

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.

inhabers abhängig macht. Verbieht 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/Drexler/Nordemann, FS Loewenheim, S. 119-135.

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.