

## 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-

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 Effizienz Nachteile 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-

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 Ausnahmeverbehalt 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 berechnete ideelle Interessen des Urhebers ist sie mit einem Ausnahmeverbehalt zu versehen. Zudem sind die Zwangslizenz nach § 87 Abs. 5 UrhG und die Verwertungsgesellschaftspflicht nach § 20b Abs. 1 UrhG technologie-neutral 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

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 Ermessensfehlergebrauch 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

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 Schiedsverfahren 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

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.