger le délai d'un an prévu ci-dessus lorsque le titulaire du brevet justifie d'excuses légitimes et compatibles avec les exigences de l'économie nationale").

2529 Siehe 3. Kapitel B. III. 2. c) aa).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Abs. 2 S. 1 CPI),[2530] gleich ob der Staat die Verwertung selbst vornimmt oder durch andere vornehmen lässt (Art. L. 613-19 Abs. 1 CPI).[2531] Die Zwangslizenz wird durch Erlass des für den gewerblichen Rechtsschutz zuständigen Ministers erteilt, in dem die Bedingungen der Lizenz mit Ausnahme diejenigen festgesetzt werden, die sich auf die Lizenzgebühren beziehen (Art. L. 613-19 Abs. 2 S. 2 CPI).[2532] Kommt eine gebilligte gütliche Einigung nicht zustande, wird die Höhe der Lizenzgebühren durch den Tribunal de grande instance bestimmt (Art. L. 613-19 Abs. 4 S. 1 CPI).[2533]

3. Zwischenergebnis

Sowohl das deutsche als auch das französische Patentrecht kennen drei Arten von Zwangslizenzen: die Abhängigkeitslizenz, die Ausführungslizenz und die Zwangslizenz(en) im öffentlichen Interesse. Während die tatbestandlichen Voraussetzungen der Abhängigkeitslizenzen (§ 24 Abs. 2 PatG, Art. L. 613-15 CPI) im Wesentlichen gleich sind – der Lizenzsucher muss Inhaber eines abhängigen Patents sein, seine Erfindung muss einen wichtigen technischen Fortschritt von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung aufweisen –, unterscheiden sich die Tatbestände der Ausführungslizenzen (§ 24 Abs. 5 PatG, Art. L 613-11 ff. CPI) deutlich voneinander: Nach Art. L. 613-11 CPI kann eine Zwangslizenz an der nicht oder nicht ausreichend ausgeführten Erfindung erst drei Jahre nach Erteilung des Patents bzw. Einstellung der Verwertung erteilt werden, während § 24 Abs. 5 PatG keine solche Frist vorsieht. (Nur) nach Art. L. 613-11 Abs. 1 CPI

2530 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dreier/Krasser*, S. 210 („ La licence d'office est accordée à la demande du ministre chargé de la défense par arrêté du ministre chargé de la propriété industrielle. Cet arrêté fixe les conditions de la licence à l'exclusion de celles relatives aux redevances auxquelles elle donne lieu").

2531 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dreier/Krasser*, S. 210 („L'Etat peut obtenir d'office, à tout moment, pour les besoins de la défense nationale, une licence pour l'exploitation d'une invention, objet d'une demande de brevet ou d'un brevet, que cette exploitation soit faite par lui-même ou pour son compte").

2532 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dreier/Krasser*, S. 210 („Cet arrêté fixe les conditions de la licence à l'exclusion de celles relatives aux redevances auxquelles elle donne lieu").

2533 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dreier/Krasser*, S. 209 („A défaut d'accord amiable, le montant des redevances est fixé par le tribunal de grande instance.").

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kann eine Lizenzverweigerung mit berechtigten Gründen entschuldigt werden, während (nur) § 24 Abs. 5 PatG ein öffentliches Interesse an der Zwangslizenz verlangt, was freilich so verstanden werden kann, dass die unzureichende Inlandsversorgung (gerade) auf der mangelnden Ausführung beruhen muss. Die Zwangslizenz im öffentlichen Interesse ist nach deutschem Recht in einer Generalklausel geregelt (§ 24 Abs. 1 PatG), während sie nach Art. L. 616-13 ff. CPI (nur) in speziellen Fällen (öffentliche Gesundheit, Volkswirtschaft, nationale Verteidigung) erteilt werden kann, insbesondere wenn eine medizinische Erfindung zu unangemessenen (Medikamenten-)Preisen verwertet wird. Nach deutschem Recht hat der Lizenzsucher einen Anspruch auf Abschluss eines Lizenzvertrages zu angemessenen geschäftsüblichen Bedingungen. Einigen sich die Beteiligten nicht, hat das Gericht die Lizenzgebühr nach billigem Ermessen zu bestimmen. Maßgebend ist, was bei einer vertraglichen Einigung ein vernünftiger Patentinhaber fordern und ein vernünftiger Lizenznehmer gewähren würde; insoweit kann auf die umfangreiche Judikatur zu § 139 Abs. 2 S. 3 PatG (Lizenzanalogie) zurückgegriffen werden. Anders als die urheberrechtlichen Zwangslizenzen sieht § 24 PatG weder ein „Hinterlegungsmodell", noch ein „Verfügungsmodell" vor, die besondere Dringlichkeit wird *nicht* vermutet. Allerdings kann auch hier die Höhe der Lizenzgebühr der Entscheidung in der Hauptsache vorbehalten werden. Die französischen Zwangslizenzen haben den Charakter eines diktierten Vertrages (*contrat forcé*), der den Parteien entweder – so bei der Abhängigkeits- und Ausführungslizenz – von einem Richter (*licence obligatoire*) oder – so bei den Zwangslizenzen im öffentlichen Interesse – von einer Behörde (*licence d'office*) unmittelbar durch privatrechtsgestaltenden Hoheitsakt oktroyiert wird. Das Problem der Nichtvollstreckbarkeit vertraglicher und nichtvertraglicher Handlungspflichten (Art. 1142 CC) wird auf diese Weise elegant gelöst.

IV. Der Zwangslizenzeinwand

Die bisherigen Ausführungen zu den einzelnen Zwangslizenzen haben jeweils nur die *aktive* Durchsetzung der Zwangslizenz behandelt; hier ist der Lizenzsucher Kläger und der Rechtsinhaber Beklagter. Nach deutschem Recht ist aber unter bestimmten formellen Voraussetzungen (unten 2.) auch die *passive* Durchsetzung zulässig (unten 1.); hier ist der Lizenzsucher Beklagter, der Rechtsinhaber Kläger. Die Folge eines solchen

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zwangslizenzeinwands ist, dass die Durchsetzung eines vom Rechtsinhaber prozessual geltend gemachten Verletzungsanspruchs gehemmt,[2534] die Verletzungsklage also als derzeit unbegründet abgewiesen wird.

1. Zulässigkeit des Zwangslizenzeinwands

Vor der „Orange-Book-Standard"- und der „Internet-Videorekorder II"-Entscheidung des BGH war streitig, ob der Zwangslizenzeinwand im Rahmen eines patent- bzw. urheberrechtlichen Verletzungsverfahrens zulässig ist.

In seinem Urteil „SPIEGEL-CD-ROM" vom 5. Juli 2001 wies der BGH einen auf § 242 BGB gestützten vertraglichen Lizenzeinwand gegenüber einer urheberrechtlichen Unterlassungsklage noch mit der Begründung ab, dass dies auf eine gesetzliche Lizenz hinauslaufe, die den Urheber in eine deutlich ungünstigere Position versetze, weil er seinen Vergütungsanspruch nach erfolgter Nutzung seines Werkes geltend machen müsse, statt – wie im Falle der Zwangslizenz – die Erteilung der Zustimmung von der Zahlung der geschuldeten Vergütung abhängig machen zu können.[2535] Zudem zeige § 37 VGG (§ 11 Abs. 2 UrhWG a.F.), dass das Gesetz dem Urheber in Fällen der Zwangslizenz eine Verhandlungsposition einräume, die ihm bei der gesetzlichen Lizenz nicht zukomme.[2536]

Ähnlich entschied das OLG Dresden im Hinblick auf einen urheberrechtlichen Zwangslizenzeinwand gegenüber einer urheberrechtlichen Unterlassungsklage. § 87 Abs. 5 UrhG (damals § 87 Abs. 4 UrhG) legitimiere zur Kabelweitersendung erst *nach* Abschluss eines entsprechenden Vertrages, da andernfalls die Differenzierung zwischen Zwangslizenz und gesetzlicher Lizenz aufgegeben werde.[2537] Mit einer ähnlichen Argumentation hielt das OLG Düsseldorf in „Standard-Spundfass" einen kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand gegenüber einer patentrechtlichen Schadensersatzklage für unzulässig. Der Anspruch auf Lizenzerteilung stelle noch

2534 *Hötte*, S. 205; allgemein *Looschelders/Olzen*, in: *Staudinger*, BGB[2015], Buch 2, § 242, Rdnr. 225; *Schubert*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 2, § 242, Rdnr. 226.

2535 BGH GRUR 2002, 248, 252 – „SPIEGEL-CD-ROM".

2536 BGH GRUR 2002, 248, 252 – „SPIEGEL-CD-ROM".

2537 OLG Dresden GRUR 2003, 601, 603 – „Kontrahierungszwang".

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

keine Nutzungserlaubnis dar.[2538] Eine Nutzung ohne Erlaubnis durch den Rechtsinhaber, die zuständige Kartellbehörde oder ein Kartellgericht sei als eine verbotene Selbsthilfe zu werten, da die Voraussetzungen des § 229 BGB nicht erfüllt seien.[2539] Auf die Revision hin wich der BGH insoweit von „SPIEGEL-CD-ROM" ab, als er nicht nur den Zwangslizenzeinwand gegenüber Schadensersatzklagen zuließ, sondern nunmehr die Zulässigkeit des Lizenzeinwands gegenüber Unterlassungsklagen ausdrücklich offen ließ.[2540]

In der Folgezeit vertraten die erstinstanzliche Rspr.[2541] und Teile der Literatur[2542] die Zulässigkeit des Zwangslizenzeinwands auch in Unterlassungsverfahren. Der Rechtsinhaber verhalte sich rechtsmissbräuchlich, wenn er die Unterlassung einer Nutzung verlange, die er durch eine Lizenzerteilung gerade gestatten müsse; denn nach § 242 BGB könne niemand etwas verlangen, das er sogleich wieder herausgeben müsse (dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est).[2543] § 229 BGB stehe dem nicht entgegen, weil mit dem Vorliegen oder Nichtvorliegen der Selbsthilfevoraussetzungen nur über die Rechtmäßigkeit der Nutzung entschieden werde, nicht aber darüber, ob auf einer anderen rechtlichen Ebene der Anspruch auf Lizenzerteilung der Unterlassungsklage entgegen gehalten werden kann.[2544]

2538 Vgl. OLG Düsseldorf, BeckRS 2002, 17394, Rdnr. 51 – „Standard-Spundfass"; ebenso *v. Merveldt*, WuW 2004, 19, 22; in dieselbe Richtung *Rombach*, S. 322; *Jaecks/Dörmer*, S. 108.

2539 OLG Düsseldorf, BeckRS 2002, 17394, Rdnr. 51 – „Standard-Spundfass"; ebenso *v. Merveldt*, WuW 2004, 19, 21 f. (zum kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand); *Neurauter*, GRUR 2011, 691, 697 (zum urheberrechtlichen Zwangslizenzeinwand).

2540 BGH GRUR 2004, 966, 970 – „Standard-Spundfass".

2541 LG Düsseldorf, Urt. v. 30.11.2006, 4b O 508/05, juris, Rdnr. 104 ff. – „Video-Signal-Codierung"; BeckRS 2008, 07732 – „Siemens/Amoi"; NJOZ 2009, 930, 939 – „MPEG2-Standard-Lizenzvertrag".

2542 *Kühnen*, S. 513 ff.; *Wirtz/Holzhäuser*, WRP 2004, 683, 693; *Heinemann*, ZWeR 2005, 198, 200; *v. Merveldt*, WuW 2004, 19, 21 ff.; *Rombach*, S. 322; *Jaecks/Dörmer*, S. 108 f.

2543 *Kühnen*, S. 514; *Wirtz/Holzhäuser*, WRP 2004, 683, 693; *Vitols*, S. 80; LG Düsseldorf, Urt. v. 30.11.2006, 4b O 508/05, juris, Rdnr. 108 – „Video-Signal-Codierung"; BeckRS 2008, 07732 – „Siemens/Amoi".

2544 *Kühnen*, S. 514; *Wirtz/Holzhäuser*, WRP 2004, 683, 693; *Vitols*, S. 80; LG Düsseldorf, Urt. v. 30.11.2006, 4b O 508/05, juris, Rdnr. 108 – „Video-Signal-Codierung"; BeckRS 2008, 07732 – „Siemens/Amoi".

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Mit der „Orange-Book-Standard"-Entscheidung vom 6. Mai 2009[2545] versucht der BGH seine Urteile „SPIEGEL-CD-ROM" und „Standard-Spundfass" in Einklang zu bringen.[2546] So lässt er, gestützt auf § 242 BGB und § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB (§ 20 Abs. 1 GWB a.F.), den kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand grundsätzlich zu, knüpft diesen aber an bestimmte Voraussetzungen (unten 2.). In seinem Urteil „Internet-Videorekorder II" vom 11. April 2013 hat er diese Rspr. dann auf den Einwand einer urheberrechtlichen Zwangslizenz übertragen.[2547] Seit der „Huawei"-Entscheidung des EuGH[2548] ist der Zwangslizenzeinwand auch im Unionskartellrecht anerkannt, wird dort aber mangels zivilrechtlicher Mittel (nur) im Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV) verortet.[2549]

Die grundsätzliche Zulässigkeit des Zwangslizenzeinwands verdient Zustimmung. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb dem Beklagten der Einwand des Rechtsmissbrauchs entzogen werden sollte. § 229 BGB betrifft die Rechtmäßigkeit der Nutzung, während es hier um die Rechtmäßigkeit der Unterlassungsklage geht.[2550] Ebenso wenig wird, wenn der Beklagte eine ausreichende Lizenzgebühr hinterlegt (unten 2. b)), der Unterschied zwischen gesetzlicher Lizenz und Zwangslizenz verwischt. Anders als bei einer gesetzlichen Lizenz („take now, pay later") muss der Rechtsinhaber nicht befürchten, seinen Vergütungsansprüchen „hinterherlaufen" zu müssen.[2551] Vielmehr ist das „Hinterlegungsmodell" fester Bestandteil der Zwangslizenzdogmatik (§§ 34 Abs. 1, 37 VGG).[2552] Weiter kann nicht eingewendet werden, dass etwa die Zwangslizenz des § 87 Abs. 5 UrhG mit grundlegenden Auslegungsschwierigkeiten verbunden sei, was zu Rechtsunsicherheit führe.[2553] Denn eine solche Unsicherheit ist jeder

2545 BGH GRUR 2009, 694 – „Orange-Book-Standard".
2546 *Heusch*, GRUR 2014, 745, 746.
2547 BGH GRUR 2013, 618, 622, Rdnr. 50 ff. – „Internet-Videorekorder II".
2548 EuGH GRUR 2015, 764 – „Huawei".
2549 *Palzer*, EuZW 2015, 702, 705.
2550 Vgl. *Kühnen*, S. 514; *Vitols*, S. 80.
2551 *Maume*, ZGE 2012, 216, 233; eben dies haben aber *Jaecks/Dörmer*, S. 108, befürchtet.
2552 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. d) dd) (1).
2553 So aber *Neurauter*, GRUR 2011, 691, 697; für den kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand nach niederländischem Recht auch Rechtbank Den Haag, Urt. v. 17.3.2010, Rdnr. 6.21 – „Philips./. SK Kassetten", abrufbar unter: http://www.eplawpatentblog.com/2010/March/4455_001%5B1%5D.pdf.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rechtsstreitigkeit immanent.[2554] Keine Partei hat die Sicherheit, ob ihr Angriffs- bzw. Verteidigungsvorbringen materiell berechtigt ist oder nicht. Hinzu kommt, dass der *Beklagte* das Risiko einer Fehleinschätzung des Lizenzerteilungsanspruchs trägt, nicht der Rechtsinhaber.

2. Voraussetzungen des Zwangslizenzeinwands

In „Orange-Book-Standard" (unten a)) bzw. „Huawei" (unten b)) haben BGH und EuGH die Voraussetzungen des Zwangslizenzeinwands bestimmt.

a) Voraussetzungen nach „Orange-Book-Standard"

Nach „Orange-Book-Standard" hat der Zwangslizenzeinwand eine materielle und zwei formelle Voraussetzungen: Zum einen muss der Rechtsinhaber zum Abschluss eines Lizenzvertrages verpflichtet sein,[2555] was der Beklagte darzulegen und zu beweisen hat;[2556] insoweit kann auf die bisherigen Ausführungen verwiesen werden.[2557] Kann der Lizenzerteilungsanspruch erst nach Abschluss eines Schiedsstellenverfahrens prozessual geltend gemacht werden (§ 87 Abs. 5 UrhG und § 34 Abs. 1 VGG, jeweils i.V.m. §§ 92 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, 128 Abs. 1 VGG), ist das Verfahren auszusetzen, um den Parteien die Anrufung der Schiedsstelle zu ermöglichen.[2558] Zum anderen muss der Beklagte dem Rechtsinhaber ein unbedingtes Angebot auf Abschluss eines solchen Vertrages gemacht haben (unten a)). [2559] Zudem muss er diejenigen Verpflichtungen einhalten, die

2554 *Maume/Tapia*, GRUR Int. 2010, 923, 930.
2555 BGH GRUR 2013, 618, 622, Rdnr. 51 – „Internet-Videorekorder II"; GRUR 2009, 694, 696, Rdnr. 29 – „Orange-Book-Standard.
2556 BGH GRUR 2009, 694, 697, Rdnr. 38 – „Orange-Book-Standard".
2557 Siehe bereits 2. Kapitel A. II. 5. (kartellrechtliche Zwangslizenz) bzw. 3. Kapitel B. II. (urheberrechtliche Zwangslizenzen de lege lata).
2558 BGH GRUR 2013, 618, 622, Rdnr. 50 – „Internet-Videorekorder II".
2559 BGH GRUR 2013, 618, 622, Rdnr. 51 – „Internet-Videorekorder II"; GRUR 2009, 694, 696, Rdnr. 29 – „Orange-Book-Standard".

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der abzuschließende Lizenzvertrag an die Benutzung des lizenzierten Gegenstands knüpft (unten b)).[2560]

aa) Angebot auf Abschluss eines Lizenzvertrages

Zunächst muss der Beklagte dem Rechtsinhaber ein *Angebot* unterbreiten. Speziell für den kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand gilt, dass erst die Nichtannahme eines Angebotes den Missbrauch einer marktbeherrschenden begründet.[2561] Im Übrigen kann der (verhaltene) Anspruch auf Lizenzerteilung erst mit Abgabe eines Angebotes fällig und erfüllbar gestellt werden.[2562] Der BGH hat den *Zeitpunkt* der Abgabe des Angebots offen gelassen. In der Literatur wird hierfür entweder an den Beginn der Nutzung (arg. Missbrauchspotential),[2563] an die Klageerwiderung (arg. Missbrauchspotential, § 296 ZPO)[2564] oder an die letzte mündliche Verhandlung (arg. § 296a S. 1 ZPO)[2565] angeknüpft.

Das Angebot muss weiter *unbedingt* sein, darf also insbesondere nicht nur für den Fall der Feststellung der Verletzung unterbreitet werden.[2566] Der Hintergrund ist, dass der BGH eine Verhandlungssituation nachempfinden will.[2567] Bei Lizenzverhandlungen geht es aber nicht mehr um die Frage, ob der Lizenzsucher überhaupt eine Lizenz will, sondern nur noch um die Höhe der Vergütung. Wenn der Lizenzsucher dagegen ein bedingtes Angebot abgibt, also noch gar nicht weiß, ob er die Lizenz überhaupt will, kann die Ablehnung auch nicht missbräuchlich sein.[2568]

2560 BGH GRUR 2013, 618, 622, Rdnr. 54 – „Internet-Videorekorder II“; GRUR 2009, 694, 696, Rdnr. 29 – „Orange-Book-Standard“.

2561 BGH GRUR 2009, 694, 696, Rdnr. 30 – „Orange-Book-Standard“.

2562 Vgl. bereits zum allgemeinen Kontrahierungszwang 3. Kapitel B. I. 1. b) aa).

2563 *Nägele/Jacobs*, WRP 2009, 1062, 1072; *Maume/Tapia*, GRUR Int. 2010, 923, 924; *Maume*, ZGE 2012, 216, 233; *Hötte*, S. 202, die aber dem Nutzer eine Frist von einigen Wochen bis drei Monaten zugestehen, die mit Kenntnis bzw. fahrlässiger Unkenntnis der rechtswidrigen Nutzung beginnen soll.

2564 *Wirtz*, WRP 2011, 1392, 1398.

2565 *Körber*, Standardessentielle Patente, FRAND-Verpflichtungen und Kartellrecht, S. 113; *ders.*, NZKart 2013, 87, 88.

2566 BGH GRUR 2009, 694, 696, Rdnr. 30 – „Orange-Book-Standard“.

2567 *Heusch*, GRUR 2014, 745, 747.

2568 *Heusch*, GRUR 2014, 745, 747; vgl. BGH GRUR 2009, 694, 696, Rdnr. 30 – „Orange-Book-Standard“; siehe auch *Hötte*, S. 186 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Entsprechend den Voraussetzungen des allgemeinen Kontrahierungszwangs ist der Rechtsinhaber zur Annahme des Angebotes nur verpflichtet, wenn es sich im gesetzlichen Rahmen hält, also dem entspricht, was der Rechtsinhaber dem Lizenzsucher schuldet.[2569] Für den kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand heißt das, dass das Angebot hinsichtlich der Lizenzgebühr auf denjenigen Betrag zu begrenzen ist, der sich aus den Bedingungen eines *kartellrechtlich unbedenklichen* Vertrages ergibt.[2570] Ähnlich muss beim urheberrechtlichen Zwangslizenzeinwand das Angebot auf eine *angemessene* Lizenzgebühr gerichtet sein.[2571] Allerdings hat der Lizenzsucher regelmäßig keine Kenntnis vom Inhalt der (üblicherweise vertraulichen) Verträge mit anderen Lizenznehmern und wird den Wert des zu lizenzierenden Gegenstandes kaum richtig einschätzen können. Damit ergibt sich das schon bekannte Dilemma: Unterbreitet er ein zu niedriges Angebot, kann dieses zu Recht abgelehnt werden, der Zwangslizenzeinwand läuft leer und der Beklagte wird – trotz des an sich bestehenden Lizenzerteilungsanspruchs – verurteilt. Gibt er dagegen ein „sicherheitshalber" erhöhtes Angebot ab, mag dieses angenommen werden und die Verurteilung verhindern, doch muss er dann eine überhöhte Lizenzgebühr zahlen. Der BGH hält beides für unbillig.[2572] Deshalb genügt es – wie beim allgemeinen Kontrahierungszwang[2573] und ähnlich wie bei der patentrechtlichen Zwangslizenz[2574] –, wenn das Angebot zum Abschluss eines Lizenzvertrags hinsichtlich des Entgelts nicht auf die Vereinbarung eines bestimmten Lizenzgebührensatzes, sondern auf eine vom Rechtsinhaber nach *billigem Ermessen* zu bestimmende Lizenzgebühr gerichtet ist;[2575] die Bestimmung soll (ebenfalls) nach § 315 BGB erfolgen.[2576] Nur in dem Fall, dass der Rechtsinhaber eine Lizenzgebühr beziffert, die der Beklagte für angemessen hält, soll dieser das Angebot auch hinsichtlich der Gegenleistung bestimmen.[2577] Praktisch dürfte dieser Fall aber so gut

2569 Siehe bereits 3. Kapitel B. I. 1. b) aa).
2570 BGH GRUR 2009, 694, 697, Rdnr. 37 – „Orange-Book-Standard".
2571 Vgl. §§ 5 Abs. 3 S. 2, 42a Abs. 1 S. 1 Hs. 1, 87 Abs. 5 S. 1 Hs. 1 UrhG, § 34 Abs. 1 S. 1 VGG („angemessene Bedingungen").
2572 BGH GRUR 2009, 694, 697, Rdnr. 39 – „Orange-Book-Standard".
2573 Siehe bereits 3. Kapitel B. I. 1. b) bb).
2574 Siehe bereits 3. Kapitel B. III. 1. a) cc).
2575 BGH GRUR 2009, 694, 697, Rdnr. 39 – „Orange-Book-Standard".
2576 BGH GRUR 2009, 694, 697, Rdnr. 40 – „Orange-Book-Standard".
2577 Vgl. BGH GRUR 2009, 694, 697, Rdnr. 39 – „Orange-Book-Standard".

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wie ausgeschlossen sein.[2578] Denn warum sollten sich die Parteien vor Gericht streiten, wenn der Rechtsinhaber zur Lizenzerteilung bereit ist und der Lizenzsucher die geforderte Lizenzgebühr für angemessen hält? Im Übrigen kann der Beklagte die verlangte Lizenzgebühr immer für überhöht erachten.[2579]

Nach st. Rspr. zu § 315 Abs. 3 S. 2 BGB trägt der Bestimmungsberechtigte die Darlegungs- und Beweislast.[2580] Folglich gehen sowohl die bisherige erstinstanzliche Rspr.[2581] als auch die wohl überwiegende Literatur[2582] davon aus, dass der *Rechtsinhaber* darlegen und beweisen muss, dass die von ihm festgesetzte Lizenzgebühr der Billigkeit entspricht. Die Gegenansicht in der Literatur verweist auf die Formulierung „wenn ihm der – *grundsätzlich weiterhin zu seiner Darlegungs- und Beweislast stehende* – Einwand nicht abgeschnitten ist, eine Bestimmung der Lizenzgebühr durch den Patentinhaber in dieser Höhe sei unbillig“[2583].[2584] Allerdings ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Beweislast hier anders verteilt werden sollte als in allen anderen Fällen des § 315 BGB.[2585] Zudem ist äußerst unwahrscheinlich, dass der BGH seine st. Rspr. quasi in einem Nebensatz revidieren wollte, ohne diese Rspr. zu zitieren und ohne eine solche radikale Kehrtwende zu begründen.[2586] Die Gegenansicht, dass der Rechtsinhaber zwar ein Bestimmungsrecht nach § 315 Abs. 1 BGB habe, dieses aber nicht der Billigkeitskontrolle des § 315 Abs. 3 BGB unterlie-

---

2578 Vgl. *Höppner*, ZWeR 2010, 395, 419.
2579 Vgl. *Höppner*, ZWeR 2010, 395, 419.
2580 Siehe bereits 3. Kapitel B. I. 1. b) bb).
2581 LG Mannheim, BeckRS 2012, 11804 – „Dekodierverfahren“.
2582 *Jestaedt*, GRUR 2009, 801, 803; *Maume/Tapia*, GRUR Int. 2010, 923, 927; *Reimann/Hahn*, S. 389; *Rinken/Kühnen*, in: *Schulte*, PatG[9], § 24, Rdnr. 77.
2583 BGH GRUR 2009, 694, 697, Rdnr. 39 – „Orange-Book-Standard“ [Hervorh. d. Verf.].
2584 *Hötte*, S. 198; in diese Richtung auch *Körber*, Standardessentielle Patente, FRAND-Verpflichtungen und Kartellrecht, S. 116; *ders.*, NZKart 2013, 87, 89; *Höppner*, ZWeR 2010, 395, 421; differenzierend *Maume*, ZGE 2012, 216, 230 („Das vom BGH in der Urteilsbegründung eingeschobene ‚grundsätzlich’ lässt zumindest eine Hintertür für eine näher an den allgemeinen Beweisregeln für § 315 III BGB orientierte Anwendung erahnen“).
2585 *Körber*, Standardessentielle Patente, FRAND-Verpflichtungen und Kartellrecht, S. 117; *ders.*, NZKart 2013, 87, 90; dahingehend auch *Maume*, ZGE 2012, 216, 230.
2586 *Körber*, Standardessentielle Patente, FRAND-Verpflichtungen und Kartellrecht, S. 117; *ders.*, NZKart 2013, 87, 90.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ge,[2587] ist erst recht abzulehnen. Das Argument, dass die Billigkeitskontrolle zu einem systemfremden „Vertragsdiktat" führe,[2588] ist nicht stichhaltig. Zum einen werden, wenn der Rechtsinhaber seinen Ermessenspielraum bis zur Grenze der Billigkeit ausschöpft, die Lizenzgebühren nicht „diktiert".[2589] Zum anderen droht als ultima ratio kein „Vertragsdiktat", sondern lediglich die Bestimmung der angemessenen Gegenleistung; diese ist aber alles andere als systemfremd, sondern dem Bestimmungsrecht nach § 315 Abs. 1 BGB und dem Kontrahierungszwang immanent. Dennoch ist der Gegenansicht zumindest insoweit beizupflichten, als „Orange-Book-Standard" an dieser Stelle unklar bleibt.[2590]

bb) Hinterlegung der Lizenzgebühr

Der Beklagte darf nicht nur seinen vertraglichen Rechten, sondern muss auch seinen vertraglichen Pflichten „vorgreifen".[2591] Dazu muss er zu den Bedingungen des abzuschließenden Vertrages über den Umfang seine Nutzungshandlungen abrechnen und seinen sich aus der Abrechnung ergebenden Zahlungspflichten nachkommen.[2592] Allerdings muss der Beklagte nicht an den Rechtsinhaber zahlen, sondern kann in entsprechender Anwendung des § 372 S. 1 i.V.m. §§ 293, 298 BGB die Lizenzgebühren unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme hinterlegen.[2593] Dass die Höhe des geschuldeten Betrages noch nicht feststeht, d.h. von der Leistungsbestimmung nach § 315 BGB abhängt, steht dem entsprechend § 37 VGG nicht entgegen.[2594] Ist ein jedenfalls ausreichender Betrag hinterlegt, kann sich das Gericht, wenn auch die übrigen Voraussetzungen des Zwangslizenzeinwands vorliegen, mit der Feststellung begnügen, dass der Rechtsinhaber zur Annahme des Lizenzvertragsangebots und zur Bestimmung der Lizenzgebühr nach billigem Ermessen verpflichtet ist.[2595] Da das Verlet-

2587 *Hötte*, S. 195 ff.
2588 *Hötte*, S. 197.
2589 Vgl. auch *Jestaedt*, GRUR 2009, 801, 803.
2590 So *Körber*, Standardessentielle Patente, FRAND-Verpflichtungen und Kartellrecht, S. 116; *ders.*, NZKart 2013, 87, 89.
2591 BGH GRUR 2009, 694, 697, Rdnr. 33 – „Orange-Book-Standard".
2592 BGH GRUR 2009, 694, 697, Rdnr. 36 – „Orange-Book-Standard".
2593 BGH GRUR 2009, 694, 697, Rdnr. 36 – „Orange-Book-Standard".
2594 BGH GRUR 2009, 694, 697, Rdnr. 40 – „Orange-Book-Standard".
2595 BGH GRUR 2009, 694, 697, Rdnr. 40 – „Orange-Book-Standard".

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zungsverfahren von der aufwändigen Bestimmung einer angemessenen Lizenzgebühr befreit werden soll, kann die Überprüfung der Höhe des hinterlegten Betrages nur einen summarischen Charakter haben.[2596] In der Praxis wird der Beklagte seinem eigenen angemessenen Angebot einen Sicherheitszuschlag hinzufügen oder gleich den vom Rechtsinhaber geforderten Betrag hinterlegen.[2597] Ansonsten besteht das Risiko, dass das Gericht den Betrag als zu niedrig ansieht und den Zwangslizenzeinwand zurückweist.[2598]

b) Voraussetzungen nach „Huawei“

In „Huawei“[2599] ist der EuGH von den „Orange-Book-Standard“-Kriterien des BGH abgewichen. Anders als der „Orange-Book-Standard“ hatte sich die standardessentielle Technologie von Huawei nicht im Wettbewerb, sondern in einem Normierungsverfahren durchgesetzt (sog. De-jure-Standard). Huawei hatte sich gegenüber der Normierungsorganisation verpflichtet, die Technologie jedermann zu FRAND-Bedingungen zu lizenzieren. Als ZTE die Technologie ohne Lizenz benutzte, klagte Huawei auf Unterlassung. Zusätzlich zu dem materiellrechtlichen Anspruch auf eine Zwangslizenz,[2600] war fraglich, ob ZTE einen solchen Anspruch der Unterlassungsklage als Einwand entgegenhalten konnte. Der EuGH entschied, dass (auch) die Unterlassungsklage in Fällen standardessentieller Patente, in denen sich der Rechtsinhaber zur Lizenzierung verpflichtet hat, grundsätzlich missbräuchlich sei.[2601] Anders als der BGH, der in „Orange-Book-Standard“ nur den Lizenzsucher in die Pflicht nahm, trägt der EuGH daher beiden Parteien ein Pflichtenprogramm auf. Die Voraussetzungen des Zwangslizenzeinwands liegen vor, wenn entweder der Lizenzsucher seine Pflichten erfüllt oder der Rechtsinhaber seine Pflichten nicht erfüllt. Der Rechtsinhaber muss den Lizenzsucher auf die Rechtsverletzung hin-

2596 *Höppner*, ZWeR 2010, 395, 424; *Körber*, NZKart 2013, 87, 91; *Maume*, ZGE 2012, 216, 228.

2597 Vgl. *Körber*, Standardessentielle Patente, FRAND-Verpflichtungen und Kartellrecht, S. 152; *Kühnen*, S. 220; *Heusch*, GRUR 2014, 745, 748; *Maume*, ZGE 2012, 216, 229 f.; *Maume/Tapia*, GRUR Int. 2010, 923, 926.

2598 *Kühnen*, S. 220.

2599 EuGH GRUR 2015, 764 – „Huawei“.

2600 Siehe bereits 2. Kapitel A. II. 5. b) aa) (6) (a).

2601 EuGH GRUR 2015, 764, 767, Rdnr. 54 – „Huawei“.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

weisen[2602] und ein Lizenzangebot zu FRAND-Bedingungen (einschließlich der Lizenzgebühr) abgeben.[2603] Der Lizenzsucher muss seine Vertragsbereitschaft erklären,[2604] das Lizenzangebot annehmen[2605] oder ein Gegenangebot zu FRAND-Bedingungen unterbreiten[2606] und – kommt kein Lizenzvertrag zustande – für die Benutzung des standardessentiellen Patents Sicherheit leisten (durch Hinterlegung oder Bankbürgschaft).[2607] Auf den ersten Blick weichen beide Urteile erheblich voneinander ab: Nach „Orange-Book-Standard" muss der Lizenzinteressent, nach „Huawei" der Rechtsinhaber das Angebot formulieren. Dem BGH kam es offenkundig darauf an, die Rechtsfigur des Zwangslizenzeinwands in das deutsche Zivilrecht einzupassen – nach den Regeln des allgemeinen Kontrahierungszwangs obliegt es dem Vertragsinteressenten, ein konkretes Angebot abzugeben.[2608] Braucht man dagegen, wie der EuGH in „Huawei", auf die Dogmatik des deutschen Zivilrechts keine Rücksicht nehmen, macht es in der Tat Sinn, den Rechtsinhaber zur Abgabe des Angebots zu verpflichten. Nicht nur hat dieser bereits zugesagt, die standardessentielle Technologie zu lizenzieren; vor allem weiß er am besten, welche Lizenzsätze andere Lizenznehmer zahlen, was also ein nichtdiskriminierender Lizenzsatz ist.[2609] Freilich führt die Lösung des BGH zu kaum einem anderen Ergebnis, da der Vertragsinteressent die Gegenleistung in das billige Ermessen des Kontrahierungspflichtigen[2610] bzw. Rechtsinhabers[2611] stellen kann (§§ 316, 315 Abs. 1 BGB). Ein erheblicher Unterschied bleibt insoweit, als der Lizenzsucher nach „Orange-Book-Standard" ein unbedingtes Angebot abgeben muss,[2612] während er nach „Huawei" sein Angebot unter den Vorbehalt stellen darf, dass das Patent rechtsbeständig ist und er es tatsächlich benutzt.[2613]

2602 EuGH GRUR 2015, 764, 767, Rdnr. 61 – „Huawei".
2603 EuGH GRUR 2015, 764, 767, Rdnr. 63 – „Huawei".
2604 EuGH GRUR 2015, 764, 767, Rdnr. 63 – „Huawei".
2605 EuGH GRUR 2015, 764, 767, Rdnr. 65 – „Huawei".
2606 EuGH GRUR 2015, 764, 767, Rdnr. 66 – „Huawei".
2607 EuGH GRUR 2015, 764, 767, Rdnr. 67 – „Huawei".
2608 Siehe bereits 3. Kapitel B. I. 1. b) aa).
2609 EuGH GRUR 2015, 764, 767, Rdnr. 64 – „Huawei".
2610 Siehe 3. Kapitel B. I. 1. b) bb).
2611 Siehe 3. Kapitel B. IV. 2. a) aa).
2612 Siehe 3. Kapitel B. IV. 2. a) aa).
2613 EuGH GRUR 2015, 764, 767, Rdnr. 69 – „Huawei".

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Für die urheberrechtliche Zwangslizenz dürfte das „Huawei"-Urteil keine unmittelbare Bedeutung erlangen. Zunächst gilt es nach herrschender Ansicht[2614] nur für Fälle standardessentieller Patente, also Fälle, in denen eine Standardisierungsorganisation das Immaterialgut als (De-jure-)Standard normiert und sich der Rechtsinhaber als Gegenleistung zur Lizenzerteilung verpflichtet. Für den Bereich des Urheberrechts sind solche Fälle allenfalls bei Computerprogrammen denkbar. Weiter wurzelt „Huawei" in dem Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV), das in *urheber*rechtlichen Zwangslizenzfällen gerade nicht zur Anwendung gelangt. Zu guter Letzt dürfte der BGH für den urheberrechtlichen Zwangslizenzeinwand an den Vorgaben aus „Orange-Book-Standard" und „Internet-Videorekorder II" festhalten, weil sie sich nahtlos in die Dogmatik des allgemeinen Kontrahierungszwangs einfügen.

3. Zwischenergebnis

Der auf § 242 BGB gestützte Zwangslizenzeinwand ist ein Verteidigungsmittel gegen eine Verletzungsklage des Rechtsinhabers, mit dem der Anspruch auf Lizenzerteilung passiv durchgesetzt wird. Seit der „Orange-Book-Standard"- bzw. „Internet Videorekorder II"-Entscheidung sind die Voraussetzungen höchstrichterlich weitgehend geklärt: Zum einen muss der Rechtsinhaber zum Abschluss eines Lizenzvertrages verpflichtet sein. Zum anderen muss der Beklagte dem Rechtsinhaber ein unbedingtes Angebot auf Abschluss eines solchen Vertrages gemacht haben und diejenigen Verpflichtungen erfüllen, die der abzuschließende Lizenzvertrag an die Benutzung des lizenzierten Gegenstandes knüpft. Es genügt, wenn das Angebot auf eine vom Rechtsinhaber nach billigem Ermessen zu bestimmende Lizenzgebühr gerichtet ist (entsprechend § 315 BGB) und der Beklagte einen jedenfalls ausreichenden Betrag hinterlegt (entsprechend § 37

2614 *Franz/Podszun*, ZWeR 2017, 205, 214; *Palzer*, EuZW 2015, 702, 705; *Maume*, QMJIP 6 (2016), 207, 224; in diese Richtung auch *Batista/Mazutti*, IIC 2016, 244, 252; ebenso *Heinemann*, GRUR 2015, 855, 859, und *Stender*, WuW 2015, 1188, 1194, die aber eine Übertragung von „Huawei" auf De-facto-Standards befürworten; *Hauck*, NJW 2015, 2767, 2770, hält es für möglich, dass „Huawei" auch auf De-facto-Standards Anwendung findet. Soweit ersichtlich haben die Instanzgerichte die „Huawei"-Kriterien bislang aber nur auf De-jure-Standards mit FRAND-Verpflichtungserklärung angewendet, *Block*, GRUR 2017, 121, 122.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

VGG). Dieser Lösungsweg ähnelt stark den zum allgemeinen Kontrahierungszwang beschriebenen Grundsätzen bzw. dem „Hinterlegungsmodell".

V. Zwischenergebnis

Durch die Darstellung des allgemeinen Kontrahierungszwangs, der urheberrechtlichen Zwangslizenzen de lege lata, der patentrechtlichen Zwangslizenzen und des Zwangslizenzeinwands wurden die dogmatischen Konturen der urheberrechtlichen Zwangslizenz herausgearbeitet. Während das französische Urheberrecht unmittelbar keine Zwangslizenzen regelt – Zwangslizenzen können nur, aber immerhin, auf das allgemeine und spezialgesetzliche Verbot des *abus de droit* gestützt werden – und diese wie die patentrechtlichen Zwangslizenzen den Charakter eines diktierten Vertrages haben – ein „echter", unmittelbarer Kontrahierungszwang ist dem französischen Recht fremd –, bilden die vier Zwangslizenzen des deutschen Urheberrechts eine besondere Art des Kontrahierungszwangs, mit dem eine Quasi-Monopolisierung bzw. Unternutzung bestimmter Werke verhindert werden soll. Anspruchsberechtigt sind entweder produktive Nutzer (Verleger, Tonträgerhersteller, Kabelunternehmen) oder jeder beliebige Nutzer, der Anspruch kann unter bestimmten Voraussetzungen (u.a. „sachlich rechtfertigender Grund") ausgeschlossen sein. Inhalt des Zielvertrages ist stets die Einräumung eines einfachen, territorial auf die Bundesrepublik Deutschland beschränkten Nutzungsrechts zu angemessenen Bedingungen, also insbesondere einer angemessenen Lizenzgebühr. Einigen sich die Parteien nicht, hat das Gericht die Gegenleistung nach billigem Ermessen festzusetzen. Anerkennt der Rechtsinhaber dagegen den Anspruch des Lizenzsuchers und bestimmt eine Lizenzgebühr, gilt dasselbe wie beim allgemeinen Kontrahierungszwang, d.h. das Gericht darf die Gegenleistungsbestimmung des Rechtsinhabers nur auf Ermessensfehler überprüfen und eine Ersatzbestimmung nur bei Ermessensfehlgebrauch treffen (§ 315 Abs. 3 S. 2 BGB entsprechend). Angemessen ist regelmäßig der Betrag, den der Rechtsinhaber bei der erstmaligen Lizenzierung desselben Werkes oder der Lizenzierung vergleichbarer Werke erzielt hat. Im Übrigen kann auf die entsprechenden Tarife der Verwertungsgesellschaften und die umfangreiche Judikatur zu § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG sowie – in Anlehnung an die patentrechtliche Zwangslizenz, bei der die Gegenleistung (auch) entsprechend § 139 Abs. 2 S. 3 PatG (Lizenzanalogie) be-

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

stimmt wird – § 97 Abs. 2 S. 3 UrhG zurückgegriffen werden. Ist der Klage ein Schiedsstellenverfahren vorgeschaltet, kann sich das Gericht zudem am Einigungsvorschlag der Schiedsstelle orientieren. Durchgesetzt wird der Anspruch – entsprechend den Grundsätzen zum allgemeinen Kontrahierungszwang – mit einer Klage auf Vertragsschluss und Leistung zu der vom Gericht festzusetzenden Gegenleistung, d.h. die Lizenzgebühr muss im Klageantrag nicht beziffert werden. Mit Rechtskraft des Urteils wird das Zustandekommen des Lizenzvertrages fingert (§ 894 ZPO). Durch das „Hinterlegungsmodell" und/oder das „Verfügungsmodell" sind die urheberrechtlichen Zwangslizenzen effektiv ausgestaltet. Soweit sich die Parteien nur über die Höhe der Lizenzgebühr streiten, kann der Lizenzsucher die vom Rechtsinhaber bestimmte Vergütung hinterlegen und mit der Nutzung beginnen („Hinterlegungsmodell" bei §§ 34 Abs. 1, 37 VGG). Im Übrigen kann er eine Leistungsverfügung erwirken, ohne die (besondere) Dringlichkeit glaubhaft machen zu müssen – richtigerweise wird diese unwiderleglich vermutet –; es muss lediglich eine hohe Wahrscheinlichkeit des Erfolgs in der Hauptsache bestehen („Verfügungsmodell"). Die Höhe der Lizenzgebühr wird erst in der Entscheidung in der Hauptsache bestimmt.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

4. Kapitel: Ausgestaltung der urheberrechtlichen Zwangslizenz de lege ferenda

Das 1. und 2. Kapitel haben zu der Erkenntnis geführt, dass in den folgenden Fallgruppen das urheberrechtliche Ausschließlichkeitsrecht vorbehaltlich berechtigter ideeller Interessen durch eine urheberrechtliche Zwangslizenz zu beschränken ist:

1. Das Werk wird seit zwei Jahren nicht mehr verwertet.[2615]
2. Das Werk wird nicht auf eine neue Art verwertet und die bisherige Nutzung wird nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt.[2616]
3. Das Werk wird nicht auf eine neue, etablierte Art verwertet.[2617]
4. Das Werk wird von einer Person, die nicht der Urheber ist, zu unangemessenen Preisen verwertet.[2618]
5. Das Ausschließlichkeitsrecht schützt einen wissenschaftlichen Aufsatz[2619] oder eine Sole-source-Datenbank[2620].

Zudem sind die Zwangslizenz nach § 87 Abs. 5 UrhG und die Verwertungsgesellschaftspflicht nach § 20b Abs. 1 UrhG technologieneutral zu fassen.[2621]

Im 3. Kapitel wurden der konventions-, unions- und verfassungsrechtliche Rahmen bestimmt, den keine urheberrechtliche Zwangslizenz überschreiten darf,[2622] und die dogmatischen Konturen herausgearbeitet.[2623] Nun wird eine konkrete Ausgestaltung der urheberrechtlichen Zwangslizenz de lege ferenda erörtert (unten A.) und auf ihre Vereinbarkeit mit Konventions- und höherrangigem Recht geprüft (unten B.).

2615 Siehe 2. Kapitel B. I.
2616 Siehe 2. Kapitel B. II. 1.
2617 Siehe 2. Kapitel B. II. 2.
2618 Siehe 2. Kapitel B. III.
2619 Siehe 2. Kapitel B. IV. 1.
2620 Siehe 2. Kapitel B. IV. 3.
2621 Siehe 2. Kapitel B. II. 1. a.).
2622 Siehe 3. Kapitel A.
2623 Siehe 3. Kapitel B.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

A. Gesetzgebungsvorschlag

Vorgeschlagen werden eine Zwangslizenz an nicht, nicht neuartig oder zu unangemessenen Preisen verwerteten Werken (unten I.), eine Zwangslizenz an wissenschaftlichen Aufsätzen (unten II.), eine technologieneutrale Fassung der Zwangslizenz nach § 87 Abs. 5 UrhG und der Verwertungsgesellschaftspflicht nach § 20b Abs. 1 UrhG (unten III.) sowie eine Zwangslizenz an Sole-source-Datenbanken (unten IV.).

I. Zwangslizenz an nicht, nicht neuartig oder zu unangemessenen Preisen verwerteten Werken

1. Formulierungsvorschlag

Die Zwangslizenz an nicht, nicht neuartig oder zu unangemessenen Preisen verwerteten Werken könnte als § 42b UrhG wie folgt formuliert werden:

> „*§ 42b Zwangslizenz an nicht, nicht neuartig oder zu unangemessenen Preisen verwerteten Werken.* (1) [1] Der Rechtsinhaber ist verpflichtet, jedermann die Nutzung eines Werkes zu angemessenen Bedingungen zu erlauben, wenn eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt ist:
> Das Werk wird seit zwei Jahren nicht mehr verwertet.
> Das Werk wird nicht auf eine neue Art verwertet und die bisherige Nutzung wird nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt.
> Das Werk wird nicht auf eine neue, etablierte Art verwertet.
> Das Werk wird von einer Person, die nicht der Urheber ist, zu unangemessenen Preisen verwertet.
> [2] Satz 1 gilt nicht, wenn die Lizenzverweigerung sachlich gerechtfertigt ist. [3] Die §§ 34, 35 bleiben unberührt.
> (2) [1] Kommt keine Einigung über die Höhe der Vergütung zustande, bestimmt der Rechtsinhaber die Lizenzgebühr nach billigem Ermessen; § 315 des Bürgerlichen Gesetzbuches findet entsprechende Anwendung. [2] In diesem Fall gilt das Nutzungsrecht als eingeräumt, wenn die Vergütung in Höhe des vom Lizenzsucher anerkannten Betrages an den Rechtsinhaber gezahlt und in Höhe der darüber hinausgehenden Forderung unter Vorbehalt an den Rechtsinhaber gezahlt oder zu seinen Gunsten hinterlegt worden ist.
> (3) Die §§ 42a Abs. 3 und 6 sowie 63 finden entsprechende Anwendung.
> (4) Die vorstehenden Bestimmungen gelten nicht für Datenbankwerke, das Satellitensenderecht, das Vermietrecht, das Bearbeitungsrecht einschließlich des Filmherstellungs- und Übersetzungsrechts, das Aufführungs-, Vortrags- und Filmvorführungsrecht, das Filmverbreitungsrecht sowie das Recht der öf-

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> fentlichen Übertragung von Aufführungen, Vorträgen und Filmwerken ausschließlich des Rechts der drahtlosen Erstsendung und der Weitersendung."

Die §§ 71 Abs. 1 S. 3, 79 Abs. 2 S. 2, 85 Abs. 2 S. 3, 87 Abs. 2 S. 2, 87g Abs. 1 S. 2 und 94 Abs. 2 S. 3 UrhG wären um einen Verweis auf § 42b UrhG de lege ferenda zu ergänzen, um auch die Leistungsschutzrechte an nachgelassenen Werken, Darbietungen, Tonaufnahmen, Sendungen, Presseerzeugnissen bzw. Filmaufnahmen zu erfassen. Außerdem sollte § 92 Abs. 2 VGG wie folgt neugefasst werden:

> „*§ 92 Zuständigkeit für Streitfälle nach dem Urheberrechtsgesetz und für Gesamtverträge.* […] (2) Die Schiedsstelle kann von jedem Beteiligten auch bei einem Streitfall angerufen werden,
> an dem ein Sendeunternehmen und ein Kabelunternehmen beteiligt sind, wenn der Streit die Verpflichtung zum Abschluss eines Vertrages über die Kabelweitersendung betrifft (§ 87 Absatz 5 des Urheberrechtsgesetzes),
> der die Verpflichtung zum Abschluss eines Vertrages nach den §§ 38a und 42b des Urheberrechtsgesetzes betrifft."

2. Erläuterungen

a) Tatbestand

In Anlehnung an § 34 Abs. 1 S. 1 VGG und § 24 PatG ist *jeder* Lizenzsucher („jedermann") anspruchsberechtigt. Dahinter steht die Überlegung, dass (genau) diejenige Person anspruchsberechtigt sein muss, die das jeweils nicht (Abs. 1 S. 1 Nr. 1), nicht neuartig (Abs. 1 S. 1 Nr. 2 u. 3) oder zu unangemessenen Preisen (Abs. 1 S. 1 Nr. 4) verwertete Werk normativ effizient nutzen kann und will: die „unbekannte Person".[2624] Ihr Anspruch auf Lizenzerteilung kann nur dadurch gesichert werden, dass *jedermann* einen Anspruch erhält.[2625] Anspruchsberechtigt sind also nicht nur etwa Verleger und Tonträgerhersteller, sondern ebenso Suchmaschinenbetreiber

---

2624 Zur „unbekannten Person" siehe bereits 1. Kapitel A. II. 2. a) bb) (3) (a), (b) u. (c).

2625 Vgl. *v. Hayek*, Die Verfassung der Freiheit, S. 42 („Das Wesentliche ist nicht, welche Freiheit ich persönlich ausüben möchte, sondern welche Freiheit irgend jemand braucht, um für die Gesellschaft nützliche Dinge zu tun. Diese Freiheit können wir für die unbekannte Person nur dadurch sichern, daß wir sie allen geben").

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und alle anderen Personen, die das betreffende Werk in den Fällen des Abs. 1 Nr. 1 bis 4 gegen eine angemessene Lizenzgebühr nutzen wollen.

Verpflichtet ist der „Rechtsinhaber", also sowohl der Urheber, als auch der sonstige Inhaber des ausschließlichen Nutzungsrechts. Damit entfällt die unnötige Unterscheidung in Urheber und einen „Dritten" oder „Anderen", der Inhaber des ausschließlichen Nutzungsrechts ist (vgl. §§ 5 Abs. 3 S. 2 u. 3, 42a Abs. 1 u. 4 UrhG), und ist die Regelung insgesamt übersichtlicher.

Der Tatbestand in § 42b Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 2, 3 und 4 UrhG de lege ferenda ist das Ergebnis der Problemanalyse.[2626] Das Tatbestandsmerkmal der „neuen Verwertungsart" (Nr. 2 u. 3) meint – in Anlehnung an den Begriff der unbekannten Nutzungsart i.S.v. §§ 31a, 32c und 137l UrhG – eine nach der Verkehrsauffassung als solche hinreichend klar abgrenzbare, wirtschaftlich-technisch als einheitlich und selbständig erscheinende Nutzungsart.[2627] Die neue Verwertungsart ist „etabliert" (Nr. 3), wenn ihr Umsatzanteil so groß ist, dass der Verwerter den Deckungsbeitrag erwirtschaften kann.[2628] Das Tatbestandsmerkmal „zu unangemessenen Preisen" (Nr. 4) ist ebenso auszulegen wie „unangemessene Verkaufspreise" in Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV oder „Entgelte, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden" in § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB, also mithilfe des Vergleichsmarktkonzepts[2629] (z.B. Vergleich der Preise desselben Computerprogramms in Deutschland und Frankreich) und des Konzepts der Gewinnbegrenzung[2630] (d.h. orientiert an den Fix- und variablen Herstellungskosten des Computerprogramms).

Der Anspruchsausschluss in § 42b Abs. 1 S. 2 UrhG de lege ferenda entspricht § 87 Abs. 5 S. 1 Hs. 1 a.E. UrhG („sofern nicht ein die Ablehnung des Vertragsabschlusses sachlich rechtfertigender Grund besteht")[2631] bzw. der Rspr. zu § 34 Abs. 1 VGG („sachlich gerechtfertigter Grund")[2632]. Er gilt in erster Linie für berechtigte materielle Interessen, et-

2626 Siehe 1. Kapitel B. II (für Nr. 1), B. II 1. (für Nr. 2), B. II 2. (für Nr. 3) und B. III a.A. (für Nr. 4).
2627 Siehe bereits 1. Kapitel B. II. a.A.
2628 Siehe bereits 2. Kapitel B. II. 2. b).
2629 Siehe bereits 2. Kapitel A. II. 4. b) aa).
2630 Siehe bereits 2. Kapitel A. II. 4. b) bb).
2631 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. c) bb) (3).
2632 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. d) bb).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wa berechtigte Zweifel an der Vertrags- oder Rechtstreue des Lizenzsuchers[2633] oder dessen Insolvenz[2634]. Die Zwangslizenz ist damit hinreichend flexibel und einzelfallgerecht. Aus dem Wortlaut („Satz 1 gilt nicht, wenn") ersichtlich geht § 42b Abs. 1 S. 2 UrhG de lege ferenda für den Regelfall aber vom *Fehlen* eines Ablehnungsgrundes aus. Ebenso wie bei § 87 Abs. 5 S. 1 Hs. 1 a.E. UrhG[2635] trifft die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines sachlich rechtfertigenden Grundes deshalb den Rechtsinhaber.

Für die berechtigten ideellen Interessen des Urhebers stellt § 42b Abs. 1 S. 3 UrhG de lege ferenda klar, dass die allgemeinen Regeln der §§ 34, 35 UrhG unberührt bleiben, d.h. die Einräumung des Nutzungsrechts ist grundsätzlich an die Zustimmung des Urhebers geknüpft. Zwar kann der Urheber dem ausschließlich Nutzungsberechtigten bereits bei der Einräumung des Nutzungsrechts das Recht zur Übertragung dieses Nutzungsrechts (§ 34 Abs. 1 UrhG) oder zur Gewährung von Unterlizenzen (§ 35 Abs. 1 S. 1 UrhG) eingeräumt haben (§ 34 Abs. 5 S. 2 UrhG); die Zwangslizenz kann dann ohne Zustimmung des Urhebers erteilt werden.[2636] Allerdings ist das Rückrufsrecht unverzichtbar (§ 34 Abs. 5 S. 1 UrhG). Ebenso wie bei der Zwangslizenz nach § 42a Abs. 1 S. 1 Hs. 2 UrhG[2637] kann es stets der Lizenzerteilung entgegengehalten werden. Damit wird der individualistische Vorbehalt eines „gerechten" Urheberpersönlichkeitsschutzes[2638] umgesetzt.

Zu guter Letzt nimmt § 42b Abs. 4 UrhG de lege ferenda Datenbankwerke und Ausschließlichkeitsrechte, die unions- oder konventionsrechtlich keiner urheberrechtlichen Zwangslizenz zugänglich sind, vom Anwendungsbereich aus. Datenbankwerke sind ausgenommen, weil insoweit die engen Voraussetzungen einer urheberrechtlichen Zwangslizenz (Art. 6 Datenbanken-RL)[2639] nicht vorliegen: § 42b Abs. 1 UrhG de lege ferenda ist nicht auf Nutzungshandlungen zu privaten Zwecken[2640], zu Unter-

2633 Vgl. 3. Kapitel B. II. 1. c) bb) (3) (zu § 87 Abs. 5 Hs. 1 a.E. UrhG.).
2634 Vgl. 3. Kapitel B. II. 1. d) bb) (zu § 34 Abs. 1 S. 1 VGG).
2635 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. c) bb) (3).
2636 Vgl. BGH GRUR 2011, 59, 60, Rdnr. 19 – „Lärmschutzwand".
2637 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. a) cc) (4).
2638 Zur Berücksichtigung individualistischer Zielvorstellungen siehe 1. Kapitel A. III. a.E.
2639 Siehe bereits 3. Kapitel A. II. 5.
2640 Vgl. Art. 6 Abs. 2 lit. a Datenbanken-RL.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

richts- oder wissenschaftlichen Zwecken[2641], zu Zwecken der öffentlichen Sicherheit oder eines Verwaltungs- oder Gerichtsverfahrens[2642] beschränkt und gilt nicht in Fällen, in denen die Mitgliedstaaten das Urheberrecht traditionell einschränken.[2643] Aus demselben Grund[2644] sind die Voraussetzungen einer leistungsschutzrechtlichen Zwangslizenz an sui-generis-geschützten Datenbanken (Art. 9 Datenbanken-RL)[2645] nicht erfüllt und wird in den §§ 87a ff. UrhG nicht auf § 42b UrhG de lege ferenda verwiesen. Ausgenommen ist weiter das Satellitensenderecht, weil es nach der Satelliten- u. Kabel-RL nur mit der erweiterten kollektiven Lizenz *mit* Widerspruchsrecht, nicht mit der (strengeren) Zwangslizenz beschränkt werden darf.[2646] Das Vermietrecht ist vom Anwendungsbereich ausgenommen, weil es nach der Vermiet- u. Verleih-RL ohne Vorbehalt gewährt wird, also keineswegs beschränkt werden darf.[2647] Schließlich sind das Bearbeitungsrecht einschließlich des Filmherstellungs- und Übersetzungsrechts, das Aufführungs-, Vortrags- und Filmvorführungsrecht, das Filmverbreitungsrecht sowie das Recht der öffentlichen Übertragung von Aufführungen, Vorträgen und Filmwerken ausschließlich des Rechts der drahtlosen Erstsendung und der Weitersendung ausgenommen, weil diese Rechte nach der RBÜ vorbehaltlos zu gewähren sind.[2648]

b) Rechtsfolge

In Anlehnung an die Zwangslizenzen de lege lata[2649] ist Rechtsfolge des § 42b Abs. 1 S. 1 UrhG de lege ferenda der Anspruch auf Abschluss eines Lizenzvertrages. Ebenso wie in den §§ 5 Abs. 3 S. 2 u. 3, 42a 1 S. 1 UrhG wird der Einfachheit halber auf eine Formulierung entsprechend § 87 Abs. 5 S. 1 („verpflichtet, einen Vertrag… abzuschließen“) verzichtet. Wer

2641 Vgl. Art. 6 Abs. 2 lit. b Datenbanken-RL.
2642 Vgl. Art. 6 Abs. 2 lit. c Datenbanken-RL.
2643 Vgl. Art. 6 Abs. 2 lit. d Datenbanken-RL.
2644 Art. 9 lit. a, b und c entsprechen Art. 6 Abs. 2 lit. a, b und c Datenbanken-RL.
2645 Siehe bereits 3. Kapitel A. II. 5.
2646 Siehe bereits 3. Kapitel A. II. 2.
2647 Siehe bereits 3. Kapitel A. II. 3.
2648 Siehe bereits 3. Kapitel A. I. 1. a).
2649 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. a) dd) (zu § 42a UrhG), B. II. 1. b) dd) (zu § 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG), B. II. 1. c) cc) (zu § 87 Abs. 5 UrhG), B. II. 1. cc) (zu § 34 Abs. 1 VGG) und B. III. 1. a) bb) (zu § 24 Abs. 1 PatG).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

verpflichtet ist, die Nutzung des Werkes zu angemessenen Bedingungen zu erlauben, kann als Bedingung eine Gegenleistung verlangen, sodass der Anspruch eben (nur) auf Vertragsschluss gerichtet ist.

aa) Leistung

Gegenstand des Zielvertrages ist – erneut in Anlehnung an die Zwangslizenzen de lege lata[2650] – ein *einfaches* Nutzungsrecht. Dies folgt – wie bei § 34 Abs. 1 S. 1 VGG[2651] – dem Wortlaut nach daraus, dass der Rechtsinhaber auch anderen Lizenzsuchern gegenüber kontrahierungspflichtig ist („jedermann"). Aufgrund des Territorialitätsprinzips ist die Zwangslizenz auf das *Inland* beschränkt,[2652] was durch den Verweis auf § 42a Abs. 3 UrhG[2653] in § 42b Abs. 3 UrhG de lege ferenda klargestellt wird. Deshalb muss der Lizenzsucher, wenn er nur für das Inland eine Lizenz erwirbt/erhält, die öffentliche Zugänglichmachung des Werkes auf Deutschland beschränken, was technisch ohne weiteres möglich ist (sog. Geolocation);[2654] so sind die Livestreams der ARD aus urheberrechtlichen Gründen mittels Geolocation häufig nur in Deutschland verfügbar.[2655]

bb) Gegenleistung

In Anlehnung an die Zwangslizenzen de lege lata[2656] ist die Lizenz nach § 42b Abs. 1 S. 1 UrhG de lege ferenda „zu angemessenen Bedingungen" zu erteilen, was insbesondere die Zahlung einer angemessenen Lizenzge-

---

2650 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. a) dd) (1) (zu § 42a UrhG), B. II. 1. b) dd) (1) (zu § 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG), B. II. 1. c) cc) (1) (zu § 87 Abs. 5 UrhG), B. II. 1. cc) (1) (zu § 34 Abs. 1 VGG) und B. III. 1. a) bb) (1) (zu § 24 Abs. 1 PatG).

2651 Siehe 3. Kapitel B. II. 1. d) cc) (1).

2652 Erneut in Anlehnung an die Zwangslizenzen de lege lata, vgl. 3. Kapitel B. II. 1. a) dd) (1) (zu § 42a UrhG), B. II. 1. b) dd) (1) (für § 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG), B. II. 1. c) cc) (1) (für § 87 Abs. 5 UrhG) und B. III. 1. a) bb) (1) (für § 24 Abs. 1 PatG).

2653 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. a) dd) (1).

2654 Eingehend zur Geolocation *Ortag/Schmidt*, HMD 276 (2010), 19-28.

2655 Vgl. http://www.daserste.de/specials/service/faq-das-erste-livestream-100.html (zuletzt besucht am 20.12.2015).

2656 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. a) dd) (2) (zu § 42a UrhG), B. II. 1. b) dd) (2) (zu § 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG), B. II. 1. c) cc) (2) (zu § 87 Abs. 5 UrhG), B. II. 1.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bühr bedeutet. Die Bestimmung der Angemessenheit mag im Einzelfall (sehr) schwierig sein. Allerdings ist das Problem zu relativieren: Regelmäßig wird das Problem gar nicht auftreten, weil die Zwangslizenz als eine „fleet in being" wirkt (unten (1)) oder sich die Beteiligten außergerichtlich einigen (unten (2)). In den Fällen, in denen (ausnahmsweise) doch die Angemessenheit bestimmt werden muss, kann sich das Gericht am Einigungsvorschlag der Schiedsstelle orientieren (unten (3)) und handelt es sich um kein spezifisches Problem der Zwangslizenz (unten (4)).

(1) Problem relativiert, weil „fleet in being"

In erster Linie ist die Zwangslizenz de lege ferenda als eine „fleet in being" konzipiert, die den Rechtsinhaber dazu anhält, das Werk auf eine neue, etablierte Art (z.B. als E-Book) und zu angemessenen Preisen zu verwerten. Wird sie diesem Zweck gerecht – weil sie effektiv ausgestaltet ist (unten cc)) –, d.h. ist der „Markt" für das jeweilige Werk „contestable",[2657] bedarf es keiner Zwangslizenz und wird auch keine Lizenz angefragt; denn in diesem Fall wird die Nachfrage nach dem neuen Produkt bereits befriedigt bzw. verlangt der Rechtsinhaber keine „Monopolpreise",[2658] sodass die „unbekannte Person" keinen Anreiz verspürt, selbst in den „Markt" einzusteigen – kurzum: das Werk wird normativ effizient verwertet (und die Voraussetzungen des § 42b Abs. 1 S. 1 Nr. *3* u. *4* UrhG de lege ferenda sind nicht erfüllt). Zwar gibt es Fälle, in denen es tatsächlich auf eine Zwangslizenz ankommt, etwa weil der Rechtsinhaber das Werk überhaupt nicht (§ 42b Abs. 1 S. 1 Nr. *1* UrhG de lege ferenda) oder nicht auf eine neue Art, die die bisherige Nutzung nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt (§ 42b Abs. 1 S. 1 Nr. *2* UrhG de lege ferenda) profitabel verwerten kann – so wird ein kleiner Verleger mit einer Büchersuchmaschine à la Google Books Snippet View kein Geld verdienen können; dann aber wird der Rechtsinhaber eher geneigt sein, sich über eine angemessene Vergütung zu einigen.

---

d) cc) (2) (zu § 34 Abs. 1 VGG), B. III. 1 a) bb) (2) (zu § 24 Abs. 1 PatG) und B. III. 1 b) bb) (zu § 24 Abs. 2 PatG).

2657 Siehe bereits 2. Kapitel A. I. 3. d) ee).

2658 Vgl. bereits 2. Kapitel A. I. 3. d) ee).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(2) Problem relativiert, weil außergerichtliche Einigung

Hier kommen nun § 41b Abs. 2 S. 1 UrhG de lege ferenda und § 92 Abs. 2 Nr. 1 VGG de lege ferenda ins Spiel, die beide auf eine außergerichtliche Einigung hinwirken.

(a) § 41b Abs. 2 S. 1 UrhG de lege ferenda

§ 42b Abs. 2 S. 1 UrhG de lege ferenda regelt, dass bei Ausbleiben einer Einigung über die Höhe der Vergütung der Rechtsinhaber die Lizenzgebühr nach *billigem* Ermessen bestimmt *und* § 315 BGB entsprechende Anwendung findet. Der Verweis auf § 315 BGB entspricht nicht nur den Grundsätzen des allgemeinen Kontrahierungszwangs[2659] und Zwangslizenzeinwands[2660], sondern hält den Rechtsinhaber mit einem positiven und einem negativen Anreiz dazu an, dem Lizenzsucher entgegenzukommen. Der positive Anreiz besteht darin, dass – wenn der Rechtsinhaber eine Lizenzgebühr bestimmt und den Vertragsschluss nicht total verweigert – diese Bestimmung nur auf Ermessensfehler überprüft wird (vgl. § 315 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BGB),[2661] ihm also ein gewisser Ermessensspielraum zugestanden wird, den er vollständig zu seinen Gunsten ausschöpfen kann (vgl. 315 Abs. 3 S. 1 BGB).[2662] Der negative Anreiz kommt zum Tragen, wenn er die Grenzen seines Ermessensspielraums überschreitet oder überhaupt keine Lizenzgebühr bestimmt, weil dann das Gericht an seiner statt die Vergütung bestimmt, sich dabei aber „in der Mitte“ halten muss (§ 315 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 bzw. 2 BGB).[2663] Wenn etwa nur die Höhe der Vergütung streitig und eine Lizenzgebühr in Höhe von 8.000 bis 12.000 Euro angemessen ist, weil zu diesem Betrag vergleichbare Werke lizenziert werden oder der Rechtsinhaber damit seine Fixkosten amorti-

2659 Siehe bereits 3. Kapitel B. I. 1. b) bb).
2660 Siehe bereits 3. Kapitel B. IV. 2. a).
2661 *Rieble*, in: *Staudinger*, BGB[2009], Buch 2, § 315, Rdnr. 323 ff.; *Grüneberg*, in: *Palandt*, BGB[75], § 315, Rdnr. 16; siehe bereits 3. Kapitel B. I. 1. b) bb).
2662 *Würdinger*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 2, § 315, Rdnr. 30; *Grüneberg*, in: *Palandt*, BGB[75], § 315, Rdnr. 10; siehe bereits 3. Kapitel B. I. 1. b) bb).
2663 *Grüneberg*, in: *Palandt*, BGB[75], § 315, Rdnr. 19; *Würdinger*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 2, § 315, Rdnr. 30; siehe bereits 3. Kapitel B. I. 1. b) bb).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sieren und eine angemessenen Gewinn erzielen kann – was angemessen ist, weiß der Rechtsinhaber selbst am besten, er legt die Angemessenheit nur nicht offen –, wird er sich angesichts § 42b Abs. 2 S. 1 Hs. 2 UrhG de lege ferenda gut überlegen, ob er die Vergütung auf 20.000 Euro festsetzt. Denn das Gericht wird sich für die Beurteilung der Billigkeit am Einigungsvorschlag der Schiedsstelle orientieren (unten (bb)), der irgendwo zwischen oder nahe den 8.000 bis 12.000 Euro liegen wird. Je näher der vom Rechtsinhaber bestimmte und der (später) von der Schiedsstelle vorgeschlagene Betrag beieinanderliegen, desto höher ist die Chance, dass das Gericht den vom Rechtsinhaber bestimmten Preis billigt und sein kooperatives Verhalten „belohnt". Verlangt der Rechtsinhaber dagegen eine Lizenzgebühr, die vom (späteren) Einigungsvorschlag wesentlich abweicht, besteht das Risiko, dass das Gericht eine Gebühr bestimmt, die weit unter dem Betrag liegt, den er bei einer Bestimmung nach billigem Ermessen hätte verlangen können. Im Ergebnis wird der Rechtsinhaber also „pokern" wollen, aber nur soweit, wie er glaubt, dass das Gericht die Lizenzgebühr als (gerade) noch angemessen erachtet, weil sie nicht zu stark vom (späteren) Einigungsvorschlag abweicht. Die Folge ist, dass er dem Lizenzsucher bis zu einem gewissen Grade „freiwillig" entgegenkommt. Dann aber steigt die Wahrscheinlichkeit, dass auch der Lizenzsucher dem Rechtsinhaber entgegenkommt und sich beide außergerichtlich einigen. Nichts anderes gilt für den Fall, dass das Bestehen des Anspruchs auf Lizenzerteilung unklar ist. Auch hier besteht ein Anreiz für den Rechtsinhaber, den Anspruch des Lizenzsuchers anzuerkennen, um selbst die Höhe der Vergütung bestimmen zu können. Damit wird ebenfalls eine außergerichtliche Einigung begünstigt.

(b) § 92 Abs. 2 Nr. 2 VGG de lege ferenda

Kommt es gleichwohl zu keiner Einigung, findet § 92 Abs. 2 Nr. 2 VGG de lege ferenda i.V.m. § 128 Abs. 1 VGG Anwendung, d.h. in Anlehnung an die Zwangslizenzen nach § 87 Abs. 5 UrhG[2664] und § 34 Abs. 1 VGG[2665] muss der Lizenzsucher vor Klageerhebung die Schiedsstelle des DPMA anrufen. Die Schiedsstelle hat auf eine gütliche Beilegung des

2664 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. c) dd).
2665 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. d) dd) a.A.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Streitfalls hinzuwirken und den Parteien binnen einen Jahres einen Einigungsvorschlag zu unterbreiten (§§ 102 Abs. 1, 105 Abs. 1 S. 1 VGG), der – wenn ihm nicht binnen eines Monats widersprochen wird – als angenommen gilt (§ 102 Abs. 3 S. 1 VGG). Das Schiedsstellenverfahren stellt eine Verfahrenslösung zur Bestimmung der Angemessenheit dar.[2666] Die Schiedsstelle erleichtert mit der fachlichen Autorität, die ihre spezielle Sachkunde erwarten lässt, eine außergerichtliche Einigung.[2667] Nicht ohne Grund hat der Gesetzgeber ihren Zuständigkeitsbereich kontinuierlich erweitert.[2668] Die Erfahrungen zeigen, dass das Schiedsstellenverfahren fast immer zu einer gütlichen Einigung führt.[2669]

(3) Problem relativiert, weil Einigungsvorschlag der Schiedsstelle

In den (wenigen) Fällen, in denen trotz § 41b Abs. 2 S. 1 UrhG de lege ferenda und § 92 Abs. 2 Nr. 2 VGG de lege ferenda eine Einigung ausbleibt, dient der Einigungsvorschlag dem später entscheidenden Gericht als eine Orientierungshilfe.[2670]

(4) Problem relativiert, weil kein spezifisches Problem der Zwangslizenz

Im Übrigen ist das Problem der Bestimmung der angemessenen Lizenzgebühr kein spezifisches Problem der Zwangslizenz, sondern stellt sich ebenso bei der Bestimmung der „angemessenen Vergütung“ nach § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG und vor allem bei der Berechnung des Schadensersatzes

---

2666 *Weisser/Höppener*, ZUM 2003, 597, 597; siehe bereits 3. Kapitel B. 1. c) dd).

2667 *W. Nordemann/Wirtz*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], §§ 14-16 UrhWG, Rdnr. 1; vgl. auch Gesetzentwurf v. 22.12.1983, BT-Drs. 10/837, S. 24 („Um die Sachkunde der Schiedsstelle in möglichst großem Umfang nutzbar zu machen und die Gerichte soweit wie möglich zu entlasten, bestimmt Absatz 1, daß bei Streitfällen, bei denen nach § 14 des Entwurfs die Schiedsstelle angerufen werden kann, die Durchführung des Schiedsverfahrens eine von Amts wegen zu berücksichtigende Prozeßvoraussetzung für die gerichtliche Geltendmachung darstellt“); siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. c) dd).

2668 *Reinbothe*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], vor §§ 14 ff. UrhWG, Rdnr. 7.

2669 *W. Nordemann/Wirtz*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], §§ 14-16 UrhWG, Rdnr. 1; siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. c) dd).

2670 *W. Nordemann/Wirtz*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], §§ 14-16 UrhWG, Rdnr. 1; siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. c) dd).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

in Form der Lizenzanalogie („angemessene Vergütung“) nach § 97 Abs. 2 S. 3 UrhG bzw. § 139 Abs. 2 S. 3 PatG. Den Gerichten ist das Problem wohlvertraut, sie wissen damit umzugehen. In Anlehnung an die Zwangslizenzen de lega lata kann es zunächst auf den Betrag abstellen, den der Rechtsinhaber bei einer etwaigen vorherigen Lizenzierung desselben Werkes oder der Lizenzierung vergleichbarer Werke erzielt hat.[2671] Im Übrigen kann es auf die entsprechenden Tarife der Verwertungsgesellschaften[2672], die umfangreiche Judikatur zu §§ 32 Abs. 2 S. 2[2673], 97 Abs. 2 S. 3 UrhG bzw. 139 Abs. 2 S. 3 PatG[2674] und die weiteren Preisbestimmungskriterien[2675] der Zwangslizenzen de lege lata zurückgreifen.

c) Durchsetzung

In Anlehnung an die Zwangslizenzen de lege lata verleiht § 42b Abs. 1 UrhG de lege ferenda nur den Anspruch auf Abschluss eines Lizenzvertrages, nicht die Lizenz selbst.[2676] Schließen die Beteiligten keinen Lizenzvertrag, ist zu unterscheiden: Entweder streiten sie sich nur über die angemessenen Bedingungen des Vertrages, also insbesondere die Höhe der Lizenzgebühr, nicht aber über die Erteilung einer Nutzungserlaubnis als solche, oder bereits über das Bestehen des Anspruchs auf Abschluss eines Lizenzvertrages. Je nachdem gilt entweder das „Hinterlegungsmodell“ (unten aa)) oder das „Verfügungsmodell“ (unten bb)).

2671 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. a) dd) (2) (zu § 42a UrhG) und B. II. 1. c) cc) (2) (zu § 87 Abs. 5 UrhG).
2672 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. a) dd) (2) (für § 42a UrhG), B. II. 1. b) dd) (2) (für § 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG) und B. II. 1. c) cc) (2) (für § 87 Abs. 5 UrhG).
2673 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. b) dd) (2) (für § 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG).
2674 Siehe bereits 3. Kapitel B. III. 1 b) bb) (für § 24 Abs. 1 PatG).
2675 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. a) dd) (2) (für § 42a UrhG), B. II. 1. b) dd) (2) (für § 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG), B. II. 1. c) cc) (2) (für § 87 Abs. 5 UrhG), B. II. 1. d) cc) (2) (für § 34 Abs. 1 VGG) und B. III. 1 b) bb) (für § 24 Abs. 1 PatG).
2676 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. a) ee) (zu § 42a UrhG), B. II. 1. b) ee) (zu § 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG), B. II. 1. c) dd) (zu § 87 Abs. 5 UrhG) und B. II. 1. d) dd) (zu § 34 Abs. 1 VGG).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aa) „Hinterlegungsmodell“

In der ersten Alternative verlangt der Rechtsinhaber regelmäßig eine Lizenzgebühr, die den Vorstellungen des Lizenzsuchers nicht entspricht. Hier gilt – in Anlehnung an die Zwangslizenz nach §§ 34 Abs. 1, 37 VGG[2677] und den Zwangslizenzeinwand[2678] – das „Hinterlegungsmodell“, d.h. das Nutzungsrecht gilt als eingeräumt, wenn die Vergütung in Höhe des vom Lizenzsucher anerkannten Betrages an den Rechtsinhaber gezahlt und in Höhe der darüber hinausgehenden Forderung unter Vorbehalt an den Rechtsinhaber gezahlt oder zu seinen Gunsten hinterlegt worden ist (§ 42b Abs. 2 S. 2 UrhG de lege ferenda). Die Folge ist, dass der Lizenzsucher das Werk sofort, also auch vor Anrufung der Schiedsstelle, nutzen kann. Damit der Rechtsinhaber keinen völlig überzogenen Preis verlangt und das „Hinterlegungsmodell“ faktisch ausschaltet, wird er „belohnt“, wenn er eine Summe verlangt, die aus seiner Sicht vor dem Gericht Bestand haben wird, und „bestraft“, wenn er die Lizenzgebühr nicht nach billigem Ermessen bestimmt (§ 42b Abs. 2 S. 1 UrhG de lege ferenda i.V.m. § 315 BGB).[2679]

Nach Abschluss des Schiedsstellenverfahrens kann der Lizenzsucher die Billigkeit der Bestimmung gerichtlich überprüfen lassen, indem er – erneut in Anlehnung an die Zwangslizenzen de lege lata[2680] – auf Vertragsschluss zu einer vom Gericht festzusetzenden Lizenzgebühr klagt (§ 42b Abs. 2 S. 1 Hs. 2 UrhG de lege ferenda i.V.m. § 315 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BGB). Die Zuständigkeit richtet sich nach allgemeinen Regeln (§§ 1 ff. ZPO, 105 UrhG),[2681] weil § 129 VGG unverändert bleibt; für eine ausschließliche Zuständigkeit des OLG München besteht kein Bedürfnis.

Das Gericht überprüft zunächst die Billigkeit der Bestimmung des Rechtsinhabers. Dabei trägt der Rechtsinhaber die Darlegungs- und Beweislast.[2682] Ist die vom Rechtsinhaber geforderte Lizenzgebühr angemes-

2677 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. dd) (1).
2678 Siehe bereits 3. Kapitel B. IV. 2. b).
2679 Siehe bereits 4. Kapitel A. I. 2. b) bb) (a).
2680 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. a) ee) (zu § 42a UrhG), B. II. 1. b) ee) (zu § 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG), B. II. 1. c) dd) (zu § 87 Abs. 5 UrhG) und B. II. 1. d) dd) (zu § 34 Abs. 1 VGG).
2681 In Anlehnung an die Zwangslizenzen nach § 42a UrhG und § 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG, siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. a) ee) bzw. B. II. 1. b) ee).
2682 BGH GRUR 1964, 515, 517 – „Werkmilchabzug“; NJW 2003, 3131, 3132 – „billige Entgeltbestimmung“; NJW-RR 2006, 915, 916, Rdnr. 19 – „Stromnut-

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sen, wird die Klage abgewiesen: der Lizenzsucher schließt dann entweder einen Lizenzvertrag zu der vom Rechtsinhaber verlangten Lizenzgebühr oder nimmt vom Vertragsschluss Abstand. Andernfalls verurteilt das Gericht den Rechtsinhaber zur Abgabe einer Willenserklärung (§ 894 ZPO), die eine *angemessene*, nämlich die vom Gericht nach billigem Ermessen festgesetzte Lizenzgebühr zum Inhalt hat (§ 42b Abs. 2 S. 1 Hs. 2 UrhG de lege ferenda i.V.m. § 315 Abs. 3 S. 2 Hs. *1* BGB), sodass der Lizenzvertrag mit diesem Inhalt zustande kommt. Insoweit, also allein bzgl. der ersatzweisen Bestimmung der Lizenzgebühr, gibt es keine Darlegungs- und Beweislast im eigentlichen Sinne; vielmehr ist jede Partei mittelbar gehalten, die für ihre Position sprechenden Umstände vorzutragen, weil das Gericht bei seiner Ermessensentscheidung nur das ihm Bekannte in die Abwägung einstellen kann.[2683] Fehlt ein erschöpfender Parteivortrag, kann es die Gegenleistung in entsprechender Anwendung von § 287 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 1 ZPO durch Schätzung bestimmen.[2684]

Entfallen die Umstände, die der Lizenzerteilung zugrunde lagen – weil nunmehr der Lizenznehmer das Werk überhaupt, auf eine neue Art bzw. zu angemessenen Preisen verwertet – und ist ihr Wiedereintritt unwahrscheinlich – weil nun auch der Rechtsinhaber das Werk überhaupt, auf die neue Art bzw. zu angemessenen Preisen verwertet oder die *ernsthafte* Absicht hat, dies zu tun – kann der Rechtsinhaber entsprechend § 24 Abs. 6 S. 6 PatG die Aufhebung des Lizenzvertrages verlangen.[2685] Allerdings hat das Gericht insoweit schutzwürdige Interessen des Lizenznehmers zu berücksichtigen, insbesondere sein Interesse an der Amortisation der Investitionskosten im berechtigten Vertrauen auf den Bestand der Zwangslizenz.[2686] Praktisch wird er also eine *sofortige* Aufhebung des Lizenzvertrages nicht erreichen können. Freilich kann er das Werk jederzeit selbst verwerten, da er ja nur zur Erteilung eines einfachen Nutzungsrechts ver-

---

zungsentgelt II"; *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 261; *Würdinger*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 2, § 315, Rdnr. 54; *Rieble*, in: *Staudinger*, BGB[2009], Buch 2, § 315, Rdnr. 394; *Grüneberg*, in: *Palandt*, BGB[75], § 315, Rdnr. 20; siehe bereits 3. Kapitel B. I. 1. b) bb).

2683 *Rieble*, in: *Staudinger*, BGB[2009], Buch 2, § 315, Rdnr. 397; siehe bereits 3. Kapitel B. I. 1. b) bb).

2684 In Anlehnung an den allgemeinen Kontrahierungszwang und die Zwangslizenzen nach § 42a UrhG und § 24 Abs. 1 PatG, siehe bereits 3. Kapitel B. I. 1. b) bb), B. II. 1. a) dd) (2) bzw. B. III. 1. a) bb) (2).

2685 Siehe bereits 3. Kapitel B. III. 1. a) cc) a.E.

2686 Siehe bereits 3. Kapitel B. III. 1. a) cc) a.E.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

pflichtet ist. Weiter kann jeder Beteiligte eine Anpassung der Lizenzgebühr verlangen, wenn sich die für die Höhe der Vergütung maßgebenden Verhältnisse wesentlich ändern (entsprechend § 24 Abs. 6 S. 5 PatG).[2687] Beide Ansprüche sind wie bei der patentrechtlichen Zwangslizenz durch Abänderungsklage entsprechend § 323 ZPO durchzusetzen.[2688]

bb) „Verfügungsmodell"

In der zweiten Alternative verweigert der Rechtsinhaber den Vertragsschluss völlig bzw. weigert sich, eine Lizenzgebühr nach billigem Ermessen zu bestimmen. Hier kann der Lizenzsucher nicht einfach mit der Nutzung beginnen. Nutzt er das Werk ohne Erlaubnis des Rechtsinhabers, begeht er eine Rechtsverletzung. Zwar kann er einer Verletzungsklage den Zwangslizenzeinwand entgegenhalten. Allerdings setzt auch dieser das Bestehen eines Lizenzerteilungsanspruchs voraus.[2689] Der Weg des Zwangslizenzeinwands ist also allenfalls dann sinnvoll, wenn sich der Lizenzsucher seines Anspruchs sicher ist. Dann aber bleibt das Risiko bzgl. des „ausreichenden Betrages", den er im Hinblick auf die vom Rechtsinhaber nach billigem Ermessen zu bestimmende Lizenzgebühr hinterlegen muss und der vom Gericht summarisch geprüft wird.[2690] Hinterlegt er einen zu geringen Betrag, läuft der Zwangslizenzeinwand leer und der Lizenzsucher wird – trotz des an sich bestehenden Lizenzerteilungsanspruchs – verurteilt. Zwar kann er sicherheitshalber einen erhöhten Betrag hinterlegen.[2691] Aber auch dann bleibt das Risiko, dass er seinen Anspruch auf Lizenzerteilung falsch einschätzt. Hier hilft ihm das „Verfügungsmodell" nach § 42b Abs. 3 UrhG de lege ferenda i.V.m. § 42a Abs. 6 UrhG. Der Verfügungsgrund, d.h. die *besondere* Dringlichkeit einer Leistungsverfügung, wird – richtigerweise unwiderleglich – vermutet.[2692] Der Rechtsinhaber muss lediglich den Verfügungsanspruch glaubhaft machen, also das Gericht davon überzeugen, dass die Tatbestandsvoraussetzungen

2687 Siehe bereits 3. Kapitel B. III. 1. a) cc) a.E.
2688 Siehe bereits 3. Kapitel B. III. 1. a) cc) a.E.
2689 Siehe bereits 3. Kapitel B. IV. 2. a.A.
2690 Siehe bereits 3. Kapitel B. IV. 2. b).
2691 Siehe bereits 3. Kapitel B. IV. 2. b).
2692 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. a) dd).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mit *hoher* Wahrscheinlichkeit vorliegen.[2693] Dann kann er gegen Sicherheitsleistung, die vom Gericht bestimmt wird (§ 921 S. 2 i.V.m. § 936 ZPO), eine einstweilige Zwangslizenz erhalten und alsbald mit der Nutzung beginnen; die Höhe der Lizenzgebühr wird erst in der Hauptsache bestimmt.[2694] Obsiegt der Lizenzsucher in der Hauptsache, wird der Rechtsinhaber zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt (§ 894 ZPO),[2695] die eine vom Gericht nach billigem Ermessen festgesetzte angemessene Lizenzgebühr zum Inhalt hat (§ 42b Abs. 2 S. 1 Hs. 2 UrhG de lege ferenda i.V.m. § 315 Abs. 3 S. 2 Hs. *2* BGB),[2696] sodass der Lizenzvertrag mit diesem Inhalt zustande kommt. Unterliegt er, ist er zum Schadensersatz verpflichtet (§ 945 ZPO). Allerdings ist dieser Fall eher unwahrscheinlich, weil er eine einstweilige Zwangslizenz nur dann zugesprochen bekommt, wenn das Obsiegen in der Hauptsache in *hohem* Maße wahrscheinlich ist.[2697]

Für die Abänderung des Lizenzvertrages wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.[2698]

cc) Zwischenergebnis

Die Zwangslizenz nach § 42b UrhG de lege ferenda ist mit dem „Hinterlegungs-“ und „Verfügungsmodell“ hinreichend effektiv ausgestaltet. Erkennt der Rechtsinhaber den Anspruch auf Lizenzerteilung an, kann der Lizenzsucher den vom Rechtsinhaber nach billigem Ermessen bestimmten Betrag hinterlegen und *sofort* mit der Nutzung beginnen. Verweigert der Rechtsinhaber den Vertragsschluss völlig, obwohl eine hohe Wahrscheinlichkeit für das Bestehen des Anspruchs besteht, kann der Lizenzsucher eine einstweilige Zwangslizenz beantragen und *alsbald* mit der Nutzung beginnen. Einzig in dem Fall, dass das Obsiegen in der Hauptsache wenig

2693 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. a) dd).
2694 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. a) dd).
2695 In Anlehnung an den allgemeinen Kontrahierungszwang und die Zwangslizenzen nach §§ 42a und 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG, siehe bereits 3. Kapitel B. I. 1. c), B. II. 1. a) ee) bzw. B. II. 1. b) ee).
2696 In Anlehnung an den allgemeinen Kontrahierungszwang und die Zwangslizenzen nach §§ 42a, 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 und 87 Abs. 5 UrhG, siehe bereits 3. Kapitel B. I. 1. c), B. II. 1. a) ee), B. II. 1. b) ee) bzw. B. II. 1. c) dd).
2697 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. a) ee).
2698 Siehe bereits 4. Kapitel A. I. 2. c) aa) a.E.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bis (nur) überwiegend wahrscheinlich ist, kann der Lizenzsucher mit keiner einstweiligen Zwangslizenz rechnen, sondern muss die Entscheidung in der Hauptsache abwarten. Die Beurteilung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache hängt maßgeblich von dem Grad an formeller Realisierbarkeit[2699] der Tatbestandsvoraussetzungen ab. Je leichter, sicherer und eindeutiger sich der Tatbestand auf den konkreten Sachverhalt anwenden lässt, desto wahrscheinlicher ist ein Obsiegen in der Hauptsache. So sind § 42b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UrhG de lege ferenda („Werk", „zwei Jahre", „nicht mehr verwertet") in hohem Maße und § 42b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 u. 3 UrhG de lege ferenda in zumindest höherem Maße formell realisierbar, da der Begriff „neue Nutzungsart" richterrechtlich hinreichend konkretisiert ist und lediglich die Tatbestandsmerkmale „etabliert" sowie „nicht oder nicht unwesentlich beeinträchtigt" von den Gerichten näher konkretisiert werden müssen. Allein § 42b Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UrhG de lege ferenda („Verwertung zu unangemessenen Preisen") ist in hohem Maße materiell realisierbar[2700] und damit *weniger* effektiv.[2701] Hier dürfte weder der Rechtsinhaber den angeblichen Anspruch auf Lizenzerteilung dem Grunde nach anerkennen („Hinterlegungsmodell"), noch das Gericht ein Obsiegen in der Hauptsache für in *hohem* Maße wahrscheinlich halten („Verfügungsmodell"). Alles andere wäre aber auch wenig überzeugend, weil sich dann kein Rechtsinhaber mehr sicher sein könnte, sein Werk ausschließlich verwerten zu dürfen.

2699 Zum Begriff der formellen Realisierbarkeit siehe bereits 2. Kapitel A. I. 3. d) aa).

2700 Zum Begriff der materiellen Realisierbarkeit siehe bereits 2. Kapitel A. I. 3. d) bb).

2701 Sie ist aber keineswegs ineffektiv oder gar zwecklos, siehe bereits 2. Kapitel B. III.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Zwangslizenz an wissenschaftlichen Aufsätzen

1. Formulierungsvorschlag

Die Zwangslizenz an wissenschaftlichen Aufsätzen könnte als § 38a UrhG[2702] wie folgt formuliert werden:

> „*§ 38a Zwangslizenz an wissenschaftlichen Aufsätzen.* (1) [1] Der Rechtsinhaber ist verpflichtet, jedermann die Vervielfältigung, öffentliche Zugänglichmachung und Verbreitung eines in oder als Teil einer Zeitschrift veröffentlichten wissenschaftlichen Werkes zu angemessenen Bedingungen zu erlauben. [2] Satz 1 gilt nicht, soweit die Lizenzverweigerung sachlich gerechtfertigt ist. [3] Die §§ 34, 35 bleiben unberührt.
> (2) Die §§ 42a Abs. 3 und 6, 42b Abs. 2 sowie 63 finden entsprechende Anwendung."

2. Erläuterungen

Für den Tatbestand, insbesondere die Tatbestandsmerkmale „Rechtsinhaber" und „jedermann"[2703] in S. 1, den Anspruchsausschluss in S. 2 sowie den Zustimmungsvorbehalt in S. 3 kann auf die Ausführungen zu § 42b UrhG de lege ferenda verwiesen werden;[2704] insoweit besteht kein Unterschied.

In Anlehnung an die Zwangslizenzen de lege lata[2705] ist die Rechtsfolge auch hier der Anspruch auf Abschluss eines Lizenzvertrages, der ein einfaches[2706] (arg. „jedermann")[2707], territorial beschränktes[2708] (§ 38a Abs. 2 UrhG de lege ferenda i.V.m. § 42a Abs. 3 UrhG) Recht zur Vervielfälti-

---

2702 Ebenso *Krujatz*, S. 280.

2703 Ebenso *Hansen*, GRUR Int. 2005, 378, 383; a.A. *Krujatz*, S. 280 („jeder andere Intermediär").

2704 Siehe 4. Kapitel A. I. 2. a).

2705 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. a) dd) (zu § 42a UrhG), B. II. 1. b) dd) (zu § 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG), B. II. 1. c) cc) (zu § 87 Abs. 5 UrhG), B. II. 1. d) cc) (zu § 34 Abs. 1 VGG) und B. III. 1. a) bb) (zu § 24 Abs. 1 PatG).

2706 Ebenso *Krujatz*, S. 280.

2707 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. d) cc) (1) (zu § 34 Abs. 1 S. 1 VGG).

2708 Erneut in Anlehnung an die Zwangslizenzen de lege lata, vgl. 3. Kapitel B. II. 1. a) dd) (1) (zu § 42a UrhG), B. II. 1. b) dd) (1) (für § 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG), B. II. 1. c) cc) (1) (für § 87 Abs. 5 UrhG) und B. III. 1. a) bb) (1) (für § 24 Abs. 1 PatG).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gung, öffentlichen Zugänglichmachung und Verbreitung[2709] eines in oder als Teil einer Zeitschrift veröffentlichten wissenschaftlichen Werkes zum Gegenstand hat. Erfasst wird also die Zweitverwertung von wissenschaftlichen Aufsätzen, gleich, ob diese in einem Print- bzw. *e-only*-Journal oder „als Teil" einer Zeitschrift in einer Datenbank erstveröffentlicht worden sind.[2710]

Ebenso spielt es – im Gegensatz zu § 38 Abs. 4 S. 1 UrhG – keine Rolle, ob der betreffende Aufsatz im Rahmen einer mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit entstanden ist.[2711] Die quasi-monopolistische Preissetzungsmacht der Wissenschaftsverleger[2712] besteht unabhängig davon, ob die Forschungstätigkeit öffentlich oder privat finanziert oder gar gewerblich veranlasst ist. Zudem ist eine Abgrenzung nach der Finanzierungsquelle in der Praxis alles andere als leicht zu vollziehen und erscheint es willkürlich, wissenschaftliche Aufsätze, die etwa mithilfe staatlicher Stipendien entstanden sind, anders zu behandeln als solche, die von privaten Stiftungen gefördert wurden.[2713]

Anders als das Zweitveröffentlichungsrecht nach § 38 Abs. 4 S. 1 UrhG unterliegt die Zwangslizenz nach § 38a UrhG de lege ferenda grundsätzlich auch keiner Wartefrist.[2714] Zunächst ist eine solche hier nicht zwingend erforderlich, weil bei der Zwangslizenz die Nutzungserlaubnis angemessen vergütet wird, während beim Zweitveröffentlichungsrecht der Urheber das Werk zweitveröffentlichen darf, ohne den Verleger zu entschädigen.[2715] Im Gegenteil sind Wartefristen mitursächlich dafür, dass Artikel in Subskriptionszeitschriften eigene, atomistische „Märkte" bilden und dem Rechtsinhaber die quasi-monopolistische Preissetzungsmacht ver-

---

2709 Ebenso *Krujatz*, S. 280.

2710 So wohl auch *Krujatz*, S. 280 („Erstveröffentlichung in Periodika oder periodikaähnlichen Publikationsformen").

2711 Ebenso *Krujatz*, S. 280, der sich mit dieser Frage nicht einmal befasst; a.A. *Hansen*, GRUR Int. 2005, 378, 383.

2712 Siehe bereits 1. Kapitel B. III. 1.

2713 *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 12, für das Zeitveröffentlichungsrecht; ähnlich *Kunz-Hallstein/Loschelder*, GRUR 2013, 480, 482; *Klass*, GRUR Int. 2013, 881, 893, jeweils für das Zweitveröffentlichungsrecht.

2714 Gegen eine Wartefrist bei einer urheberrechtlichen Zwangslizenz an wissenschaftlichen Aufsätzen de lege ferenda auch *Hilty/Klass*, S. 20; *Krujatz*, S. 280, der sie nur im Rahmen der „angemessenen Bedingungen" berücksichtigt; a.A. *Hansen*, GRUR Int. 2005, 378, 383, ohne Begründung, mit bloßem Verweis auf das von ihm vorgeschlagene Zweitveröffentlichungsrecht.

2715 Siehe bereits 2. Kapitel A. II. 3. a).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schaffen: zeitlich verzögerte Open-Access-Zweitveröffentlichungen können die Erstveröffentlichungen in Subskriptionszeitschriften nur sehr bedingt substituieren.[2716] Derselbe Effekt träte ein, wenn der Erstverleger den Aufsatz erst nach einer Wartefrist an einen Zweitverwerter lizenzieren müsste. Nicht ohne Grund erlauben knapp zwei Drittel der größten Verlage von sich aus Open-Access-Zweitveröffentlichungen nach einer Wartefrist – ganz offensichtlich fürchten sie keine „Konkurrenz".[2717] Soweit im Einzelfall eine Wartefrist doch einmal erforderlich sein sollte, ist der Anspruch nach § 38a Abs. 1 S. 2 UrhG de lege ferenda für *diesen* Zeitraum („soweit") ausgeschlossen.[2718] Die Darlegungs- und Beweislast für einen solchen Ausnahmefall trägt der Rechtsinhaber („Satz 1 gilt *nicht*, *soweit*").[2719]

Nach § 38a Abs. 2 UrhG de lege ferenda i.V.m. § 63 UrhG hat der Lizenznehmer die Quelle der Erstveröffentlichung bei der Zweitveröffentlichung anzugeben.[2720] Dieser Verweis entspricht § 42a Abs. 1 S. 2 UrhG sowie § 38 Abs. 4 S. 2 UrhG und dient dem Interesse des Erstverlegers,[2721] weil nur diese Zuordenbarkeit einen langfristigen Reputationsaufbau für den Erstverleger sicherstellt.[2722] Es ist aber auch im (ideellen) Interesse des wissenschaftlichen Autors, wenn darauf hingewiesen wird, dass sich es bei dem Artikel um eine Zweitveröffentlichung handelt und er selbst den Aufsatz in einer anderen, womöglich deutlich renommierteren Zeitschrift (erst-)veröffentlicht hat.

Hinsichtlich der „angemessenen Bedingungen" (§ 38a Abs. 1 S. 1 UrhG de lege ferenda), insbesondere der angemessenen Lizenzgebühr, und der Durchsetzung (§ 38a Abs. 2 UrhG de lege ferenda) kann auf die Ausfüh-

---

2716 Eingehend dazu bereits 1. Kapitel B. III. 1. a) cc) (2) (b).

2717 Siehe bereits 1. Kapitel B. III. 1. a) cc) (2) (c).

2718 *Krujatz*, S. 280, schlägt vor, etwaige Wartefristen im Rahmen der „angemessenen Bedingungen" zu berücksichtigen (wohl auch deshalb, weil er auf eine § 38a Abs. 1 S. 2 UrhG de lege ferenda vergleichbare Ausschlussregel verzichtet). Dann müsste aber der *Lizenzsucher* darlegen und beweisen, dass der Rechtsinhaber auf eine Wartefrist *nicht* angewiesen wird. Aus Gründen der Prozessökonomie erscheint es sinnvoller, dem Rechtsinhaber die Darlegungs- und Beweislast zuzuweisen, zumal Wartefristen – zusätzlich zu einer angemessenen Lizenzgebühr – nur ausnahmsweise angezeigt sein dürften.

2719 In Anlehnung an § 87 Abs. 5 S. 1 Hs. 1 a.E. UrhG, vgl. 3. Kapitel B. II. 1 c) bb) (3).

2720 Ebenso *Krujatz*, S. 280 u. 290.

2721 Gesetzentwurf v. 8.5.2013, BT-Drs. 17/13423, S. 10.

2722 *Krujatz*, S. 290, Fn. 96.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rungen zur Zwangslizenz nach 42b Abs. 1 S. 1 UrhG de lege ferenda verwiesen werden.[2723]

Mit dem „Hinterlegungs-“ und „Verfügungsmodell“ ist die Zwangslizenz nach § 38a UrhG de lege ferenda in hohem Maße effektiv ausgestaltet. Die vorgeschlagene Regelung lässt sich leicht, sicher und eindeutig auf den konkreten Sachverhalt anwenden, ist also formell realisierbar.[2724] Eine gewisse Rechtsunsicherheit besteht nur im Hinblick auf den Anspruchsausschluss (§ 38a Abs. 1 S. 2 UrhG de lege ferenda), für den aber wie gezeigt der Rechtsinhaber die Darlegungs- und Beweislastpflicht trägt (s.o.). Wenn dieser keine Umstände darlegen und beweisen kann, die eine Lizenzverweigerung rechtfertigen – das dürfte der Regelfall sein –, wird er den Anspruch auf Lizenzerteilung anerkennen. Der Lizenzsucher kann dann den vom Rechtsinhaber nach billigem Ermessen bestimmten Betrag hinterlegen und sofort mit der Nutzung beginnen („Hinterlegungsmodell“).[2725] Im Übrigen wird eine Klage auf Lizenzerteilung im Regelfall mit hoher Wahrscheinlichkeit erfolgreich sein, sodass eine einstweilige Zwangslizenz beantragt und auf diese Weise alsbald mit der Nutzung begonnen werden kann („Verfügungsmodell“).[2726] Im Ergebnis dürfte § 38a UrhG de lege ferenda damit das Paradebeispiel für eine „fleet in being“ sein.[2727] Allein die Existenz dieser Vorschrift dürfte ausreichen, um die Preise für wissenschaftliche Artikel (und Zeitschriften) hierzulande auf ein angemessenes Niveau zu senken. Denn die Wissenschaftsverleger, die bisher quasi-monopolistische Margen von 30 % erzielen,[2728] müssten befürchten, dass die „unbekannte Person“ als Lizenznehmer in den jeweiligen „Markt“ eintritt und das Quasi-Monopol angreift.[2729] Anders, wenn sie die wissenschaftlichen Aufsätze zu angemessenen Preisen verwerten. Dann verspürt die „unbekannte Person“ keinen Anreiz, „die Flotte auslaufen zu lassen“: Die Zwangslizenz wird nicht angewendet, sie bleibt eine „fleet in being“; und das betreffende Werk wird normativ effizient verwertet.

2723 Siehe 4. Kapitel A. I. 2. b) bb) und c).
2724 Zum Begriff der formellen Realisierbarkeit siehe bereits 2. Kapitel A. I. 3. d) aa).
2725 Siehe bereits 4. Kapitel A. I. 2. c) aa).
2726 Siehe bereits 4. Kapitel A. I. 2. c) bb).
2727 Zum Begriff der „fleet in being“ siehe bereits 2. Kapitel A. I. 3. d) ee).
2728 Eingehend dazu bereits 1. Kapitel B. III. 1. a) a.A.
2729 Vgl. bereits 2. Kapitel A. I. 3. d) ee).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

III. Technologieneutrale Fassung der Zwangslizenz nach § 87 Abs. 5 UrhG und der Verwertungsgesellschaftspflicht nach § 20b Abs. 1 UrhG

Zur technologieneutralen Fassung der Zwangslizenz nach § 87 Abs. 5 UrhG und der Verwertungsgesellschaftspflicht nach § 20b Abs. 1 UrhG kommen zwei Möglichkeiten in Betracht: Zunächst ließe sich nur die Legaldefinition des Rechts der Kabelweitersendung (§ 20b Abs. 1 S. 1 UrhG) ändern, also der Wortlaut neu in „Das Recht, ein gesendetes Werk im Rahmen eines zeitgleich, unverändert und vollständig weiterübertragenen Programms durch Kabelsysteme oder Mikrowellensysteme *oder auf sonstige Art und Weise* weiterzusenden (Kabelweitersendung)“ fassen.[2730] Diese im Referentenwurf vorgeschlagene Änderung hat den Vorteil, dass alle übrigen Regelungen zur Kabelweitersendung beibehalten werden könnten; dies gilt insbesondere für die Zwangslizenz nach § 87 Abs. 5 UrhG („Kabelweitersendung *im Sinne des § 20b Abs. 1 Satz 1*“). Allerdings wäre in § 87 Abs. 5 UrhG und § 92 Abs. 2 VGG weiterhin von „*Kabel*unternehmen“ die Rede. Um Redundanzen zu vermeiden und eine vollständige Technologieneutralität des Wortlauts herzustellen, ist es deshalb vorzugswürdig, die Wörter „durch Kabelsysteme oder Mikrowellensysteme“ in § 20b Abs. 1 S. 1 UrhG zu streichen und die Worte „Kabelweitersendung“ sowie „Kabelunternehmen“ in den §§ 20b und 87 Abs. 5 UrhG durch „Weitersendung“ bzw. „Weitersendeunternehmen“ zu ersetzen.[2731] Dasselbe muss konsequenterweise für die Wahrnehmungsfiktion nach § 50 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 VGG und die prozessualen Besonderheiten gem. §§ 92 Abs. 2, 105 Abs. 3 S. 2, 111 VGG gelten.[2732]

2730 So Referentenentwurf des BMJ v. 20.2.2013, S. 4, abrufbar unter: http://blog.die-linke.de/digitalelinke/wp-content/uploads/Ref.Entwurf.pdf (zuletzt besucht am 20.12.2015).

2731 *Kempermann/Pieper*, CR 2013, 661, 666, allerdings mit „Weitersendender“ statt „Weitersendeunternehmen“; *Krogmann*, ZUM 2013, 457, 459, wenn auch ohne „Kabelunternehmen“ zu ersetzen; *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 2, allerdings nur im Hinblick auf die Verwertungsgesellschaftspflicht.

2732 Vgl. *Krogmann*, ZUM 2013, 457, 459; im Hinblick auf die Verwertungsgesellschaftspflicht auch *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 2; dies scheinen *Kempermann/Pieper*, CR 2013, 661, 666, zu übersehen.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

IV. Zwangslizenz an Sole-source-Datenbanken

Eine Zwangslizenz an Sole-source-Datenbanken muss sekundärrechtlich geregelt werden, weil für urheber- und leistungsschutzrechtliche Zwangslizenzen an Sui-generis-Datenbanken de lege lata die engen Voraussetzungen des Art. 9 Datenbanken-RL gelten,[2733] die (auch) hier nicht vorliegen.[2734] Dabei kann auf die Formulierung zurückgegriffen werden, die die Kommission nach Änderung[2735] ihres ursprünglichen Vorschlags[2736] durch das Europäische Parlament vorgeschlagen hatte,[2737] ehe sie vom Rat vor dem Hintergrund[2738] der „Magill"-Entscheidung gestrichen[2739] wurde:[2740]

> „*Artikel 11 Handlungen betreffend den Inhalt einer Datenbank – unerlaubte Entnahme des Inhalts.* (1) [1] Können die in öffentlich zugänglichen Datenbanken enthaltenen Werke oder Informationen nicht unabhängig von anderen Quellen geschaffen, gesammelt oder beschafft werden, so ist ungeachtet des in Artikel 10 Absatz 2 vorgesehenen Rechts auf Schutz gegen unerlaubte Entnahme und Weiterverwertung des Inhalts einer Datenbank eine Lizenz zu angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen zu erteilen für die Entnahme und Weiterverwertung der Werke oder Informationen oder wesentlicher Teile der Werke oder Informationen aus dieser Datenbank für gewerbliche Zwecke, die nicht lediglich Zeit, Arbeit oder Kosten sparen sollen. [2] Eine Erklärung muß vorgelegt werden, aus der deutlich die Rechtfertigung, die verfolgten gewerblichen Zwecke und die Beantragung einer Lizenz zu ersehen sind.
> (2) […]
> (3) Im Sinne dieses Artikels gelten Datenbanken nicht als öffentlich zugänglich gemacht, solange sie nicht frei befragt werden können.

2733 Siehe bereits 3. Kapitel A. II. 5.
2734 Siehe bereits 4. Kapitel A. I. 2. a).
2735 Vgl. *Kommission*, ABl. C 194 v. 19.7.1993, S. 144, 148 f.
2736 *Kommission*, KOM(92) 24 endg., ABl. C 156 v. 23.6.1992, S. 4, 9 (= Art. 8 RL-Vorschlag 1).
2737 *Kommission*, KOM(93) 464 endg., ABl. C 308 v. 15.11.1993, S. 1, 13 f. (= Art. 11 RL-Vorschlag 2).
2738 Siehe bereits 1. Kapitel B. III. 3. b).
2739 Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 20/95, ABl. C 288 v. 30.10.1995, S. 14, 27.
2740 Ebenso wohl auch *Leistner*, Der Rechtsschutz von Datenbanken, S. 236; *Große Ruse-Khan*, Der europäische Investitionsschutz für Datenbanken, S. 332; letzten Endes wohl auch *Beunen*, S. 258 ff., die ebenfalls auf einen *new product test* verzichten möchte; a.A. *Grützmacher*, S. 382, der den Tatbestand deutlich weiter fasst; *Bartmann*, S. 121, die die Regelung um den *new product test* ergänzen, also enger fassen will.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(4) Die Mitgliedstaaten sehen geeignete Maßnahmen für eine Schlichtung zwischen den Parteien im Streitfall über derartige Lizenzen vor."

Statt in Art. 11 könnte die Zwangslizenz nunmehr in Art. 9 geregelt werden. Sie gilt für Datenbanken, die „Werke oder Informationen [enthalten, die] nicht unabhängig von anderen Quellen geschaffen, gesammelt oder beschafft werden" können (Abs. 1 S. 1), also Sole-source-Datenbanken.[2741] Mit der Ergänzung um „für gewerbliche Zwecke, die nicht lediglich Zeit, Arbeit oder Kosten sparen sollen" (Abs. 1 S. 1 a.E.) wird klargestellt, dass die betreffende Datenbank wirklich die einzige Quelle sein muss und der Umstand, dass eine anderweitige Informationsbeschaffung wirtschaftlich unrentabel ist, nicht ausreicht, um einen Lizenzanspruch zu begründen.[2742] Vielmehr muss der Datenbankhersteller die Daten selbst generiert oder ausschließlich erworben haben.[2743] Die Sole-source-Datenbank muss „öffentlich zugänglich" sein (Abs. 1 S. 1), darf also „nicht frei befragt werden" können (Abs. 3). Damit wird sichergestellt, dass Abs. 1 S. 1 keine Zwangsveröffentlichung von Know-how und anderen vertraulichen Informationen ermöglicht.[2744] Die Regelung gilt aufgrund ihrer systematischen Stellung im 3. Kapitel des RL-Vorschlags („Schutzrechte sui generis") und des Wortlauts („ungeachtet des in Artikel 10 Absatz 2 vorgesehenen Rechts auf Schutz gegen unerlaubte Entnahme und Weiterverwertung des Inhalts einer Datenbank") nur für Sui-generis-Datenbanken, nicht für Datenbankwerke.[2745] Dies steht im Einklang mit der Problemanalyse, denn ein Informationsmonopol (und eine Verwertung der „nackten" Informationen zu unangemessenen Preisen) droht nur, wenn die in einer einzigen Datenbank enthaltenen Informationen aufgrund des Sui-generis-Schutzrechts nicht in eine konkurrierende Datenbank übernommen werden dürfen,[2746] während das Urheberrecht an einem Datenbankwerk einer Entnahme und Weiterverwendung „nackter" Informationen nicht entgegensteht. Weil auch Datenbankwerke zu unangemessenen Preisen verwertet werden können und § 42b Abs. 1 Nr. 4 UrhG de lege ferenda insoweit

2741 *Beunen*, S. 251; *Bartmann*, S. 118; *Grützmacher*, S. 366; *Bensinger*, S. 254; *Große Ruse-Khan*, Der europäische Investitionsschutz für Datenbanken, S. 332, Fn. 1199.
2742 *Bartmann*, S. 118; *Grützmacher*, S. 366.
2743 Siehe bereits 1. Kapitel B. III. 3. a) aa).
2744 *Grützmacher*, S. 366; siehe auch *Beunen*, S. 253 f.
2745 *Grützmacher*, S. 366 f.; *Beunen*, S. 249.
2746 Siehe bereits 1. Kapitel B. III. 3. a) cc).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nicht gilt (§ 42b Abs. 4 UrhG de lege ferenda), müsste insoweit eine eigenständige Zwangslizenz sekundärrechtlich geregelt werden. Schließlich schreibt Abs. 4 ein Schlichtungsverfahren vor, was im Einklang mit den Zwangslizenzen de lege lata nach § 87 Abs. 5 UrhG[2747] und § 34 Abs. 1 VGG[2748] sowie § 92 Abs. 2 Nr. 2 VGG de lege ferenda[2749] steht.

B. Vereinbarkeit mit Konventions- und höherrangigem Recht

Die vorgeschlagenen urheberrechtlichen Zwangslizenzen de lege ferenda müssen mit Konventions- und höherrangigem Recht vereinbar sein, also den im 3. Kapitel beschriebenen Vorgaben entsprechen.

I. Zwangslizenz an nicht, nicht neuartig oder zu unangemessenen Preisen verwerteten Werken

1. Konventionsrecht

Je nachdem, welches Ausschließlichkeitsrecht beschränkt wird, unterliegt die urheberrechtliche Zwangslizenz dem Dreistufentest oder sonstigen Vorgaben.[2750]

a) Dreistufentest

Die urheberrechtliche Zwangslizenz ist grundsätzlich schon dann konventionskonform, wenn sie bestimmbar ist und einem besonderen Zweck dient („gewisse Sonderfälle“) und weder die normativ effiziente („normale“) Auswertung beeinträchtigt noch die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers unverhältnismäßig („unzumutbar“) verletzt (Dreistufentest, Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 10 WCT, Art. 16 Abs. 2 WPPT und Art. 13 TRIPS).[2751]

2747 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. c) dd).
2748 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. d) dd) a.A.
2749 Siehe 4. Kapitel A. I. 2. b) bb) (2) (b).
2750 Siehe bereits 3. Kapitel A. I. a.E.
2751 Siehe bereits 3. Kapitel A. I. 3.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aa) Bestimmbarkeit

Zunächst regelt § 42b UrhG de lege ferenda bestimmbare („gewisse") Fälle (1. Stufe).[2752]

Die Tatbestandsmerkmale „angemessene Bedingungen" (S. 1), „neue Art der Verwertung" (S. 1 Nr. 2 u. 3), „unangemessene Preise" (S. 1 Nr. 4) und „sachlich rechtfertigender Grund" (S. 2) sind bereits richterrechtlich konkretisiert, da sie dem geltenden Recht entlehnt sind – „angemessene Bedingungen" dem Tatbestandsmerkmal der „angemessenen" bzw. „angemessenen geschäftsüblichen Bedingungen" in §§ 42a Abs. 1 S. 1 Hs. 1[2753], 5 Abs. 3 S. 2[2754], 87 Abs. 5 S. 1 Hs. 1 UrhG[2755], § 34 Abs. 1 S. 1 VGG[2756] und § 24 Abs. 1 Nr. 1 PatG[2757]; „neue Art der Verwertung" der „unbekannten Nutzungsart" in §§ 31a, 32c und 137l UrhG;[2758] „unangemessene Preise" den „unangemessenen Verkaufspreisen" in Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV;[2759] und „sachlich rechtfertigender Grund" dem Tatbestandsmerkmal „sachlich rechtfertigender Grund" in § 87 Abs. 5 S. 1 Hs. 1 a.E. UrhG[2760] bzw. der Rspr. zu § 34 Abs. 1 S. 1 VGG („sachlich gerechtfertigter Grund")[2761].

Die neue Nutzungsart ist „etabliert" (S. 1 Nr. 3), wenn ihr Umsatzanteil so groß ist, dass der Verwerter den Deckungsbeitrag erwirtschaften kann; dies ist ebenfalls bestimmbar.[2762]

Im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal „nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt" (S. 1 Nr. 2) kann sich der Rechtsanwender an den Beispielen Büchersuchmaschinen mit Auszugsansicht[2763], Internet-Fernsehen[2764] und Internet-Videorekorder[2765] orientieren.

2752 Zur Bestimmbarkeit („gewisse") siehe bereits 3. Kapitel A. I. 2. b) aa) (1).
2753 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. a) dd) (2).
2754 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. b) dd) (2).
2755 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. c) cc) (2).
2756 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. d) cc) (2).
2757 Siehe bereits 3. Kapitel B. III. 1. a) bb) (2).
2758 Siehe bereits 1. Kapitel B. II. 1. a.A.
2759 Siehe bereits 4. Kapitel A. I. 2. a).
2760 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. c) (3).
2761 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. d) bb).
2762 Siehe bereits 1. Kapitel B. II. 2. b).
2763 Siehe bereits 1. Kapitel B. II. 1. a).
2764 Siehe bereits 1. Kapitel B. II. 1. b).
2765 Siehe bereits 1. Kapitel B. II. 1. c).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb) Besonderer Zweck

Schutzbeschränkungen dienen einem besonderen Zweck, sind also „Sonderfälle“ (1. Stufe), wenn besondere Umstände vorliegen, die eine Beschränkung plausibel erscheinen lassen, etwa weil wichtige Belange des Gemeinwohls betroffen sind oder der Markt versagt.[2766] Danach dient § 42b UrhG de lege ferenda einem besonderen Zweck, weil in den normativ ineffizienten Fällen, in denen Werke überhaupt nicht[2767], nicht auf eine neue Art[2768] bzw. zu unangemessenen Preisen („Monopolpreisen“)[2769] verwertet werden, der Markt versagt, und dieses Marktversagen behoben werden soll; der Gesetzgeber verfügt insoweit über einen gewissen Einschätzungsspielraum.[2770]

cc) Keine Beeinträchtigung der normativ effizienten Auswertung

Die normativ effiziente („normale“) Auswertung wird durch § 42b UrhG de lege ferenda nicht beeinträchtigt (2. Stufe).[2771] Im Fall des § 42b Abs. 1 Nr. 1 UrhG de lege ferenda findet schon keine Verwertung statt, die beeinträchtigt werden könnte, zumal eine angemessene Wartefrist von zwei Jahren gilt. In den Fällen des § 42b Abs. 1 Nr. 2, 3 u. 4 UrhG de lege ferenda wird das Werk zwar verwertet, die Verwertung widerspricht aber dem normativen Effizienzziel. Normativ effizient wäre es, wenn der Rechtsinhaber die neuartige Nutzung, die die bisherige Nutzung nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt (z.B. Büchersuchmaschine), selbst vornehmen oder gegen angemessene Vergütung erlauben,[2772] das Werk auf die neue, etablierte Art (z.B. als E-Book) nutzen[2773] bzw. zu angemessenen Preisen statt zu

2766 Zum besonderen Zweck („Sonderfall“) siehe bereits 3. Kapitel A. 2. b) aa) (2).
2767 Siehe bereits 1. Kapitel B. I. 2.
2768 Siehe bereits 1. Kapitel B. II. 1. a) bb) (Büchersuchmaschinen), B. II. 1. b) bb) (Internet-Fernsehen), B. II. 1. c) bb) (Internet-Videorekorder) und B. II. 2. b) (neue, etablierte Art der Verwertung).
2769 Siehe bereits 1. Kapitel B. III. a.A.
2770 Siehe bereits 3. Kapitel A. 2. b) aa) (2).
2771 Zur 2. Stufe des Dreistufentests siehe bereits 3. Kapitel A. 2. b) bb).
2772 Siehe bereits 1. Kapitel B. II. 1. a) bb) (Büchersuchmaschinen) und B. II. 1 d) (allgemein).
2773 Siehe bereits 1. Kapitel B. II. 2. b).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„Monopolpreisen“ verwerten würde.[2774] Da in diesen Fällen die normativ effiziente Auswertung des Rechtsinhabers nicht stattfindet, kann sie nicht beeinträchtigt werden.

dd) Verhältnismäßigkeit

Schließlich werden die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers nicht unverhältnismäßig („unzumutbar“) verletzt (3. Stufe).[2775] Die Zwangslizenz ist *geeignet*, das Werk einer normativ effizienten Nutzung zuzuführen, weil die „unbekannte Person“ vom Rechtsinhaber eine Lizenz verlangen kann.[2776] Sie ist auch *erforderlich*, weil kein milderes, aber gleich effektives Mittel besteht; so ist etwa die kartellrechtliche Zwangslizenz milder, aber kaum effektiv, während die gesetzliche Lizenz effektiver sein mag, aber zu einschneidend wäre. Insoweit kann auf die detaillierten Ausführungen im 2. Kapitel verwiesen werden.[2777] Zu guter Letzt ist die Zwangslizenz auch *angemessen* (verhältnismäßig im engeren Sinn): Individualistische Gerechtigkeitsvorstellungen, die dem Ziel normativer Effizienz mit zugrunde liegen,[2778] werden berücksichtigt, indem das Erstveröffentlichungsrecht (völlig) unangetastet bleibt und der Urheber selbst sein Werk zu Preisen verwerten kann, die weit über das zur Schöpfung neuer Werke erforderliche Maß hinausgehen; § 42b Abs. 1 Nr. 4 UrhG de lege ferenda gilt insoweit nicht („der nicht der Urheber ist“). Im Hinblick auf materielle Interessen des Rechtsinhabers ist zu unterscheiden: Im Fall des § 42b Abs. 1 Nr. 1 UrhG de lege ferenda hat der Rechtsinhaber gezeigt, dass er kein Interesse an einer Verwertung hat, also keines unbeschränkten Ausschließlichkeitsrechts (mehr) bedarf, während die Allgemeinheit ein Interesse daran hat, dass die „unbekannte Person“ das vergriffene Werk verfügbar macht.[2779] Ist § 42b Abs. 1 Nr. 2 UrhG de lege ferenda einschlägig, fällt die Interessenabwägung ebenfalls zugunsten der

2774 Siehe bereits 1. Kapitel B. III. a.A.
2775 Zur 3. Stufe des Dreistufentests siehe bereits 3. Kapitel A. I. 2. b) cc).
2776 Eingehend zur Eignung der urheberrechtlichen Zwangslizenz als Lösungsansatz siehe bereits 2. Kapitel A. II. 8.
2777 Eingehend zur Gebotenheit der urheberrechtlichen Zwangslizenz als Lösungsansatz siehe bereits 2. Kapitel B. I. (keine Verwertung), II. (keine neuartige Verwertung) und III. (Verwertung zu unangemessenen Preisen).
2778 Siehe bereits 1. Kapitel A. III. a.E.
2779 Siehe bereits 1. Kapitel B. I. 2.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„unbekannten Person“ aus, weil die neuartige Nutzung die bisherige Nutzung nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt und eine bloß unwesentliche Beeinträchtigung ohne weiteres durch eine angemessene Lizenzgebühr (mehr als) ausgeglichen werden kann.[2780] In den Fällen des § 42b Abs. 1 Nr. 3 u. 4 UrhG de lege ferenda hat es der Rechtsinhaber schließlich selbst in der Hand, ob die Zwangslizenz zur Anwendung kommt: er kann ohne weiteres das Werk auf die neue, etablierte Art (z.B. als E-Book)[2781] bzw. zu angemessenen Preisen verwerten[2782], um den Anspruch auf Erteilung einer Zwangslizenz tatbestandlich entfallen zu lassen. In allen Fällen erhält der Rechtsinhaber eine angemessene Lizenzgebühr, die er nach billigem Ermessen selbst bestimmen kann (§ 42b Abs. 2 S. 1 UrhG de lege ferenda).[2783] Der Lizenzsucher kann das Werk nur dann sofort bzw. beschleunigt nutzen, wenn der Rechtsinhaber den Lizenzerteilungsanspruch anerkennt („Hinterlegungsmodell“)[2784] bzw. das Bestehen dieses Anspruchs in hohem Maße wahrscheinlich ist („Verfügungsmodell“).[2785] Zu guter Letzt enthält § 42b Abs. 1 S. 2 und S. 3 UrhG de lege ferenda einen Ausnahme- bzw. Zustimmungsvorbehalt: Sollte die Zwangslizenz ausnahmsweise einmal unangemessen sein, findet sie keine Anwendung.

b) Besondere Vorgaben

Besondere Vorgaben gelten für zwei Gruppen von Mindestrechten: Das Bearbeitungsrecht einschließlich des Filmherstellungs- und Übersetzungsrechts, das Aufführungs-, Vortrags- und Filmvorführungsrecht, das Filmverbreitungsrecht sowie das Recht der öffentlichen Übertragung – ohne das Recht der drahtlosen Erstsendung und das Weitersenderecht – von Aufführungen, Vorträgen und Filmwerken (d.i. die erste Gruppe) dürfen nach der RBÜ keinesfalls beschränkt werden;[2786] sie sind deshalb vom Anwendungsbereich ausgenommen (§ 42b Abs. 4 UrhG de lege feren-

2780 Siehe bereits 1. Kapitel B. II. 1. a) bb) (Büchersuchmaschinen), B. II. 1. b) bb) (Internet-Fernsehen) und B. II. 1. c) bb) (Internet-Videorekorder).
2781 Siehe bereits 1. Kapitel B. II. 2. b).
2782 Siehe bereits 1. Kapitel B. III. a.A.
2783 Siehe bereits 4. Kapitel A. I. 2. b) bb) (2) (a).
2784 Siehe bereits 4. Kapitel A. I. 2. c) aa).
2785 Siehe bereits 4. Kapitel A. I. 2. c) bb).
2786 Siehe bereits 3. Kapitel A. I. 1. a).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

da).[2787] Dagegen dürfen die Mindestrechte des Rom-Abk (d.i. die zweite Gruppe) mit einer leistungsschutzrechtlichen Zwangslizenz nach Art. 15 Abs. 2 S. 1 Rom-Abk beschränkt werden, wenn sie mit einem Ausnahmevorbehalt versehen werden und RBÜ- und WCT-konform ausgestaltet sind, etwa indem sie auf eine konventionskonforme urheberrechtliche Zwangslizenz verweisen.[2788] Danach ist die leistungsschutzrechtliche Zwangslizenz an Darbietungen, Tonaufnahmen und Sendungen, d.h. der Verweis in den §§ 79 Abs. 2 S. 2, 85 Abs. 2 S. 3 bzw. 87 Abs. 2 S. 2 UrhG konventionsrechtlich zulässig, weil § 42b UrhG de lege ferenda, auf den verwiesen wird, einen Ausnahme- bzw. Zustimmungsvorbehalt enthält (§ 42b Abs. 1 S. 2 u. 3 UrhG de lege ferenda) und den Dreistufentest erfüllt,[2789] also RBÜ- und WCT-konform ausgestaltet ist. Der Verweis auf die §§ 71 Abs. 1 S. 3, 87g Abs. 1 S. 2 und 94 Abs. 2 S. 3 UrhG ist schon deshalb konventionsrechtlich zulässig, da die Leistungsschutzrechte an nachgelassenen Werken[2790], Presseerzeugnissen[2791] bzw. Filmaufnahmen[2792] überhaupt nicht konventionsrechtlich geregelt sind.

2. Unionsrecht

Die urheberrechtliche Zwangslizenz ist grundsätzlich unionsrechtskonform, da sie keine „Ausnahme und Beschränkung", sondern eine bloße Ausübungsregelung darstellt, die von der Informationsgesellschafts-RL unberührt bleibt.[2793] Im Übrigen gelten folgende Besonderheiten: Das Urheber- und Leistungsschutzrecht an Datenbank(werk)en sowie das Satellitensende- und Vermietrecht sind vom Anwendungsbereich ausgenommen (§ 42b Abs. 4 UrhG de lege ferenda), weil diese Rechte nur unter den hier nicht erfüllten engen Voraussetzungen der Datenbanken-RL bzw.

2787 Siehe bereits 4. Kapitel A. I. 2. a).
2788 Siehe bereits 3. Kapitel A. I. 1. b).
2789 Siehe bereits 4. Kapitel B. I. 1. a).
2790 *A. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 71, Rdnr. 6.
2791 *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 87f, Rdnr. 1; *Czychowski/Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 87f, Rdnr. 12.
2792 *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 94, Rdnr. 3; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 94, Rdnr. 2; *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 94, Rdnr. 7.
2793 Siehe bereits eingehend 3. Kapitel A. II. 1.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

überhaupt nicht mit einer Zwangslizenz beschränkt werden dürfen.[2794] Dagegen gilt § 42b UrhG de lege ferenda auch für Computerprogramme, da die Regelung wie gezeigt mit der RBÜ vereinbar ist[2795] und keine von Art. 5 (bestimmungsgemäße Nutzung, Sicherungskopie, Testläufe) und 6 (Dekompilierung) Computerprogramme-RL erfassten Punkte regelt.[2796] Weiter sind die leistungsschutzrechtlichen Zwangslizenzen an Darbietungen, Tonaufnahmen, Sendungen und Filmaufnahmen, d.h. der Verweis in den §§ 79 Abs. 2 S. 2, 85 Abs. 2 S. 3, 87 Abs. 2 S. 2 und 94 Abs. 2 S. 3 UrhG unionsrechtskonform, weil § 42b UrhG de lege ferenda, auf den verwiesen wird, einen Ausnahme- bzw. Zustimmungsvorbehalt enthält (§ 42b Abs. 1 S. 2 u. 3 UrhG de lege ferenda) sowie RBÜ- und WCT-konform ausgestaltet ist.[2797] Der Verweis auf die §§ 71 Abs. 1 S. 3 und 87g Abs. 1 S. 2 UrhG ist schon deshalb unionsrechtlich zulässig, weil das Unionsrecht keine Leistungsschutzrechte an nachgelassenen Werken und Presseerzeugnissen verlangt[2798] bzw. das Leistungsschutzrecht an nachgelassenen Werken nach Art. 4 Schutzdauer-RL den gleichen Umfang hat wie das entsprechende Urheberrecht.[2799]

3. Verfassungsrecht

a) Eigentumsfreiheit

Urheberrechtliche Zwangslizenzen sind mit Art. 14 GG vereinbar, wenn das Urheberrecht im Grundsatz ein Ausschließlichkeitsrecht bleibt und Gründe des Allgemeinwohls nicht nur die Zwangslizenz als solche, sondern auch und gerade den Eingriff in bestehende Rechtspositionen unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes rechtfertigen.[2800]

2794 Siehe bereits 4. Kapitel A. I. 2. a).
2795 Siehe bereits 4. Kapitel B. I. 1.
2796 Zu den Anforderungen der Computerprogramme-RL an eine Zwangslizenz an Computerprogrammen siehe bereits 3. Kapitel A. II. 4.
2797 Zu den Anforderungen der Vermiet- und Verleih-RL an Zwangslizenzen an Darbietungen, Tonaufnahmen, Sendungen und Filmaufnahmen siehe bereits 3. Kapitel A. II. 3.
2798 *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 87f, Rdnr. 1; *Czychowski/Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 87f, Rdnr. 10.
2799 *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, Rdnr. 8.4.22.
2800 Siehe bereits 3. Kapitel A. III. 1. a) bb) (4).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 42b UrhG de lege ferenda ändert nichts am Grundsatz, dass das Urheberrecht ein Ausschließlichkeitsrecht ist (*Institutsgarantie*).[2801] Denn zum einen gilt die Regelung nur in solchen Fällen, in denen das Werk überhaupt nicht, nicht auf eine neue Art bzw. zu unangemessenen Preisen verwertet wird, und zum anderen wird nur ein Teil des positiven Ausschließlichkeitsrechts[2802], nämlich das Recht, eine Lizenz zu verweigern, beschränkt. Das Recht, eine Lizenz zu erteilen, und das negative Ausschließlichkeitsrecht, d.i. das Recht, die Nutzung des Werkes zu verbieten,[2803] bleiben unberührt. Im Ausnahmefall behält der Rechtsinhaber sein Ausschließlichkeitsrecht sogar völlig (§ 42b Abs. 1 S. 2 UrhG de lege ferenda).

Die lex ferenda geht auch nicht weiter, als es das Allgemeinwohl gebietet (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*).[2804] Das Ausschließlichkeitsrecht de lege lata ist in den Fällen des § 42b Abs. 1 Nr. 1 bis 4 UrhG de lege ferenda normativ ineffizient, eine Beschränkung ist durch das Allgemeinwohl geboten.[2805] Die Zwangslizenz ist insoweit eine verhältnismäßige, weil geeignete, erforderliche und angemessene Schutzbeschränkung. Insoweit kann auf die Ausführungen zum Dreistufentest verwiesen werden.[2806]

Zu guter Letzt rechtfertigt das öffentliche Interesse auch den Eingriff in bestehende Rechtspositionen (*Bestandsgarantie*).[2807] In den Fällen des § 42b Abs. 1 Nr. 1 bis 3 UrhG de lege ferenda sind die betroffenen Ausschließlichkeitsrechte typischerweise solche, die vor Jahren oder Jahrzehnten entstanden sind und aus diesem Grund überhaupt nicht mehr oder nicht auf eine neue Art verwertet werden. Praktisch gilt dasselbe für § 42b Abs. 1 Nr. 4 UrhG de lege ferenda, weil nicht nur neu erschienene Werke, sondern auch bestehende Werke zu unangemessenen Preisen verwertet werden können. Der Eingriff in bestehende Ausschließlichkeitsrechte ist auch verhältnismäßig, weil der Rechtsinhaber keines unbeschränkten Aus-

2801 Zur Institutsgarantie siehe bereits 3. Kapitel A. III. 1. a) bb) (3) (a).
2802 Zum Begriff des positiven Ausschließlichkeitsrechts siehe bereits 1. Kapitel B. a.A.
2803 Zum Begriff des negativen Ausschließlichkeitsrechts siehe bereits 1. Kapitel B. a.A.
2804 Zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz siehe bereits 3. Kapitel A. III. 1. a) bb) (3) (c).
2805 Siehe bereits 1. Kapitel B. I. 2. (keine Verwertung), B. II. 1 d) (keine neuartige Verwertung) und B. III. a.A. (keine Verwertung zu angemessenen Preisen).
2806 Siehe bereits 4. Kapitel B. I. 1. a).
2807 Zur Bestandsgarantie siehe bereits 3. Kapitel A. III. 1. a) bb) (3) (d).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schließlichkeitsrechts (mehr) bedarf (§ 42b Abs. 1 Nr. 1 UrhG de lege ferenda),[2808] er das Werk auf die neue, etablierte Art[2809] bzw. zu angemessenen Preisen[2810] verwerten kann, um den Anspruch auf Erteilung einer Zwangslizenz tatbestandlich entfallen zu lassen (§ 42b Abs. 1 Nr. 3 u. 4 UrhG de lege ferenda), bzw. die neuartige Nutzung die bisherige Nutzung allenfalls unwesentlich beeinträchtigt und eine bloß unwesentliche Beeinträchtigung ohne weiteres durch eine angemessene Lizenzgebühr (mehr als) ausgeglichen werden kann (§ 42b Abs. 1 Nr. 2 UrhG de lege ferenda).[2811]

b) Sonstige Grundrechte

Das Urheberpersönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)[2812] bleibt gewahrt, weil das *Erst*veröffentlichungsrecht unangetastet bleibt – die Zwangslizenz gilt nur für veröffentlichte Werke – und der Urheber *nachfolgende* Veröffentlichungen, die seine berechtigten Interessen beeinträchtigen, verbieten kann (§ 42b Abs. 1 S. 3 UrhG de lege ferenda). Zudem wird das ideelle Interesse des Urhebers an einer Angabe des Erstveröffentlichungsortes durch § 42b Abs. 3 UrhG de lege ferenda i.V.m. § 63 UrhG bedient.

Eine Verletzung der Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG)[2813] scheidet aus, weil die Zwangslizenz nur gegen angemessene Vergütung erteilt wird, mithin eine freie künstlerische Betätigung möglich bleibt.[2814]

c) Bestimmtheitsgrundsatz

Schließlich genügt die lex ferenda auch dem Bestimmtheitsgrundsatz, weil eine Norm durchaus Auslegungsprobleme aufwerfen darf, soweit sich die-

---

2808 Siehe bereits 1. Kapitel B. I. 2.
2809 Siehe bereits 1. Kapitel B. II. 2. b).
2810 Siehe bereits 1. Kapitel B. III. a.A.
2811 Siehe bereits 1. Kapitel B. II. 1. a) bb) (Büchersuchmaschinen), B. II. 1. b) bb) (Internet-Fernsehen) und B. II. 1. c) bb) (Internet-Videorekorder).
2812 Zum Urheberpersönlichkeitsrecht siehe bereits 3. Kapitel A. III. 1. a) cc).
2813 Zur Kunstfreiheit siehe bereits 3. Kapitel A. III. 1. a) cc).
2814 Ebenso BVerfG GRUR 1972, 481, 483 – „Kirchen- und Schulgebrauch“ hinsichtlich einer gesetzlichen Lizenz mit Vergütungspflicht (§ 46 UrhG).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

se mit herkömmlichen juristischen Methoden bewältigen lassen.[2815] Diese Voraussetzung ist erfüllt, da wie gezeigt alle Tatbestandsmerkmale hinreichend bestimmbar sind.[2816]

4. Zwischenergebnis

§ 42b UrhG de lege ferenda ist mit dem Konventions- und höherrangigem Recht vereinbar.

II. Zwangslizenz an wissenschaftlichen Aufsätzen

1. Konventionsrecht

§ 38a UrhG de lege ferenda ist konventionskonform, weil keine nicht einschränkbaren Mindestrechte betroffen sind und die Voraussetzungen des Dreistufentests erfüllt sind: Die Begriffe sind entweder bestimmt oder – wie „angemessene Bedingungen" und „sachlich gerechtfertigt" – richterrechtlich hinreichend konkretisiert,[2817] also *bestimmbar* (1. Stufe).[2818] Die Regelung dient auch einem *besonderen Zweck*,[2819] weil die Quasi-Monopolisierung wissenschaftlicher Aufsätze dem in der Präambel der WCT niedergeschriebenen öffentlichen Interesse an Bildung, Forschung und Zugang zu Informationen zuwiderläuft, der Markt versagt (Zeitschriftenkrise) und dieses Marktversagen behoben werden soll;[2820] der Gesetzgeber verfügt insoweit über einen gewissen Einschätzungsspielraum. Weiter wird die *normativ effiziente Auswertung* nicht beeinträchtigt (2. Stufe),[2821] weil wissenschaftliche Aufsätze im Regelfall nicht normativ effizient, d.h. zu angemessenen Preisen, sondern normativ ineffizient, nämlich zu „Monopolpreisen" verwertet werden.[2822] In dem kaum vorstellbaren Ausnahmefall, dass ein Wettbewerber eine Lizenz begehrt, obwohl der Aufsatz zu

2815 Siehe bereits 3. Kapitel A. III. 1. b).
2816 Siehe bereits 4. Kapitel B. I. 1. a) aa).
2817 Siehe bereits 4. Kapitel B. I. 1. a) aa).
2818 Zur Bestimmbarkeit („gewisse") siehe bereits 3. Kapitel A. I. 2. b) aa) (1).
2819 Zum besonderen Zweck („Sonderfall") siehe bereits 3. Kapitel A. 2. b) aa) (2).
2820 Siehe bereits 1. Kapitel B. III. 1. b).
2821 Zur 2. Stufe des Dreistufentests siehe bereits 3. Kapitel A. 2. b) bb).
2822 Siehe bereits 1. Kapitel B. III. 1. b).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

angemessenen Preisen vermarktet wird – ein „Markteintritt" macht dann unter Zugrundelegung des ökonomischen Verhaltensmodells wenig Sinn[2823] –, kann der Rechtsinhaber eine Lizenz verweigern (§ 38a Abs. 1 S. 2 UrhG de lege ferenda). Schließlich werden die *berechtigten Interessen des Rechtsinhabers* nicht unverhältnismäßig verletzt (3. Stufe).[2824] Die Zwangslizenz ist *geeignet*, das Werk einer normativ effizienten Nutzung zuzuführen, weil die „unbekannte Person" vom Rechtsinhaber eine Lizenz verlangen kann.[2825] Sie ist auch *erforderlich*, weil kein milderes, aber gleich effektives Mittel besteht; so ist etwa die kartellrechtliche Zwangslizenz milder, aber kaum effektiv, während die gesetzliche Lizenz effektiver sein mag, aber zu einschneidend wäre. Insoweit kann (erneut) auf die detaillierten Ausführungen im 2. Kapitel verwiesen werden.[2826] Zu guter Letzt ist die Zwangslizenz auch *angemessen* (verhältnismäßig im engeren Sinn): Individualistische Gerechtigkeitsvorstellungen, die dem Ziel normativer Effizienz mit zugrunde liegen,[2827] werden berücksichtigt, indem das Erstveröffentlichungsrecht (völlig) unangetastet bleibt und im Interesse des Urhebers darauf hinzuweisen ist, sich es bei dem Artikel um eine Zweitveröffentlichung handelt und er selbst den Aufsatz in einer anderen, womöglich deutlich renommierteren Zeitschrift (erst-)veröffentlicht hat (§ 38a Abs. 2 UrhG de lege ferenda i.V.m. § 63 UrhG). Im Hinblick auf materielle Interessen ist zu berücksichtigen, dass es der Rechtsinhaber bei ökonomischer Betrachtung selbst in der Hand hat, ob die Zwangslizenz zur Anwendung kommt: verwertet er den Aufsatz zu angemessenen Preisen, wird sich kaum eine „unbekannte Person" finden, die in den „Markt" eintritt, weil sich ein „hit and run entry" nur lohnt, soweit die Preise *erheblich* über den Stückkosten liegen.[2828] Im Übrigen erhält er eine angemessene Lizenzgebühr, die er nach billigem Ermessen selbst bestimmen kann (§ 38a Abs. 1 S. 1 UrhG de lege ferenda).[2829] Der Lizenzsucher kann das Werk nur dann sofort bzw. beschleunigt nutzen, wenn der Rechtsinha-

2823 Siehe bereits 2. Kapitel B. IV. 1. a.E.
2824 Zur 3. Stufe des Dreistufentests siehe bereits 3. Kapitel A. I. 2. b) cc).
2825 Eingehend zur Eignung der urheberrechtlichen Zwangslizenz als Lösungsansatz siehe bereits 2. Kapitel A. II. 8.
2826 Eingehend zur Gebotenheit der urheberrechtlichen Zwangslizenz als Lösungsansatz siehe bereits 2. Kapitel B. IV. 1.
2827 Siehe bereits 1. Kapitel A. III. a.E.
2828 Siehe bereits 2. Kapitel B. IV. 1. a.E.
2829 Siehe bereits 4. Kapitel A. I. 2. b) bb) (2) (a).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ber den Lizenzerteilungsanspruch anerkennt („Hinterlegungsmodell“)[2830] bzw. das Bestehen dieses Anspruchs in hohem Maße wahrscheinlich ist („Verfügungsmodell“).[2831] Schließlich ermöglicht der Ausnahme- und Zustimmungsvorbehalt in (§ 38a Abs. 1 S. 2 u. 3 UrhG de lege ferenda) ein hohes Maß an Einzelfallgerechtigkeit, weil auch (sonstige) berechtigte materielle und ideelle Interessen einer Lizenzerteilung entgegengehalten werden können.

2. Unionsrecht

Die lex ferenda verstößt nicht gegen Unionsrecht, da die urheberrechtliche Zwangslizenz grundsätzlich unionsrechtskonform ist[2832] und für die betroffenen Ausschließlichkeitsrechte (weder Satellitensende-[2833], noch Vermietrecht[2834]) und die betroffene Werkart (keine Datenbank[2835]) auch keine Ausnahme gilt.

3. Verfassungsrecht

a) Eigentumsfreiheit

§ 42b UrhG de lege ferenda verstößt nicht gegen die *Institutsgarantie* (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG),[2836] weil der Grundsatz des Urheberrechts als eines Ausschließlichkeitsrechts unangetastet bleibt. Zum einen gilt die Zwangslizenz nur punktuell für wissenschaftliche Aufsätze, zum anderen wird nur ein Teil des positiven Ausschließlichkeitsrechts[2837], nämlich das Recht, eine Lizenz zu verweigern, beschränkt. Das Recht, eine Lizenz zu erteilen, und das negative Ausschließlichkeitsrecht, d.h. das Recht, die

2830 Siehe bereits 4. Kapitel A. I. 2. c) aa).
2831 Siehe bereits 4. Kapitel A. I. 2. c) bb).
2832 Siehe bereits eingehend 3. Kapitel A. II. 1.
2833 Siehe bereits 3. Kapitel A. II. 2.
2834 Siehe bereits 3. Kapitel A. II. 3.
2835 Siehe bereits 3. Kapitel A. II. 5.
2836 Zur Institutsgarantie siehe bereits 3. Kapitel A. III. 1. a) bb) (3) (a).
2837 Zum Begriff des positiven Ausschließlichkeitsrechts siehe bereits 1. Kapitel B. a.A.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Nutzung des Werkes zu verbieten,[2838] bleiben unberührt. Im Ausnahmefall behält der Rechtsinhaber sein Ausschließlichkeitsrecht sogar völlig (§ 38a Abs. 1 S. 2 UrhG de lege ferenda).

Die lex ferenda geht auch nicht weiter, als es das Allgemeinwohl gebietet (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*).[2839] Das Ausschließlichkeitsrecht de lege lata an wissenschaftlichen Aufsätzen ist normativ ineffizient und eine Beschränkung durch das Allgemeinwohl geboten.[2840] Die Zwangslizenz ist insoweit eine verhältnismäßige, weil geeignete, erforderliche und angemessene Schutzbeschränkung, wobei auf die Ausführungen zum Dreistufentest verwiesen werden kann.[2841]

Zu guter Letzt rechtfertigt das öffentliche Interesse auch den Eingriff in bestehende Rechtspositionen (*Bestandsgarantie*),[2842] weil nicht nur neu erschienene wissenschaftliche Aufsätze, sondern ebenso „alte" Aufsätze „monopolisiert" werden, und auch in diesen Fällen eine Zwangslizenz verhältnismäßig ist: der Rechtsinhaber muss das Werk nur zu angemessenen Preisen verwerten, um der „unbekannten Person" den Anreiz zu nehmen, eine Lizenz zu verlangen,[2843] und kann im Einzelfall eine Lizenzerteilung verweigern (§ 38a Abs. 1 S. 2 UrhG de lege ferenda).

b) Sonstige Grundrechte

Das Urheberpersönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)[2844] bleibt gewahrt, weil das *Erst*veröffentlichungsrecht unangetastet bleibt – die Zwangslizenz gilt nur für veröffentlichte Aufsätze – und der Urheber *nachfolgende* Veröffentlichungen, die seine berechtigten ideellen Interessen beeinträchtigen, verbieten kann (§ 42b Abs. 1 S. 3 UrhG de lege ferenda). Zudem wird das ideelle Interesse des Urhebers an einer Angabe des Erstveröffentlichungsortes durch § 42b Abs. 3 UrhG de lege ferenda

---

2838 Zum Begriff des negativen Ausschließlichkeitsrechts siehe bereits 1. Kapitel B. a.A.
2839 Zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz siehe bereits 3. Kapitel A. III. 1. a) bb) (3) (c).
2840 Siehe bereits 1. Kapitel B. III. 1. b).
2841 Siehe 4. Kapitel B. II. 1.
2842 Zur Bestandsgarantie siehe bereits 3. Kapitel A. III. 1. a) bb) (3) (d).
2843 Siehe bereits 2. Kapitel B. IV. 1. a.E.
2844 Zum Urheberpersönlichkeitsrecht siehe bereits 3. Kapitel A. III. 1. a) cc).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

i.V.m. § 63 UrhG bedient. Aus denselben Gründen scheidet eine Verletzung der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 2 GG)[2845] aus.[2846]

c) Bestimmtheitsgrundsatz

Schließlich genügt die lex ferenda auch dem Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 20 Abs. 3 GG)[2847], weil alle Begriffe entweder bestimmt oder bestimmbar sind. Insoweit wird (erneut) auf die Ausführungen zum Dreistufentest verwiesen.[2848]

4. Zwischenergebnis

§ 38a UrhG de lege ferenda ist mit dem Konventions- und höherrangigem Recht vereinbar.

III. Technologieneutrale Fassung der Zwangslizenz nach § 87 Abs. 5 UrhG und der Verwertungsgesellschaftspflicht nach § 20b Abs. 1 UrhG

1. Konventionsrecht

Die technologieneutrale Ausgestaltung der Zwangslizenz nach § 87 Abs. 5 UrhG und der Verwertungsgesellschaftspflicht nach § 20b Abs. 1 UrhG (sowie der §§ 50 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, 92 Abs. 2, 105 Abs. 3 S. 2, 111 VGG) verstößt nicht gegen das Konventionsrecht.

Im Hinblick auf *gesendete Werke* enthält die RBÜ (auch) für draht*lose* Weitersendungen einen „Ausübungsvorbehalt" (Art. 11bis Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 Nr. 2 RBÜ),[2849] worunter nicht nur die Verwertungsgesellschaftspflicht nach § 20b Abs. 1 UrhG und die (*urheber*rechtliche) Zwangslizenz

2845 Zur Wissenschaftsfreiheit siehe bereits 3. Kapitel A. III. 1. a) cc).
2846 Ebenso i.E. *Krujatz*, S. 325.
2847 Zum Bestimmtheitsgrundsatz siehe bereits 3. Kapitel A. III. 1. b).
2848 Siehe 4. Kapitel B. II. 1.
2849 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 20b UrhG, Rdnr. 9; *Krogmann*, ZUM 2013, 457, 459; *Weber*, ZUM 2009, 460, 461; *Kempermann/Pieper*, CR 2013, 661, 665.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nach § 87 Abs. 5 S. 1 Hs. *1* UrhG fallen,[2850] sondern auch die Wahrnehmungsfiktion nach § 50 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 VGG (argumentum a maiore ad minus).[2851]

Im Hinblick auf *Funksendungen* erlaubt Art. 15 Abs. 2 S. 1 Rom-Abk (*leistungsschutz*rechtliche) Zwangslizenzen wie jene des § 87 Abs. 5 S. 1 Hs. *2* i.V.m. Hs. 1 UrhG, wenn diese RBÜ- und WCT-konform ausgestaltet sind.[2852] Die urheberrechtliche Zwangslizenz in Hs. 1, auf die in Hs. 2 verwiesen wird, ist wie soeben festgestellt mit der RBÜ vereinbar.[2853] Die Regelung des § 87 Abs. 5 S. 1 UrhG de lege ferenda ist auch WCT-konform, weil sie RBÜ-konform (Art. 10 Abs. 1 WCT a.A.) und mit dem Dreistufentest vereinbar ist (Art. 10 Abs. 1 u. 2 WCT): Die Tatbestandsmerkmale sind *bestimmbar* (1. Stufe),[2854] weil sie hinsichtlich der *Kabel*weitersendung bereits richterrechtlich konkretisiert sind[2855] und im Übrigen für *alle* Übertragungstechnologien gelten. Die technologieneutrale Neufassung dient einem *besonderen Zweck* (1. Stufe), weil in den normativ ineffizienten[2856] Fällen, in denen Funksendungen nicht auf eine neue Art (Internet-Fernsehen oder -Videorekorder) verwertet werden, der Markt versagt, und dieses Marktversagen behoben werden soll; der Gesetzgeber verfügt insoweit über einen gewissen Einschätzungsspielraum.[2857] Die *normativ effiziente Auswertung* wird schon deshalb nicht beeinträchtigt (2. Stufe),[2858] weil sich das Sendeunternehmen in erster Linie durch Werbeeinnahmen finanziert, die vollständig erhalten bleiben, wenn nicht sogar

---

2850 *Nordemann/Vinck/Hertin*, Art. 11bis RBÜ, Rdnr. 6; *Dreier*, Kabelweiterleitung und Urheberrecht, S. 59; *Dittrich*, RfR 1982, 25, 35.

2851 Wenn Art. 11bis Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 Nr. 2 RBÜ nach allgemeiner Meinung auch gesetzliche Lizenzen zulässt, *Dreier*, Kabelweiterleitung und Urheberrecht, S. 59; *Ricketson*, The Berne Convention, Rdnr. 9.52; *ders.*, WIPO Study, S. 31; *Ricketson/Ginsburg*, Bd. 1, Rdnr. 13.71; *v. Lewinski*, International Copyright Law and Policy, Rdnr. 5.193; *Dittrich*, RfR 1982, 25, 35, muss dies erst recht für die Wahrnehmungsfiktion als einer Ausübungsregelung gelten.

2852 Siehe bereits 3. Kapitel A. I. 1. b).

2853 Siehe bereits 4. Kapitel B. III. 1. a.A.

2854 Zur Bestimmbarkeit („gewisse") siehe bereits 3. Kapitel A. I. 2. b) aa) (1).

2855 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. c).

2856 Siehe bereits 1. Kapitel B. II. 1. b) bb) (Internet-Fernsehen) und B. II. 1. c) bb) (Internet-Videorekorder).

2857 Zum besonderen Zweck („Sonderfall") siehe bereits 3. Kapitel A. 2. b) aa) (2).

2858 Zur 2. Stufe des Dreistufentests siehe bereits 3. Kapitel A. 2. b) bb).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gesteigert werden.[2859] Schließlich werden die *berechtigten Interessen des Rechtsinhabers* nicht unverhältnismäßig verletzt (3. Stufe).[2860] Die technologieneutral ausgestaltete Zwangslizenz ist *geeignet*, die Funksendung einer normativ effizienten Nutzung zuzuführen, weil die „unbekannte Person" vom Rechtsinhaber eine Lizenz verlangen kann.[2861] Sie ist auch *erforderlich*, weil kein milderes, aber gleich effektives Mittel besteht; so ist etwa die kartellrechtliche Zwangslizenz milder, aber kaum effektiv, während die Verwertungsgesellschaftspflicht i.V.m. der Zwangslizenz nach § 34 Abs. 1 VGG effektiver sein mag, aber zu einschneidend wäre. Insoweit kann auf die detaillierten Ausführungen im 2. Kapitel verwiesen werden.[2862] Zu guter Letzt ist die Zwangslizenz auch *angemessen* (verhältnismäßig i.e.S.), da es bei Funksendungen nur auf materielle Interessen ankommt und die Auswertung des Rechtsinhabers nicht oder allenfalls unwesentlich beeinträchtigt wird, weil ihm die Werbeeinnahmen verbleiben.[2863]

2. Unionsrecht

Die Zwangslizenz nach § 87 Abs. 5 UrhG und die Verwertungsgesellschaftspflicht nach § 20b Abs. 1 UrhG können technologieneutral ausgestaltet werden, ohne dass damit gegen Unionsrecht verstoßen wird. In der Literatur werden dazu zwei Begründungen vertreten, die sich gegenseitig ausschließen, aber zum selben Ergebnis gelangen.

Zum Teil wird der Begriff der Kabelweitersendung in den zugrundeliegenden Art. 9 Abs. 1 u. 2, 12 Satelliten- u. Kabel-RL technologieneutral ausgelegt.[2864] Die Übertragungstechniken Kabel- und Mikrosysteme seien

2859 Siehe bereits 1. Kapitel B. II. 1. b) bb) (Internet-Fernsehen) und B. II. 1. c) bb) (Internet-Videorekorder).

2860 Zur 3. Stufe des Dreistufentests siehe bereits 3. Kapitel A. 2. b) cc).

2861 Eingehend zur Eignung der urheberrechtlichen Zwangslizenz als Lösungsansatz siehe bereits 2. Kapitel A. II. 8.

2862 Eingehend zur Gebotenheit der urheberrechtlichen Zwangslizenz als Lösungsansatz siehe bereits 2. Kapitel B. II. 1. a.A. u. 1. a).

2863 Siehe bereits 1. Kapitel B. II. 1. b) bb) (Internet-Fernsehen) und B. II. 1. c) bb) (Internet-Videorekorder).

2864 So *Kempermann/Pieper*, CR 2013, 661, 664 f., für die gesamte Satelliten- u. Kabel-RL; *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 3, im Hinblick auf die Verwertungsgesellschaftspflicht.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nur beispielhaft zu verstehen, weil es sich dabei um die damals einzig bekannten Technologien handelte und die Erwgr. 22 und 23 Satelliten- u. Kabel-RL eine dynamische Auslegung nahelegten.[2865] Zudem seien vom Normzweck auch drahtlose Weitersendungen erfasst und habe der europäische Gesetzgeber die Technologieneutralität in Art. 8 Abs. 1 Unterabs. 2 TK-Rahmen-RL zum Grundsatz erhoben.[2866]

Zum Teil wird vertreten, dass zwar die Satelliten- u. Kabel-RL die drahtlose Weitersendung *nicht* erfasse, der europäische Gesetzgeber den Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten aber insoweit nicht habe einschränken wollen.[2867] Zwar wird dieser Ansicht entgegenhalten, dass „Ausnahmen und Beschränkungen" des Weitersenderechts als Unterfall des Rechts der öffentlichen Wiedergabe (Art. 3 Informationsgesellschafts-RL) im Übrigen nur unter den abschließend geregelten Voraussetzungen des Art. 5 Informationsgesellschafts-RL zulässig seien.[2868] Dieser Einwand läuft aber im Hinblick auf die §§ 20b Abs. 1, 87 Abs. 5 UrhG (sowie die §§ 92 Abs. 2, 105 Abs. 3 S. 2, 111 VGG) leer, weil weder die Verwertungsgesellschaftspflicht noch die urheberrechtliche Zwangslizenz „Ausnahmen und Beschränkungen" im Sinne der Informationsgesellschafts-RL darstellen.[2869] Dem Einwand zufolge müsste also nur § 50 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 VGG unverändert bleiben, weil die Wahrnehmungsfiktion dem Numerus clausus unterfällt.[2870]

Damit kann die Frage, ob die Art. 9 Abs. 1 u. 2, 12 Satelliten- u. Kabel-RL bereits technologieneutral auszulegen sind oder der nationale Gesetz-

---

2865 *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 3; *Kempermann/Pieper*, CR 2013, 661, 664.

2866 *Kempermann/Pieper*, CR 2013, 661, 664 f.

2867 Vgl. *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 20b UrhG, Rdnr. 9; *Krogmann*, ZUM 2013, 457, 459; Stellungnahme des Bundesrats v. 3.5.2013, BR-Drs. 265/13, S. 1 = BT-Drs. 17/13423, S. 21 („Die Richtlinie 93/83/EWG, die insoweit keine Vorgaben enthält, steht einer Modernisierung des Urheberrechtsgesetzes nicht entgegen"); Referentenentwurf des BMJ v. 20.2.2013, S. 13 u. 20 („Die Richtlinie, die insoweit keine Vorgaben enthält, steht der vorgeschlagenen Modernisierung des Urheberrechtsgesetzes nicht entgegen […]. Da die Richtlinie nur eine Mindestharmonisierung vorsieht, ist der nationale Gesetzgeber nicht gehindert, in einzelnen Punkten weiter gehende Regelungen vorzusehen"), abrufbar unter: http://blog.die-linke.de/digitalelinke/wp-content/uploads/Ref.Entwurf.pdf (zuletzt besucht am 20.12.2015).

2868 *v. Ungern-Sternberg*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 20b UrhG, Rdnr. 7a u. 9.

2869 Siehe bereits 2. Kapitel A. II. 2. a) cc) bzw. 3. Kapitel A. II. 1.

2870 Siehe bereits 2. Kapitel A. II. 2. b) cc).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

geber das Weitersenderecht sonst beschränken kann, für die technologieneutrale Ausgestaltung der Verwertungsgesellschaftspflicht und der Zwangslizenz offen bleiben.

3. Verfassungsrecht

a) Eigentumsfreiheit

Die §§ 20a Abs. 1 und 87 Abs. 5 UrhG (sowie die §§ 50 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, 92 Abs. 2, 105 Abs. 3 S. 2, 111 VGG) de lege ferenda verstoßen nicht gegen die *Institutsgarantie* (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG),[2871] weil es beim Grundsatz bleibt, dass das Urheberrecht ein Ausschließlichkeitsrecht ist. Nach § 20a Abs. 1 UrhG (sowie § 50 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 VGG) de lege ferenda bleibt das Ausschließlichkeitsrecht (weiterhin) völlig erhalten und wird nur die Rechtszuständigkeit geregelt.[2872] § 87 Abs. 5 UrhG de lege ferenda gilt nur punktuell für die Weitersendung von gesendeten Werken und Funksendungen und beschränkt zudem nur einen Teil des *positiven* Ausschließlichkeitsrechts[2873], nämlich das Recht, eine Lizenz zu verweigern; das Recht, eine Lizenz zu erteilen, und das negative Ausschließlichkeitsrecht, d.i. das Recht, die Nutzung des Werkes zu verbieten,[2874] bleiben unberührt. Im Ausnahmefall behält der Rechtsinhaber sein Ausschließlichkeitsrecht sogar völlig (§ 87 Abs. 5 S. 1 letzter Hs. UrhG).

Die technologieneutrale Neufassung geht auch nicht weiter, als es das Allgemeinwohl gebietet (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*).[2875] Das Recht, die neuartige Nutzung durch Internet-Fernsehen oder Internet-Videorekorder zu verbieten und eine entsprechende Lizenz zu verweigern, ist normativ ineffizient und eine Beschränkung durch das Allgemeinwohl geboten.[2876] Die Verwertungsgesellschaftspflicht und die Zwangslizenz sind in-

---

2871 Zur Institutsgarantie siehe bereits 3. Kapitel A. III. 1. a) bb) (3) (a).

2872 Siehe bereits 2. Kapitel A. II. 2. a) aa).

2873 Zum Begriff des positiven Ausschließlichkeitsrechts siehe bereits 1. Kapitel B. a.A.

2874 Zum Begriff des negativen Ausschließlichkeitsrechts siehe bereits 1. Kapitel B. a.A.

2875 Zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz siehe bereits 3. Kapitel A. III. 1. a) bb) (3) (c).

2876 Siehe bereits 1. Kapitel B. II. 1. b) bb) (Internet-Fernsehen) und B. II. 1. c) bb) (Internet-Videorekorder).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

soweit verhältnismäßig, wobei die Ausführungen zum Dreistufentest entsprechend gelten.[2877]

Zu guter Letzt rechtfertigt das öffentliche Interesse auch den Eingriff in bestehende Rechtspositionen (*Bestandsgarantie*),[2878] weil das Allgemeinwohl eine technologieneutrale Neufassung verlangt, gleich ob die Ausschließlichkeitsrechte an den gesendeten Werken oder Funksendungen vor oder nach der Neuregelung entstanden sind, und der Eingriff in bestehende Ausschließlichkeitsrechte angesichts der allenfalls unwesentlichen Beeinträchtigung der Verwertung und der verbleibenden Werbeeinnahmen auch verhältnismäßig ist.[2879]

b) Urheberpersönlichkeitsrecht, Bestimmtheitsgrundsatz

Das Urheberpersönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)[2880] bleibt gewahrt, weil das Erstveröffentlichungsrecht unangetastet bleibt – die Schutzbeschränkungen gelten nur für gesendete, d.h. veröffentlichte Werke. Schließlich genügt die technologieneutrale Neufassung auch dem Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 20 Abs. 3 GG),[2881] weil alle Tatbestandsmerkmale entweder bestimmt oder bestimmbar sind.[2882]

IV. Zwangslizenz an Sole-source-Datenbanken

Auf sekundärrechtlicher Ebene ist die Regelung einer leistungsschutzrechtlichen Zwangslizenz an Sole-source-Datenbanken ohne weiteres konventionsrechtlich zulässig, weil für den Sui-generis-Datenbankschutz keine internationalen Konventionen bestehen.[2883] Primärrechtlich hat der europäische Gesetzgeber die EGC (Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 EUV), die EMRK (Art. 6 Abs. 3 Alt. 1 EUV) und die sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen ergebenden Grundrechte (Art. 6 Abs. 3 Alt. 2

2877 Siehe bereits 4. Kapitel B. III. 1.
2878 Zur Bestandsgarantie siehe bereits 3. Kapitel A. III. 1. a) bb) (3) (d).
2879 Vgl. bereits 1. Kapitel B. II. 1. b) bb) (Internet-Fernsehen) und B. II. 1. c) bb) (Internet-Videorekorder).
2880 Zum Urheberpersönlichkeitsrecht siehe bereits 3. Kapitel A. III. 1. a) cc).
2881 Zum Bestimmtheitsgrundsatz siehe bereits 3. Kapitel A. III. 1. b).
2882 Siehe bereits 4. Kapitel B. III. 1.
2883 Siehe bereits 3. Kapitel A. I. a.A.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

EUV) zu beachten. So ist das „geistige Eigentum“ sowohl (ausdrücklich) nach Art. 17 Abs. 2 EGC als auch (als Bestandteil des Eigentums)[2884] nach Art. 1 Abs. 1 S. 1 Zusatzprotokoll zur EMRK geschützt. Gleich, ob die urheberrechtliche Zwangslizenz eine Eigentumsentziehung (Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGC, Art. 1 Abs. 1 S. 2 Zusatzprotokoll zur EMRK) oder eine Nutzungsregelung (Art. 17 Abs. 1 S. 3 EGC, Art. 1 Abs. 2 Zusatzprotokoll zur EMRK) darstellt,[2885] muss sie gesetzlich vorgesehen sein, im öffentlichen bzw. Allgemeininteresse liegen und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen.[2886] Die urheberrechtliche Zwangslizenz de lege ferenda ist, so wie sie von der Kommission nach Stellungnahme des Europäischen Parlaments vorgeschlagen wurde, nicht nur gesetzlich (sekundärrechtlich) vorgesehen, sondern auch im öffentlichen bzw. Allgemeininteresse, weil Informationsmonopole normativ ineffizient sind (und die nach Art. 11 Abs. 1 EGC und Art. 10 Abs. 1 EMRK garantierte Informationsfreiheit beschränken).[2887] Schließlich werden die Interessen der Rechtsinhaber auch nicht unverhältnismäßig verletzt. Die Zwangslizenz ist *geeignet*, die Sole-source-Daten einer normativ effizienten Nutzung zuzuführen, weil die „unbekannte Person“ vom Rechtsinhaber eine Lizenz verlangen kann.[2888] Sie ist auch *erforderlich*, weil kein milderes, aber gleich effektives Mittel besteht; so ist etwa die kartellrechtliche Zwangslizenz milder, aber kaum effektiv, während die gesetzliche Lizenz effektiver sein mag, aber zu einschneidend wäre. Insoweit kann auf die detaillierten Ausführungen im 2. Kapitel verwiesen werden.[2889] Zu guter Letzt ist eine Zwangslizenz an Sole-source-Datenbanken auch *angemessen* (verhältnismäßig i.e.S.), weil einerseits Informationsmonopole erhebliche Effizienznachteile bewirken[2890] und andererseits der Rechtsinhaber seine Investitionskosten auch mittels der angemessenen Lizenzgebühr amortisieren kann – ein Investitionsrisiko ist hier so gut wie ausgeschlossen.[2891]

2884 EGMR GRUR 2007, 696, 698, Rdnr. 72 – „Budweiser“.
2885 Vgl. *Meyer-Ladewig*, Art. 1 Zusatzprotokoll, Rdnr. 4; *Jarass*, Art. 17, Rdnr. 25 ff. u. 31 ff.
2886 *Jarass*, Art. 17, Rdnr. 25 ff. u. 31 ff.; *Meyer-Ladewig*, Art. 1 Zusatzprotokoll, Rdnr. 33 ff. u. 48 ff.
2887 *Jarass*, Art. 17, Rdnr. 25 ff. u. 31 ff.; *Meyer-Ladewig*, Art. 1 Zusatzprotokoll, Rdnr. 33 ff. u. 48 ff.
2888 Siehe bereits 1. Kapitel B. III. 3. b).
2889 Siehe bereits 2. Kapitel B. IV. 3.
2890 Siehe bereits 1. Kapitel B. III. 3. b).
2891 Siehe bereits 1. Kapitel B. III. 3. b).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

V. Zwischenergebnis

Die vorgeschlagenen urheberrechtlichen Zwangslizenzen de lege ferenda sind mit Konventions- und höherrangigem Recht vereinbar.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen

1. Die individualistischen Begründungsansätze (*Lehre vom geistigen Eigentum, Theorie vom Urheberrecht als Persönlichkeitsrecht*, *dualistische* und *monistische Theorie*) können weder als derivativ-individualistisches noch als originär-individualistisches Argument überzeugen. Es kann nicht Zweck des Urheberrechts sein, allein die individuellen Interessen des Urhebers zu schützen. Der Anspruch auf eine „gerechte" Belohnung mag allenfalls intuitiv einleuchten. Dazu bedarf es aber nicht zwingend eines Ausschließlichkeitsrechts.
2. Auch die utilitaristisch-ökonomischen Begründungsansätze stoßen auf Bedenken. Der *Property-Rights-Ansatz* ist abzulehnen, weil er ein Regel-Ausnahme-Verhältnis von Ausschließlichkeitsrecht und Schutzbeschränkungen propagiert und damit Gefahr läuft, über das Effizienzziel hinauszuschießen. Der *Incentive-Access-Ansatz* entgeht zwar dieser Gefahr, indem er Nutzen und Kosten des Urheberrechts gleichrangig berücksichtigt und Schutzbeschränkungen als einen immanenten Bestandteil des effizienten Urheberrechts versteht. Allerdings leidet (auch) er unter den Schwächen einer normativen ökonomischen Analyse: Das ökonomische Verhaltensmodell (Anreizparadigma) entspricht nur beschränkt der Wirklichkeit und das ökonomische Effizienzziel nur bedingt den herrschenden Gerechtigkeitsvorstellungen bzw. dem Völker- und Verfassungsrecht.
3. Damit ist – wie schon die großen Urheberrechtstheoretiker d'Héricourt, Le Chapelier und Hegel erkannt haben – weder ein rein individualistischer noch ein rein utilitaristischer Ansatz zur Begründung und näheren Ausgestaltung des Urheberrechts allein in der Lage.
4. Im Ansatz sollte das Urheberrecht mit dem Incentive-Access-Ansatz begründet werden, da die ökonomische Analyse dem bloßen Appel an die intuitiv einleuchtende Schutzbedürftigkeit der Urheber überlegen ist. Die Schwächen dieses Ansatzes können – und müssen – dadurch überwunden werden, dass das ökonomische Verhaltensmodell empirisch präzisiert und das ökonomische Effizienzziel normativ „aufgeladen" wird. Auf diese Weise werden nicht nur die utopische Kosten/Nutzen-Analyse durch eine wertende – eben normative – Abwägung auf ökonomischer Grundlage ersetzt, sondern zugleich individualisti-

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sche – z.B. das Ziel eines „gerechten" Urheberpersönlichkeitsschutzes und Urheber-Lohns unabhängig von einer ökonomischen Rechtfertigung – und außerökonomisch-utilitaristische Ziele berücksichtigt. So verstanden hat das Urheberrecht die Aufgabe, die widerstreitenden Interessen von Urhebern, Verwertern und Nutzern einem sinnvollen – insbesondere ökonomisch überzeugenden – *und* gerechten Ausgleich zuzuführen: einem Zustand „normativer Effizienz". Das Urheberrecht ist *normativ* effizient, wenn es die Nutzung angemessen, nämlich am Effizienzziel *und* an außerökonomischen Zielen gemessen beschränkt, *insbesondere* soweit, wie damit Investitionen in die Schöpfung und Vermarktung von Werken ermöglicht werden.

5. Das Ausschließlichkeitsrecht ist bei statischer Betrachtung ökonomisch ineffizient, wenn das Werk *überhaupt nicht mehr*, *nicht neuartig* oder *nicht gleichartig-konkurrierend* verwertet wird (produktive Unternutzung). Die Effizienznachteile ließen sich allenfalls dann effizienzsteigernd ausgleichen, wenn das Ausschließlichkeitsrecht erforderlich wäre, um Investitionen in die Schöpfung und Verbreitung neuer Werke zu ermöglichen. Dies ist *nicht* der Fall, d.h. das geltende Ausschließlichkeitsrecht ist bei wertender Betrachtung ökonomisch ineffizient, wenn das Werk *seit zwei Jahren* nicht mehr verwertet wird („vergriffenes Werk"); es nicht auf eine neue Art verwertet *und* die bisherige Nutzung nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt wird (z.B. in Büchersuchmaschinen, Internet-Fernsehen, Internet-Videorekorder); es nicht auf eine neue, *etablierte* Art verwertet wird (z.B. als E-Book); oder es (von einer Person, die nicht der Urheber ist,) zu *unangemessenen Preisen* verwertet wird (z.B. wissenschaftliche Aufsätze, Sole-source-Datenbanken). In diesen Fällen bzw. Fallgruppen ist das Ausschließlichkeitsrecht – vorbehaltlich berechtigter ideeller Interessen – *normativ* ineffizient und zu beschränken.
6. Die *gesetzliche Lizenz*, die *Wahrnehmungsfiktion* und die *erweiterte kollektive Lizenz* ohne *Widerspruchsrecht* sind zwar als Lösungsansatz in hohem Maße effektiv, aber kaum einzelfallgerecht und besonders eingriffsintensiv; etwas abgeschwächt gilt dies auch für die *Verwertungsgesellschaftspflicht*. Die *Wahrnehmungsvermutung* und die *erweiterte kollektive Lizenz* mit *Widerspruchsrecht* sind deutlich milder, aber wenig effektiv. Das *Zweitverwertungsrecht* stellt einen sehr milden Eingriff dar, ist aber als Lösungsansatz wenig effektiv. Die *kartellrechtliche Zwangslizenz*, das *Rechtsmissbrauchsverbot*, der *Verhältnismäßigkeitsvorbehalt* und die *kartellrechtliche Preiskontrolle* sind flexi-

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bel und einzelfallgerecht, aber wenig rechtssicher und mit hohen Transaktionskosten verbunden, also ebenfalls kaum effektiv. Von diesen Lösungsansätzen unterliegen nur die *gesetzliche Lizenz*, die *Wahrnehmungsfiktion* und die *erweiterte kollektive Lizenz* ohne *Widerspruchsrecht* dem konventions- und unionsrechtlichen Dreistufentest sowie dem Numerus clausus der „Ausnahmen und Beschränkungen" (Art. 5 i.V.m. Erwgr. 32 Informationsgesellschafts-RL).

7. Die *urheberrechtliche Zwangslizenz* ist in ihrer *formell* realisierbaren Variante zwar wenig flexibel, aber in hohem Maße rechtssicher und einzelfallgerecht, weil der Rechtsinhaber angemessen vergütet wird, diese Vergütung individuell ausgehandelt bzw. richterlich bestimmt wird und ein Ausnahmevorbehalt geregelt werden kann. Die Transaktionskosten sind nur bedingt von Nachteil, weil sie in Relation zum Transaktionsvolumen zu bewerten sind. Je nach Transaktionsvolumen und Ausgestaltung des einstweiligen Rechtsschutzes ist eine formell realisierbare urheberrechtliche Zwangslizenz also durchaus effektiv. Dagegen ist die *materiell* realisierbare Variante zwar in hohem Maße flexibel und einzelfallgerecht, aber – vorbehaltlich einer richterrechtlichen Konkretisierung – weniger rechtssicher und weniger effektiv.
8. In allen genannten Fällen bzw. Fallgruppen ist die urheberrechtliche Zwangslizenz der richtige Lösungsansatz. Im Hinblick auf berechtigte ideelle Interessen des Urhebers ist sie mit einem Ausnahmevorbehalt zu versehen. Zudem sind die Zwangslizenz nach § 87 Abs. 5 UrhG und die Verwertungsgesellschaftspflicht nach § 20b Abs. 1 UrhG technologieneutral auszugestalten.
9. Für die urheberrechtliche Zwangslizenz gilt der konventionsrechtliche Dreistufentest (Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 10 WCT, Art. 16 Abs. 2 WPPT und Art. 13 TRIPS). Danach ist die urheberrechtliche Zwangslizenz grundsätzlich konventionskonform, wenn sie bestimmbar ist und einem besonderen Zweck dient („gewisse Sonderfälle") und weder die normativ effiziente („normale") Auswertung beeinträchtigt noch die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers unverhältnismäßig („unzumutbar") verletzt. Als eine Ausübungsregelung unterfällt die urheberrechtliche Zwangslizenz dagegen nicht dem Numerus clausus der „Ausnahmen und Beschränkungen" (Art. 5 i.V.m. Erwgr. 32 Informationsgesellschafts-RL). Deshalb ist sie grundsätzlich mit dem höherrangigen Unionsrecht vereinbar.
10. Nach deutschem Verfassungsrecht ist die Regelung einer urheberrechtlichen Zwangslizenz keine Enteignung, sondern eine Inhalts- und

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Schrankenbestimmung. Sie ist mit Art. 14 GG vereinbar, wenn das Urheberrecht im Grundsatz ein Ausschließlichkeitsrecht bleibt und Gründe des Allgemeinwohls nicht nur die Zwangslizenz als solche, sondern auch und gerade den Eingriff in bestehende Rechtspositionen unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes rechtfertigen; die Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) wird insoweit von der Eigentumsfreiheit verdrängt. In Frankreich dürfte die urheberrechtliche Zwangslizenz als eine Enteignung i.S.v. Art. 17 DDHC einzustufen sein, müsste also aus Gründen des Allgemeinwohls offensichtlich („évidemment") notwendig sein, wobei dem Gesetzgeber ein weiter Beurteilungsspielraum zugestanden wird. Ferner müsste sie im Hinblick auf die Vertragsfreiheit (Art. 4 DDHC) durch ein Allgemeininteresse (*intérêt général*) gerechtfertigt und verhältnismäßig sein.

11. Während das französische Urheberrecht unmittelbar keine Zwangslizenzen regelt – urheberrechtliche Zwangslizenzen können nur auf das Rechtsmissbrauchsverbot gestützt werden; sie haben den Charakter eines *diktierten Vertrages*, ein „echter", unmittelbarer Kontrahierungszwang ist dem französischen Recht fremd –, bilden die vier Zwangslizenzen des deutschen Urheberrechts eine besondere Art des *Kontrahierungszwangs*. Besteht ein Anspruch auf Lizenzerteilung und einigen sich die Parteien (überhaupt) nicht, hat das Gericht den Rechtsinhaber zur Annahme der auf Lizenzerteilung gerichteten Willenserklärung zu verurteilen und die Gegenleistung nach billigem Ermessen festzusetzen. Anerkennt der Rechtsinhaber dagegen den Anspruch des Lizenzsuchers und bestimmt eine Lizenzgebühr, gilt dasselbe wie beim allgemeinen Kontrahierungszwang, d.h. das Gericht darf die Gegenleistungsbestimmung des Rechtsinhabers nur auf Ermessensfehler überprüfen und eine Ersatzbestimmung nur bei Ermessensfehlgebrauch treffen (§ 315 Abs. 3 S. 2 BGB entsprechend). Durchgesetzt wird der Anspruch – entsprechend den Grundsätzen zum allgemeinen Kontrahierungszwang – mit einer Klage auf Vertragsschluss und Leistung zu der vom Gericht festzusetzenden Gegenleistung, d.h. die Lizenzgebühr muss im Klageantrag nicht beziffert werden. Mit Rechtskraft des Urteils wird das Zustandekommen des Lizenzvertrages fingert (§ 894 ZPO). Soweit sich die Parteien nur über die Höhe der Lizenzgebühr streiten, kann der Lizenzsucher die vom Rechtsinhaber bestimmte Vergütung hinterlegen und mit der Nutzung beginnen („Hinterlegungsmodell" bei §§ 34 Abs. 1, 37 VGG). Im Übrigen kann er eine Leistungsverfügung erwirken, ohne die (besondere) Dringlichkeit

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

glaubhaft machen zu müssen; es muss lediglich eine hohe Wahrscheinlichkeit des Erfolgs in der Hauptsache bestehen („Verfügungsmodell"). Die Höhe der Lizenzgebühr wird erst in der Entscheidung in der Hauptsache bestimmt. Durch das „Hinterlegungsmodell" und/oder das „Verfügungsmodell" sind die urheberrechtlichen Zwangslizenzen effektiv ausgestaltet.

12. Eine urheberrechtliche Zwangslizenz sollte zunächst in den Fallgruppen geregelt werden, in denen das Werk seit zwei Jahren nicht mehr verwertet wird; das Werk nicht auf eine neue Art verwertet und die bisherige Nutzung nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt wird; das Werk nicht auf eine neue, etablierte Art verwertet wird; oder das Werk von einer Person, die nicht der Urheber ist, zu unangemessenen Preisen verwertet wird (§ 42a UrhG de lege ferenda). Der Anspruch auf Lizenzerteilung sollte ausgeschlossen sein, wenn die Lizenzverweigerung sachlich gerechtfertigt ist. Streiten sich die Beteiligten nur über die Höhe der Lizenzgebühr, sollte das „Hinterlegungsmodell" gelten, d.h. der Lizenzsucher muss nur die vom Rechtsinhaber nach billigem Ermessen bestimmte Lizenzgebühr hinterlegen und kann sofort mit der Nutzung beginnen; das Gericht darf die Bestimmung der Lizenzgebühr nur auf Ermessensfehler überprüfen. Ist schon das Bestehen des Anspruchs streitig, sollte das „Verfügungsmodell" gelten, d.h. der Rechtsinhaber muss nur, um eine einstweilige Zwangslizenz zu erwirken, das Gericht davon überzeugen, dass die Tatbestandsvoraussetzungen (Verfügungsanspruch) mit hoher Wahrscheinlichkeit vorliegen; die besondere Dringlichkeit (Verfügungsgrund) wird vermutet. Durch das „Hinterlegungs-" und „Verfügungsmodell" ist die Zwangslizenz nach § 42b UrhG de lege ferenda effektiv ausgestaltet. Das Problem der Bestimmung der „angemessenen" Lizenzgebühr wird dadurch relativiert, dass die effektiv ausgestaltete urheberrechtliche Zwangslizenz als eine „fleet in being" wirkt, der Verweis auf § 315 BGB und das Schiedsstellenverfahren eine außergerichtliche Einigung begünstigen und sich das Gericht am Einigungsvorschlag der Schiedsstelle orientieren bzw. auf die umfangreiche Judikatur zu §§ 32 Abs. 2 S. 2 und 97 Abs. 2 S. 3 UrhG zurückgreifen kann.
13. Weiter sollte eine urheberrechtliche Zwangslizenz speziell für wissenschaftliche Aufsätze geregelt und entsprechend § 42b UrhG de lege ferenda ausgestaltet werden (§ 38a UrhG de lege ferenda). Darüber hinaus sind die Zwangslizenz nach § 87 Abs. 5 UrhG und die Verwertungsgesellschaftspflicht nach § 20b Abs. 1 UrhG technologieneutral

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

auszugestalten. Schließlich sollte auf sekundärrechtlicher Ebene eine Zwangslizenz an Sole-source-Datenbanken geregelt werden, wobei auf den Formulierungsvorschlag der Europäischen Kommission zurückgegriffen werden kann.

14. Die so ausgestalteten urheberrechtlichen Zwangslizenzen de lege ferenda sind allesamt mit Konventions-, Unions- und Verfassungsrecht vereinbar.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Literaturverzeichnis

Abello, Alexandra, La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle, Droit et Économie, Paris 2008.

Aden, Abdurahman H. Hussen, Die Industrialisierungsbestrebung der Staaten des ostafrikanischen Raumes und die sich daraus ergebenden Konsequenzen für die Gestaltung ihrer Patentschutzsysteme, dargestellt am Beispiel Kenias, Ugandas und Tansanias, zugl. Diss. Univ. Berlin 1973, Berlin 1973.

Alix, Yves, Les exceptions bénéficiant aux bibliothèques, la révolution?, Revue Lamy Droit de l'Immatériel 25 (2007), supplément, 25-28.

Alleaume, Christophe, Les exceptions au bénéfice des bibliothèques, des musées et des services d'archives, Légicom 39 (2007), 25-31.

–, Les exceptions de pédagogie et de recherche, Communication Commerce électronique 11/2006, 11-17.

–, L'exception de pédagogie et de recherche: Contenu, Légicom 39 (2007), 47-56.

Allfeld, Philipp, Das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst. Kommentar zu dem Gesetze vom 19. Juni 1901 sowie zu den internationalen Verträgen zum Schutze des Urheberrechts, 2. Aufl., München 1928.

Amstutz, Marc/Reinert, Mani (Hrsg.), Kartellgesetz, 1. Aufl., Basel 2010, zit.: *Bearbeiter*, in: *Amstutz/Reinert*, KG[1].

Anderman, Steven, Does the Microsoft Case offer a New Paradigm for the „Exceptional Circumstances" Test and Compulsory Copyright Licenses under EC Competition Law?, Competition Law Review 2/2004, 7-22.

–/Schmidt, Hedvig, EU Competition Law and Intellectual Property Rights. The Regulation of Innovation, 2. Aufl., Oxford 2011.

Ann, Christoph, Die idealistische Wurzel des Schutzes geistiger Leistungen, GRUR Int. 2004, 597-603.

Auer, Marietta, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit. Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens, zugl. Diss. Univ. München 2003, Tübingen 2005.

Auroux, Jean-Baptiste, Universal/Deezer: la guerre des droits n'aura pas lieu, Revue Lamy Droit de l'Immatériel 76 (2011), 22-30.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Axhamn, Johan/Guibault, Lucie, Cross-border extended collective licensing: A solution to online dissemination of Europe's cultural heritage?, Amsterdam 2011, abrufbar unter: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2001347 (zuletzt besucht am 10.5.2015).

–/–, Solving Europeana's Mass-Digitization Issues Through Extended Collective Licensing?, Nordiskt Immateriellt Rättsskydd 2011, 509-516.

Ayres, Ian/Talley, Eric, Solomonic Bargaining: Dividing a Legal Entitlement To Facilitate Coasean Trade, 104 Yale Law Journal 1027-1117 (1995).

Azéma, Jacques/Galloux, Jean-Christophe, Droit de la propriété industrielle, 7. Aufl., Paris 2012.

Azer, Sandy, A Three-Tiered Public Policy Approach to Copyright Misuse in the Context of Tying Arrangements, 82 Fordham Law Review 81-125 (2013).

Bajon, Benjamin, Interessenausgleich im Wissenschaftsurheberrecht? Wissenschaftsschranken nach dem „Zweiten Korb" der Urheberrechtsreform, Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster, Reihe III, Band 3, Münster 2010.

Banck, Manuel, Der Kontrahierungszwang der Verwertungsgesellschaften gemäß § 11 WahrnG und seine Ausnahmen, Schriften zum deutschen und internationalen Persönlichkeits- und Immaterialgüterrecht, Band 31, Göttingen 2012.

Bartmann, Jeannine, Grenzen der Monopolisierung durch Urheberrechte am Beispiel von Datenbanken und Computerprogrammen. Eine rechtsvergleichende Studie des europäischen, deutschen und US-amerikanischen Rechts, FIW-Schriftenreihe, Köln 2005.

Batista, Pedro Henrique D./Mazutti, Gustavo Cesar, Comment on „Huawei Technologies" (C-170-13): Standard Essential Patents and Competition Law – How Far Does the CJEU Decision Go?, IIC 2016, 244-253.

Bauer, Steffen, Verfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz in Frankreich, Schriftenreihe Europäisches Recht, Politik und Wirtschaft, Band 207, Baden-Baden 1998.

Bauer, Stephan/Einem, Götz von, Handy-TV – Lizenzierung von Urheberrechten unter Berücksichtigung des „2. Korbs", MMR 2007, 698-701.

Bauer, Wilko, Hegels Theorie des geistigen Eigentums, Hegel-Studien 41 (2006), 51-89.

Bäuerle, Michael, Open Access zu hochschulischen Forschungsergebnissen? Wissenschaftsfreiheit in der Informationsgesellschaft, in: *Britz,*

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gabriele (Hrsg.), Forschung in Freiheit und Risiko, Tübingen 2012, S. 1-16.

Baumbach, Adolf (Begr.)/*Hefermehl, Wolfgang* (Hrsg.), Wettbewerbsrecht. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zugabeverordnung, Rabattgesetz und Nebengesetze, 22. Aufl., München 2001, zit.: *Baumbach/Hefermehl*, UWG[22].

Baumbach, Adolf (Begr.)/*Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter*, Zivilprozessordnung mit FamFG, GVG und anderen Nebengesetzen, 72. Aufl., München 2014, zit.: *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO[72].

Baumol, William J./Panzar, John C./Willig, Robert D., Contestable Markets and The Theory of Industry Structure, New York 1982.

Bechtold, Rainer/Bosch, Wolfgang/Brinker, Ingo, EU-Kartellrecht. Kommentar, 3. Aufl., München 2014.

Bechtold, Stefan, The Present and Future of Digital Rights Management – Musings on Emerging Legal Problems, in: *Becker, Eberhard/Buhse, Willms/Günnewig, Dirk/Rump, Niels* (Hrsg.), Digital Rights Management – Technological, Economic, Legal and Political Aspects, Berlin 2003, S. 597-654, zit.: *Bechtold*, in: *Becker/Buhse/Günnewig/Rump*, Digital Rights Management.

–, Vom Urheber- zum Informationsrecht. Implikationen des Digital Rights Management, Information und Recht, Band 33, München 2002, zit.: *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht.

–, Zur rechtsökonomischen Analyse im Immaterialgüterrecht, GRUR Int. 2008, 484-488.

Beier, Friedrich-Karl, Ausschließlichkeit, gesetzliche Lizenzen und Zwangslizenzen im Patent- und Musterrecht, GRUR 1998, 185-195.

–, Mißbrauch einer beherrschenden Stellung durch Ausübung gewerblicher Schutzrechte?, in: *Westermann, Harm Peter/Rosener, Wolfgang* (Hrsg.), Festschrift für Karl-Heinz Quack zum 65. Geburtstag am 3. Januar 1991, Berlin 1991, S. 15-32, zit.: *Beier*, in: *Westermann/Rosener*, FS Quack.

Beier, Nils, Die urheberrechtliche Schutzfrist. Eine historische, rechtsvergleichende und dogmatische Untersuchung der zeitlichen Begrenzung, ihrer Länge und ihrer Harmonisierung in der Europäischen Gemeinschaft, Urheberrechtliche Abhandlungen des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht, München, Band 37, München 2001.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Belke, Rolf, Die Geschäftsverweigerung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 16, Tübingen 1966.

Benabou, Valérie-Laure, European competition law and copyright: where do we stand? where do we go?, in: *Derclaye, Estelle* (Hrsg.), Research handbook on the future of EU copyright, Cheltenham 2009, S. 543-566, zit.: *Benabou*, in: *Derclaye*, Research handbook on the future of EU copyright.

–, Les publications scientifiques: faut-il choisir entre libre accès et libre recherche?, Hermès 57 (2010), 95-106.

–, Puiser à la source du droit d'auteur, Revue internationale du droit d'auteur 192 (2002), 3-109.

Benhamou, Françoise/Farchy, Joëlle, Le droit d'auteur et copyright, 3. Aufl., Paris 2014.

Benkard, Georg (Begr.), Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, 10. Aufl., München 2006, zit.: *Bearbeiter*, in: *Benkard*, PatG[10].

Benkler, Yochai, An Unhurried View of Private Ordering in Information Transactions, 53 Vanderbilt Law Review 2063-2080 (2000).

–, Intellectual Property and the Organization of Information Production, 22 International Review of Law and Economics 81-99 (2002).

Bensinger, Viola, Sui-generis-Schutz für Datenbanken. Die EG-Datenbankrichtlinie vor dem Hintergrund des nordischen Rechts, Schriftenreihe Information und Recht, Band 4, München 1999.

Bergé, Jean-Sylvestre, La protection internationale et communautaire du droit d'auteur. Essai d'une analyse conflictuelle, zugl. Diss. Univ. Panthéon-Sorbonne (Paris I) 1995, Paris 1995.

Berger, Christian, Aktuelle Entwicklungen im Urheberrecht – Der EuGH bestimmt die Richtung, ZUM 2012, 353-361.

Bernault, Carine, Interoperability and European Copyright Law Codification, in: *Synodinou, Tatiana-Eleni* (Hrsg.), Codification of European Copyright Law. Challenges and Perspectives, Alphen aan den Rjin 2012, S. 305-316, zit.: *Bernault*, in: *Synodinou*, Codification of European Copyright Law.

–, La loi du 1er août 2006 et l'interopérabilité: éléments pour décoder, Revue Lamy Droit de l'Immatériel 19 (2006), 59-65.

–, L'interopérabilité, invitée surprise, Revue Lamy Droit de l'Immatériel 25 (2007), supplément, 6-10.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Berns, Eva, Marktmachtmissbrauch auf Ersatzteilmärkten im deutschen, europäischen und US-amerikanischen Markt, Europäisches Wirtschaftsrecht, Band 10, Lohmar 2013.

Bertelsmann SE & Co. KGaA, Geschäftsbericht 2014, abrufbar unter: http://www.bertelsmann.de/news-und-media/materialien/finanzberichte/ (zuletzt besucht am 10.5.2015).

Bertschinger, Christoph/Münch, Peter/Geiser, Thomas (Hrsg.), Handbücher für die Anwaltspraxis, Band 6: Schweizerisches und europäisches Patentrecht, Basel 2002, zit.: *Bearbeiter*, in: *Bertschinger/Münch/Geiser*, Hdb Schweizerisches und europäisches PatentR.

Besen, Stanley M./Manning, Willard G. Jr./Mitchell, Bridger M. Jr., Copyright Liability for Cable Television: Compulsory Licensing and the Coase Theorem, 21 Journal of Law and Economics 67-95 (1978).

Beunen, Annemarie Christiane, Protection for databases. The European database directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom, Nijmegen 2007.

Bibliothèque nationale de France, Rapport d'actvité 2013 – Annexe 1. La BnF en chiffres, 2014, abrufbar unter: http://webapp.bnf.fr/rapport/html/annexes/bnf_chiffres.htm (zuletzt besucht am 10.5.2015).

Bischoffshausen, Albrecht, Die ökonomische Rechtfertigung der urheberrechtlichen Schutzfrist. Analyse der Schutzfrist de lege lata und de lege ferenda aus historischer, dogmatischer und rechtsökonomischer Sicht, Schriften zum geistigen Eigentum und zum Wettbewerbsrecht, Band 57, Baden-Baden 2013.

Bitan, Hubert, La loi DADVSI, ou la nécessité de clarifier les notions d'interopérabilité et de mesure technique, Revue Lamy Droit de l'Immatériel 29 (2007), 64-69.

Björk, Bo-Christer/Laakso, Mikael/Welling, Patrik/Paetau, Patrik, Anatomy of Green Open Access, 65 Journal of the American Society for Information Science and Technology 237-250 (2014).

–/Paetau, Patrik, Open Access to the Scientific Journal Literature – Status and Challenges for the Information Systems Community, 38 Bulletin of of the American Society for Information Science and Technology 39-44 (2012).

–/Solomon, David, Open access versus subscription journals: a comparison of scientific impact, BMC Medicine 2012, 10:73, DOI: 10.1186/1741-7015-10-73.

–/Welling, Patrik/Laakso, Mikael/Majlender, Peter/Hedlund, Turid/Guðnason, Guðni, Open Access to the Scientific Journal Literature: Situa-

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tion 2009, 5(6) PLoS ONE e11273 (2010), DOI: 10.1371/journal.pone.0011273.

Blanken, Christina, Wettbewerbsrechtliche und immaterialgüterrechtliche Probleme des Zubehör- und Ersatzteilgeschäftes, Mannheimer Schriften zum Unternehmensrecht, Band 3, Baden-Baden 2008.

Bläsi, Christoph/Rothlauf, Franz, On the Interoperability of eBook Formats, Brüssel 2013, abrufbar unter: http://wi.bwl.uni-mainz.de/publikationen/InteroperabilityReportGutenbergfinal07052013.pdf (zuletzt besucht am 10.5.2015).

Block, Jonas, Achtzehn Monate nach EuGH „Huawei/ZTE" – Die Rechtsprechung der deutschen Instanzgerichte, GRUR 2017, 121-127.

Blocman, Amélie, Streaming: le CSA se prononce dans le différend opposant France Télévisions à Playmédia, IRIS 2013-8/15.

Bohne, Michael/Elmers, Christine, Die Digitalisierung von Wissen in der Informationsgesellschaft und ihre rechtliche Regulierung, WRP 2009, 586-599.

Boisson, Alexis, La licence de droit d'auteur, Fédération Nationale pour le Droit de l'Entreprise, Band 86, Paris 2013.

Bonet, Georges, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 5.10.1988 – „CICRA/Régie Renault" u. „Volvo/Veng", Revue trimestrielle de droit européen 1990, 720-726.

Boni, Manfred, Analoges Geld für digitale Zeilen: der Publikationsmarkt der Wissenschaft, Leviathan 2010, 293-312.

Bornkamm, Joachim, Der Dreistufentest als urheberrechtliche Schrankenbestimmung. Karriere eines Begriffs, in: *Ahrens, Hans-Jürgen/Bornkamm, Joachim/Gloy, Wolfgang/Starck, Joachim/Ungern-Sternberg, Joachim von* (Hrsg.), Festschrift für Willi Erdmann zum 65. Geburtstag, Köln 2002, S. 29-48.

Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V., Von der Perspektive zur Relevanz – Das E-Book in Deutschland 2012, Frankfurt am Main 2013, abrufbar unter: http://www.boersenverein.de/de/portal/E_Book_Studie/654136 (zuletzt besucht am 10.5.2015).

Bouche, Nicolas, Conditions du droit sui generis du producteur de base de données, Propriété industrielle 6/2010, 40-42.

Bouchet-Le Mappian, Émilie, Propriété intellectuelle et droit de propriété. Droit comparé anglais, allemand et français, Rennes 2013.

Boulanger, Jean, Principes généraux du droit et droit positif, in: Le droit privé français au milieu du XX. siècle. Études offertes à Georges Ripert, Band 1, Paris 1950, S. 51-74.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bramble, Nicholas, Preparing Academic Scholarship for an Open Access World, 20 Harvard Journal of Law & Technology 209-233 (2006).

Breyer, Stephen, The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs, 84 Harvard Law Review 281-351 (1970).

Brintzinger, Klaus-Rainer, Piraterie oder Allmende der Wissenschaften? Zum Streit um Open Access und der Rolle von Wissenschaft, Bibliotheken und Markt bei der Verbreitung von Forschungsergebnissen, Leviathan 2010, 331-346.

Brooks, Thom, Natural Law Internalism, in: *Brooks, Thom* (Hrsg.), Hegel's Philosophy of Right, Malden 2012, S. 167-179.

Bruguière, Jean-Michel, Anmerkung zu Cass. civ., Urt. v. 9.6.2011 – „Mme Char/époux du Bouchet", Propriétés intellectuelles 41 (2011), 394-396.

–, Anmerkung zu TGI Paris, Beschl. v. 5.9.2011 – „SAS Universal Music France c/ SAS Blogmusik", Propriétés intellectuelles 42 (2012), 36-37.

–, Gestion collective – Œuvres indisponibles. Loi du 1er mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XXe siècle. Régime du livre indisponible (Première partie), Propriétés intellectuelles 44 (2012), 346-348.

–, Gestion collective – Œuvres indisponibles. Loi du 1er mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XXe siècle. Régime du livre indisponible (Seconde partie), Propriétés intellectuelles 44 (2012), 411-412.

–, La loi du 1er mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XXe siècle est constitutionnelle, Communication Commerce électronique 4/2014, 9-12.

–, Le droit à l'interopérabilité, Communication Commerce électronique 2/2007, 8-13.

–, L'interopérabilité et les droits et libertés fondamentaux, in: *Centre Universitaire d'Enseignement et de Recherche en Propriété Industrielle* (Hrsg.), Que reste-t-il du droit d'auteur après la loi du 1er août 2006? Actes du colloque de CUERPI, Grenoble, 24 novembre 2006, Paris 2008, S. 98-105, zit.: *Bruguière*, in: *CUERPI*, Que reste-t-il du droit d'auteur après la loi du 1er août 2006?

–/Deprez, Pierre, Les sept nouveaux chapitres du droit du livre numérique, Légipresse 312 (2014), 19-27.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

–/*Dumont, Frédéric*, La question prioritaire de constitutionnalité dans le droit de la propriété intellectuelle, Communication Commerce électronique 5/2010, 6-14.

Büchner, Wolfgang, Wie kommt der Ball ins Netz? Fußball im IPTV und Mobile-TV, CR 2007, 473-480.

Buhrow, Astrid/Nordemann, Jan Bernd, Grenzen ausschließlicher Rechte geistigen Eigentums durch Kartellrecht (Q 187), GRUR Int. 2005, 407-419.

Bureau de l'Union internationale pour la protection des œuvres, Actes de la conférence réunie à Rome du 7 mai au 2 juin 1928, Bern 1929, zit.: *WIPO*, Actes 1928.

Burk, Dan L., Intellectual Property in the Cathedral, ZGE 2012, 405-418.

Busche, Jan, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, Jus Privatum, Band 40, Tübingen 1999, zit.: *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang.

–/*Stoll, Peter-Tobias/Wiebe, Andreas* (Hrsg.), TRIPs. Internationales und europäisches Recht des geistigen Eigentums. Kommentar, 2. Aufl., Köln 2013, zit.: *Bearbeiter*, in: *Busche/Stoll/Wiebe*, TRIPS[2].

Busse, Rudolf (Begr.), Patentgesetz unter Berücksichtigung des Europäischen Patentübereinkommens und des Patentzusammenarbeitsvertrags, mit Patentkostengesetz, Gebrauchsmustergesetz und Gesetz über den Schutz der Topographien von Halbleitererzeugnissen, Gesetz über Arbeitnehmererfindungen und Gesetz über internationale Patentübereinkommen, Gebrauchsmustergesetz, hrsg. v. *Keukenschrijver, Alfred*, 7. Aufl., Berlin 2013, zit.: *Bearbeiter*, in: *Busse*, PatG[7].

Bydlinski, Franz, Kontrahierungszwang und Anwendung allgemeinen Zivilrechts, JZ 1980, 378-385.

–, Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwangs, AcP 180 (1980), 23-46.

Calabresi, Guido/Melamed, A. Douglas, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, 85 Harvard Law Review 1089-1128 (1972).

Calandrillo, Steve, An Economic Analysis of Intellectual Property Rights: Justifications and Problems of Exclusive Rights, Incentives to Generate Information, and the Alternative of a Government-Run Reward System, 9 Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal 301-360 (1998).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta. Kommentar, 4. Aufl., München 2011, zit.: *Bearbeiter*, in: *Callies/Ruffert*, EUV/AEUV[4].

Calvet, Hugues/Desurmont, Thierry, L'arrêt Magill: Une décision d'espèce?, Revue internationale du droit d'auteur 167 (1996), 2-67.

Capitant, Henri, Sur l'abus des droits, Revue trimestrielle de droit civil 1928, 365-376.

Caprioli, Éric A., Mesures techniques de protection e d'information des droits d'auteur, Communication Commerce électronique 10/2006, 25-31.

Caron, Christophe, Abus de droit et droit d'auteur, Le Droit des Affaires. Propriété Intellectuelle, Band 17, Paris 1998, zit.: *Caron*, Abus de droit et droit d'auteur.

–, Abus de droit et droit d'auteur. Une Illustration de la confrontation du droit special et du droit commun en droit civil français, Revue internationale du droit d'auteur 176 (1998), 2-81.

–, Anmerkung zu Cass. com., Urt. v. 12.7.2005 – „Sté NMPP c/ Sté MLP", Communication Commerce électronique 10/2005, 27-28.

–, Anmerkung zu Cass. com., Urt. v. 26.11.2003 – „Sté TF1/Sté Éditions Montparnasse", La Semaine Juridique Edition Générale 2010, 337.

–, Anmerkung zu TGI Paris, Beschl. v. 5.9.2011 – „SAS Universal Music France c/ SAS Blogmusik", Communication Commerce électronique 11/2011, 39-40.

–, Droit d'auteur et droits voisins, 3. Aufl., Paris 2013, zit.: *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins.

–, La loi du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, Communication Commerce électronique 10/2006, 8-13.

–, La nouvelle loi sous les fourches caudines du Conseil constitutionnel, Communication Commerce électronique 10/2006, 33-35.

Carre, Stéphanie, France, in: *Hilty, Reto M./Nérisson, Sylvie* (Hrsg.), Balancing Copyright – A Survey of National Approaches, Berlin 2012, S. 387-429.

Cassler, Robert, Copyright Compulsory Licenses – Are They Coming or Going?, 37 Journal of the Copyright Society of the U.S.A. 231-261 (1990).

Castets-Renard, Céline, L'annuaire France Télécom protégé par le droit sui generis des bases de données, Revue Lamy Droit de l'Immatériel 62 (2010), 12-15.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Centre Européen de la Consommation, Vergleichsstudie über Medikamentenpreise in Deutschland und Frankreich – Aus der französischen Studie übersetzt ins Deutsche –, Kehl 2012, abrufbar unter: http://www.eu-verbraucher.de/de/verbraucherthemen/gesundheit-in-der-eu/der-kauf-von-medikamenten/medikamentenpreise/ (zuletzt besucht am 10.5.2015).

Chamberlin, Edward Hastings, The Theory of Monopolistic Competition. A Re-orientation of the Theory of Value, 7. Aufl., Cambridge 1958.

Chanier, Thierry, Archives ouvertes et publication scientifique. Comment mettre en place l'accès libre aux résultats de la recherche?, Paris 2005.

Chartron, Ghislaine, Scénarios prospectifs pour l'édition scientifique, Hermès 57 (2010), 123-129.

Christiansen, H. Lund, The Nordic licensing systems – extended collective agreement licensing, European Intellectual Property Review 13 (1991), 346-349.

Ciresa, Meinhard (Hrsg.), Österreichisches Urheberrecht. Kommentar, 17. Ergänzungslieferung, Wien 2014, zit.: *Bearbeiter*, in: *Ciresa*, öUrhR[17].

Clad, Franz, Die Zwangslizenz des § 11 des Patentgesetzes, zugl. Diss. Univ. Leipzig 1922, Weida in Thüringen 1922.

Clement, Michel, Die verschlafene Digitalisierung, in: *Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie* (Hrsg.), Initiative Kultur- und Kreativwirtschaft. Branchenhearing Buchmarkt, 2009, abrufbar unter: http://www.kultur-kreativ-wirtschaft.de/KuK/Navigation/Mediathek/publikationen,did=328628.html (zuletzt besucht an 10.5.2015), S. 46-47.

Coase, Ronald, The Problem of Social Cost, 3 Journal of Law and Economics 1-44 (1960).

Cohen Jehoram, Herman, Einige Grundsätze zu den Ausnahmen im Urheberrecht, GRUR Int. 2001, 807-810.

–, Restrictions on copyright and their abuse, European Intellectual Property Review 27 (2005), 359-364.

Cohen, Julie E., Copyright and the Perfect Curve, 53 Vanderbilt Law Review 1799-1819 (2000).

–, Lochner in Cyberspace: The New Economic Orthodoxy of Rights Management, 97 Michigan Law Review 462-563 (1998).

Comité d'éthique au CNRS, Avis sur le libre accès aux publications scientifiques (« open access »), 2012, abrufbar unter: http://www.cnrs.fr/comets/IMG/pdf/007-avis-oa-120629.pdf (zuletzt besucht am 10.5.2015), zit.: *CNRS*, Avis sur le libre accès aux publications scientifiques (« open access »).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Comité d'éthique au CNRS, Avis sur les relations entre chercheurs et maisons d'édition scientifique, 2011, abrufbar unter: http://www.cnrs.fr/comets/IMG/pdf/03-avis_relations-chercheurs-maisons-edition-2.pdf (zuletzt besucht am 10.5.2015), zit.: *CNRS*, Avis sur les relations entre chercheurs et maisons d'édition scientifique.

Conde Gallego, Beatritz, Unilateral refusal to licence indispensable intellectual property rights – US and EU approaches, in: *Drexl, Josef* (Hrsg.), Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, Cheltenham 2008, S. 215-238; zit.: *Conde Gallego*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law.

–, Die Anwendung des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots auf „unerlässliche" Immaterialgüterrechte im Lichte der IMS Health- und Standard-Spundfass-Urteile, GRUR Int. 2006, 16-28.

Costes, Lionel, Anmerkung zu TGI Paris, Beschl. v. 5.9.2011 – „SAS Universal Music France c/ SAS Blogmusik", Revue Lamy Droit de l'Immatériel 75 (2011), 22-23.

Courtinat, Aurélie, Le magnétoscope numérique online contraint de suspendre son activité, IRIS 2009-1:11/17.

Croskery, Patrick, Institutional Utilitarianism and Intellectual Property, 68 Chicago-Kent Law Review 631-657 (1993).

Dahn, Felix, Deutsches Rechtsbuch. Ein Spiegel des heutigen bürgerlichen Rechts in Deutschland, Nürdlingen 1877.

Dallmeier-Tiessen, Suenje/Goerner, Bettina/Darby, Robert/Hyppoelae, Jenni/Igo-Kemenes, Peter/Kahn, Deborah/Lambert, Simon/Lengenfelder, Anja/Leonard, Chris/Mele, Salvatore/Polydoratou, Panayiota/Ross, David/Ruiz-Perez, Sergio/Schimmer, Ralf/Swaisland, Mark/van der Stelt, Wim, Open Access Publishing – Models and Attrinbutes, 2010, abrufbar unter: http://edoc.mpg.de/get.epl?fid=71514&did=478647&ver=0 (zuletzt besucht am 10.5.2015).

Dallon, Craig W., The Problem with Congress and Copyright Law: Forgetting the Past and Ignoring the Public Interest, 44 Santa Clara Law Review 365-455 (2004).

Davies, Gillian, Copyright and the public interest, 2. Aufl., London 2002.

Davison, Mark J./Hugenholtz, P. Bernt, Football fixtures, horseraces and spin offs: the ECJ domesticates the database right, European Intellectual Property Review 27 (2005), 113-118.

De Bellescize, Diane/Franceschini, Laurence, Droit de la communication, 2. Aufl., Paris 2011.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Decocq, Georges, Anmerkung zu Cass. com., Urt. v. 26.11.2003 – „Sté TF1/Sté Éditions Montparnasse", Communication Commerce électronique 2/2004, 36-37.

–, Anmerkung zu Cass. com., Urt. v. 12.7.2005 – „Sté NMPP c/ Sté MLP", Communication Commerce électronique 10/2005, 39-40.

Deffains, Bruno/Langlais, Éric, Analyse économique du droit. Principes, méthodes, résultats, Brüssel 2009.

Demaret, Paul, Patent- und Urheberrechtsschutz, Zwangslizenzen und freier Warenverkehr im Gemeinschaftsrecht, GRUR Int. 1987, 1-14.

Demsetz, Harold, Toward a Theory of Property Rights, 57 The American Economic Review 347-359 (1967).

Denicola, Robert C., Copyright and Open Access: Reconsidering University Ownership of Faculty Research, 85 Nebraska Law Review 351-382 (2006).

Derclaye, Estelle, Intellectual Property Rights on Information and Market Power – Comparing European and American Protection of Databases, IIC 2007, 275-298.

–, The Legal Protection of Databases. A Comparative Analysis, Cheltenham 2008, zit.: *Derclaye*, The Legal Protection of Databases.

Derieux, Emmanuel, Exploitation numérique des livres indisponibles, Revue Lamy Droit de l'Immatériel 103 (2014), 33-36.

–, Le régime juridique de l'exploitation numérique des livres indisponibles du XXe siècle. Cheval de Troie de Google? Loi n° 2012-287 du 1er mars 2012, Revue Lamy Droit de l'Immatériel 87 (2012), 64-72.

Deutsche Forschungsgemeinschaft e.V. (Hrsg.), Publikationsstrategien im Wandel? Ergebnisse einer Umfrage zum Publikations- und Rezeptionsverhalten unter besonderer Berücksichtigung von Open Access, Weinheim 2005.

Deutsche Nationalbibliothek, Jahresbericht 2013, Leipzig 2014, abrufbar unter: http://www.dnb.de/DE/Wir/Publikationen/jahresberichte.html (zuletzt besucht am 10.5.2015).

Dietz, Adolf, Das Droit Moral des Urhebers im neuen französischen und deutschen Urheberrecht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Urheberrechtliche Abhandlungen des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht, München, Band 7, München 1968, zit.: *Dietz*, Das Droit Moral.

–, Frankreich – Gesetz Nr. 2006-961 vom 1. August 2006 über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (Loi

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

n° 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information), GRUR Int. 2007, 692-704.

–, Französischer Dualismus und deutscher Monismus im Urheberrecht – ein Scheingegensatz?, in: *Ahrens, Hans-Jürgen/Bornkamm, Joachim/Gloy, Wolfgang/Starck, Joachim/Ungern-Sternberg, Joachim von* (Hrsg.), Festschrift für Willi Erdmann zum 65. Geburtstag, Köln 2002, S. 63-[…], zit.: *Dietz*, in: *Ahrens/Bornkamm/Gloy/Starck/v. Ungern-Sternberg*, FS Erdmann.

–, Verfassungsklauseln und Quasi-Verfassungsklauseln zur Rechtfertigung des Urheberrechts – gestern, heute und morgen, GRUR Int. 2006, 1-9.

Dillaerts, Hans, Libre accès à la communication scientifique et contexte français: prospective, développement et enjeux pour la créativité et l'interdisciplinarité?, Diss. Conservatoire national des arts et metiers, 2012, abrufbar unter: http://tel.archives-ouvertes.fr/docs/00/76/84/32/PDF/these_hans_dillaerts_version_finale.pdf (zuletzt besucht am 10.5.2015).

Dingley, Brenda, U.S. Periodical Prices – 2005, abrufbar unter: http://www.ala.org/alcts/sites/ala.org.alcts/files/content/resources/collect/serials/ppi/05usppi.pdf (zuletzt besucht am 10.5.2015).

Dittrich, Robert, Zur Auslegung des Art 11bis Abs 1 und 2 RBÜ, RfR 1982, 25-37.

Dörr, Oliver/Schmalenbach, Kirsten (Hrsg.), Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary, Berlin 2012, zit.: *Bearbeiter*, in: *Dörr/Schmalenbach*, Vienna Convention on the Law of Treaties[1].

Drahos, Peter, A Philosophy of Intellectual Property, Aldershot 1996.

Dreier, Thomas, Balancing Proprietary and Public Domain Interests: Inside or Outside of Proprietary Rights?, in: *Dreyfuss, Rochelle C./Zimmerman, Diane L./First, Harry* (Hrsg.), Expanding the Boundaries of Intellectual Property. Innovation Policy for the Knowledge Society, Oxford 2001, S. 295-316, zit.: *Dreier*, in: *Dreyfuss/Zimmerman/First*, Expanding the Boundaries of Intellectual Property.

–, Das WITTEM-Projekt eines „European Copyright Code", ZEuP 2011, 831-850.

–, Interopérabilité: la France, un example à suivre?, Propriétés intellectuelles 25 (2007), 419-422.

–, Kabelweiterleitung und Urheberrecht. Eine vergleichende Darstellung, Urheberrechtliche Abhandlungen des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht,

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

München, Band 25, München 1991, zit.: *Dreier*, Kabelweiterleitung und Urheberrecht.

–, Kompensation und Prävention. Rechtsfolgen unerlaubter Handlung im Bürgerlichen, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Jus Privatum, Band 71, Tübingen 2002, zit.: *Dreier*, Kompensation und Prävention.

–, Primär- und Folgemärkte, in: *Schricker, Gerhard/Dreier, Thomas/Kur, Annette* (Hrsg.), Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, Baden-Baden 2001, S. 51-81, zit.: *Dreier*, in: *Schricker/Dreier/Kur*, Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation.

–, Rechtsschutz von Computerprogrammen. Die Richtlinie des Rates der EG vom 14. Mai 1991, CR 1991, 577-584.

–, The Wittem Project of a European Copyright Code, in: *Geiger, Christophe* (Hrsg.), Constructing European Intellectual Property, Achievements and New Perspectives, Cheltenham 2013, S. 292-313, zit.: *Dreier*, in: *Geiger*, Constructing European Intellectual Property.

–, Urheberrecht an der Schwelle des 3. Jahrtausends. Einige Gedanken zur Zukunft des Urheberrechts, CR 2000, 45-50.

–/Krasser, Rudolf, Das französische Gesetzbuch des geistigen Eigentums (Legislativer Teil). Code de la propriété intellectuelle (Partie législative). Zweisprachige Textausgabe mit Einführungen, Weinheim 1994.

–/Leistner, Matthias, Urheberrecht im Internet: die Forschungsherausforderungen, GRUR 2013, 881-897.

–/Schulze, Gernot (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz. Kommentar, 5. Aufl., München 2015, zit.: *Bearbeiter*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5].

Drexl, Josef, Abuse of Dominance in Licensing and Refusal to License – A „More Economic Approach" to Competition by Imitation and to Competition by Substitution, in: *Ehlermann, Claus-Dieter/Atansiu, Isabela* (Hrsg.), European Competition Law Annual 2005. The Interaction between Competition Law and IP Law, Oxford 2007, S. 647-664, zit.: *Drexl*, in: *Ehlermann/Atansiu*, The Interaction between Competition Law and IP Law.

–, Analyse concurrentielle, protection des bases de données et perspective allemande, in: *Institut de Recherche en Propriété Intellectuelle* (Hrsg.), La propriété intellectuelle en question(s) – Regards croisés européens. Colloque 16-17 juin 2005, Le Droit des Affaires. Propriété Intellectuelle, Band 27, Paris 2006, S. 73-84, zit.: *Drexl*, in: *IRPI*, La propriété intellectuelle en question(s).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

–, Competition in the field of collective management: Preferring „creative competition“ to economic efficiency in European copyright law, in: *Torremans, Paul* (Hrsg.), Copyright Law. A Handbook of Contemporary Research, Cheltenham/Northampton 2007, S. 255-282, zit.: *Drexl*, in: *Torremans*, Copyright Law.

–, Copyright, Competition and Development. Report by the Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, Munich, 2013, abrufbar unter: http://www.ip.mpg.de/de/aktuelles/copyright_competition_and_development.html (zuletzt besucht am 10.5.2015), zit.: *Drexl*, Copyright, Competition and Development.

–, Die Verweigerung der Offenlegung von Unternehmensgeheimnissen als Missbrauch marktbeherrschender Stellung, in: *Hilty, Reto M./Drexl, Josef/Nordemann, Wilhelm* (Hrsg.), Schutz von Kreativität und Wettbewerb. Festschrift für Ulrich Loewenheim zum 75. Geburtstag, München 2009, S. 437-455, zit.: *Drexl*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim.

–, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers. Eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Bezüge, Jus Privatum, Band 31, Tübingen 1998, zit.: *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers.

–, Diritto d’autore in ambiente digitale: dall’efficienza „economica“ all’efficienza „normativa“, in: *Montagnani, Maria Lillà/Borghi,* Maurizio (Hrsg.), Proprietà digitale. Dirittti d’autore, nuove tecnologie e digital rights management, Mailand 2006, S. 53-70, zit.: *Drexl*, in: *Montagnani/Borghi*, Proprietà digitale.

–, Entwicklungsmöglichkeiten des Urheberrechts im Rahmen des GATT. Inländerbehandlung, Meistbegünstigung, Maximalschutz – eine prinzipienorientierte Betrachtung im Lichte bestehender Konventionen –, Münchener Universitätsschriften. Reihe der Juristischen Fakultät, Band 80, München 1990, zit.: *Drexl*, Entwicklungsmöglichkeiten des Urheberrechts im Rahmen des GATT.

–, Immaterialgüterrechte zwischen Innovationsförderung durch Monopole und Wettbewerbsbeschränkung, in: *Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb* (Hrsg.), Innovation und Wettbewerb. Referate des XLII. FIW-Symposions, Köln 2009, S. 21-50, zit.: *Drexl*, in: *FIW*, Innovation und Wettbewerb.

–, Intellectual Property and Antitrust Law IMS Health and Trinko – Antitrust Placebo for Consumers Instead of Sound Economics in Refusal-to-Deal Cases, IIC 2004, 788-808.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

–, Intellectual Property Rights as Constituent Elements of a Competition-based Market Economy, in: *Ghidini, Gustavo/Genovesi, Luis Mariano* (Hrsg.), Intellectual Property and Market Power. ATRIP Papers 2006-2007, Buenos Aires 2008, S. 167-178, zit.: *Drexl*, in: *Ghidini/Genovesi*, Intellectual Property and Market Power.

–, Is there a „more economic approach" to intellectual property and competition law?, in: *Drexl, Josef* (Hrsg.), Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, Cheltenham 2008, S. 27-53; zit.: *Drexl*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law.

–, Nach „GATT und WIPO": Das TRIPs-Abkommen und seine Anwendung in der Europäischen Gemeinschaft, GRUR Int. 1994, 777-788.

–, The relationship between the legal exclusivity and economic market power. Links and limits, in: *Govaere, Inge/Ullrich, Hanns* (Hrsg.), Intellectual Property, Market Power and the Public Interest, Brüssel 2008, S. 13-33, zit.: *Drexl*, in: *Govaere/Ullrich*, Intellectual Property, Market Power and the Public Interest.

–, Zur Anwendung des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbots bei Immaterialgüterrechten: Die Entscheidung des BGH in „Elektronischer Programmführer", in: *Büscher, Wolfgang/Erdmann, Willi/Haedicke, Maximilian/Köhler, Helmut/Loschelder, Michael* (Hrsg.), Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag, 2014, S. 131-147, zit.: *Drexl*, in: *Büscher/Erdmann/Haedicke/Köhler/Loschelder*, FS Bornkamm.

–/Conde Gallego, Beatriz/Enchelmaier, Stefan/Leistner, Matthias/Mackenrodt, Mark-Oliver, Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law on the Directorate – General Competition Discussion Paper of December 2005 on the Application of Art. 82 of the EC Treaty to Exclusionary Abuses, IIC 2006, 558-572.

–/Hilty, Reto M./Kur, Annette, Designschutz für Ersatzteile – Der Kommissionsvorschlag zur Einführung einer Reparaturklausel, GRUR Int. 2005, 449-457.

Dreyer, Gunda/Kotthoff, Jost/Meckel, Astrid (Hrsg.), Urheberrecht. Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz, 3. Aufl., Heidelberg 2013, zit.: *Bearbeiter*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3].

Dubini, Paola/di Trani, Francesco/Micheli, Maria Rita, PEER Economics Report, 2011, abrufbar unter: http://www.peerproject.eu/fileadmin/media/reports/PEER_Economics_Report.pdf (zuletzt besucht am 10.5.2015).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Durand, Paul, La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel, Revue trimestrielle de droit civil 1944, 73-97.

Durantaye, Katharina de la, Die Nutzung verwaister und vergriffener Werke – Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung, ZUM 2013, 437-445.

–, Ein Heim für Waisenkinder – Die Regelungsvorschläge zu verwaisten Werken in Deutschland und der EU aus rechtsvergleichender Sicht, ZUM 2011, 777-787.

Easterbrook, Frank H., Contract and Copyright, 42 Houston Law Review 953-973 (2005).

–, Cyberspace versus Property Law?, 4 Texas Review of Law and Politics 103-113 (1999).

Edelman, Bernard, Droits d'auteur, droits voisins. Droit d'auteur et marché, Paris 1993.

Eger, Thomas, Einige Bemerkungen zur aktuellen Diskussion um das Urheberrecht aus ökonomischer Sicht, in: *Curti, Henning/Effertz, Tobias* (Hrsg.), Die ökonomische Analyse des Rechts. Entwicklung und Perspektive einer interdisziplinären Wissenschaft. Festschrift für Michael Adams, Frankfurt am Main 2013, S. 121-140.

–/*Scheufen, Marc*, Das Urheberrecht im Zeitenwandel: Von Gutenberg zum Cyberspace, in: *Müller, Christian/Trosky, Frank/Weber, Marion* (Hrsg.), Ökonomik als allgemeine Theorie menschlichen Verhaltens. Grundlagen und Anwendungen, Stuttgart 2012, S. 151-179.

Egloff, Willi, Das Urheberrecht und der Zugang zu wissenschaftlichen Informationen, sic! 2007, 705-717.

Ehrlich, Isaac/Posner, Richard A., An Economic Analysis of Legal Rulemaking, 3 Journal of Legal Studies 257-286 (1974).

Eichmann, Helmut, Das europäische Geschmacksmusterrecht auf Abwegen?, GRUR Int. 1996, 859-876.

Eidenmüller, Horst, Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics, JZ 2005, 216-224.

–, Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften, Band 90, 3. Aufl., Tübingen 2005, zit: *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip.

–, Liberaler Paternalismus, JZ 2011, 814-821.

–, Rechtswissenschaft als Realwissenschaft, JZ 1999, 53-61.

Eilmansberger, Thomas, Abschlusszwang und Essential Facility Doktrin nach Art. 82 EG, EWS 2003, 12-23.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

–, Der Umgang marktbeherrschender Unternehmen mit Immaterialgüterrechten im Lichte des Art. 86 EWGV, EuZW 1992, 625-634.

Elhauge, Einer, Why the Google Books Settlement is procompetitive, 2 Journal of Legal Analysis 2010, 1-68 (2010).

Elkin-Koren, Niva, Copyright Policy and the Limits of Freedom of Contract, 12 Berkeley Technology Law Journal 93-113 (1997).

–, Niva/Salzberger, Eli, Law and Economics in Cyberspace, 19 International Review of Law and Economics 553-581 (1999).

Emile-Zola-Place, Emmanuel, L'exploitation numérique des livres indisponibles du XXe siècle: une gestion collective d'un genre nouveau, Légipresse 295 (2012), 355-363.

Emmerich, Volker, Kartellrecht. Ein Studienbuch, 13. Aufl., München 2014.

Engel, Christoph, Give the Journals back to the Scientists, 160 Journal of Institutional and Theoretical Economics 35-38 (2004).

Englerth, Markus, Behavioral Law and Economics – eine kritische Einführung, in: *Engel, Christoph/Englerth, Markus/Lüdemann, Jörn/Spiecker gen. Döhmann, Indra* (Hrsg.), Recht und Verhalten. Beiträge zu Behavorial Law and Economics, Tübingen 2007, S. 60-133.

Ernsthaler, Jürgen/Bock, Leonie, Verhältnis zwischen Kartellrecht und Immaterialgüterrecht am Beispiel der Essential-facility-Rechtsprechung von EuGH und EuG, GRUR 2009, 1-6.

Europäische Kommission (Hrsg.), Study on the economic and technical evolution of the scientific publication markets in Europe. Final Report, 2006, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/research/science-society/pdf/scientific-publication-study_en.pdf (zuletzt besucht am 10.5.2015), zit.: *Kommission*, Study on the scientific publication markets in Europe.

Europäische Kommission, DG Internal Market and Services Working Paper. First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases, 2005, zit.: *Kommission*, First evaluation of the database directive.

Farchy, Joëlle, L'analyse économique des fondements du droit d'auteur: une approche réductrice pourtant indispensable, Propriétés intellectuelles 21 (2006), 388-395.

–/Froissart, Pascal, Le marché de l'édition scientifique, entre accès „propriétaire" et accès „libre", Hermès 57 (2010), 137-150.

–/Froissart, Pascal/Méadel, Cécile, Introduction, Hermès 57 (2010), 9-12.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Fechner, Frank, Geistiges Eigentum und Verfassung. Schöpferische Leistungen unter dem Schutz des Grundgesetzes, Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 87, Tübingen 1999.

Ferid, Murad, Das französische Zivilrecht, Band 1: Allgemeine Lehren, Recht der Schuldverhältnisse, Frankfurt am Main 1971.

–/Sonnenberger, Hans Jürgen, Das französische Zivilrecht, Band 1/1: Allgemeine Lehren des französischen Zivilrechts: Einführung und Allgemeiner Teil des Zivilrechts, 2. Aufl., Heidelberg 1994.

Fichte, Johann Gottlieb, Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks. Ein Räsonnement und eine Parabel, Berlinische Monatsschrift 21 (1793), 443-483, Nachdruck in: UFITA 106 (1987), 155-172.

Ficsor, Mihály, Collective Management of Copyright and Related Rights at a Triple Crossroads: Should it remain voluntary or may it be „extended" or made mandatory?, Copyright Bulletin, October – December 2003, abrufbar unter: http://portal.unesco.org/culture/admin/ev.php?URL_ID=22038&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201 (zuletzt besucht am 10.5.2015).

–, Collective Management of Copyright and Related Rights from the Viewpoint of International Norms and the Acquis Communautaire, in: *Gervais, Daniel* (Hrsg.) Collective Management of Copyright and Related Rights, 2. Aufl., Austin 2010, S. 29-74, zit.: *Ficsor*, in: *Gervais*, Collective Management of Copyright and Related Rights.

–, Collective Management of Copyright in the International Environment, ZUM 2003, 3-15.

–, How much of what? The „three-step test" and its application in two recent WTO dispute settlement cases, Revue internationale du droit d'auteur 192 (2006), 110-251.

Fiedler, Klaus, Publikationsverhalten in der Psychologie, in: *Alexander von Humboldt-Stiftung* (Hrsg.), Publikationsverhalten in unterschiedlichen wissenschaftlichen Disziplinen. Beiträge zur Beurteilung von Forschungsleistungen, 2. Aufl. 2009, S. 42-45.

Fikentscher, Wolfgang, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Band 4: Dogmatischer Teil, Tübingen 1977.

–/Heinemann, Andreas, Schuldrecht, 10. Aufl., Berlin 2006.

Fischer, Nadine, Lizenzierungsstrukturen bei der nationalen und multiterritorialen Online-Verwertung von Musikwerken, Schriften zum geistigen Eigentum und zum Wettbewerbsrecht, Band 43, Baden-Baden 2011.

Fisher III, William W., Property and Contract on the Internet, 73 Chicago-Kent Law Review 1203-1256 (1998).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

–, Reconstructing the Fair Use Doctrine, 101 Harvard Law Review 1661-1795 (1988).

Fitzner, Uwe/Lutz, Raimund/Bodewig, Theo (Hrsg.), Patentrechtskommentar. PatG, GebrMG, IntPatÜG, PCT und EPÜ mit Nebenvorschriften, 4. Aufl., München 2012, zit.: *Bearbeiter*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4].

Flückiger, Alexandre, Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal, Cahiers du Conseil constitutionnel 21 (2006), 74-78.

Förster, Achim, Fair use. Ein Systemvergleich der Schrankengeneralklausel des US-amerikanischen Copyright Act mit dem Schrankenkatalog des deutschen Urheberrechtsgesetzes, Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht, Band 18, Tübingen 2008.

Fox, Eleanor M., Trade, Competition, and Intellectual Property – TRIPS and its Antitrust Counterparts, 29 Vanderbilt Journal of Transnational Law 481-505 (1996).

Françon, André, Anmerkung zu Cass. civ., Urt. v. 28.2.1989 – „Mme Vve Foujita/S.A.R.L. Art Conception Réalisation", Revue internationale du droit d'auteur 141 (1989), 259-262.

Franz, Benjamin/Podszun, Rupprecht, Nach Huawei/ZTE: Die kartellrechtliche Zwangslizenz im Patentverletzungsprozess, ZWeR 2017, 205-239.

Frischmann, Brett M./Lemley, Mark A., Spillovers, 107 Columbia Law Review 257-301 (2007).

Fromm, Wilhelm/Nordemann, Wilhelm (Begr.), hrsg. v. *Nordemann, Axel/Nordemann, Jan Bernd*, Urheberrecht. Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Verlagsgesetz, 11. Aufl., Stuttgart 2014, zit.: *Bearbeiter*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11].

Früh, Alfred, Immaterialgüterrechte und der relevante Markt. Eine wettbewerbsrechtliche und schutzrechtliche Würdigung technologischer Innovation, Schriftenreihe zum gewerblichen Rechtsschutz, Band 181, Köln 2012.

Fry, Jenny/Probets, Steve/Creaser, Claire/Greenwood, Helen/Spezi, Valérie/White, Sonya, PEER Behavioural Research: Authors and Users vis-à-vis Journals and Repositories. Final Report, 2011, abrufbar unter: http://www.peerproject.eu/fileadmin/media/reports/PEER_D4_final_report_29SEPT11.pdf (zuletzt besucht am 10.5.2015).

Gahdoun, Pierre-Yves, Le Conseil constitutionnel et le contrat, Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel 31 (2011), 51-61.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gallagher, Thomas, Copyright compulsory licensing and incentives, in: *Towse, Ruth* (Hrsg.), Copyright in the cultural industries, Cheltenham 2002, S. 85-98.

Gallego, Albert, Les chaînes de télévision réagissent contre la mainmise de la toile „parasite", Revue Lamy Droit de l'Immatériel 41 (2008), 8-10.

Galloux, Jean-Christophe, Beschränkungen und Ausnahmen des Urheberrechts in Frankreich: französische Ausnahme oder französisches Paradox?, in: *Hilty, Reto M./Geiger, Christophe* (Hrsg.), Impulse für eine europäische Harmonisierung des Urheberrechts, Urheberrecht im deutsch-französischen Dialog, Berlin 2007, S. 117-128.

Galopin, Benoît, Les exceptions à usage public en droit d'auteur, Le Droit des Affaires. Propriété Intellectuelle, Band 41, Paris 2012.

Gasser, Urs/Palfrey, John, Breaking down digital barriers. When and how ICT interoperability drives innovation, Cambridge, MA, 2007, abrufbar unter: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1033226 (zuletzt besucht am 10.5.2015).

Gaubiac, Yves, Interopérabilité et droit de propriété intellectuelle, Revue internationale du droit d'auteur 211 (2007), 90-139.

–, Observations sur l'interopérabilité dans la loi du 1er août 2006 modifiant le CPI, in: *Centre Universitaire d'Enseignement et de Recherche en Propriété Industrielle* (Hrsg.), Que reste-t-il du droit d'auteur après la loi du 1er août 2006? Actes du colloque de CUERPI, Grenoble, 24 novembre 2006, Paris 2008, S. 106-108, zit.: *Gaubiac*, in: *CUERPI*, Que reste-t-il du droit d'auteur après la loi du 1er août 2006?.

Gautier, Pierre-Yves, „Le cédant malgré lui": étude du contrat forcé dans les propriétés intellectuelles, Dalloz affaires 6/1995, 123-126.

–, L'œuvre écrite par autrui, Revue internationale du droit d'auteur 139 (1989), 63-101.

–, Propriété littéraire et artistique, 9. Aufl., Paris 2015, zit.: *Gautier*, Propriété littéraire et artistique.

Geiger, Christophe, „Constitutionalising" Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union, IIC 2006, 371-406.

–, Der urheberrechtliche Interessenausgleich in der Informationsgesellschaft – Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts, GRUR Int. 2004, 815-821.

–, Die Schranken des Urheberrechts als Instrumente der Innovationsförderung – Freie Gedanken zur Ausschließlichkeit im Urheberrecht, GRUR Int. 2008, 459-468.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

–, Die Schranken des Urheberrechts im Lichte der Grundrechte – Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts, in: *Hilty, Reto M./ Peukert, Alexander* (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, Baden-Baden 2004, S. 143-157, zit.: *Geiger*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht.

–, Droit d'auteur et droit du public à l'information. Approche de droit comparé, Le Droit des Affaires. Propriété Intellectuelle, Band 25, Paris 2004, zit.: *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information.

–, Exploring the Flexibilities of the TRIPS Agreement's Provisions on Limitations and Exceptions, in: *Kur, Annette/Mizaras, Vytautas* (Hrsg.), The Structure of Intellectual Property Law. Can one size fit all?, Cheltenham 2011, S. 287-307, zit.: *Geiger*, in: *Kur/Mizaras*, The Structure of Intellectual Property Law.

–, Irrtum: Schranken des Urheberrechts sind Ausnahmebestimmungen und sind restriktiv auszulegen, in: *Berger, Mathis/Macciacchini, Sandro* (Hrsg.), Populäre Irtümer im Urheberrecht: Festschrift für Reto M. Hilty, Zürich 2008, S. 77-100, zit.: *Geiger*, in: *Berger/Macciacchini*, FS Hilty.

–, The Role of the Three-Step Test in the Adaptation of Copyright Law to the Information Society, e-Copyright Bulletin, January – March 2007, abrufbar unter: http://portal.unesco.org/culture/admin/ev.php?URL_ID=5130&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201&reload=1410034152 (zuletzt besucht am 10.5.2015).

–/Gervais, Daniel/Senftleben, Martin, The Three-Step-Test Revisited: How to Use the Test's Flexibility in National Copyright Law, 29 American University International Law Review 581-626 (2014).

–/Griffiths, Jonathan/Hilty, Reto M., Déclaration en vue d'une interprétation du „test des trois étapes" respectant les équilibres du droit d'auteur, Propriétés intellectuelles 29 (2008), 399-402.

–/Griffiths, Jonathan/Hilty, Reto M., Declaration on a Balanced Interpretation of the „Three-Step Test" in Copyright Law, IIC 2008, 707-713.

–/Griffiths, Jonathan/Hilty, Reto M., Erklärung für eine ausgewogene Auslegung des Drei-Stufen-Tests im Urheberrecht, GRUR Int. 2008, 822-825.

Gergen, Thomas, Johann Stephan Pütter (1725-1807) und der Büchernachdruck, UFITA 2009/III, 715-744.

Gervais, Daniel, The TRIPS Agreement. Drafting History and Analysis, 4. Aufl., London 2012.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ghestin, Jacques, La consécration de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle, La Semaine Juridique Edition Générale 2013, 1614-1618.

Ghidini, Gustavo/Arezzo, Emanuela, One, none, or a hundred thousand: how many layers of protection for software innovations?, in: *Drexl, Josef* (Hrsg.), Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, Cheltenham 2008, S. 346-372.

Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht, Band 1: Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895, S. 748-848, Nachdruck in: UFITA 125 (1994), 103-200.

Ginsburg, Jane C., „European Copyright Code" – Back to first principles (with some additional detail), Auteurs & Media 1/2011, 5-21.

–, A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America, 64 Tulane Law Review 991-1023 (1990).

–, Copyright, Contracts, and the Professorate, in: *Loewenheim, Ulrich* (Hrsg.), Urheberrecht im Informationszeitalter. Festschrift für Wilhelm Nordemann zum 70. Geburtstag am 8. Januar 2004, München 2004, S. 711-728, zit.: *Ginsburg*, in: *Loewenheim*, FS Nordemann.

–, Histoire de deux droits d'auteur: la propriété littéraire et artistique dans la France et l'Amérique révolutionnaires, Revue internationale du droit d'auteur 147 (1991), 124-289.

–, Toward supranational copyright law? The WTO Panel decision and the „three-step test" for copyright exceptions, Revue internationale du droit d'auteur 187 (2001), 2-65.

–/Sirinelli, Pierre, Google Book Search: les enjeux internationaux pour le droit d'auteur, La Semaine Juridique Edition Générale 2010, 894-905.

Goldsmith, Frédéric, L'interopérabilité et la loi du 1er août 2006, Revue Lamy Droit de l'Immatériel 23 (2007), supplément, 42-44.

Goldstein, Paul, Copyright's highway. From Gutenberg to the celestial jukebox, Stanford 2003.

–/Hugenholtz, P. Bernt, International Copyright. Principles, Law, and Practice, 3. Aufl., Oxford 2013.

Golz, Tilman, Der sachlich relevante Markt bei Verlagserzeugnissen, Schriften zum Wirtschafts-, Arbeits- und Sozialrecht, Band 81, Heidelberg 2003.

Gooden, Paul/Owen, Matthew/Simon, Sarah/Singlehurst, Louise, Scientific Publishing: Knowledge is Power, Morgan Stanley Equity Research Europe Report, September 30, 2002, abrufbar unter: http://www.econ.ucsb.edu/~tedb/Journals/morganstanley.pdf (zuletzt besucht am 10.5.2015).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gordon, Wendy J., An Inquiry into the Merits of Copyright: The Challenges of Consistency, Consent, and Encouragement Theory, 41 Stanford Law Review 1343-1469 (1989).

–, Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors, 82 Columbia Law Review 1600-1657 (1982).

–, Intellectual Property as Price Discrimination: Implications for Contract, 73 Chicago-Kent Law Review 1367-1390 (1998).

–, Systematische und fallbezogene Lösungsansätze für Marktversagen bei Immaterialgütern, in: *Ott, Claus/Schäfer, Hans-Bernd*, Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen. Beiträge zum IV. Travemünder Symposium zur Ökonomischen Analyse des Rechts (23. – 26. März 1994), S. 328-369, zit.: *Gordon*, in: *Ott/Schäfer*, Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen.

Götting, Horst-Peter, Der urheberrechtliche Schutz wissenschaftlicher Werke, in: *Loewenheim*, Ulrich (Hrsg.), Urheberrecht im Informationszeitalter. Festschrift für Wilhelm Nordemann zum 70. Geburtstag am 8. Januar 2004, München 2004, S. 7-23.

Gounalakis, Georgios, Das Vierte Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes: Kritische Bemerkungen zur Hypertrophie des Urheberschutzes, NJW 1999, 545-547.

–, Der Begriff des Sendens aus urheberrechtlicher Sicht, ZUM 2009, 447-452.

–/Mand, Elmar, Kabelweiterleitung und urheberrechtliche Vergütung, München 2003.

Grages, Jan-Michael, Verwaiste Werke. Lizenzierung in Abwesenheit des Rechtsinhabers, Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht, Band 83, Tübingen 2013.

Greenberg, Brad A., Copyright Trolls and Presumptively Fair Uses, 85 University of Colorado Law Review 53-128 (2014).

Grégoire, Stéphane, NT1, TF1, France 2, France 3, France 4, France 5, M6, W9: la loi des séries pour Wizzgo, Revue Lamy Droit de l'Immatériel 45 (2009), 61-64.

Grewenig, Claus, Rechteerwerb und Rechteinhaberschaft im digitalen Zeitalter. Probleme von Nutzern beim Rechteerwerb aus Sicht privater Medienunternehmen, ZUM 2011, 27-31.

Griffiths, Jonathan, Unsticking the centre-piece – the liberation of European copyright law?, Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law 1 (2010), 87-95.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gröschner, Rolf/Dierksmeier, Claus/Henkel, Michael/Wiehart, Alexander, Rechts- und Staatsphilosophie. Ein dogmenphilosophischer Dialog, Berlin 2000.

Große Ruse-Khan, Henning, Der europäische Investitionsschutz für Datenbanken vor dem Hintergrund internationaler Abkommen, Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Band 3994, Frankfurt am Main 2004; zit.: *Große Ruse-Khan*, Der europäische Investitionsschutz für Datenbanken.

–, Proportionality and Balancing within the Objectives for Intellectual Property Protection, in: *Torremans, Paul* (Hrsg.), Intellectual Property and Human Rights. Enhanced Edition of Copyright and Human rights, Austin 2008, S. 161-193, zit.: *Große Ruse-Khan*, in: *Torremans*, Intellectual Property and Human Rights.

Grützmacher, Malte, Urheber-, Leistungs- und Sui-generis-Schutz von Datenbanken. Eine Untersuchung des europäischen, deutschen und britischen Rechts, Kieler Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 19, Baden-Baden 1999.

Grzeszick, Bernd, Geistiges Eigentum und Art. 14 GG, ZUM 2007, 344-354.

–, Geistiges Eigentum und Wettbewerb aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: *Lange, Knut Werner/Klippel, Diethelm/Ohly, Ansgar* (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Wettbewerb, Tübingen 2009, S. 3-25, zit.: *Grzeszick*, in: *Lange/Klippel/Ohly*, Geistiges Eigentum und Wettbewerb.

Guibault, Lucie, Copyright Limitations and Contracts. An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright, Information Law Series, Band 9, Den Haag 2002.

Haberstumpf, Helmut, Wem gehören Forschungsergebnisse?, ZUM 2001, 819-828.

Haeri, Kami/Bonnier, Antoine, L'affaire „wizzgo.com" ou comment évaluer désormais un préjudice économique né de la contrefaçon, Revue Lamy Droit de l'Immatériel 46 (2009), 59-61.

Hahn, Werner/Vesting, Thomas, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht. Rundfunkstaatsvertrag, Jugendmedienschutz-Staatsvertrag, Rundfunkgebührenstaatsvertrag, Rundfunkbeitragsstaatsvertrag, Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag, 3. Aufl., München 2012, zit.: *Bearbeiter*, in: *Hahn/Vesting*, RStV[3].

Hain, Karl-E./Steffen, Christine/Wierny, Thomas, Must-Carry! Must-Offer! Must-Pay? – Deutsche Must-Carry-Regelungen zu Gunstenöffentlich-rechtlicher Angebote und die Frage der Einspeiseentgelte, MMR 2013, 769-773.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Handig, Christian, Durch „freie kreative Entscheidungen" zum europäischen urheberrechtlichen Werkbegriff, GRUR Int. 2012, 973-979.

Hansen, Gerd, Für ein Zweitveröffentlichungsrecht für Wissenschaftler – zugleich Besprechung von Marcus Hirschfelder: Anforderungen an eine rechtliche Verankerung des Open Access Prinzips, GRUR Int. 2009, 799-803.

–, Warum Urheberrecht? Die Rechtfertigung des Urheberrechts unter besonderer Berücksichtigung des Nutzerschutzes, Abhandlungen zum Urheber- und Kommunikationsrecht des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht, Band 53, Baden-Baden 2009, zit.: *Hansen*, Warum Urheberrecht?

–, Zugang zu wissenschaftlicher Information – alternative urheberrechtliche Ansätze, GRUR Int. 2005, 378-388.

–/Schmidt-Bischoffshausen, Albrecht, Ökonomische Funktionen von Verwertungsgesellschaften – Kollektive Wahrnehmung im Lichte von Transaktionskosten- und Informationsökonomik, GRUR Int. 2007, 461-481.

Hardin, Garrett, The Tragedy of the Commons, 162 Science 1243-1248 (1968).

Harrang, Kevin J., Challenges in the Global IT Market: Technology, Creative Content, and Intellectual Property Rights, 49 Arizona Law Review 29-44 (2007).

Hartmann-Rüppel, Marco, Lizenzverweigerung und Zwangslizenzen – Art. 82 EG vs. Geistige Eigentumsrechte, in: *Ahrens, Börries/Behrens, Peter/Dietze, Philipp von* (Hrsg.), Marktmacht und Missbrauch. Forum Wissenschaft und Praxis zum internationalen Wirtschaftsrecht / Hamburger Forum Kartellrecht, Baden-Baden 2007, S. 55-64.

Haubelt, Christian/Teich, Jürgen, Digitale Hardware/Software-Systeme. Spezifikation und Verifikation, Berlin 2010.

Hauck, Ronny, „Erzwungene" Lizenzverträge – Kartellrechtliche Grenzen der Durchsetzung standardessenzieller Patente, NJW 2015, 2767-2770.

Hausman, Jerry A./Sidak, J. Gregory, Google and the Proper Antitrust Scrutiny of Orphan Books, 5 Journal of Competition Law & Economics 411-438 (2009).

Hausmann, Hans-Christian, Das deutsche Kartellrecht – die 8. GWB-Novelle, GewArch 2014, 101-106.

–, Das Microsoft-Urteil: Zwischen Kartellrecht und gewerblichen Schutzrechten, MMR 2008, 381-385.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Hayek, Friedrich August von, „Freie Wirtschaft“ und Wettbewerbsordnung, in: *Hayek, Friedrich August von*, Individualismus und wirtschaftliche Ordnung, 2. Aufl., Salzburg 1976, S. 141-155, zit.: *v. Hayek*, „Freie Wirtschaft“ und Wettbewerbsordnung.

–, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: *Hayek, Friedrich August von*, Freiburger Studien. Gesammelte Aufsätze, Tübingen 1969, S. 249-265, zit.: *v. Hayek*, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren.

–, Die Verfassung der Freiheit, 3. Aufl., Tübungen 1991, zit.: *v. Hayek*, Die Verfassung der Freiheit.

Heckmann, Jörn, Die retrospektive Digitalisierung von Printpublikationen, Schriften zum Wirtschafts- und Medienrecht, Steuerrecht und Zivilprozeßrecht, Band 49, Frankfurt am Main 2011, zit.: *Heckmann*, Die retrospektive Digitalisierung von Printpublikationen.

–, Zum Erfordernis der Einwilligung in eine retrospektive Digitalisierung von Printwerken zu Werbezwecken. Dargestellt am Dienst „google book search“, AfP 2007, 314-319.

–/Weber, Marc Philipp, Open Access in der Informationsgesellschaft – § 38 UrhG de lege ferenda, GRUR Int. 2006, 995-1000.

Hegel, Georg F. W., Werke, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, hrsg. v. *Moldenhauer, Eva/Michel, Karl Markus*, Werke in 20 Bänden mit Registerband, Band 7, 2. Aufl., Frankfurt an Main 1989.

Heinemann, Andreas, Compulsory Licences and Product Integration in European Competition Law – Assessment of the European Commission’s Microsoft Decision, IIC 2005, 63-82.

–, Das Kartellrecht des geistigen Eigentums im TRIPS-Übereinkommen der Welthandelsorganisation, GRUR Int. 1995, 535-539.

–, Gefährdung von Rechten des geistigen Eigentums durch Kartellrecht? Der Fall „Microsoft” und die Rechtsprechung des EuGH, GRUR 2006, 705-713.

–, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung. Eine grundlagenorientierte Untersuchung zum Kartellrecht des geistigen Eigentums, Jus Privatum, Band 65, Tübingen 2002, zit.: *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung.

–, Interne und externe Begrenzungen des Immaterialgüterschutzes am Beispiel des *IMS Health*-Falles, in: *Hilty, Reto M./Peukert, Alexander* (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, Baden-Baden 2004, S. 207-219, zit.: *Heinemann*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

–, Kartellrechtliche Zwangslizenzen im Patentrecht, ZWeR 2005, 198-206.

–, Standardessenzielle Patente in Normenorganisationen – Kartellrechtliche Vorgaben für die Einlösung von Lizenzierungsversprechen, GRUR 2015, 855-859.

–, The contestability of IP-protected markets, in: *Drexl, Josef* (Hrsg.), Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, Cheltenham 2008, S. 54-79; zit.: *Heinemann*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law.

Herb, Ulrich, Open Access – Ein Wundermittel? Wissenschaft, Gesellschaft, Demokratie, Digital Divide, in: *Lison, Barbara* (Hrsg.), Information und Ethik. Dritter Leipziger Kongress für Information und Bibliothek. Leipzig, 19.-22. März 2007, Wiesbaden 2007, S. 78-88.

Hess, Thomas/Wigand, Rolf T./Mann, Florian/von Walter, Benedikt, Open Access & Science Publishing - Results of a study on researchers' acceptance and use of open access publishing, 2007, abrufbar unter: http://www.econbiz.de/archiv 1/2010/101264_open_access_publishing.pdf (zuletzt besucht am 10.5.2015).

Hesse, Carla, Publishing and Cultural Politics in Revolutionary Paris, 1789-1810, Berkeley 1991.

Heusch, Clemens-August, Der patentrechtliche Unterlassungsanspruch, in: *Harmsen, Christian/Jüngst, Oliver Jan/Rödiger, Felix* (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang von Meibom zum 65. Geburtstag, Köln 2010, S. 135-148, zit.: *Heusch*, in: *Harmsen/Jüngst/Rödiger*, FS v. Meibom.

–, Missbrauch marktbeherrschender Stellungen (Art. 102 AEUV) durch Patentinhaber – „Orange-Book-Standard" und was die Instanzgerichte daraus gemacht haben, GRUR 2014, 745-751.

Hillig, Hans-Peter, Urheberrechtliche Fragen des Netzzugangs in der Kabelkommunikation, MMR-Beil. 2001, 34-40.

Hilty, Reto M., Copyright law and scientific research, in: *Torremans, Paul* (Hrsg.), Copyright Law. A Handbook of Contemporary Research, Cheltenham/Northampton 2007, S. 315-354, zit.: *Hilty*, in: *Torremans*, Copyright Law.

–, Das Urheberrecht und der Wissenschaftler, GRUR Int. 2006, 179-190.

–, Die Bedeutung des Ursprungslandes in der Berner Übereinkunft, in: Schweizerische Vereinigung für Urheberrecht (Hrsg.), Die Berner Übereinkunft und die Schweiz. Schweizerische Festschrift zum einhundertjährigen Bestehen der Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Li-

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

teratur und Kunst, Bern 1986, S. 201-218, zit.: *Hilty*, in: Schweizerische Vereinigung für Urheberrecht, FS RBÜ.

–, Economic, legal and social impacts of counterfeiting, in: *Geiger, Christophe* (Hrsg.), Criminal Enforcement of Intellectual Property. A Handbook of Contemporary Research, Cheltenham 2012, S. 9-23, zit.: *Hilty*, in: *Geiger*, Criminal Enforcement of Intellectual Property.

–, Eldred v. Ashcroft: Die Schutzfrist im Urheberrecht – eine Diskussion, die auch Europäer interessieren sollte, GRUR Int. 2003, 201-204.

–, Five Lessons about Copyright in the Information Society: Reaction of the Scientific Community to Over-Protection and what Policy Makers Should Learn, Journal of the Copyright Society of the U.S.A. 103-138 (2006).

–, La Constitution économique européenne et la propriété intellectuelle, Revue internationale de droit économique 4/2011, 481-510.

–, La limitation de la propriété intellectuelle comme moyen d'encourager l'innovation, in: *Geiger, Christophe/Rodà, Caroline* (Hrsg.), Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé. Mélanges en l'honneur du professor Joanna Schmidt-Szalewski, Paris 2014, S. 207-219, zit.: *Hilty*, in: *Geiger/Rodà*, FS Schmidt-Szalewski.

–, La transposition de la directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information – Analyse critique et prospective, Propriétés intellectuelles 15 (2005), 140-145.

–, Legal Remedies Against Abuse, Misuse, and Other Forms of Inappropriate Conduct of IP Right Holders, in: *Hilty, Reto M./Liu, Kung-Chung* (Hrsg.), Compulsory Licensing. Practical Experiences and Ways Forward, Berlin 2015, S. 377-395, zit.: *Hilty*, in: *Hilty/Liu*, Compulsory Licensing.

–, Licensing for competition, innovation and creation, in: *Hargreaves, Ian/Hofheinz, Paul* (Hrsg.), Intellectual Property and Innovation: A framework for 21st century growth and jobs, Brussels 2012, S. 48-51, zit.: *Hilty*, in: *Hargreaves/Hofheinz*, Intellectual Property and Innovation.

–, Lizenzvertragsrecht: Systematisierung und Typisierung aus schutz- und schuldrechtlicher Sicht, Bern 2001, zit.: *Hilty*, Lizenzvertragsrecht.

–, Märkte und Schutzrechte, in: *Beckert, Jens/Diaz-Bone, Rainer/Ganßmann, Heiner* (Hrsg.), Märkte als soziale Strukturen, Frankfurt am Main 2007, S. 235-250, zit.: *Hilty*, in: *Beckert/Diaz-Bone/Ganßmann*, Märkte als soziale Strukturen.

–, Rechtemanagement und Urheberrecht im Online-Zeitalter – Funktioniert das Modell der Ausschließlichkeit und der individuellen Rechtever-

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wertung?, in: *Stern, Klaus/Peifer, Karl-Nikolaus/Hain, Karl-Eberhard* (Hrsg.), Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und YouTube – Urheberrechtliche Lösungen für die audiovisuelle Medienwelt. Vortragsveranstaltung des Instituts für Rundfunkrecht an der Universität Köln vom 18. Juni 2010, München 2011, S. 71-89, zit.: *Hilty*, in: *Stern/Peifer/Hain*, Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und YouTube.

–, Renaissance der Zwangslizenzen im Urheberrecht? Gedanken zu Ungereimtheiten auf der urheberrechtlichen Wertschöpfungskette, GRUR 2009, 633-644.

–, Stellungnahme zuhanden des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages. Teil III – Schranken im Bereich Bildung, Wissenschaft und Kopienversand. Anhörung vom 8. November 2006, abrufbar unter: http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/ (zuletzt besucht am 10.5.2015), zit.: *Hilty*, Stellungnahme Rechtsausschuss.

–, Sündenbock Urheberrecht?, in: *Ohly, Ansgar/Klippel, Diethelm* (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, Tübingen 2007, S. 107-144, zit.: *Hilty*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit.

–, Ungereimtheiten auf der urheberrechtlichen Wertschöpfungskette. Der Wissenschaftsmarkt als Prüfstein für die urheberrechtliche Zwangslizenzen, in: *Hilty, Reto M./Drexl, Josef/Nordemann, Wilhelm* (Hrsg.), Schutz von Kreativität und Wettbewerb. Festschrift für Ulrich Loewenheim zum 75. Geburtstag, München 2009, S. 119-135, zit.: *Hilty*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim.

–, Urheberrecht im Wandel – 10 Thesen zum Urheberrecht, in: *Bartsch, Michael/Briner, Robert G.* (Hrsg.), DGRI Jahrbuch 2010, Köln 2011, S. 1-18, zit.: *Hilty*, in: *Bartsch/Briner*, DGRI Jahrbuch.

–, Urheberrecht in der Informationsgesellschaft: „Wer will was von wem woraus?" – Ein Auftakt zum „zweiten Korb", ZUM 2003, 983-1006.

–, Urheberrecht, 1. Aufl., Bern 2011, zit.: *Hilty*, UrhR[1].

–, Verbotsrecht vs. Vergütungsanspruch: Suche nach den Konsequenzen der tripolaren Interessenlage im Urheberrecht, in: *Ohly/Bodewig, Theo/Dreier, Thomas/Götting, Horst-Peter/Haedicke, Maximilian/Lehmann, Michael* (Hrsg.), Perspektiven des Geistigen Eigentums und des Wettbewerbsrechts. Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag, München 2005, S. 325-353, zit.: *Hilty*, in: *Ohly/Bodewig/Dreier/Götting/Haedicke/Lehmann*, FS Schricker.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

–, Vergütungssystem und Schrankenregelungen. Neue Herausforderungen an den Gesetzgeber, GRUR 2005, 819-828.

–/Bajon, Benjamin, Das Zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft (Zweiter Korb) – ein Beitrag aus Wissenschaftssicht, ZfBB 2008, 257-263.

–/Henning-Bodewig, Frauke: Leistungsschutzrechte zugunsten von Sportveranstaltern, Stuttgart 2007.

–/Klass, Nadine, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zur Anfrage des Bundesministeriums der Justiz vom 19. Februar 2009 – Urheberrecht „Dritter Korb", abrufbar unter: http://www.ip.mpg.de/de/pub/stellungnahmen.cfm (zuletzt besucht am 10.5.2015).

–/Köklü, Kaya/Nérisson, Sylvie/Hartmann, Thomas/Trumpke, Felix, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht zur Anfrage des Bundesministeriums der Justiz vom 20. Februar 2013 zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Regelung zur Nutzung verwaister Werke und weiterer Änderungen des Urheberrechtsgesetzes sowie des Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, 2013, abrufbar unter: http://www.ip.mpg.de/de/pub/stellungnahmen.cfm (zuletzt besucht am 10.5.2015), zit.: *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ.

–/Krujatz, Sebastian/Bajon, Benjamin/Früh, Alfred/Kur, Annette/Drexl, Josef/Geiger, Christophe/Klass, Nadine, European Commission – Green Paper: Copyright in the Knowledge Economy – Comments by the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, IIC 2009, 309-327.

–/Seemann, Matthias, Open Access – Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen im schweizerischen Recht. Rechtsgutachten im Auftrag der Universität Zürich, 2009, abrufbar unter: http://www.oai.uzh.ch/images/PDFs/OA_Rechtsgutachten_Hilty.pdf (zuletzt besucht am 10.5.2015).

Hirsch Ballin, Ernst D., Enteignung von Urheberrecht, UFITA 21 (1956), 196-215.

–, Zur Zwangslizenz im Urheberrecht, UFITA 20 (1955), 274-283.

Hirsch, Günter/Montag, Frank/Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 1: Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., München 2015, zit.: *Bearbeiter*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1.

Hirschfelder, Marcus, Anforderungen an eine rechtliche Verankerung des Open Access Prinzips, Saarbrücker Schriften zu Recht und Praxis,

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Band 10, Saarbrücken 2008, zit.: *Hirschfelder*, Anforderungen an eine rechtliche Verankerung des Open Access Prinzips.

–, Open Access – Zweitveröffentlichungsrecht und Anbietungspflicht als europarechtlich unzulässige Schrankenregelungen? § 38 und § 43 UrhG de lege ferenda im Lichte der RL 2001/29/EG, MMR 2009, 444-448.

Hoeren, Thomas, Urheberrechtliche Fragen rund um IP-TV und Handy-TV, MMR 2008, 139-144.

–/Sieber, Ulrich/Holznagel, Bernd (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht. Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs, 39. Ergänzungslieferung, München 2014, zit.: *Bearbeiter*, in: *Hoeren/Sieber/Holznagel*, Multimedia-Recht[39].

Holzapfel, Henrik, Das Versuchsprivileg im Patentrecht und der Schutz biotechnologischer Forschungswerkzeuge, Schriftenreihe Biotechnologie und Recht, Band 10, Baden-Baden 2004.

Höppner, Thomas, Der kartellrechtliche Zwangslizenzeinwand gegen Ansprüche aus Patent- und Urheberrechten, ZWeR 2010, 395-429.

–, Missbräuchliche Verhinderung „neuer" Produkte durch Immaterialgüterrechte – Zur Anwendung von Art. 82 EG auf Lizenzverweigerungen, GRUR Int. 2005, 457-464.

Hornbostel, Stefan/Klingsporn, Bernd/von Ins, Markus, in: Messung von Forschungsleistungen – eine Vermessenheit?, in: *Alexander von Humboldt-Stiftung* (Hrsg.), Publikationsverhalten in unterschiedlichen wissenschaftlichen Disziplinen. Beiträge zur Beurteilung von Forschungsleistungen, 2. Aufl. 2009, S. 14-35.

Hötte, Daniel Antonius, Die kartellrechtliche Zwangslizenz im Patentrecht, Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster, Reihe III, Band 5, Münster 2011.

House of Commons, Science and Technology Committee, Scientific Publications: Free for all? Tenth Report of Session 2003-04. Volume I: Report, 2004, abrufbar unter: http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200304/cmselect/cmsctech/399/399.pdf (zuletzt besucht am 10.5.2015).

Hovenkamp, Herbert/Janis, Mark D./Lemley, Mark A./Leslie, Christopher R., IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law, Volume 1, 2. Aufl., Austin 2014.

Hubmann, Heinrich, Das Verwertungsgesellschaftengesetz und die Berner Übereinkunft, UFITA 48 (1966), 22-45.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

–, Die Idee vom geistigen Eigentum, die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und die Urheberrechtsnovelle von 1958, ZUM 1988, 4-13.

–, Immanuel Kants Urheberrechtstheorie, UFITA 106 (1987), 145-154.

Hugenholtz, P. Bernt/Okediji, Ruth, Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright, Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-43, 2008, abrufbar unter: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2017629 (zuletzt besucht am 10.5.2015).

–/van Eechoud, Mireille/van Gompel, Stef/Guibault, Lucie/Helberger, Natali/Rossini, Mara/Steijger, Lennert/Dufft, Nicole/Bohn, Philipp, The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy, Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-44, 2006, abrufbar unter: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2018238 (zuletzt besucht am 10.5.2015).

Hughes, Justin, The Philosophy of Intellectual Property Rights, 77 Georgetown Law Journal 287-366 (1988).

Humblot, Benoît, Droit de brevets: éloge posthume de la licence obligatoire de dépendance, Revue Lamy Droit de l'Immatériel 83 (2012), 69-78.

Hurt, Robert M./Schuchmann, Robert M., The Economic Rationale of Copyright, 56 The American Economic Review 421-432 (1996).

Huuskonen, Mikko, Copyright, Mass Use and Exclusivity. On the Industry Initiated Limitations to Copyright Exclusivity, Especially Regarding Sound Recording and Broadcasting, zugl. Diss. Univ. Helsinki 2006, Helsinki 2006.

Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), EG-Wettbewerbsrecht, Band 2, 1. Aufl., München 1997, zit.: *Bearbeiter*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR[1], Bd. 2.

–/– (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU/Teil 1. Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 5. Aufl., München 2012, zit.: *Bearbeiter*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR[5], Bd. 1.

–/– (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB/Teil 2. Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 5. Aufl., München 2014, zit.: *Bearbeiter*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR[5], Bd. 2.

Institut für qualitativ-psychologische Markt- und Medienforschung und strategische Beratung (IFM), Festplattenrekorder – die neue Fernsehrevolution? Qualitativ-psychologische Forschungsbefunde. 2. TV-Wirkungstag, 2009, abrufbar unter: http://www.ip.de/fakten_und_trends/mediennutzung/_festplattenrekorder_-_die_neu.cfm (zuletzt besucht am 10.5.2015).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Jabbusch, Wolfgang, Begrenzung der konzentrationsfördernden Wirkungen des Patentschutzes durch Erweiterung des Instituts der Zwangslizenz, Schriften zum Wirtschafts-, Handels-, Industrierecht, Band 18, Köln 1977.

Jacob, Jan, Ausschließlichkeitsrechte an immateriellen Gütern. Eine kantische Rechtfertigung des Urheberrechts, Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht, Band 46, Tübingen 2010.

Jacobs, Rainer/Lindacher, Walter F./Teplitzky, Otto (Hrsg.), UWG. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Nebengesetzen. Großkommentar, Band 2, 1. Aufl., Berlin 2006, zit.: *Bearbeiter*, in: *Jacobs/Lindacher/Teplitzky*, GroßkommUWG[1], Bd. 2.

Jacquier, Sarah, Le contrat forcé en droit d'auteur, Communication Commerce électronique 11/2001, 13-16.

–, Le pouvoir du juge sur les contrats d'auteur, zugl. Diss. Univ. Panthéon-Assas (Paris II) 2001, Aix-en-Provence 2001, zit.: *Jacquier*, Le pouvoir du juge sur les contrats d'auteur.

Jaecks, Jörg/Dörmer, Thomas, Der wettbewerbsrechtliche Anspruch auf Lizenzerteilung, die eigenmächtige Nutzung von Immaterialgüterrechten und die prozessualen Folgen, in: *Boesche, Katharina Vera/Füller, Jens Thomas/Wolf, Maik* (Hrsg.), Variationen im Recht. Beiträge zum Arbeits-, Immaterialgüter-, Infrastruktur-, Lauterkeits-, Unternehmens-, Wettbewerbs- und Zivilrecht. Festbeigabe für Franz Jürgen Säcker zum 65. Geburtstag, S. 101-115.

Jarass, Hans D., Charta der Grundrechte der Europäischen Union unter Einbeziehung der vom EuGH entwickelten Grundrechte, der Grundrechtsregelungen der Verträge und der EMRK. Kommentar, 2. Aufl., München 2013.

–/Pieroth, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 13. Aufl. 2014, zit.: *Bearbeiter*, in: *Jarass/Pieroth*, GG[13].

Jauernig, Othmar (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz (Auszug). Kommentar, hrsg. v. *Stürner, Rolf*, 15. Aufl., München 2014, zit.: *Bearbeiter*, in: *Jauernig*, BGB[15].

Jestaedt, Dirk, Der Lizenzerteilungsanspruch nach der BGH-Entscheidung „Orange-Book-Standard", GRUR 2009, 801-805.

Jhering, Rudolf von, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Erster Theil, 1. Aufl., Leipzig 1852.

John Wiley & Sons, Inc., Annual Report pursuant to section 12 or 15(d) of the Securities Exchange Act of 1934 for the fiscal year ended: April 30,

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2013, abrufbar unter: http://eu.wiley.com/WileyCDA/Section/id-370237.html (zuletzt besucht am 10.5.2015).

Joliet, René, Geistiges Eigentum und freier Warenverkehr – Die Entwicklung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften in den Jahren 1987 und 1988, GRUR Int. 1989, 177-185.

Josserand, Louis, De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus de Droits, Paris 1927.

–, Le contrat forcé et le contrat légal, Receuil Dalloz 1940, Chronique, 5-8.

Jost, Peter-Jürgen, Effektivität von Recht aus ökonomischer Sicht, Schriften zur wirtschaftswissenschaftlichen Analyse des Rechts, Band 35, Berlin 1998.

Jung, Peter, Die Zwangslizenz als Instrument der Wettbewerbspolitik, ZWeR 2004, 379-411.

Kaesmacher, Dominique (Hrsg.), Les droits intellectuels, 2. Aufl., Brüssel 2013, zit.: *Bearbeiter*, in: *Kaesmacher*, Les droits intellectuels.

Kaestner, Jan, Missbrauch von Immaterialgüterrechten. Europäische Rechtsprechung von Magill bis IMS Health, Schriftenreihe Information und Recht, Band 53, München 2005.

Kant, Immanuel, Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks, Berlinische Monatsschrift 5 (1785), 403-417, Nachdruck in: UFITA 106 (1987), 137-144.

Karnell, Gunnar, Extended Collective License Clauses and Agreements in Nordic Copyright Law, 10 Columbia Journal of Law & the Arts 73-81 (1985).

–, Outsiders' rights: a dilemma for collective administration of authors' rights in a present and enlarged European Community, European Intellectual Property Review 13 (1991), 430-435.

Katz, Michael L./Shapiro, Carl, Network Externalities, Competition, and Compatibility, 75 The American Economic Review 424-440 (1985).

Katzenberger, Paul, Elektronische Printmedien und Urheberrecht. Urheberrechtliche und urhebervertragsrechtliche Fragen der elektronischen Nutzung von Zeitungen und Zeitschriften, Stuttgart 1996.

Kempermann, Philip/Pieper, Jan-Hendrik, OTT-TV und Kabelweitersendung, CR 2013, 661-666.

Kennedy, Duncan, Form and Substance in Private Law Adjudication, 89 Harvard Law Review 1685-1778 (1976).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kerber, Wolfgang, Zur Komplexität der Anwendung des ökonomischen Anreizparadigmas bei geistigen Eigentumsrechten. Ein wirtschaftspolitischer Analyserahmen, ZGE 2013, 245-273.

Kéréver, André, Révolution française et droit d'auteur, Revue internationale du droit d'auteur 141 (1989), 3-8.

Kilian, Wolfgang, Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem, AcP 180 (1980), 47-83.

Kimmerle, Maximiliane, Befriedigungsverfügungen nach Art. 24 EuGVÜ/31 EuGVO. Zur Umgehung der Hauptsachegerichtsstände gem. Art. 2, 5 ff. EuGVÜ/EuGVO durch Maßnahmen des nationalen einstweiligen Rechtsschutzes, Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht, Band 98, Tübingen 2013.

Klass, Nadine, Die deutsche Gesetzesnovelle zur „Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes" im Kontext der Retrodigitalisierung in Europa, GRUR Int. 2013, 881-894.

Kleinemenke, Manuel, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht? Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Flexibilisierung des urheberrechtlichen Schrankenkataloges nach dem Vorbild der US-amerikanischen Fair Use-Doktrin, Abhandlungen zum Urheber- und Kommunikationsrecht des Max-Planck-Instituts für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band 56, Baden-Baden 2013, zit.: *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?

–, Fair Use, Dreistufentest und Schrankenkatalog – Plädoyer für ein „Kombinationsmodell" zur Flexibilisierung der urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen, ZGE 2013, 103-139.

–, Google Books und Fair Use – Lehren für eine flexiblere Ausgestaltung und Anwendung urheberrechtlicher Schrankenbestimmungen (auch) im deutschen und europäischen Recht, GRUR Int. 2014, 892-901.

Klingenfuß, Henning, Der Kontrahierungszwang im deutschen und französischen Zivilrecht, Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Band 4000, Frankfurt am Main 2004.

Köbler, Judith, Verwaiste Werke im digitalen Zeitalter aus bibliothekarisch-juristischer Sicht, Arbeitshefte der Arbeitsgemeinschaft für Juristisches Bibliotheks- und Dokumentationswesen, Band 23, Graz 2012.

Koboldt, Christian, Property Rights und Urheberschutz, in: *Ott, Claus/ Schäfer, Hans-Bernd*, Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen. Beiträge zum IV. Travemünder Symposium zur Ökonomischen Analyse des Rechts (23. – 26. März 1994), S. 69-114.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

–/*Schmidtchen, Dieter*, Copyrights: A und O in Literatur und Musik?, ORDO 42 (1991), 295-323.

Kochinke, Clemens, Licht in der Grauzone: Google Books, K&R 2014, 15-18.

Koelman, Kamiel J., The Levitation of Copyright: An Economic View of Digital Home Copying, Levies and DRM, Entertainment Law Review 4 (2005), 75-81.

Kohler, Josef, Das Autorrecht, eine zivilistische Abhandlung. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Eigenthum, vom Miteigenthum, vom Rechtsgeschäft und vom Individualrecht, Jena 1880.

Koikkara, Sonia Elisabeth, Der Patentschutz und das Institut der Zwangslizenz in der Europäischen Union, Jus Internationale et Europaeum, Band 46, Tübingen 2010.

Körber, Torsten, Kartellrechtlicher Zwangslizenzeinwand und standardessentielle Patente, NZKart 2013, 87-98.

–, Standardessentielle Patente, FRAND-Verpflichtungen und Kartellrecht. Eine Analyse unter besonderer Berücksichtigung der deutschen „Orange-Book-Standard"-Rechtsprechung, Baden-Baden 2013, zit.: *Körber*, Standardessentielle Patente, FRAND-Verpflichtungen und Kartellrecht.

–, Wettbewerb in dynamischen Märkten zwischen Innovationsschutz und Machtmissbrauch, WuW 2007, 1209-1218.

Koskinen-Olsson, Tarja, Collective Management in the Nordic Countries, in: *Gervais, Daniel* (Hrsg.) Collective Management of Copyright and Related Rights, 2. Aufl., Austin 2010, S. 283-306.

Kraft, Tim, § 42a – Zwangslizenz im Spannungsfeld zwischen Kartellrecht und Immaterialgüterrecht, Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Band 4424, Frankfurt am Main 2004.

Kraßer, Rudolf, Patentrecht. Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht, 6. Aufl., München 2009.

–/*Schricker, Gerhard*, Patent- und Urheberrecht an Hochschulen. Die Verwertung von Erfindungen und urheberrechtlich geschützten Werken an Hochschulen wissenschaftlich Tätiger, Baden-Baden 1988.

Kreutzer, Till, Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen. Konzeptionelle Überlegungen zu Werkbegriff, Zuordnung, Umfang und Dauer des Urheberrechts als Reaktion auf den urheberrechtlichen Funktionswandel, Hamburger Schriften zum Medien-, Urheber- und Telekommunikationsrecht, Band 1, Baden-Baden 2008.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Krings, Günter/Hentsch, Christian-Henner, Das neue Zweitverwertungsrecht, ZUM 2013, 909-913.

Kröger, Detlef, Informationsfreiheit und Urheberrecht. Eine Untersuchung am Beispiel der Bibliotheken unter Berücksichtigung des europäischen und deutschen Rechts, Schriftenreihe Information und Recht, Band 26, München 2002.

Krogmann, Carrie, Zum „Entwurf eines Gesetzes zur Nutzung verwaister Werke und zu weiteren Änderungen des Urheberrechtsgesetzes" sowie zur technologieneutralen Ausgestaltung des § 20b UrhG, ZUM 2013, 457-461.

Krujatz, Sebastian, Open Access. Der offene Zugang zu wissenschaftlichen Informationen und die ökonomische Bedeutung urheberrechtlicher Ausschlussmacht für die wissenschaftliche Informationsversorgung, Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht, Band 71, Tübingen 2012.

Kübel, Constanze, Zwangslizenzen im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht. Eine Untersuchung zu Patenten und Urheberrechten bei technischen Normen, Recht – Technik – Wirtschaft, Band 93, Köln 2004.

Kubis, Sebastian, Digitalisierung von Druckwerken zur Volltextsuche im Internet – die Buchsuche von Google („Google Book Search") im Konflikt mit dem Urheberrecht, ZUM 2006, 370-379.

Kuhlen, Rainer, Richtungsweisend oder eine nur begrenzt wahrgenommene Chance? Der Copyright-Code des Wittem-Projekts, Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law 2 (2011), 18-25.

Kühnen, Thomas, Der kartellrechtliche Zwangslizenzeinwand und seine Berücksichtigung im Patentverletzungsprozess, in: *Keller, Erhard/Plassmann, Clemens/Falck, Andreas von* (Hrsg.), Festschrift für Winfried Tilmann. Zum 65. Geburtstag, Köln 2003, S. 513-525.

Kunz-Hallstein, Hans Peter/Loschelder, Michael, Stellungnahme der GRUR durch den Fachausschuss für Urheber- und Verlagsrecht zum Grünbuch „Urheberrechte in der wissensbestimmten Wirtschaft KOM (2008) 466 endg.", GRUR 2009, 135-141.

–/–, Stellungnahme der GRUR zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Nutzung verwaister Werke und zu weiteren Änderungen des Urheberrechtsgesetzes und des Urheberrechtswahrnehmungsgesetzes vom 20.2.2013, GRUR 2013, 480-484.

Kur, Annette, Funktionswandel von Schutzrechten: Ursachen und Konsequenzen der inhaltlichen Annäherung und Überlagerung von Schutzrechten, in: *Schricker, Gerhard/Dreier, Thomas/Kur, Annette*, Geistiges Ei-

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gentum im Dienst der Innovation, Baden-Baden 2001, S. 23-50, zit.: *Kur*, in: *Schricker/Dreier/Kur*, Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation.

–, Of Oceans, Islands, and Inland Water – How Much Room for Exceptions and Limitations Under the Three-Step Test?, 8 Richmond Journal of Global Law & Business 287-350 (2009).

Kur, Annette/Hilty, Reto M./Geiger, Christophe/Leistner, Matthias, First Evaluation of Directive 96/9/EC on the Legal Protection of Databases – Comment by the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, Munich, IIC 2006, 551-558.

Laakso, Mikael, Green open access policies of scholarly journal publishers: a study of what, when, and where self-archiving is allowed, Scientometrics 2013, DOI: 10.1007/s11192-013-1205-3.

Lamping, Matthias, Patentschutz und Marktmacht, Schriftenreihe zum gewerblichen Rechtsschutz, Band 169, Köln 2010, zit.: *Lamping*, Patentschutz und Marktmacht.

–, Refusal to Licence as an Abuse of Market Dominance: From Commercial Solvents to Microsoft, in: *Hilty, Reto M./Liu, Kung-Chung* (Hrsg.), Compulsory Licensing. Practical Experiences and Ways Forward, Berlin 2015, S. 121-145, zit.: *Lamping*, in: *Hilty/Liu*, Compulsory Licensing.

Landes, William M./Posner, Richard A., An Economic Analysis of Copyright Law, 18 Journal of Legal Studies 325-363 (1989).

–/–, Indefinitely Renewable Copyright, 70 University of Chicago Law Review 471-518 (2003).

Lang, Thomas, Immaetrialgüterrechtliche Lizenzierung und kartellrechtliche Verhaltenskontrolle. Eine Untersuchung der Reichweite gemeinschaftskartellrechtlicher Eingriffsbefugnisse in Immaterialgüterrechtspositionen vor dem Hintergrund der schutzrechtsspezifischen wettbewerblichen Ausschließlichkeit, Schriften zum Medien-, Urheber- und Wirtschaftsrecht, Band 1, Frankfurt am Main 2009.

Langus, Gregor/Neven, Damien/Shier, Gareth, Assessing the economic impacts of adapting certain limitations and exceptions to copyright and related rights in the EU, Brüssel 2013, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/131001-study_en.pdf (zuletzt besucht am 10.5.2015).

Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts. Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987.

Le Chapelier, Isaac René Guy, Rapport au nom du Comité de Constitution, sur la Pétition des Auteurs dramatiques, dans la Séance du Jeudi 13

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Janvier 1791, avec le Décret rendu dans cette Séance, Paris 1791, zit.: *Le Chapelier*, Rapport I.

Le Chapelier, Isaac René Guy, zitiert nach Bulletin de l'Assemblée Nationale, Séance du Jeudi 13 Janvier au soir, in: Gazette National ou Le Moniteur Universel n° 15 du Samedi 15 Janvier 1791 – Deuxième année de la Liberté, Nachdruck in: *Plon, Henri* (Hrsg.), Réimpression de l'ancien Moniteur, seule histoire authentique et inaltérée de la révolution française depuis la réunion des États-généraux jusqu'au Consulat (mai 1789 – novembre 1799) avec des notes explicatives. Tome Septième. Constituante, Paris 1861, S. 115-120, zit.: *Le Chapelier*, Rapport II.

Le Stanc, Christian, L'abus dans l'exercice du droit de brevet: les „patent trolls", Propriété industrielle 10/2010, 36-38.

–, Les malfaisants lutins de la forêt des brevets: à propos des patent trolls, Propriété industrielle 2/2008, 11-19.

Lebois, Audrey, Les exceptions à des fins de recherche et d'enseignement, la consécration?, Revue Lamy Droit de l'Immatériel 25 (2007), supplément, 18-24.

Ledieu, Marc-Antoine, Logiciel spécifique, correction des erreurs et codessource: les tribulations d'un Français au paradis offshore du développement de logiciel, Communication Commerce électronique 7-8/2004, 19-22.

Lehmann, Michael (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen. Urheberrecht, Patentrecht, Warenzeichenrecht, Wettbewerbsrecht, Kartellrecht, Vertrags- und Lizenzrecht, Arbeitsrecht, Strafrecht, Insolvenz- und Vollstreckungsrecht, Prozeßrecht, Produzentenhaftung, Recht der Datenbanken, Steuerrecht, 2. Aufl., Köln 1993, zit.: *Bearbeiter*, in: *Lehmann*, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen.

–, Eigentum, geistiges Eigentum, gewerbliche Schutzrechte – Property Rights als Wettbewerbsbeschränkungen zur Förderung des Wettbewerbs, GRUR Int. 1983, 356-362.

–, The Theory of Property Rights and the Protection of Intellectual and Industrial Property – „Property rights develop to internalize externalities when the gains of internalization become larger than the cost of internalization", IIC 1985, 525-540.

Leininger, Wolfgang, Publikationsverhalten in Wirtschaftswissenschaften, in: *Alexander von Humboldt-Stiftung* (Hrsg.), Publikationsverhalten in unterschiedlichen wissenschaftlichen Disziplinen. Beiträge zur Beurteilung von Forschungsleistungen, 2. Aufl. 2009, S. 67-68.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Leistner, Matthias, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 13.7.2004 – „Standard-Spundfass", IIC 2005, 741-752.

–, Comment on ECJ BHB v William Hill, IIC 2005, 592-595.

–, Der Beitrag ökonomischer Forschung zum Urheberrecht. Bestandsaufnahme und interdisziplinäre Ideenskizze, ZGE 2009, 403-456.

–, Der europäische Werkbegriff, ZGE 2013, 4-45.

–, Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht. Eine Untersuchung zur Richtlinie 96/9/EG und zu ihrer Umsetzung in das deutsche Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtliche Abhandlungen des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht, München, Band 34, München 2000, zit.: *Leistner*, Der Rechtsschutz von Datenbanken.

–, Intellectual Property and Competition Law: The European Development from Magill to IMS Health compared to recent German and US Case Law, ZWeR 2005, 138-162.

–, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb. Eine grundlagenorientierte Studie unter besonderer Berücksichtigung der europäischen Perspektive, Jus Privatum, Band 119, Tübingen 2007, zit.: *Leistner*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb.

–, The Requirements for Compulsory Dependency Licences: Learning from the Transformative Use Doctrine in Copyright Law, in: *Hilty, Reto M./Liu, Kung-Chung* (Hrsg.), Compulsory Licensing. Practical Experiences and Ways Forward, Berlin 2015, S. 221-233, zit.: *Leistner*, in: *Hilty/Liu*, Compulsory Licensing.

–/Hansen, Gerd, Die Begründung des Urheberrechts im digitalen Zeitalter. Versuch einer Zusammenführung von individualistischen und utilitaristischen Rechtfertigungsbemühungen, GRUR 2008, 479-490.

Lemarchand, Stéphane, Anmerkung zu Cass. com., Urt. v. 12.7.2005 – „Sté NMPP c/ Sté MLP", Propriétés intellectuelles 17 (2005), 481-482.

–, L'affaire NMPP: s'oriente-t-on vers une nouvelle limite au droit d'auteur du logiciel au nom de la libre concurrence?, Propriétés intellectuelles 11 (2004), 626-629.

Lemley, Mark A., Ex Ante Versus Ex Post Justifications for Intellectual Property, 71 University Chicago Law Review 129-149 (2004).

–, Property, Intellectual Property, and Free Riding, 83 Texas Law Review 1031-1075 (2005).

–, The Economics of Improvement in Intellectual Property Law, 75 Texas Law Review 989-1084 (1997).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

–/*McGowan, David*, Legal Implications of Network Economic Effects, 86 California Law Review 479-611 (1998).

Leventer, N. Orly, Google Book Search und vergleichendes Urheberrecht. Unter Heranziehung des deutschen und des US-amerikanischen Rechts, Schriften zum Medien- und Informationsrecht, Band 2, Baden-Baden 2012.

Lévêque, François, Innovation, Leveraging and Essential Facilities: Interoperability Licensing in the EU Microsoft Case, World Competition Law and Economic Review 28 (2005), 71-91.

–, La décision du TPICE contre Microsoft: où est passée l'économie?, Revue Lamy de la Concurrence 14 (2008), 22-26.

–, La musique en ligne verrouillée par un effet de levier?, Revue de droit de la concurrence 1/2005, 15-19.

–/*Ménière, Yann*, Économie de la propriété intellectuelle, Paris 2003.

Lewinski, Silke von, Gedanken zur kollektiven Rechtewahrnehmung, in: *Ohly/Bodewig, Theo/Dreier, Thomas/Götting, Horst-Peter/Haedicke, Maximilian/Lehmann, Michael* (Hrsg.), Perspektiven des Geistigen Eigentums und des Wettbewerbsrechts. Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag, München 2005, S. 407-412, zit.: *v. Lewinski*, in: *Ohly/Bodewig/Dreier/Götting/Haedicke/Lehmann*, FS Schricker.

Lewinski, Silke von, International Copyright Law and Policy, Oxford 2008.

Lewinski, Silke von, Mandatory Collective Administration of Exclusive Rights – A Case Study on its Compatibility with International and EC Copyright Law, e-Copyright Bulletin, January – March 2004, abrufbar unter: http://portal.unesco.org/culture/admin/ev.php?URL_ID=22039&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201 (zuletzt besucht am 10.5.2015).

Liaskos, Evangelos-Panayiotis, La gestion collective des droits d'auteurs dans la perspective du droit communautaire. Contribution à l'élaboration d'une politique communitaire du droit d'auteur, Athen 2004.

Lichtman, Douglas, Copyright as Innovation Policy: Google Book Search from a Law and Economics Perspective, 9 Innovation Policy and the Economy 55-77 (2008).

Linant de Bellefonds, Xavier, Droits d'auteur et droits voisins, 2. Aufl., Paris 2004.

Link, Michael, Open Access im Wissenschaftsbereich, Erlanger Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 4, Frankfurt am Main 2013.

Liu, Jiarui, Copyright Injunctions after eBay: An Empirical Study, 16 Lewis & Clark Law Review 215-287 (2012).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Liu, Kung-Chung, The Need and Justification for a General Competition-Oriented Compulsory Licensing Regime, IIC 2012, 679-699.

Loewenheim, Ulrich, Amtliche Bezugnahmen auf private Normenwerke und § 5 Urheberrechtsgesetz, in: *Berger, Klaus Peter/Ebke, Werner F./Elsing, Siegfried/Großfeld, Bernhard/Kühne, Gunther* (Hrsg.), Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2000, S. 609-621, zit.: *Loewenheim*, in: *Berger/Ebke/Elsing/Großfeld/Kühne*, FS Sandrock.

–, Auslegungsfragen des neuen § 5 Abs. 3 UrhG, in: *Loewenheim, Ulrich* (Hrsg.), Urheberrecht im Informationszeitalter. Festschrift für Wilhelm Nordemann zum 70. Geburtstag am 8. Januar 2004, München 2004, S. 51-57, zit.: *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, FS Nordemann.

–, Handbuch des Urheberrechts, 2. Aufl., München 2010, zit.: *Bearbeiter*, in: *Loewenheim*, HdbUrhR^2.

–/Meessen, Karl M./Riesenkampff, Alexander (Hrsg.), Kartellrecht. Europäisches und Deutsches Recht. Kommentar, 2. Aufl., München 2009, zit.: *Bearbeiter*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, KartR^2.

–/–/– (Hrsg.), Kartellrecht. Kommentar, 2. Aufl., 2009, zit.: *Bearbeiter*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampf*, KartR^2.

Loos, Andreas, Ein Jahr Elsevier-Boykott, MDMV 2013, 90-97.

Loren, Lydia Pallas, Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission Systems, 5 Journal of Intellectual Property Law 1-58 (1997).

Lucas, André, Anmerkung zu Cass. com., Urt. v. 4.12.2001 – „France Télécom c/ Lectiel et Groupadress“, Propriétés intellectuelles 3 (2002), 62-64.

–, Anmerkung zu Cons. const., Urt. v. 28.2.2014 – „Loi du 1er mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XXe siècle“, Propriétés intellectuelles 51 (2014), 168-170.

–, For a reasonable interpretation of the three-step-test, European Intellectual Property Review 32 (2010), 277-282.

–, La loi applicable à la mise en ligne d'oeuvres protégées par le droit d'auteur, La Semaine Juridique Edition Générale 2010, 465-468.

–, Le „triple test“ de l'article 13 de l'accord ADPIC à la lumière du rapport du Groupe spécial de l'OMC „Etats-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur", in: *Ganea, Peter/Heath, Christopher/Schricker, Gerhard* (Hrsg.), Urheberrecht. Gestern – Heute – Morgen, Fetschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag, München 2001, S. 423-445, zit.: *Lucas*, in: *Ganea/Heath/Schricker*, FS Dietz.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

–, Numérisation d'ouvrages d'auteurs français – Mise en ligne sur internet par une société de droit américan – Application de la loi française, Propriétés intellectuelles 34 (2010), 644-650.

–/Lucas, Henri-Jacques/Lucas-Schloetter, Agnès, Traité de la propriété littéraire et artistique, 4. Aufl., Paris 2012.

Lucas-Schloetter, Agnès, Das französische Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte in der Informationsgesellschaft vom 1. August 2006, GRUR Int. 2007, 658-672.

–, Die Interessenabwägung bei der Ausübung des Urheberpersönlichkeitsrechts, GRUR Int. 2002, 2-7.

–, Droit moral et droits de la personnalité. Étude de droit comparé français et allemand, Band 1, Aix-Marseille 2002, zit.: *Lucas-Schloetter*, Droit moral et droits de la personnalité.

Lucke, Bettina, Die Google Buchsuche nach deutschem Urheberrecht und US-amerikanischem Coypright Law, Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Band 4961, Frankfurt a. M. 2010.

Lüdemann, Jörn, Die Grenzen des homo oeconomicus und die Rechtswissenschaft, in: *Engel, Christoph/Englerth, Markus/Lüdemann, Jörn/Spiecker gen. Döhmann, Indra* (Hrsg.), Recht und Verhalten. Beiträge zu Behavorial Law and Economics, Tübingen 2007, S. 7-59.

Luf, Gerhard, Philosophische Strömungen in der Aufklärung und ihr Einfluß auf das Urheberrecht, in: *Dittrich, Robert* (Hrsg.), Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es? Wurzeln, geschichtlicher Ursprung, geistesgeschichtlicher Hintergrund und Zukunft des Urheberrechts, Wien 1988, S. 9-19.

Lunney, Glynn S., Reexamining Copyright's Incentives-Access Paradigm, 49 Vanderbilt Law Review 483-656 (1996).

Lutz, Alexander, Zugang zu wissenschaftlichen Informationen in der digitalen Welt. Ein urheberrechtlicher Beitrag zu den Wissenschaftsschranken und zu einem zwingenden Zweitveröffentlichungsrecht, Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht, Band 65, Tübingen 2012.

Mackaay, Ejan/Rousseau, Stéphane, Analyse économique du droit, Paris 2008.

Mackenrodt, Mark-Oliver, Assessing the Effects of Intellectual Property Rights in Network Standards, in: *Drexl, Josef* (Hrsg.), Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, Cheltenham 2008, S. 80-103; zit.: *Mackenrodt*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Macrez, Franck, L'exploitation numérique des livres indisponibles: que reste-t-il du droit d'auteur?, Receuil Dalloz 2012, 749-757.

Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 1: Präambel, Artikel 1 bis 19, 6. Aufl., München 2010, zit.: *Bearbeiter*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG[6], Bd. 1.

–/–/– (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 2: Artikel 20 bis 82, 6. Aufl., München 2010, zit.: *Bearbeiter*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG[6], Bd. 2.

Mankiewicz, H., La licence obligatoire en matière de brevets d'invention, Revue trimestrielle de droit commercial 1955, 1-29.

Maréchal, Camille, Concurrence et propriété intellectuelle, Le Droit des Affaires. Propriété Intellectuelle, Band 32, Paris 2009.

Markowitz, Harry, Portfolio Selection, 7 Journal of Finance 77-91 (1952).

Marly, Jochen, Urheberrechtsschutz für Computersoftware in der Europäischen Union. Abschied vom überkommenen Urheberrechtsverständnis, München 1995.

Marwitz, Bruno/Möhring, Philipp, Das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst in Deutschland. Kommentar zum Reichsgesetz vom 19.6.1901/22.5.1910 und den internationalen Verträgen Deutschlands, Berlin 1929.

Marx, Werner, Forschungsbewertung auf der Basis von Zitierungen – Aussagekraft und Grenzen der Methode, in: Alexander von Humboldt-Stiftung (Hrsg.), Publikationsverhalten in unterschiedlichen wissenschaftlichen Disziplinen. Beiträge zur Beurteilung von Forschungsleistungen, 2. Aufl. 2009, S. 132-155.

Mathis, Klaus, Effizienz statt Gerechtigkeit? Auf der Suche nach den philosophischen Grundlagen der Ökonomischen Analyse des Rechts, Schriften zur Rechtstheorie, Band 223, Berlin 2004.

Maume, Philipp, Compulsory Licensing in Germany, in: *Hilty, Reto M./Liu, Kung-Chung* (Hrsg.), Compulsory Licensing. Practical Experiences and Ways Forward, Berlin 2015, S. 95-120, zit.: *Maume*, in: *Hilty/Liu*, Compulsory Licensing.

–, Der kartellrechtliche Zwangslizenzeinwand im Patentverletzungsprozess, Geistiges Eigentum und Wettbewerb, Band 19, Köln 2010, zit.: *Maume*, Der kartellrechtliche Zwangslizenzeinwand im Patentverletzungsprozess.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

–, Der Zwangslizenzeinwand am Scheideweg. Zugleich Besprechung von Daniel Antonius Hötte: Die kartellrechtliche Zwangslizenz im Patentrecht, ZGE 2012, 216-241.

–, Huawei ./. ZTE, or, how the CJEU closed the Orange Book, QMJIP 6 (2016), 207-226.

–/Tapia, Claudia, Der Zwangslizenzeinwand ein Jahr nach Orange Book Standard – mehr Fragen als Antworten, GRUR Int. 2010, 923-930.

Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Begr.), Grundgesetz. Kommentar, hrsg. v. *Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans H.*, 72. Ergänzungslieferung, München 2014, zit.: *Bearbeiter*, in: *Maunz/Dürig*, GG[72].

Mazziotti, Giuseppe, Did Apple's Refusal to License Proprietary Information enabling Interoperability with its iPod Music Player Constitute an Abuse under Article 82 of the EC Treaty?, World Competition Law and Economic Review 28 (2005) 253-275.

McCabe, Mark J., Journal Pricing and Mergers: A Portfolio Approach, 92 The American Economic Review 259-269 (2002).

McGuire, Mary-Rose/Zumbusch, Ludwig von/Joachim, Björn, Verträge über Schutzrechte des geistigen Eigentums (Übertragung und Lizenzen) und dritte Parteien (Q 190), GRUR Int. 2006, 682-697.

Meier, Michael, Returning Science to the Scientists: Der Umbruch im STM-Zeitschriftenmarkt unter Einfluss des Electronic Publishing, Buchhandel der Zukunft, Band 2, München 2002.

Mentha, Bénigne, Der Referentenentwurf eines Gesetzes über Verwertungsgesellschaften und Fragen der Vereinbarkeit mit der Revidierten Berner Übereinkunft in der Fassung von Brüssel (RBÜ), UFITA 19 (1959), 156-161.

–, Urheberrecht, Verwertungsgesellschaft und Berner Übereinkunft, UFITA 45 (1965), 61-68.

Merges, Robert P., A New Dynamism in the Public Domain, 71 University of Chicago Law Review 183-203 (2004).

–, Contracting Into Liability Rules: Intellectual Property Rights and Collective Rights Organization, 84 California Law Review 1293-1393 (1996).

–, Of Property Rules, Coase, and Intellectual Property, 94 Columbia Law Review 1655-2673 (1994).

–, The End of Friction – Property Rights and Contract in the Newton World of on-Line Commerce, 12 Berkeley Technology Law Journal 115-136 (1997).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Merton, Robert K., The Matthew Effect in Science, II: Cumulative Advantage and the Symbolism of Intellectual Property, 79 Isis 606-623 (1988).

Merveldt, Moritz Graf von, Der Ausschluss kartellrechtlicher Einwendungen im Patentverletzungsverfahren, WuW 2004, 19-25.

Mes, Peter, Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz. Kommentar, 4. Aufl., München 2015, zit.: *Bearbeiter*, in: Mes, PatG[4].

Mestmäcker, Ernst-Joachim/Schweitzer, Heike, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., München 2014.

Metzger, Axel, Der Einfluss des EuGH auf die gegenwärtige Entwicklung des Urheberrechts, GRUR 2012, 118-126.

–, Rechtsgeschäfte über das Droit moral im deutschen und französischen Urheberrecht, Urheberrechtliche Abhandlungen des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht, München, Band 41, München 2002, zit.: *Metzger*, Rechtsgeschäfte über das Droit moral im deutschen und französischen Urheberrecht.

–, Urheberrechtsschranken in der Wissensgesellschaft: Fair Use oder enge Einzeltatbestände?, in: *Leistner, Matthias* (Hrsg.), Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, Tübingen 2010, S. 101-122, zit.: *Metzger*, in: *Leistner*, Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums.

Meurer, Michael J., Copyright Law and Price Discrimination, 23 Cardozo Law Review 55-148 (2001).

Meyer-Ladewig, Jens, Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2011.

Möhring, Philipp (Begr.)*/Nicolini, Käthe/Ahlberg, Hartwig* (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz. Kommentar, 2. Aufl., München 2000, zit.: *Bearbeiter*, in: *Möhring/Nicolini*, UrhG[2].

Morel, René, Du refus de contracter opposé en raison de considérations personnelles, Revue trimestrielle de droit civil 1908, 289-311.

Moritz, Hans-Werner, Microsoft in Not? Der europäische Rechtsrahmen für Kopplungen und Zwangslizenzen an Interface-Informationen im Lichte der Microsoft-Entscheidung der EU-Kommission, CR 2004, 321-326.

Morris, Sally, Journal authors' rights: perception and reality, 2009, abrufbar unter: http://publishingresearchconsortium.com/index.php/prc-documents/prc-research-projects/13-journal-authors-rights/file (zuletzt besucht am 10.5.2015).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Möschel, Wernhard, Marktmacht und Preiskontrolle. Nach der Merck-Entscheidung des Kammergerichts, BB 1976, 49-53.

Motta, Massimo, Competition Policy. Theory and Practice, Cambridge 2004.

Moura Vicente, Dário, Portugal, in: *Hilty, Reto M./Nérisson, Sylvie* (Hrsg.), Balancing Copyright – A Survey of National Approaches, Berlin 2012, S. 737-763.

Moyar, Dean, Consequentialism and Deontology in the Philosophy of Rights, in: Brooks, Thom (Hrsg.), Hegel's Philosophy of Right, Malden 2012, S. 9-42.

Müller-Lange, Frank/Scheufen, Marc, The Google Book Search Settlement: A Law and Economics Analysis, 8 Review of Economic Research on Copyright Issues 7-50 (2011).

Münch, Georg, Die Zwangslizenz im geltenden Urheberrecht und nach dem Entwurf eines neuen Urheberrechtsgesetzes, zugl. Diss. Univ. Breslau 1934, Breslau 1934.

Nägele, Thomas/Jacobs, Sven, Zwangslizenzen im Patentrecht – unter besonderer Berücksichtigung des kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwands im Patentverletzungsprozess, WRP 2009, 1062-1075.

Naue, Paul Moritz, Immaterielle Gegenstände – insbesondere Immaterialgüterrechte – als wesentliche Einrichtungen nach Art. 102 AEUV, Europäische Integration und internationale Wirtschaftsbeziehungen, Band 22, Frankfurt am Main 2012.

Nérisson, Sylvie, La gestion collective des droits des auteurs en France et en Allemagne: quelle légitimité?, Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne-André Tunc, Band 49, Paris 2013.

Netanel, Neil W., Asserting Copyright's Democratic. Principles in the Global Arena, 51 Vanderbilt Law Review 217-329 (1998).

–, Copyright and a Democratic Civil Society, 106 Yale Law Journal 283-387 (1996).

Neurauter, Sebastian, Internetfernsehen und Co. – das Urheberrecht unter dem Druck des Medienwandels, GRUR 2011, 691-697.

Niebler, Julia/Schuppert, Stefan, Internet-Videorecorder II – Können sich Anbieter von Internet-Videorecordern gegenüber Sendeunternehmen auf den Zwangslizenzeinwand berufen? Eine Analyse zur Übertragbarkeit der „Orange Book Standard"-Rechtsprechung des BGH auf die Situation des § 87 Abs. 5 UrhG, CR 2013, 384-394.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Nipperdey, Hans Carl, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Jena, Band 1, Jena 1920.

Noel, Wanda, Compulsory licences and copyright, Revue internationale du droit d'auteur 108 (1981), 50-21.

Noguier, Pierre, Le pillage de l'écrit, photocopies, télécopies et copies différées; la gestion collective obligatoire, une solution juridique, Légicom 3 (1994), 69-74.

Noll, Peter, Gesetzgebungslehre, Rainbek 1973.

Nolte, Georg, Informationsmehrwertdienste und Urheberrecht, Schriften zum geistigen Eigentum und zum Wettbewerbsrecht, Band 19, Baden-Baden 2009.

Nordemann, Wilhelm, Nutzungsrechte oder Vergütungsansprüche? Zur Systematik moderner Urheberrechtsordnungen, GRUR 1979, 280-283.

Nordemann, Wilhelm/Vinck, Kai/Hertin, Paul W. (Hrsg.), Internationales Urheberrecht und Leistungsschutzrecht der deutschsprachigen Länder unter Berücksichtigung auch der Staaten der Europäischen Gemeinschaft. Kommentar, Düsseldorf 1977.

Oberndörfer, Pascal, Die philosophische Grundlage des Urheberrechts, UFITA-Schriftenreihe, Band 228, Baden-Baden 2005.

Ohly, Ansgar, „Patenttrolle" oder: Der patentrechtliche Unterlassungsanspruch unter Verhältnismäßigkeitsvorbehalt? Aktuelle Entwicklungen im US-Patentrecht und ihre Bedeutung für das deutsche und europäische Patentsystem, GRUR Int. 2008, 787-798.

–, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit: Forschungsperspektiven, in: *Ohly, Ansgar/Klippel, Diethelm* (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, Tübingen 2007, S. 1-17, zit.: *Ohly*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit.

–, Geistiges Eigentum und Wettbewerbsfreiheit – Konflikt oder Symbiose?, in: *Oberender, Peter* (Hrsg.), Wettbewerb und geistiges Eigentum, Berlin, 2007, S. 47-67, zit.: *Ohly*, in: *Oberender*, Wettbewerb und geistiges Eigentum.

–, Geistiges Eigentum?, JZ 2003, 545-554.

–, Nachahmungsschutz versus Wettbewerbsfreiheit, in: *Lange, Knut Werner/Klippel, Diethelm/Ohly, Ansgar* (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Wettbewerb, Tübingen 2009, S. 99-116, zit.: *Ohly*, in: *Lange/Klippel/Ohly*, Geistiges Eigentum und Wettbewerb.

–, Three Principles of European IP Enforcement Law: Effectiveness, Proportionality, Dissuasiveness, in: *Drexl, Josef/Hilty, Reto M./Boy, Lau-*

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rence/Godt, Christine/Remiche, Bernard (Hrsg.), Technology and Competition/Technologie et concurrence. Contributions in Honour of Hanns Ullrich/Mélanges en l'honneur de Hanns Ullrich, Brüssel 2009, S. 257-274, zit.: *Ohly*, in: *Drexl/Hilty/Boy/Godt/Remiche*, FS Ullrich.

–, Urheberrecht als Wirtschaftsrecht, in: *Depenheuer, Otto/Peifer, Karl-Nikolaus* (Hrsg.), Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel? Zustand und Entwicklungen im Zeitalter von Digitalisierung und Globalisierung, Berlin 2008, S. 141-161, zit.: *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum.

–, Urheberrecht zwischen Innovationsstimulierung und -verhinderung, in: *Eifert, Martin/Hoffmann-Riem, Wolfgang* (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Innovation, Berlin 2008, S. 2179-297, zit.: *Ohly*, in: *Eifert/Hoffmann-Riem*, Geistiges Eigentum und Innovation.

Olsson, Henry, The Extended Collective License as Applied in the Nordic Countries, Kopinor 25th Anniversary International Symposium, Oslo, 20.5.2005, abrufbar unter: http://www.kopinor.no/en/copyright/extended-collective-license/documents/the-extended-collective-license-as-applied-in-the-nordic-countries (zuletzt besucht am 10.5.2015).

Ortag, Felix/Schmidt, Manuela, Verortung von Nutzern und Inhalten im Web, HMD Praxis der Wirtschaftsinformatik 276 (2010), 19-28.

Osterrieth, Christian, Patent-Trolls in Europa – braucht das Patentrecht neue Grenzen?, GRUR 2009, 540-545.

Ott, Stephan, Die Google Buchsuche – Eine massive Urheberrechtsverletzung?, GRUR Int. 2007, 562-569.

Pahud, Eric, Die Sozialbindung des Urheberrechts, Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht, Band 57, Bern 2000, zit.: Pahud, Die Sozialbindung des Urheberrechts.

–, Zur Begrenztheit des Urheberrechts im Interesse Dritter und der Allgemeinheit, UFITA 2000/I, 99-137.

Palandt, Otto (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen insbesondere mit Einführungsgesetz (Auszug) einschließlich Rom I-, Rom II- und Rom III-Verordnungen sowie Haager Unterhaltsprotokoll und EU-Erbrechtsverordnung, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz, BGB-Informationspflichten-Verordnung, Unterlassungsklagengesetz, Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Versorgungsausgleichsgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, Gewaltschutzgesetz, 75. Aufl., München 2016, zit.: *Bearbeiter*, in: *Palandt*, BGB[75].

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Palmer, Tom G., Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach, 12 Hamline Law Review 261-304 (1989).

Palzer, Christoph, Patentrechtsdurchsetzung als Machtmissbrauch – der Zwangslizenzeinwand aus unionsrechtlicher Sicht, EuZW 2015, 702-706.

Passa, Jérôme, La propriété de l'information: un malentendu?, Droit et Patrimoine 91 (2001), 64-69.

Peifer, Karl-Nikolaus, Betriebswirtschaftliche Aspekte digitaler Publikationen – Bericht über den Vortrag von Prof. Dr. Loebbecke, M.B.A., in: *Peifer, Karl-Nikolaus/Gersmann, Gudrun*, Forschung und Lehre im Informationszeitalter – zwischen Zugangsfreiheit und Privatisierungsanreiz. Vorträge, Texte und Berichte zu der gleichnamigen Tagung des Instituts für Medienrecht und Kommunikationsrecht und des Lehrstuhls für Neuere Geschichte der Universität zu Köln am 21. April 2006 in Köln, Berlin 2007, S. 31-38, zit.: *Peifer*, in: *Peifer/Gersmann*, Forschung und Lehre im Informationszeitalter.

–, Das Urheberrecht und die Wissensgesellschaft – Stimmen die rechtlichen Rahmenregeln für die Zukunft von Forschung und Lehre?, UFITA 2007/II, 327-362.

–, Die gesetzliche Regelung über verwaiste und vergriffene Werke. Hilfe für verborgene Kulturschätze, NJW 2014, 6-12.

–, Individualität im Zivilrecht. Der Schutz persönlicher, gegenständlicher und wettbewerblicher Individualität im Persönlichkeitsrecht, Jus Privatum, Band 52, Tübingen 2001, zit.: *Peifer*, Individualität im Zivilrecht.

–, Vergriffene und verwaiste Werke: Gesetzliche Lösung in Sicht?, GRUR-Prax 2011, 1-4.

–, Werkvermittlung im Zeitalter von Google und YouTube – Urheberrechtliche Lösungen für die audiovisuelle Medienwelt – Ein Tagungs-, Diskussions- und Ergebnisbericht, in: *Stern, Klaus/Peifer, Karl-Nikolaus/Hain, Karl-Eberhard* (Hrsg.), Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und YouTube – Urheberrechtliche Lösungen für die audiovisuelle Medienwelt. Vortragsveranstaltung des Instituts für Rundfunkrecht an der Universität Köln vom 18. Juni 2010, München 2011, S. 1-25, zit.: *Peifer*, in: *Stern/Peifer/Hain*, Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und YouTube.

–, Wissenschaftsmarkt und Urheberrecht: Schranken, Vertragsrecht, Wettbewerbsrecht, GRUR 2009, 22-28.

Pellegrini, François/Canevet, Sébastien, Droit des logiciels. Logiciels privatifs et logiciels libres, Paris 2013.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Peukert, Alexander, Das Verhältnis zwischen Urheberrecht und Wissenschaft. Auf die Perspektive kommt es an!, Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law 4 (2013), 142-156.

–, Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut. Insbesondere: Die urheberrechtliche Relevanz des privaten Werkgenusses, in: *Hilty, Reto M./Peukert, Alexander* (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, Baden-Baden 2004, S. 11-46, zit.: *Peukert*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht.

–, Die Gemeinfreiheit. Begriff, Funktion, Dogmatik, Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht, Band 63, Tübingen 2012, zit.: *Peukert*, Die Gemeinfreiheit.

–, Die psychologische Dimension des droit moral, in: Rehbinder, Manfred (Hrsg.), Die psychologische Dimension des Urheberrechts, UFITA-Schriftenreihe, Band 211, Baden-Baden 2003, zit.: *Peukert*, in: *Rehbinder*, Die psychologische Dimension des Urheberrechts.

–, Ein möglichst hohes Schutzniveau des Urheberrechts fördert Kreativität und dynamischen Wettbewerb: Ein Irrtum?!, in: *Berger, Mathis/Macciacchini, Sandro* (Hrsg.), Populäre Irtümer im Urheberrecht: Festschrift für Reto M. Hilty, Zürich 2008, S. 39-60, zit.: *Peukert*, in: *Berger/Macciacchini*, FS Hilty.

–, Ein wissenschaftliches Kommunikationssystem ohne Verlage – zur rechtlichen Implementierung von Open Access als Goldstandard wissenschaftlichen Publizierens, in: *Grünberger, Michael/Leible, Stefan* (Hrsg.), Die Kollision von Urheberrecht und Kommunikationsverhalten der Nutzer im Informationszeitalter, Tübingen 2014, S. 145-172, zit.: *Peukert*, in: *Grünberger/Leible*, Die Kollision von Urheberrecht und Kommunikationsverhalten der Nutzer.

–, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, Jus Privatum, Band 138, Tübingen 2008, zit.: *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip.

Pfanner, Klaus, Die Zwangslizenzierung von Patenten: Überblick und neuere Entwicklungen, GRUR Int. 1985, 357-372.

Pflüger, Thomas, Die Befristung von § 52 a UrhG – eine (un)endliche Geschichte?, ZUM 2012, 444-452.

–/Ertmann, Dietmar, E-Publishing und Open Access – Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich, ZUM 2004, 436-443.

Phillips, Jake, eBay's Effect on Copyright Injunctions: When Property Rules Give Way to Liability Rules, 24 Berkeley Technology Law Journal 405-435 (2009).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Piaskowski, Nathalie, Collective Management in France, in: *Gervais, Daniel* (Hrsg.) Collective Management of Copyright and Related Rights, 2. Aufl., Austin 2010, S. 169-214.

Picht, Peter, Standardsetzung und Patentmissbrauch – Schlagkraft und Entwicklungsbedarf des europäischen Kartellrechts, GRUR Int. 2014, 1-17.

–, Strategisches Verhalten bei der Nutzung von Patenten im Standardisierungsverfahren aus der Sicht des europäischen Kartellrechts, Münchner Schriften zum Europäischen und Internationalen Kartellrecht, Band 31, Bern 2013, zit.: *Picht*, Strategisches Verhalten bei der Nutzung von Patenten.

Pindyck, Robert/Rubinfeld, Daniel, Mikroökonomie, 7. Aufl., München 2009.

Piriou, Florence-Marie, Nouvelle querelle des anciens et des modernes: la loi du 1er mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XXe siècle, Communication Commerce électronique 10/2012, 6-12.

Plant, Arnold, The Economic Aspects of Copyright in Book, 1 Economica 167-195 (1934).

Plate, John-Christian, Die Verwertungsgesellschaftspflicht für urheberrechtliche Vergütungsansprüche und ausschließliche Verwertungsrechte, Schriftenreihe des Instituts für Technik- und Umweltrecht der Technischen Universität Dresden, Band 11, Berlin 2003.

Podszun, Rupprecht, Die Kontrolle von Sekundärmärkten – Eine juristische und ökonomische Untersuchung im Kartell- und Immaterialgüterrecht, GRUR Int. 2007, 784-785.

Poeppel, Jan, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, Schriften zum deutschen und internationalen Persönlichkeits- und Immaterialgüterrecht, Band 11, Göttingen 2005.

Pohl, Christian, Die Voraussetzungen der patentrechtlichen Zwangslizenz. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung ihrer europarechtlichen Vorgaben, der Pariser Verbandsübereinkunft und des TRIPS-Abkommens, Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Band 2859, Frankfurt am Main 2000.

Poll, Günter, „Darf's noch ein bisschen mehr sein?" Zur Unangemessenheit der Anwendung des Bestsellerparagraphen (§ 32a UrhG) auf den Filmbereich, ZUM 2009, 611-620.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

–, Neue internetbasierte Nutzungsformen – Das Recht der Zugänglichmachung auf Abruf (§ 19a UrhG) und seine Abgrenzung zum Senderecht (§§ 20, 20b UrhG), GRUR 2007, 476-483.

Pollaud-Dulian, Frédéric, Abus de droit et droit moral, Receuil Dalloz 1993, Chronique, S. 97-102.

–, Das „Bestimmungsrecht" (droit de destination) – Überlegungen zu den Möglichkeiten einer Kontrolle der Nutzung von Werkexemplaren durch die Urheber, GRUR Int. 1989, 811-820.

–, La propriété industrielle, 2. Aufl., Paris 2011, zit.: *Pollaud-Dulian*, La propriété industrielle.

–, Le droit d'auteur, 2. Aufl., Paris 2014, zit.: *Pollaud-Dulian*, Le droit d'auteur.

–, Livres indisponibles. Licence légale. Œuvres orphelines. Numérisation. Bibliothèque, Revue trimestrielle de droit commercial 2012, 337-344.

Posner, Richard, Economic Analysis of Law, 5. Aufl., New York 1998, und 8. Aufl., Austin 2011 (die einmalige Zitierung der 5. Auflage ist an der entsprechenden Stelle kenntlich gemacht).

Pouillet, Eugène, Traité théorique et pratique de la propriètè littéraire et artistique et pratique et du droit de représentation, 3. Aufl., Paris 1908.

Poumarède, Matthieu, Anmerkung zu Cass. com., Urt. v. 12.7.2005 – „Sté NMPP c/ Sté MLP", La Semaine Juridique Edition Générale 2005, 1642-1646.

Pres, Andreas, Gestaltungsformen urheberrechtlicher Softwarelizenzverträge. Eine juristische und ökonomische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 9. Juni 1993, Rechtsfragen der Wirtschaft, Band 6, Köln 1994.

PricewaterhouseCoopers AG, E-Books in Deutschland. Der Beginn einer neuen Gutenberg-Ära?, 2010, zit.: *PwC*, E-Books in Deutschland.

PricewaterhouseCoopers AG, Media Trend Outlook – E-Books im Aufwind, 2013, abrufbar unter: http://www.pwc.de/de/technologie-medien-und-telekommunikation/media-trend-outlook_e-books-im-aufwind.jhtml (zuletzt besucht am 10.5.2015), zit.: *PwC*, Media Trend Outlook.

Pütter, Johann Stephan, Der Büchernachdruck nach ächten Grundsätzen des Rechts geprüft, Göttingen 1774.

Rauda, Christian, Die Zwangslizenz im Urheberrecht. Der Missbrauch eigener Urheberrechte im Spannungsfeld zwischen Innovationsanreiz und Marktfreiheit, Aktuelle Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Band 3, Frankfurt am Main 2006.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 1: §§ 1-354, 4. Aufl., München 2013, zit.: *Bearbeiter*, in: *Rauscher/Krüger*, MünchKommZPO[4], Bd. 1.

–/– (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2: §§ 355-1024, 4. Aufl., München 2012, zit.: *Bearbeiter*, in: *Rauscher/Krüger*, MünchKommZPO[4], Bd. 2.

Rawls, John, A theory of justice, Revised Edition, Oxford 1999.

Reed Elsevier, Annual Report 2003, abrufbar unter: http://www.relxgroup.com/investorcentre/reports%202007/Pages/2013.aspx (zuletzt besucht am 10.5.2015), zit.: *Reed Elsevier*, 2003.

–, Annual Report 2004, abrufbar unter: http://www.relxgroup.com/investorcentre/reports%202007/Pages/2013.aspx (zuletzt besucht am 10.5.2015) (zuletzt besucht am 10.5.2015), zit.: *Reed Elsevier*, 2004.

–, Annual Report 2005, abrufbar unter: http://www.relxgroup.com/investorcentre/reports%202007/Pages/2013.aspx (zuletzt besucht am 10.5.2015), zit.: *Reed Elsevier*, 2005.

–, Annual Reports and Financial Statements 2006, abrufbar unter: http://www.relxgroup.com/investorcentre/reports%202007/Pages/2006.aspx (zuletzt besucht am 10.5.2015), zit.: *Reed Elsevier*, 2006.

–, Annual Reports and Financial Statements 2007, abrufbar unter: http://www.relxgroup.com/investorcentre/reports%202007/Pages/2007.aspx (zuletzt besucht am 10.5.2015), zit.: *Reed Elsevier*, 2007.

–, Annual Reports and Financial Statements 2008, abrufbar unter: http://www.relxgroup.com/investorcentre/reports%202007/Pages/2008.aspx (zuletzt besucht am 10.5.2015), zit.: *Reed Elsevier*, 2008.

–, Annual Reports and Financial Statements 2009, abrufbar unter: http://www.relxgroup.com/investorcentre/reports%202007/Pages/2009.aspx (zuletzt besucht am 10.5.2015), zit.: *Reed Elsevier*, 2009.

–, Annual Reports and Financial Statements 2010, abrufbar unter: http://www.relxgroup.com/investorcentre/reports%202007/Pages/2010.aspx (zuletzt besucht am 10.5.2015), zit.: *Reed Elsevier*, 2010.

–, Annual Reports and Financial Statements 2011, abrufbar unter: http://www.relxgroup.com/investorcentre/reports%202007/Pages/2011.aspx (zuletzt besucht am 10.5.2015), zit.: *Reed Elsevier*, 2011.

–, Annual Reports and Financial Statements 2012, abrufbar unter: http://www.relxgroup.com/investorcentre/reports%202007/Pages/2012.aspx (zuletzt besucht am 10.5.2015), zit.: *Reed Elsevier*, 2012.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

–, Annual Reports and Financial Statements 2013, abrufbar unter: http://www.relxgroup.com/investorcentre/reports%202007/Pages/2013.aspx (zuletzt besucht am 10.5.2015), zit.: *Reed Elsevier*, 2013.

Rehbinder, Manfred/Peukert, Alexander, Urheberrecht. Ein Studienbuch, 17. Aufl., München 2015.

Reich, Michael, Die ökonomische Analyse des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, Law and Economics, Band 28, München 2004.

Reimann, Thomas W./Hahn, Tobias, Orange Book – Ratgeber oder Buch mit sieben Siegeln?, in: *Harmsen, Christian/Jüngst, Oliver Jan/Rödiger, Felix* (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang von Meibom, Köln 2010, S. 373-394.

Reimer, Dietrich/Ulmer, Eugen, Die Reform der materiellrechtlichen Bestimmungen der Berner Übereinkunft, GRUR Int. 1967, 431-454.

Reinbothe, Jörg, Beschränkungen und Ausnahmen von den Rechten im WIPO-Urheberrechtsvertrag, in: *Tades, Helmuth/Danzl, Karl-Heinz/Graninger, Gernot* (Hrsg.), Ein Leben für Rechtskultur. Festschrift Robert Dittrich zum 75. Geburtstag, Wien 2000, S. 251-268.

–/Lewinski, Silke von, The WIPO Treaties on Copyright. A Commentary on the WCT, the WPPT, and the BTAP, 2. Aufl., London 2015.

Renouard, Augustin-Charles, Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts, Paris 1838.

Ricketson, Sam, The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986, Deventer 1987, zit.: *Ricketson*, The Berne Convention.

–, The boundaries of copyright: Its proper limitations and exceptions: International Conventions and Treaties, Intellectual Property Quarterly 1999, 56-94.

–, WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment, Genf 2003, abrufbar unter: http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=16805 (zuletzt besucht am 10.5.2015), zit.: *Ricketson*, WIPO Study.

–/Ginsburg, Jane C., International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond, Band 1, 2. Aufl., Oxford 2006, zit.: *Ricketson/Ginsburg*, Bd. 1.

–/–, International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond, Band 2, 2. Aufl., Oxford 2006, zit.: *Ricketson/Ginsburg*, Bd. 2.

Ricot, Jean, Le refus de contracter, Bordeaux 1929.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rieble, Volker, Autorenfreiheit und Publikationszwang, in: *Reuß, Roland/Rieble, Volker* (Hrsg.), Autorschaft als Werkherrschaft in digitaler Zeit, Frankfurt am Main 2009, S. 29-66.

Rieger, Sören, Der rechtliche Schutz wissenschaftlicher Datenbanken, Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht, Band 39, Tübingen 2010.

Riis, Thomas/Schovsbo, Jens, Extended Collective Licenses and the Nordic Experience – It's a Hybrid but is it a Volvo or a Lemon?, 33 Columbia Journal of Law & the Arts 471-498 (2010).

–/–, Extended Collective Licenses in Action, IIC 2012, 930-950.

Rittner, Fritz/Dreher, Meinrad/Kulka, Michael, Wettbewerbs- und Kartellrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Rechts, 8. Aufl., Heidelberg 2014.

Rochelandet, Fabrice/Ida, Michèle-Francine Mbo'o, Les enjeux économiques de l'interopérabilité: les cas de la gestion des droits numériques, Revue Lamy Droit de l'Immatériel 23 (2007), supplément, 25-31.

Rochet, Jean-Charles/Tirole, Jean, Platform Competition in Two-Sided Markets, Journal of the European Economic Association 1 (2003), 990-1029.

Rojinsky, Cyril, Quelle finalité pour l'interopérabilité?, Revue Lamy Droit de l'Immatériel 20 (2006), supplément, 11-13.

Rombach, Patricia, Die kartellrechtliche Zwangslizenz im Patentverletzungsprozess, in: *Müller, Gerda/Osterloh, Eilert/Stein, Torsten* (Hrsg.), Festschrift für Günter Hirsch zum 65. Geburtstag, München 2008, S. 311-322.

Rosenkranz, Timo, Open Contents. Eine Untersuchung der Rechtsfragen beim Einsatz „freier" Urheberrechtslizenzmodelle, Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht, Band 58, Tübingen 2011.

Rösler, Hannes, „The Future of Books" – Symposium zur urheberechtlichen Zulässigkeit der Google Buchsuche, GRUR Int. 2008, 489-491.

Rossbach, Claudia, Die Vergütungsansprüche im deutschen Urheberrecht. Praktische Wahrnehmung, Rechtsverkehr und Dogmatik, Nomos Universitätsschriften – Recht, Band 23, Baden-Baden 1990.

Rouast, André, Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés, Revue trimestrielle de droit civil 1944, 1-19.

Roxin, Claus, Publikationsverhalten im Bereich der Jurisprudenz, in: *Alexander von Humboldt-Stiftung* (Hrsg.), Publikationsverhalten in unterschiedlichen wissenschaftlichen Disziplinen. Beiträge zur Beurteilung von Forschungsleistungen, 2. Aufl. 2009, S. 64-66.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rump, Niels, Definition, Aspects, and Overview, in: *Becker, Eberhard/Buhse, Willms/Günnewig, Dirk/Rump, Niels* (Hrsg.), Digital Rights Management – Technological, Economic, Legal and Political Aspects, Berlin 2003, S. 3-15.

Runge, Philipp, Die Vereinbarkeit einer Content-Flatrate für Musik mit dem Drei-Stufen-Test, GRUR Int. 2007, 130-137.

Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 7. Aufl., München 2014, zit.: *Bearbeiter*, in: *Sachs*, GG[7].

Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: Allgemeiner Teil, §§ 1-240, ProstG, AGG, 7. Aufl., München 2015, zit.: *Bearbeiter*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 1.

–/– (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 11: Internationales Privatrecht II, Internationales Wirtschaftsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 25-248), 6. Aufl., München 2015, zit.: *Bearbeiter*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[6], Bd. 11.

–/– (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 7. Aufl., München 2016, zit.: *Bearbeiter*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 2.

Salamolard, Jean-Marc, La licence obligatoire en matière de brevets d'invention. Etude de droit comparé, Comparativa, Band 10, Genf 1978.

Samuelson, Pamela/Scotchmer, Suzanne, The Law and Economics of Reverse Engineering, 111 Yale Law Journal 1575-1663 (2002).

Sandberger, Georg, Behindert das Urheberrecht den Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen?, ZUM 2006, 818-829.

–, Zweitverwertungsrecht. Anmerkungen zum Entwurf eines Gesetzes zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes, ZUM 2013, 466-472.

Sattler, Hauke, Das Urheberrecht nach dem Tode des Urhebers in Deutschland und Frankreich, Schriften zum deutschen und internationalen Persönlichkeits- und Immaterialgüterrecht, Band 23, Göttingen 2010.

Sayn, Jean-Yves, Brevets d'invention, licences forcées (licence d'office, licence obligatoire): nature juridique, régime, La Semaine Juridique Edition Commerce et Industrie 1971, 457-461.

Schack, Haimo, Rechtsprobleme der Online-Übermittlung, GRUR 2007, 639-645.

–, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 7. Aufl., Tübingen 2015, zit.: *Schack*, UrhR[7].

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

–, Urheberrechtliche Schranken, übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung, in: *Ohly/Bodewig, Theo/Dreier, Thomas/Götting, Horst-Peter/Haedicke, Maximilian/Lehmann, Michael* (Hrsg.), Perspektiven des Geistigen Eigentums und des Wettbewerbsrechts. Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag, München 2005, S. 511-521, zit.: *Schack*, in: *Ohly/Bodewig/Dreier/Götting/Haedicke/Lehmann*, FS Schricker.

–, Zur Rechtfertigung des Urheberrechts als Ausschließlichkeitsrecht, in: *Depenheuer, Otto/Peifer, Karl-Nikolaus* (Hrsg.), Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel? Zustand und Entwicklungen im Zeitalter von Digitalisierung und Globalisierung, Berlin 2008, S. 123-140, zit.: *Schack*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum.

Schäfer, Hans-Bernd/Ott, Claus, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl., Berlin 2012.

Scheffler, Dietrich, Die (ungenutzten) Möglichkeiten des Rechtsinstituts der Zwangslizenz, GRUR 2003, 97-105.

Scheuer, Alexander/Schweda, Sebastian, Fortschritte in der Diskussion um Must-Offer? Zur Exklusivität in Medien und Kommunikation, IRIS plus 2008-10, 1-12.

Schleich, Wolfgang P., Publikationsverhalten in der Quantenoptik, in: *Alexander von Humboldt-Stiftung* (Hrsg.), Publikationsverhalten in unterschiedlichen wissenschaftlichen Disziplinen. Beiträge zur Beurteilung von Forschungsleistungen, 2. Aufl. 2009, S. 88-91.

Schlötter, Richard, Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und die Abwerbung von Arbeitnehmern. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des englischen, französischen und deutschen Rechts, Schriftenreihe zum gewerblichen Rechtsschutz, Band 99, Köln 1997.

Schmalenbach, Jenni, Open Access im wissenschaftlichen Publikationswesen – eine transdisziplinäre Studie zur Akzeptanz anhand der Theorie des geplanten Verhaltens, München 2006.

Schmid, Matthias/Wirth, Thomas/Seifert, Fedor (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz mit Urheberrechtswahrnehmungsgesetz. Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2009, zit.: *Bearbeiter*, in: *Schmid/Wirth/Seifert*, UrhG^2.

Schmidt, Claudia/Kerber, Wolfgang, Microsoft, Refusal to License Intellectual Property Rights, and the Incentives Balance Test of the EU Commission, 2008, abrufbar unter: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1297939 (zuletzt besucht am 10.5.2015).

Schmidtchen, Dieter, Die Beziehung zwischen dem Wettbewerbsrecht und dem Recht geistigen Eigentums – Konflikt, Harmonie oder Arbeitstei-

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lung?, in: *Oberender, Peter* (Hrsg.), Wettbewerb und geistiges Eigentum, Berlin 2007.

Schmidt-Szalewski, Joanna, Anmerkung zu Cass. com., Urt. v. 12.7.2005 – „Sté NMPP c/ Sté MLP", Propriété industrielle 1/2006, 22-24.

–, Anmerkung zu Cass. com., Urt. v. 4.12.2001 – „France Télécom c/ Lectiel et Groupadress", Propriété industrielle 1/2002, 26-27.

–/Pierre, Jean-Luc, Droit de la propriété industrielle, 4. Aufl., Paris 2007.

Schmitt, Michaela Christina, Rechtssicherheit im Binnenmarkt. Zur Notwendigkeit eines Europäischen Schiedsgerichts, Schriften zum Europa- und Völkerrecht und zur Rechtsvergleichung, Band 21, Frankfurt am Main 2007.

Schönherr, Fritz, On the interpretation of Article 5(2) of the Berne Convention, taking as an example the Greek Antipiracy Law of July 15, 1980, 17 Copyright 294-298 (1981).

Schricker, Gerhard (Hrsg.), Urheberrecht. Kommentar, 3. Aufl., München 2006, zit.: *Bearbeiter*, in: *Schricker*, UrhR[3].

Schricker, Gerhard, Hundert Jahre Urheberrechtsentwicklung, in: *Beier, Friedrich-Karl/Kraft, Alfons/Schricker, Gerhard/Wadle, Elmar* (Hrsg.), Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und ihrer Zeitschrift, Band 2, Weinheim 1991, S. 1095-1124, zit.: *Schricker*, in: *Beier/Kraft/Schricker/Wadle*, FS 100 Jahre GRUR, Bd. 2.

Schricker, Gerhard/Loewenheim, Ulrich (Hrsg.), Urheberrecht. Kommentar, 4. Aufl., München 2010, zit.: *Bearbeiter*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4].

Schuh, Christina, Publikationsverhalten im Überblick – eine Zusammenfassung der einzelnen Diskussionsbeiträge, in: *Alexander von Humboldt-Stiftung* (Hrsg.), Publikationsverhalten in unterschiedlichen wissenschaftlichen Disziplinen. Beiträge zur Beurteilung von Forschungsleistungen, 2. Aufl. 2009, S. 6-13.

Schulte, Dieter, Der Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes. Ausgewählte Auslegungsfragen der EG-Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, CR 1992, 648-658.

Schulte, Rainer (Hrsg.), Patentgesetz mit Europäischem Patentübereinkommen. Kommentar auf der Grundlage der deutschen und europäischen Rechtsprechung, 9. Aufl., Köln 2014, zit.: *Bearbeiter*, in: *Schulte*, PatG[9].

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Schulze, Gernot, Schleichende Harmonisierung des urheberrechtlichen Werkbegriffs? – Anmerkung zu EuGH „Infopaq/DDF", GRUR 2009, 1019-1022.

Schumpeter, Josef A., Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, 8. Aufl., Tübingen 2005.

Schwalbe, Ulrich/Zimmer, Daniel, Kartellrecht und Ökonomie. Moderne ökonomische Ansätze in der europäischen und deutschen Zusammenschlusskontrolle, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2011.

Schweyer, Florian, Die rechtliche Bewertung des Reverse Engineering in Deutschland und den USA. Eine rechtsvergleichende Abgrenzung zwischen geistigem Eigentum und Gemeinfreiheit bei der Analyse von Konkurrenzprodukten, Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht, Band 67, Tübingen 2012.

Seelmann, Kurt, Rechtsphilosophie, 5. Aufl., München 2010.

Senftleben, Martin, Copyright, Limitations and the Three-Step Test. An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law, Information Law Series, Band 13, Den Haag 2004, zit.: *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test.

–, Die Bedeutung der Schranken des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft und ihre Begrenzung durch den Dreistufentest, in: *Hilty, Reto M./Peukert, Alexander* (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, Baden-Baden 2004, S. 159-186, zit.: *Senfleben*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht.

–, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, GRUR Int. 2004, 200-211.

SevenOne Media, Navigator 04. Medienverhalten 2010, 2010, abrufbar unter: https://www.sevenonemedia.de/c/document_library/get_file?uuid=d01351b1-a138-42c0-baf4-4f8e47a19227&groupId=10143 (zuletzt besucht am 10.5.2015).

Shavell, Steven, Should Copyright Of Academic Works Be Abolished?, 2 Journal of Legal Analysis 301-358 (2010).

Siiriainen, Fabrice, Le caractère exclusif du droit d'auteur a l'epreuve de la gestion collective, zugl. Diss. Univ. Nice Sophia-Antipolis 1999, Nizza 1999.

Simpson, J. A./Weiner, E. S. C. (Hrsg.), The Oxford English Dictionary, Band 10 (Moul – Ovum), 2. Aufl., Oxford 1989, zit.: The Oxford English Dictionary, Bd. 10.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

–/– (Hrsg.), The Oxford English Dictionary, Band 13 (Quemadero – Roaver), 2. Aufl., Oxford 1989, zit.: The Oxford English Dictionary, Bd. 13.

–/– (Hrsg.), The Oxford English Dictionary, Band 16 (Soot – Styx), 2. Aufl., Oxford 1989, zit.: The Oxford English Dictionary, Bd. 16.

–/– (Hrsg.), The Oxford English Dictionary, Band 2 (B.B.C. – Chalypsography), 2. Aufl., Oxford 1989, zit.: The Oxford English Dictionary, Bd. 2.

–/– (Hrsg.), The Oxford English Dictionary, Band 5 (Dvanda – Follis), 2. Aufl., Oxford 1989, zit.: The Oxford English Dictionary, Bd. 5.

–/– (Hrsg.), The Oxford English Dictionary, Band 8 (Interval – Looie), 2. Aufl., Oxford 1989, zit.: The Oxford English Dictionary, Bd. 8.

–/– (Hrsg.), The Oxford English Dictionary, Band 9 (Look – Mouke), 2. Aufl., Oxford 1989, zit.: The Oxford English Dictionary, Bd. 9.

Singh, Asim/Calmes, Dominique, La justice dit „no go" à Wizzgo: commentaire de la décision du tribunal de grande instance de Paris du 25 novembre 2008, Wizzgo c/ Métropole Télévision et autres, Revue Lamy Droit de l'Immatériel 45 (2009), 6-9.

–/Israel, Sylvia, „Google Books": morceaux choisis, Revue Lamy Droit de l'Immatériel 57 (2010), 6-11.

Sinodinou, Tatiana, Voyage des sources du test des trois étapes aux sources du droit d'auteur, Revue Lamy Droit de l'Immatériel 30 (2007), 67-75.

Sirinelli, Pierre, Loi n° 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information: premières vues sur le texte promulgué à l'issue de la censure du Conseil constitionnel, Propriétés intellectuelles 20 (2006), 297-332.

–, Workshop on Implementation Issues of the WIPO Copyright Treaty (WCT) and the WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT). December 6 to December 7, 1999. Exceptions and Limits to Copyright and Neighboring Rights, Genf 1999, abrufbar unter: http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=1266 (zuletzt besucht am 10.5.2015), zit.: *Sirinelli*, Exceptions and Limits to Copyright and Neighboring Rights.

Société Dictionnaires Le Robert (Hrsg.), Le Petit Robert. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Paris 2013, zit.: Le Petit Robert.

Solomon, David J./Björk, Bo-Christer, A Study of Open Access Journals Using Article Processing Charges, 63 Journal of the American Society for Information Science and Technology 1485-1495 (2012).

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Sonnenberg, Marcus, Die Einschränkbarkeit des patentrechtlichen Unterlassungsanspruchs im Einzelfall, zugl. Diss. Univ. Frankfurt am Main 2013, Wiesbaden 2014.

Sony K.K., Consolidated Financial Results for the Third Quarter Ended December 31, 2012, abrufbar unter: http://www.sony.net/SonyInfo/IR/library/er.html (zuletzt besucht am 10.5.2015).

Spindler, Gerald, Die Einspeisung von Rundfunkprogrammen in Kabelnetze – Rechtsfragen der urheberrechtlichen Vergütung und vertragsrechtlichen Gestaltung, MMR-Beil. 2003, 1-27.

–, Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, GRUR 2002, 105-120.

–, Urheberrecht in der Wissensgesellschaft – Überlegungen zum Grünbuch der EU-Kommission, in: *Hilty, Reto M./Drexl, Josef/Nordemann, Ulrich* (Hrsg.), Schutz von Kreativität und Wettbewerb. Festschrift für Ulrich Loewenheim zum 75. Geburtstag, München 2009, S. 287-307, zit.: *Spindler*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim.

–/Apel, Katharina, Urheber- versus Kartellrecht – Auf dem Weg zur Zwangslizenz?, JZ 2005, 133-138.

–/Heckmann, Jörn, Retrodigitalisierung verwaister Printpublikationen – Die Nutzungsmöglichkeiten von „orphan works" de lege lata und ferenda, GRUR Int. 2008, 271-284.

–/Schuster, Fabian (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien. Kommentar, 3. Aufl., München 2015, zit.: *Bearbeiter*, in: *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien[3].

–, Ein Durchbruch für die Retrodigitalisierung? Die Orphan-Works-Richtlinie und der jüngste Referentenentwurf zur Änderung des Urheberrechts, ZUM 2013, 349-357.

Sprang, Christian, Die Vereinbarung angemessener Vergütung in der Verlagsbranche – Würste, Gesetze und Urheberstärkung, ZUM 2010, 116-124.

–, Zweitveröffentlichungsrecht – ein Plädoyer gegen § 38 Abs. 4 UrhG-E, ZUM 2013, 461-466.

Springer Science+Business Media S.A., Annual Report 2007, abrufbar unter: http://static.Springer.com/sgw/documents/839223/application/pdf/Annual_Report_2007.pdf (zuletzt besucht am 10.5.2015), zit.: *Springer*, 2007.

–, Annual Report 2008, abrufbar unter: http://static.Springer.com/sgw/documents/839221/application/pdf/Annual_Report_2008.pdf (zuletzt besucht am 10.5.2015), zit.: *Springer*, 2008.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

–, General Overview and Financial Performance 2011, abrufbar unter: http://static.Springer.com/sgw/documents/1175537/application/pdf/Overview+2011.pdf (zuletzt besucht am 10.5.2015), zit.: *Springer*, 2011.

–, General Overview and Financial Performance 2012, abrufbar unter: http://static.Springer.com/sgw/documents/1412702/application/pdf/Annual_Report_2012_01.pdf (zuletzt besucht am 10.5.2015), zit.: *Springer*, 2012.

–, Overview 2009, abrufbar unter: http://static.Springer.com/sgw/documents/960637/application/pdf/Overview_2009.pdf (zuletzt besucht am 10.5.2015), zit.: *Springer*, 2009.

–, Overview 2010, abrufbar unter: http://static.Springer.com/sgw/documents/1335610/application/pdf/Overview_2010.pdf (zuletzt besucht am 10.5.2015), zit.: *Springer*, 2010.

Staats, Robert, Regelungen für verwaiste und vergriffene Werke – Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung, ZUM 2013, 446-454.

Stallberg, Christian, Ist das Urheberrecht das moralische Recht des Urhebers? Eine Kritik der populären Arbeits- und Persönlichkeitsrhetoriken als Rechtfertigungsbasis des Urheberrechts, UFITA 2007/I, 109-134.

–, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band 164, Berlin 2006, zit.: *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung.

Stallman, Richard, Misinterpreting Copyright – A Series of Errors, in: Gay, Joshua (Hrsg.), Free Software, Free Society. Selected Essays of Richard M. Stallman, 1. Aufl., Boston 2002, S. 63-70.

Stamatoudi, Irini A./Torremans, Paul, EU Copyright Law. A Commentary, 1. Aufl., Cheltenham 2014, zit.: *Bearbeiter*, in: *Stamatoudi/Torremans*, EU Copyright Law.

Statista, Branchenreport 2014. Verlagswesen, abrufbar unter: http://de.statista.com.statista.emedia1.bsb-muenchen.de/statistik/studie/id/44/dokument/branchenreport-verlagswesen/ (zuletzt besucht am 10.5.2015), zit.: *Statista*, Branchenreport 2014.

Statista, E-Books – Statista-Dossier 2014, abrufbar unter: http://de.statista.com.statista.emedia1.bsb-muenchen.de/statistik/studie/id/6689/dokument/e-books-statista-dossier-2014/ (zuletzt besucht am 10.5.2015), zit.: *Statista*, E-Books.

Staudinger, Julius von (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1: Allgemeiner

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Teil, §§ 139-163 (Allgemeiner Teil 4b), Neubearbeitung, Berlin 2011, zit.: *Bearbeiter*, in: *Staudinger*, BGB[2011], Buch 1.

– (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. §§ 315-326 (Leistungsstörungsrecht 2), Neubearbeitung, Berlin 2009, zit.: *Bearbeiter*, in: *Staudinger*, BGB[2009], Buch 2.

– (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. Einleitung zum Schuldrecht, §§ 241-243 (Treu und Glauben), Neubearbeitung, Berlin 2015, zit.: *Bearbeiter*, in: *Staudinger*, BGB[2015], Buch 2.

Stein, Friedrich/Jonas, Martin (Begr.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 9: §§ 916-1066, EG ZPO, 22. Aufl., Tübingen 2002, zit.: *Bearbeiter*, in: *Stein/Jonas*, ZPO[22], Bd. 9.

Steinhauer, Eric W., Das Recht auf Sichtbarkeit: Überlegungen zu Open Access und Wissenschaftsfreiheit, Münster 2010, zit.: *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit.

–, Kritische Anmerkungen zum Zweitveröffentlichungsrecht nach Paragraph 38 Abs. 1 Satz 3 und 4 UrhG in der Fassung des Bundesratsentwurfes vom 9. Mai 2006, Bibliotheksdienst 2006, 734-742.

Stempfhuber, Maximilian, Die Rolle von „open access" im Rahmen des wissenschaftlichen Publizierens, in: *Alexander von Humboldt-Stiftung* (Hrsg.), Publikationsverhalten in unterschiedlichen wissenschaftlichen Disziplinen. Beiträge zur Beurteilung von Forschungsleistungen, 2. Aufl. 2009, S. 116-131.

Stender, Solvei, Marktmachtmissbrauch von Patentinhabern und kartellrechtlicher Zwangslizenzeinwand – Neue Vorgaben des EuGH zu standardessenziellen Patenten, WuW 2015, 1188-1197.

Stengel, Daniel, Intellectual Property in Philosophy, ARSP 90 (2004), 20-50.

Sterling, J. A. L., World Copyright Law. Protection of Authors' Works, Performances, Phonograms, Films, Video, Broadcasts and Published Editions in National, International and Regional Law. With a Glossary of Legal and Technical Terms, and a Reference List of Copyright and Related Rights Laws throughout the World, 3. Aufl., London 2008.

Stieper, Malte, Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, Jus Privatum, Band 144, Tübingen 2009.

Stöhr, Monika, Gesetzliche Vergütungsansprüche im Urheberrecht, UFITA-Schriftenreihe, Band 247, Baden-Baden 2007.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Stopper, Martin, Der Microsoft-Beschluss des EuG, ZWeR 2005, 87-110.

Straus, Joseph, Der Verlagsvertrag bei wissenschaftlichen Werken, in: *Beier, Friedrich-Karl/Götting, Horst-Peter/Lehmann, Michael/Moufang, Rainer* (Hrsg.), Urhebervertragsrecht. Festgabe für Gerhard Schricker zum 60. Geburtstag, München 1995, S. 291-331, zit.: *Straus*, in: *Beier/Götting/Lehmann/Moufang*, FS Schricker.

Strecker, Ludwig, Die urheberrechtliche Stellung der mechanischen Musikinstrumente und Phonographen, zugl. Diss. Univ. Leipzig 1906, Leipzig 1906.

Strömholm, Stig, Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave avec un aperçu de l'évolution internationale. Etude de droit comparé, Band 1: L'évolution historique et le mouvement international, Stockholm 1967.

Strowel, Alain, Droit d'auteur et copyright. Divergences et convergences. Etude de droit comparé, Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, Band 24, Brüssel 1993, zit.: *Strowel*, Droit d'auteur et copyright.

–, Licences non volontaires et socialisation du droit d'auteur: un danger ou une nécessité?, Les Cahiers de propriété intellectuelle 3 (1990/91), 161-183.

–, Quand Google défie le droit. Plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité, Brüssel 2011, zit.: *Strowel*, Quand Google défie le droit.

–, Symposium: Collective Management of Copyright: Solution or Sacrifice? The European „Extended Collective Licensing" Model Summer, 34 Columbia Journal of Law & the Arts 665-669 (2011).

–/Derclaye, Estelle, Droit d'auteur et numérique: logiciels, bases de données, multimedia. Droit belge, européen et comparé, Brüssel 2001.

–/Doutrelepont, Carine, La socialisation du droit d'auteur à travers la généralisation des licences non volontaires: un danger ou une nécessité?, Revue interdisciplinaire d'études juridiques 22 (1989), 133-148.

Strubel, Xavier, La protection des oeuvres scientifiques en droit d'auteur français, Paris 1997.

Subramanian, Sujitha, Different Rules for Different Owners – Does a Non-Competing Patentee Have a Right to Exclude? A Study of Post-eBay Cases, IIC 2008, 419-451.

–, eBay ruling and US obligation to the TRIPs Agreement, European Intellectual Property Review 30 (2008), 444-453.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Surblytė, Gintarė, The Refusal to Disclose Trade Secrets as an Abuse of Market Dominance – Microsoft and beyond, Münchner Schriften zum Europäischen und Internationalen Kartellrecht, Band 28, Bern 2011.

Swan, Alma P./Brown, Sheridan N., JISC/OSI Journal Authors Survey Report, 2004, abrufbar unter: http://www.cogprints.org/4125/ (zuletzt besucht am 10.5.2015).

Swets, Serials Price Increase Report – Historical Overview 2001 onwards, abrufbar unter: http://www.Swets.com/sites/default/files/factsheet/spi_2001_onwards_30-11-11.pdf (zuletzt besucht am 23.4.2015), zit.: *Swets*, Serials Price Increase Report – Historical Overview 2001 onwards.

–, Serials Price Increase Report – Historical Overview 2006 onwards, abrufbar unter: http://www.Swets.com/sites/default/files/spi_2006_onwards_30-11-13.pdf (zuletzt besucht am 23.4.2015), zit.: *Swets*, Serials Price Increase Report – Historical Overview 2006 onwards.

–, Serials Price Increase Report 2014, Issue 3, December 2013, abrufbar unter: http://www.Swets.com/sites/default/files/spi_serials_price_increase_report_2014_30-11-13.pdf (zuletzt besucht am 23.4.2015), zit.: *Swets*, Serials Price Increase Report 2014.

Szilágyi, Emese, Leistungsschutzrecht für Verleger? Eine rechtstatsächliche Untersuchung zur Wiederherstellung des Interessenausgleichs zwischen Verlegern, Urhebern und Allgemeinheit, Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung, Band 773, München 2011.

Szönyi, Catherine, Anmerkung zu Cass. com., Urt. v. 4.12.2001 – „France Télécom c/ Lectiel et Groupadress", GRUR Int. 2003, 867-869.

Talke, Armin, Verwaiste und vergriffene Werke: Kommt das 20. Jahrhundert endlich in die Digitale Bibliothek?, K&R 2014, 18-24.

Taubert, Nils C./Weingart, Peter, „Open Access" – Wandel des wissenschaftlichen Publikationssystems, in: *Sutter, Tilmann/Mehler, Alexander* (Hrsg.), Medienwandel als Wandel von Interaktionsformen, Wiesbaden 2010.

Teplitzky, Otto, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren. Unterlassung – Beseitigung – Schadensersatz. Anspruchsdurchsetzung und Anspruchsabwehr, 8. Aufl., Köln 2002.

Thompson, Kristin, The Frodo Franchise. The Lord of the Rings and Modern Hollywood, Berkeley 2007.

Timmann, Tobias, Das Patentrecht im Lichte von Art. 14 GG, Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht, Band 22, Tübingen 2008.

Troller, Alois, Bedenken zum Urheberpersönlichkeitsrecht, UFITA 28 (1959), 257-298.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Tussey, Deborah S., Technology Matters: The Courts, Media Neutrality, and New Technologies, 12 Journal of Intellectual Property Law 427-487 (2005).

Uchtenhagen, Ulrich, Haben die Zwangslizenzen im Urheberrecht ausgedient?, in: *Becker, Jürgen/Lerche, Peter/Mestmäcker, Ernst-Joachim* (Hrsg.), Wanderer zwischen Musik, Politik und Recht. Festschrift für Reinhold Kreile zu seinem 65. Geburtstag, Baden-Baden 1994, in: S. 779-787.

Uhrich, Ralf, Entwaffnung der „Patenttrolle"? Zur Einschränkbarkeit des patentrechtlichen Unterlassungsanspruchs im anglo-amerikanischen und deutschen Recht, ZGE 2009, 59-93.

Ullrich, Hanns, Expansionist Intellectual Property Protection and Reductionist Competition Rules: A TRIPS Perspective, 7 Journal of International Economic Law 401-430 (2004).

–, Lizenzkartellrecht auf dem Weg zur Mitte, GRUR Int. 1996, 555-568.

Ullrich, Jan Nicolaus, Webradioportale, Embedded Videos & Co. – Inline-Linking und Framing als Grundlage urheberrechtlich relevanter (Anschluss-)Wiedergaben, ZUM 2010, 853-862.

Ulmer, Eugen, Das Rom-Abkommen über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmungen, GRUR Ausl. 1961, 569-594.

–, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., Berlin 1980, zit.: *Ulmer*, UrhR[3].

Valkonen, Sami J./White, Lawrence J., An Economic Model for the Incentive/Access Paradigm of Copyright Propertization: An Argument in Support of the Orphan Works Act, 29 Hastings Communications and Entertainment Law Journal 359-400 (2007).

van den Bergh, Roger, The role and social justification of copyright: a „law and economics" approach, Intellectual Property Quarterly 1998, 17-34.

van Eechoud, Mireille, Along the Road to Uniformity – Diverse Readings of the Court of Justice Judgments on Copyright Work, Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law 4 (2013), 60-80.

van Gompel, Stef, Formalities in Copyright Law. An Analysis of their History, Rationales and Possible Future, Information Law Series, Band 23, Alphen aan den Rijn 2011, zit.: *van Gompel*, Formalities in Copyright Law.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

–, Unlocking the Potential of Pre-Existing Content: How to Address the Issue of Orphan Works in Europe?, IIC 2007, 669-702.

van Rooijen, Ashwin, The Software Interface between Copyright and Competition Law. A Legal Analysis of Interoperability in Computer Programs, Information Law Series, Band 20, Austin 2010.

Varian, Hal R., Copying and copyright, 19 Journal of Economic Perspectives 121-138 (2005).

Vercken, Gilles/Macrez, Franck, Mesures techniques de protection et interopérabilité, Légicom 51 (2014), 85-94.

Vinje, Thomas C., Die EG-Richtlinie zum Schutz von Computerprogrammen und die Frage der Interoperabilität, GRUR Int. 1992, 250-260.

Vitols, Lena, Der Zwangslizenzeinwand gegen Unterlassungsansprüche des Immaterialgüterrechts, Schriften zum deutschen und internationalen Persönlichkeits- und Immaterialgüterrecht, Band 35, Göttingen 2013.

Vivant, Michel, Autre regard…, Propriétés intellectuelles 24 (2007), 364-373.

–, Le contenu du droit d'auteur, in: *Lamberterie, Isabelle de* (Hrsg.), Le droit d'auteur aujourd'hui, Paris 1991, S. 73-82, zit.: *Vivant*, in: *de Lamberterie*, Le droit d'auteur aujourd'hui.

–, Le droit d'auteur, un droit de l'homme?, Revue internationale du droit d'auteur 174 (1997), 61-123.

–, Le droit des brevets, 2. Aufl., Paris 2005, zit.: *Vivant*, Le droit des brevets.

–/Bruguière, Jean-Michel, Droit d'auteur et droits voisins, 2. Aufl., Paris 2013.

Vogel, Louis, Droit des ententes et des abus de domination, Paris 2008.

Voigtländer, Robert/Fuchs, Theodor, Die Gesetze betreffend das Urheberrecht und das Verlagsrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst vom 19. Juni 1901 mit der Novelle vom 22. Mai 1910, 2. Aufl., Leipzig 1914.

Wallace, Julia, PEER Final Report, 2012, abrufbar unter: http://www.peerproject.eu/fileadmin/media/reports/20120618_PEER_Final_public_report_D9-13.pdf (zuletzt besucht am 10.5.2015).

Wallot, Max, Massnahmen gegen Patenttrolle: Zwangslizenzen, Rechtsmissbrauchsverbot oder doch Verhältnismässigkeitsprüfung, sic! 2011, 157-165.

Walter, Michel M., Die Regelung des Kabelfernsehens in der österreichischen Urheberrechtsgesetznovelle 1980, UFITA 91 (1981), 29-79.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

–, Österreichisches Urheberrecht. Handbuch. 1. Teil: Materielles Urheberrecht, Leistungsschutzrecht, Urhebervertragsrecht, Wien 2008, zit.: *Walter*, HdBöUrhR[1].

–/Lewinski, Silke von, European Copyright Law. A Commentary, 1. Aufl., Oxford 2010, zit.: *Bearbeiter*, in: *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law.

Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Aufl., München 2009, zit.: *Bearbeiter*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[3].

–/–, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Aufl., München 2014, zit.: *Bearbeiter*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4].

Wannenmacher, Kathrin, Einstweilige Maßnahmen im Anwendungsbereich von Art. 31 EuGVVO in Frankreich und Deutschland. Eine Betrachtung ausgesuchter Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes im internationalen Zivilverfahrensrecht – gerichtliche Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung, Studien zum vergleichenden und internationalen Recht, Band 133, Frankfurt am Main 2007.

Ware, Mark, Open archives and their impact on journal cancellations, 19 Learned Publishing 226-229 (2006).

–/Mabe, Michael, The STM Report. An overview of scientific and scholarly journal publishing, 3. Aufl., Oxford 2012, abrufbar unter: http://www.stm-assoc.org/2012_12_11_STM_Report_2012.pdf (zuletzt besucht am 10.5.2015).

Weber, Peter, Die Reichweite des urheberrechtlichen Sendebegriffs aus Sicht der Europäischen Rundfunkunion EBU, ZUM 2009, 460-464.

–, Neue Nutzungsarten – Neue Organisation der Rechteverwaltung?, ZUM 2007, 688-694.

Weisser, Ralf/Höppener, Markus, Kabelweitersendung und urheberrechtlicher Kontrahierungszwang, ZUM 2003, 597-611.

Weisser-Lohmann, Elisabeth, Privileg oder Recht? „Geistiges Eigentum" bei Hegel, in: *Eimer, Thomas R./Röttgers, Kurt/Völzmann-Stickelbrock, Barbara* (Hrsg.), Die Debatte um geistiges Eigentum. Interdisziplinäre Erkundungen. Rechtswissenschaft – Politikwissenschaft – Philosophie, Bielefeld 2010.

Weizsäcker, Carl Christian von, Rechte und Verhältnisse in der modernen Wirtschaftslehre, Kyklos 34 (1981), 345-376.

Wiebe, Andreas, Interoperabilität von Software. Art. 6 der Computerprogramm-Richtlinie aus heutiger Sicht, Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law 2 (2011), 89-96.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wielsch, Dan, Wettbewerbsrecht als Immaterialgüterrecht, EuZW 2005, 391-396.

Wilhelmi, Rüdiger, Lizenzverweigerung als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in der Gemeinschaftsrechtsprechung, WRP 2009, 1431-1445.

Wirtz, Markus, Der kartellrechtliche Zwangslizenzeinwand nach der Orange-Book-Standard-Entscheidung des BGH, WRP 2011, 1392-1405.

–/Holzhäuser, Michael, Die kartellrechtliche Zwangslizenz, WRP 2004, 683-694.

Wissenschaftlicher Rat der Dudenreaktion (Hrsg.), Duden. Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, Band 1 (A – Bedi), 3. Aufl., Mannheim 1999, zit.: Duden, Bd. 1.

– (Hrsg.), Duden. Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, Band 7 (Pekt – Schi), 3. Aufl., Mannheim 1999, zit.: Duden, Bd. 7.

Wolf, Gunnar, Kartellrechtliche Grenzen von Produktinnovationen. Lehren aus den Verfahren gegen IBM und Microsoft für die Anwendung des Kartellrechts in Hochtechnologiemärkten, Deutsches, europäisches und vergleichendes Wirtschaftsrecht, Band 37, Baden-Baden 2004.

Wolff, Christian, Zwangslizenzen im Immaterialgüterrecht, Schriften zum deutschen und internationalen Persönlichkeits- und Immaterialgüterrecht, Band 10, Göttingen 2005.

Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford 2007, abrufbar unter: http://opil.ouplaw.com/home/EPIL (zuletzt besucht am: 10.5.2015), zit.: *Bearbeiter*, in: MPEPIL.

Wu, Tim, Copyright's Communications Policy, 103 Michigan Law Review, 278-366 (2004).

–, Intellectual Property, Innovation, and Decentralized Decisions, 102 Virginia Law Review, 101-127 (2006).

Xalabarder, Raquel, Spain, in: *Hilty, Reto M./Nérisson, Sylvie* (Hrsg.), Balancing Copyright – A Survey of National Approaches, Berlin 2012, S. 925-975.

Yoo, Christopher S., Copyright and Product Differentiation, 79 New York University Law Review 212-280 (2004).

Zimmermann, Annette, Das Rechtsmißbrauchsverbot im Recht der Europäischen Gemeinschaften, Schriftenreihe zum Staats- und Verwaltungsrecht, Band 1, Münster 2002.

Zippelius, Reinhold, Das Wesen des Rechts. Eine Einführung in die Rechtstheorie, 6. Aufl., Stuttgart 2012, zit.: *Zippelius*, Das Wesen des Rechts.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

–, Rechtsphilosophie. Ein Studienbuch, 6. Aufl., München 2011, zit.: *Zippelius*, Rechtsphilosophie.

Zöller, Richard (Begr.), Zivilprozessordnung mit FamFG (§§ 1-185, 200-270, 433-484) und Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EU-Verordnungen, Kostenanmerkungen. Kommentar, 30. Aufl., Köln 2014, zit.: *Bearbeiter*, in: *Zöller*, ZPO[30].

Zwengel, Wolfgang, Kulturflatrates. Vergütungsmechanismen für netzbasierte Nutzungen urheberrechtlicher Schutzgegenstände, Hamburger Schriften zum Medien-, Urheber- und Telekommunikationsrecht, Band 4, Baden-Baden 2012.

https://doi.org/10.5771/9783845292991 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -