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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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 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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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.[1212][13] 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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:04
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(*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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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 Sole-source-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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845292991-218, am 17.07.2024, 14:08:05
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb