3. Kapitel: Die urheberrechtliche Zwangslizenz als Rechtsfigur

Die Rechtsfigur der urheberrechtlichen Zwangslizenz wird in zwei Abschnitten beleuchtet. Zunächst wird der Rahmen bestimmt, den keine urheberrechtliche Zwangslizenz überschreiten darf. Es werden also die *Vorgaben des Konventions- und Unionsrechts* sowie des deutschen und französischen *Verfassungsrechts* untersucht (unten A.). Im Anschluss werden die dogmatischen Konturen der *urheberrechtlichen Zwangslizenz als eines besonderen Kontrahierungszwangs* geklärt (unten B.).

A. Vorgaben des Konventions- und höherrangigen Rechts

Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ist insoweit begrenzt, als er keine Zwangslizenz regeln kann, die gegen Konventionsrecht (unten I.) oder höherrangiges Unions- (unten II.) und Verfassungsrecht (unten III.) verstößt.

I. Vorgaben des Konventionsrechts

Deutschland und Frankreich haben sich völkervertraglich zu einem urheberrechtlichen Mindestschutz verpflichtet, den sie nicht unterlaufen dürfen (pacta sunt servanda).[1747] Die bei weitem bedeutendste Konvention des

1747 Eingehend zur allgemeinen Völkerrechtsregel pacta sunt servanda *Aust*, in: *Wolfrum*, MPEPIL, Pacta Sunt Servanda; zum Mindestschutz und den übrigen Grundelementen immaterialgüterrechtlicher Konventionen *Drexl*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[6], Bd. 11, IntImmGR, Rdnr. 39 ff. Nach Art. 25 S. 2 GG gilt ein Vorrang des Völkerrechts gegenüber deutschen Gesetzen nur für die *allgemeinen Regeln* des Völkerrechts, während völker*vertragliche* Verpflichtungen erst durch ein Bundesgesetz in deutsches Recht transformiert werden müssen (vgl. Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG) und als solche mit den übrigen Bundesgesetzen auf einer Rangstufe stehen; die allgemeine Völkerrechtsregel pacta sunt servanda bewirkt nicht, dass die völkerrechtlichen Verträge selbst zu allgemeinen Regeln werden, eingehend *Streinz*, in: *Sachs*, GG[7], Art. 23, Rdnr. 29, u. Art. 59, Rdnr. 65; *Koenig*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG[6], Bd. 2, Art. 23, Rdnr. 18; *Kempen*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG[6], Bd. 2, Art. 59, Rdnr. 92; siehe auch

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Urheberrechts ist die 1886 geschlossene, inzwischen mehrfach revidierte Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst (RBÜ),[1748] die durch den WIPO-Urheberrechtsvertrag (WIPO Copyright Treaty, WCT) in Bezug auf Computerprogramme, Datenbankwerke und digitale Nutzungsarten ergänzt wird.[1749] Das 1961 geschlossene Rom-Abkommen über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen (Rom-Abk) regelt einen leistungsschutzrechtlichen Mindestschutz von Darbietungen, Tonaufnahmen und Sendungen,[1750] und wird durch den WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger (WIPO Performances and Phonograms Treaty, WPPT) hinsichtlich digitaler Nutzungsarten ergänzt.[1751] Das 1994 geschlossene Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS) bindet alle Mitglieder der Welthandelsorganisation (WTO) an die RBÜ (Art. 9 Abs. 1, sog. Bern-Plus-Effekt)[1752] und verlangt einen Mindestschutz für Computerprogramme, Datenbankwerke, Darbietungen, Tonauf-

---

Katzenberger, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], vor §§ 120 ff., Rdnr. 118. Allerdings ist die Europäische Union dem WCT, WPPT, TRIPS-Übereinkommen beigetreten, sodass deren Bestimmungen und – über Art. 1 Abs. 4 WCT bzw. 9 Abs. 1 TRIPS – die Art. 1 bis 20 RBÜ samt Anhang Bestandteil des Unionsrechts geworden sind und *als solche* höherrangiges Recht darstellen (Art. 216 Abs. 2 AEUV), vgl. eingehend *Drexl*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[6], Bd. 11, IntImmGR, Rdnr. 84 ff.; *ders.*, GRUR Int. 1994, 777, 783; siehe auch *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], vor §§ 120 ff., Rdnr. 117.

1748 *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 63; *Drexl*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[6], Bd. 11, IntImmGR, Rdnr. 30; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], vor §§ 120 ff., Rdnr. 14; eingehend *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], vor §§ 120 ff., Rdnr. 41 ff.

1749 Vgl. *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 72; *Drexl*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[6], Bd. 11, IntImmGR, Rdnr. 33; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], vor §§ 120 ff., Rdnr. 14; eingehend *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], vor §§ 120 ff., Rdnr. 50 ff.

1750 Vgl. *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 70; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], vor §§ 120 ff., Rdnr. 15; eingehend *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], vor §§ 120 ff., Rdnr. 75 ff.

1751 Vgl. *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 72; *Drexl*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[6], Bd. 11, IntImmGR, Rdnr. 33; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], vor §§ 120 ff., Rdnr. 15; eingehend *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], vor §§ 120 ff., Rdnr. 84 ff.

1752 Statt vieler *Drexl*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[6], Bd. 11, IntImmGR, Rdnr. 32.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nahmen und Sendungen.[1753] Keine internationalen Konventionen bestehen für den Sui-generis-Datenbankschutz (Art. 7 Abs. 1 Datenbanken-RL (§ 87 Abs. 1 UrhG, Art. L. 341-1 Abs. 1 CPI).[1754] Je nach Konvention unterliegen diese Mindestrechte keinen oder speziellen Vorbehalten (unten 1.) oder einem allgemeinen Schrankenvorbehalt, dem sog. Dreistufentest (unten 2.).

1. Mindestrechte ohne oder mit speziellen Vorbehalten

Die Mindestrechte der RBÜ – mit Ausnahme des Vervielfältigungsrechts – (unten aa)) und des Rom-Abk (unten bb)) gelten ohne oder mit speziellen Vorbehalten.

a) Mindestrechte der RBÜ

Das Bearbeitungsrecht einschließlich des Filmherstellungs- und Übersetzungsrechts (Art. 8, 12, 14 Abs. Nr. 1 Var. 1 RBÜ), das Aufführungs-, Vortrags- und Filmvorführungsrecht (Art. 11 Abs. 1 Nr. 1, 11ter Abs. 1 Nr. 1, 14 Abs. 1 Nr. 2 Var. 1 RBÜ), das Filmverbreitungsrecht (Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 Var. 3 RBÜ) sowie das Recht der öffentlichen Übertragung – ohne das Recht der drahtlosen Erstsendung und das Weitersenderecht[1755] – von Aufführungen, Vorträgen und Filmwerken (Art. 11 Abs. 1 Nr. 2, 11ter Abs. 1 Nr. 2, 14 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 RBÜ) sind ohne Vorbehalt geregelt; das Filmvervielfältigungsrecht (Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 RBÜ) unterliegt dem Dreistufentest des Art. 9 Abs. 2 RBÜ.[1756] Im Umkehrschluss zu Art. 9 Abs. 2 RBÜ, der Beschränkungen des Vervielfältigungsrechts erlaubt, und dem Anhang der RBÜ, der Zwangslizenzen in Entwicklungs-

---

1753 Vgl. *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 68; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], vor §§ 120 ff., Rdnr. 14; eingehend *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], vor §§ 120 ff., Rdnr. 23 ff.

1754 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], vor §§ 120 ff., Rdnr. 15.

1755 Diese Rechte werden von Art. 11bis Abs. 1 Nr. 1 u. 2 RBÜ erfasst, *Nordemann/Vinck/Hertin*, Art. 11 RBÜ, Rdnr. 5, Art. 11bis RBÜ, Rdnr. 3, Art. 11ter; *Dreier*, Kabelweiterleitung und Urheberrecht, S. 63.

1756 *Nordemann/Vinck/Hertin*, Art. 14/14bis RBÜ, Rdnr. 7.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ländern zulässt,[1757] kann gefolgert werden, dass diese Mindestrechte in Industrieländern wie Deutschland und Frankreich weder mit Beschränkungen noch mit Zwangslizenzen versehen werden dürfen, weil sonst Art. 9 Abs. 2 RBÜ und der Anhang sinnlos wären. Dagegen dürfen das allgemeine Sende- und Wiedergaberecht (Art. 11bis Abs. 1 Nr. 1 u. 3 RBÜ), das Weitersenderecht (Art. 11bis Abs. 1 Nr. 2 RBÜ) und das Recht der Aufnahme eines Werkes auf einen Tonträger (Art. 13 Abs. 1 RBÜ) auch unter „Vorbehalten" (Art. 11bis Abs. 2, 13 Abs. 1 RBÜ) gewährt werden, und zählen dazu nach allgemeiner Ansicht zumindest Zwangslizenzen.[1758]

b) Mindestrechte des Rom-Abk

Nach Art. 15 Abs. 2 S. 1 Rom-Abk dürfen die Vertragsparteien den Schutz von Darbietungen, Tonaufnahmen und Sendungen ebenso „beschränken" wie den Schutz von Werken, sodass mittelbar die Vorgaben der RBÜ und des WCT gelten.[1759] Von diesem Grundsatz macht Art. 15 Abs. 2 S. 2 Rom-Abk aber eine Ausnahme. Danach dürfen „Zwangslizenzen […] nur insoweit vorgesehen werden, als sie mit den Bestimmungen dieses Abkommens vereinbar sind". Daraus wird geschlossen, dass „Zwangslizenzen" nur unter den engen Voraussetzungen der Art. 7 Abs. 2, 12 und 13

1757 Vgl. Art. I Abs. 1 S. 1, Art. II Abs. 1 Anhang RBÜ, Art. III Abs. 1 Anhang RBÜ („Jedes Land […] ist berechtigt, das in Artikel 9 vorgesehene ausschließliche Vervielfältigungsrecht durch ein System nicht ausschließlicher und unübertragbarer Lizenzen zu ersetzen, die von der zuständigen *Behörde* unter den folgenden Voraussetzungen und gemäß Artikel IV erteilt werden", Hervorh. d. Verf.), Art. IV Abs. 1 S. 1 Anhang RBÜ („Eine Lizenz nach Artikel II oder III darf nur erteilt werden, wenn der Antragsteller […] um die *Erlaubnis des Rechtsinhabers* […] ersucht und diese *nicht erhalten* hat oder daß er den Rechtsinhaber trotz gehöriger Bemühungen nicht ausfindig machen konnte", Hervorh. d. Verf.).

1758 Vgl. *Ricketson*, The Berne Convention, Rdnr. 9.52 u. 9.45; *ders.*, WIPO Study, S. 28 ff.; *Ricketson/Ginsburg*, Bd. 1, Rdnr. 13.63 u. 13.71; *v. Lewinski*, International Copyright Law and Policy, Rdnr. 5.193; *Nordemann/Vinck/Hertin*, Art. 11bis RBÜ, Rdnr. 6, Art. 13 RBÜ, Art. 3; *Dreier*, Kabelweiterleitung und Urheberrecht, S. 59; *Dittrich*, RfR 1982, 25, 35.

1759 Vgl. *Ricketson/Ginsburg*, Bd. 2, Rdnr. 19.16; *Nordemann/Vinck/Hertin*, Art. 15 Rom-Abk, Rdnr. 9; *Drexl*, Entwicklungsmöglichkeiten des Urheberrechts im Rahmen des GATT, S. 232; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 411.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lit. d Rom-Abk zulässig sind.[1760] Fraglich ist aber die Bedeutung von „Zwangslizenzen". Denkbar wäre, dass der Begriff sowohl Zwangslizenzen im eigentlichen Sinne als auch gesetzliche Lizenzen erfasst.[1761] Allerdings ist der deutsche Text nicht verbindlich; verbindlich sind allein der englische, französische und spanische Wortlaut (Art. 23 Rom-Abk). Deshalb könnte mit „Zwangslizenz" auch *nur* die gesetzliche Lizenz gemeint sein, da „compulsory licence" in erster Linie im Sinne der gesetzlichen Lizenz verstanden wird.[1762] Dafür spricht auch, dass die Art. 7 Abs. 2, 12 und 13 lit. d Hs. 2 Rom-Abk gesetzliche Lizenzen erlauben.[1763] Damit ist der Wortlaut nicht eindeutig und es besteht ein gewisser Interpretationsspielraum. So haben der deutsche, der österreichische und der spanische Gesetzgeber für das Weitersenderecht von Sendeunternehmen (Art. 13 lit. a Rom-Abk) eine Zwangslizenz geregelt (§ 87 Abs. 5 UrhG, § 59b Abs. 2 öUrhG[1764] bzw. Art. 20 Abs. 4 TRLPI[1765]), obwohl der Schrankenvorbehalt in Art. 13 lit. d Hs. 2 Rom-Abk nur für das Recht der öffentlichen Wiedergabe an Orten, die der Öffentlichkeit gegen Zahlung eines Entgelts zugänglich sind, gilt. Dass alle drei das Rom-Abk übersehen oder gar ignoriert haben, erscheint unwahrscheinlich. Richtigerweise ist deshalb zwischen gesetzlichen Lizenzen, kartellrechtlichen Zwangslizenzen und urheber- bzw. leistungsschutzrechtlichen Zwangslizenzen zu unterscheiden. Zunächst muss „Zwangslizenz" zumindest die gesetzliche Li-

---

1760 So *Ricketson/Ginsburg*, Bd. 2, Rdnr. 19.16; offenbar auch *v. Lewinski*, International Copyright Law and Policy, Rdnr. 6.69; *Nordemann/Vinck/Hertin*, Art. 15 Rom-Abk, Rdnr. 9.

1761 So *Ulmer*, GRUR Ausl. 1961, 569, 591, Fn. 21.

1762 *Sterling*, S. 1216 („[The] term [is] *generally* applied to a statutorily granted licence to do an act covered by an exclusive right, *without* the prior authority of the right owner. *Sometimes* the term is applied in a *restricted* sense to a licence granted on application to the authority, court, tribunal, etc. specified in the law. The compulsory licence in the *restricted* sense may be distinguished from the *statutory* licence which is effective by the mere fulfilment of the authority", Hervorh. d. Verf.); vgl. etwa *Ricketson/Ginsburg*, Bd. 1, Rdnr. 13.01 f.; *Ricketson*, IPQ 1999, 56, 63; selbst *Nordemann/Vinck/Hertin*, Art. 11bis RBÜ, Rdnr. 6, bezeichnen mit „Zwangslizenz" z.T. eine gesetzliche Lizenz (nach § 32 UrhG-DDR).

1763 Vgl. *Nordemann/Vinck/Hertin*, Art. 7 Rom-Abk, Rdnr. 11, Art. 12 Rdnr. 7, Art. 13 Rom-Abk, Rdnr. 7; nicht eindeutig *v. Lewinski*, International Copyright Law and Policy, Rdnr. 6.69; *Ricketson/Ginsburg*, Bd. 2, Rdnr. 19.16.

1764 Vgl. *Ciresa*, in: *Ciresa*, öUrhR[17], § 59b, Rdnr. 2; *Walter*, HdBöUrhR[1], Rdnr. 685 ff.

1765 Vgl. *Xalabarder*, S. 944.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zenz meinen, weil sonst Art. 15 Abs. 2 S. 2 Rom-Abk (völlig) überflüssig wäre. Weiter kann der Begriff nicht die kartellrechtliche Zwangslizenz erfassen, weil diese nach Art. 17 RBÜ bzw. Art. 8 Abs. 2 TRIPS im Einzelfall zulässig ist, ohne dass es hierbei auf den Dreistufentest ankommt,[1766] und es widersinnig wäre, ausgerechnet die großen Tonträgerhersteller und Sendeunternehmen kartellrechtlich freizustellen. Die urheber- bzw. leistungsschutzrechtliche Zwangslizenz ist weder gesetzliche Lizenz, noch kartellrechtliche Zwangslizenz. Je nach Ausgestaltung ähnelt sie aber stärker der einen oder anderen. An diesem Vergleich kann sich die Subsumtion unter „Zwangslizenz" orientieren. Deshalb ist zu unterscheiden: Soweit die leistungsschutzrechtliche Zwangslizenz *ausnahmslos* greift, der Rechtsinhaber also keine Möglichkeit hat, sein Ausschließlichkeitsrecht zu behalten, besteht eine gewisse Ähnlichkeit mit der gesetzlichen Lizenz. Nur an *diese* Art der Zwangslizenz können die Verfasser des Rom-Abk gedacht haben, wenn sie denn überhaupt die dogmatisch völlig unterschiedlichen Zwangslizenzen und gesetzliche Lizenzen über einen Kamm scheren wollten. Damit kann für eine *solche* Zwangslizenz nichts anderes gelten wie für die gesetzliche Lizenz: sie kann nur unter den Schrankenvorbehalten mit dem Rom-Abk vereinbar sein. Anders hingegen, wenn wie in § 87 Abs. 5 UrhG und § 59b Abs. 2 öUrhG die leistungsschutzrechtliche Zwangslizenz *nicht* automatisch greift, dem Rechtsinhaber also in berechtigten Fällen sein Ausschließlichkeitsrecht verbleibt.[1767] Denn dann überwiegt die Ähnlichkeit mit der kartellrechtlichen Zwangslizenz und es besteht kein Grund für die Gleichsetzung von gesetzlicher Lizenz und Zwangslizenz. Im Ergebnis dürfte damit eine urheber- bzw. leistungsschutzrechtliche Zwangslizenz mit Ausnahmevorbehalt nicht unter Art. 15 Abs. 2 S. 2 Rom-Abk, sondern unter Art. 15 Abs. 2 S. 1 Rom-Abk fallen. Leistungsschutzrechtliche Zwangslizenzen an Darbietungen, Tonaufnahmen und Sendungen müssen also RBÜ- und WCT-konform ausgestaltet und mit einem Ausnahmevorbehalt versehen werden.

1766 Siehe bereits 2. Kapitel A. II. 5. c).

1767 Vgl. *Dreier*, in: *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, Rdnr. 7.12.5, hinsichtlich der Konformität mit Art. 12 Abs. 1 Satelliten- u. Kabel-RL.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Mindestrechte mit Dreistufentest

Das Vervielfältigungsrecht der RBÜ[1768] und die Mindestrechte des WCT, WPPT und TRIPS-Übereinkommens unterliegen dem sog. Dreistufentest (Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 10 WCT, Art. 16 Abs. 2 WPPT und Art. 13 TRIPS). Danach sind „Vorbehalte"[1769] bzw. „Beschränkungen oder Ausnahmen"[1770] zulässig, wenn diese (erstens) auf gewisse[1771] bzw. bestimmte[1772] Sonderfälle begrenzt sind, die (zweitens) nicht die normale Auswertung der Werke beeinträchtigen und (drittens) nicht die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers[1773] (Urhebers[1774], Tonträgerherstellers oder ausübenden Künstlers[1775]) unzumutbar verletzen (sog. Dreistufentest). Zunächst wird die Anwendbarkeit des Dreistufentests geklärt (unten a)). Sodann werden dessen Voraussetzungen behandelt (unten b)).

a) Anwendbarkeit des Dreistufentests

Der Dreistufentest ist anwendbar, wenn die urheberrechtliche Zwangslizenz einen „Vorbehalt" i.S.v. Art. 9 Abs. 2 RBÜ (unten aa)) bzw. eine „Beschränkung oder Ausnahme" i.S.v. Art. 10 WCT, Art. 16 Abs. 2 WPPT, Art. 13 TRIPS (unten bb)) darstellt.

aa) Art. 9 Abs. 2 RBÜ

Eine rein grammatikalische Auslegung von „Vorbehalt" spricht zumindest nicht gegen eine Subsumtion der Zwangslizenz unter Art. 9 Abs. 2 RBÜ. Etwas anderes könnte gelten, wenn man den Begriff grammatikalisch-systematisch auslegt. Denn der „Vorbehalt" in Abs. 2 bezieht sich auf den Bestand („Genuss") des Vervielfältigungsrechts (Abs. 1), nicht auf dessen

1768 Art. 9 Abs. 1 RBÜ.
1769 Art. 9 Abs. 2 RBÜ.
1770 Art. 10 WCT, Art. 16 Abs. 2 WPPT; nahezu wortgleich Art. 13 TRIPS („Beschränkungen und Ausnahmen").
1771 Art. 9 Abs. 2 RBÜ.
1772 Art. 10 WCT, Art. 16 Abs. 2 WPPT, Art. 13 TRIPS.
1773 Art. 13 TRIPS.
1774 Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 10 WCT.
1775 Art. 16 Abs. 2 WPPT.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Ausübung, und scheint die RBÜ sowohl zwischen „Genuss“ und „Ausübung“,[1776] als auch zwischen Vorbehalten, die sich auf den „Genuss“ beziehen, und solchen, die die „Ausübung“ regeln,[1777] zu unterscheiden. Die Subsumtion hinge dann von der Frage ab, ob die Zwangslizenz eine bloße Ausübungsregelung darstellt. Allerdings kann diese Frage hier offen bleiben, weil Art. 9 Abs. 2 RBÜ bereits aufgrund einer rein systematischen Auslegung anwendbar ist: Zum einen folgt im Umkehrschluss zu den im Anhang der RBÜ vorgesehenen Entwicklungsländer-Zwangslizenzen, dass Industrieländer wie Deutschland und Frankreich *grundsätzlich* keine Zwangslizenzen regeln dürfen (argumentum e contrario). Zum anderen muss der Dreistufentest, wenn er nach allgemeiner Meinung auf gesetzliche Lizenzen Anwendung findet,[1778] *erst recht* für Zwangslizenzen gelten, die wie gezeigt deutlich milder sind (argumentum a maiore ad minus).[1779]

bb) Art. 13 TRIPS, Art. 10 WCT, Art. 16 Abs. 2 WPPT

Fraglich ist weiter die Anwendbarkeit des in Art. 13 TRIPS, Art. 10 WCT, Art. 16 Abs. 2 WPPT geregelten Dreistufentests auf Zwangslizenzen. Während eine grammatikalisch-systematische Auslegung von „Beschränkungen oder Ausnahmen“ als Gegenbegriff zu Ausübungsregelungen von vornherein ausscheidet, weil im WCT, WPPT und TRIPS-Übereinkommen jeweils nicht zwischen „Beschränkungen“ und „Ausübungsregelungen“ unterschieden wird, scheint eine rein grammatikalische Auslegung gegen eine Anwendbarkeit zu sprechen. Dennoch muss hier – mit einer systematischen Auslegung – dasselbe wie für Art. 9 Abs. 2 RBÜ gelten. Zum einen sind die Art. 1 bis 21 RBÜ *und* deren Anhang Bestandteil des WCT (Art. 1 Abs. 4 WCT)[1780] und des TRIPS-Übereinkommens (Art. 9 Abs. 1 TRIPS)[1781]. Zum anderen wird in Art. 16 Abs. 1 WPPT für „Beschränkungen und Ausnahmen gleicher Art“ auf die RBÜ und den WCT

1776 Vgl. Art. 5 Abs. 2 S. 1 RBÜ.
1777 Vgl. einerseits Art. 11bis Abs. 1 u. 2 RBÜ, andererseits Art. 2 Abs. 6 u. 7, Art. 2bis Art. 1, 2 u. 3, Art. 14bis Abs. 1 u. 2 lit. a RBÜ.
1778 Siehe bereits 2. Kapitel A. II. 1. c).
1779 Ebenso i.E. *Hilty*, GRUR 2009, 633, 642; *ders.*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 131; *Krujatz*, S. 305; *Lutz*, S. 220.
1780 *Reinbothe/v. Lewinski*, Rdnr. 7.1.26.
1781 Eingehend *Brand*, in: *Busche/Stoll/Wiebe*, TRIPS^2, Art. 9, Rdnr. 1 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

verwiesen und sollen damit die Vorbehalte gleichgeschaltet werden.[1782] Damit kann auf die Ausführungen zu Art. 9 Abs. 2 RBÜ verwiesen werden und dürfen Zwangslizenzen nur – aber immerhin – unter den Voraussetzungen des Dreistufentests geregelt werden.[1783]

b) Voraussetzungen des Dreistufentests

aa) Stufe 1

Zunächst sind Zwangslizenzen auf „gewisse" bzw. „bestimmte" (unten (1)) „Sonderfälle" (unten (2)) zu beschränken.

(1) „Gewisse"

Während in Art. 9 Abs. 2 RBÜ von „gewissen" Sonderfällen die Rede ist, schreiben 10 WCT, Art. 16 Abs. 2 WPPT und Art. 13 TRIPS eine Beschränkung auf „bestimmte" Sonderfälle vor. Allerdings ist der deutsche Text nicht verbindlich. Die verbindliche Fassung der RBÜ ist allein der französische Text („certains cas spéciaux"),[1784] während WCT, WPPT und TRIPS sowohl auf Französisch („certains cas spéciaux") als auch auf Englisch („certain special cases") ausgelegt werden können.[1785]

Nach einer Ansicht meint „certain" *„bestimmt"*. Verwiesen wird dabei auf den englischen Wortlaut i.S.v. „known and particularised, but not explicitly identified" und „determined, fixed, not variable; definitive, precise, exact".[1786] Allerdings besteht innerhalb dieser Auffassung Uneinigkeit über den Grad an Bestimmtheit. Teils wird „certain" als „klar"[1787]

1782 Vgl. *Reinbothe/v. Lewinski*, Rdnr. 8.16.32.

1783 Ebenso i.E. *Hilty*, GRUR 2009, 633, 642; *ders.*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 131; *Krujatz*, S. 305; *Lutz*, S. 220.

1784 Art. 37 Abs. 1 lit. c RBÜ.

1785 Schlussformel WTO-Übereinkommen, dessen Annex 1C das TRIPS-Übereinkommen ist; Art. 24 Abs. 1 WCT; 32 Abs. 1 WPPT.

1786 So WTO Panel, Report v. 15.6.2000, WT/DS160/R, Rdnr. 6.108, mit Verweis auf The New Shorter Oxford English Dictionary.

1787 *Ricketson*, WIPO Study, S. 22 („clearly defined"); *Ricketson/Ginsburg*, Bd. 1, Rdnr. 13.11 („clearly defined").

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

oder „präzise bestimmt“[1788] gedeutet, mithin eine Schrankengeneralklausel wie der *fair use* kritisch[1789] bis ablehnend[1790] beurteilt, teils wird „certain“ abgeschwächt im Sinne von „wohl definiert“[1791] oder „hinreichend klar definiert“[1792] verstanden, sodass offene Tatbestände durchaus mit der ersten Stufe vereinbar sein können.[1793]

Die Gegenansicht deutet „certain special cases“ hingegen als „gewisse“ i.S.v. *„bestimmbare“* Sonderfälle.[1794] Danach können Schutzbeschränkun-

---

1788 *v. Lewinski*, International Copyright Law and Policy, Rdnr. 5.179 („precisely define[d]“).

1789 Vgl. *Ricketson*, WIPO Study, S. 68 f.; *v. Lewinski*, International Copyright Law and Policy, Rdnr. 5.179.

1790 *Cohen Jehoram*, EIPR 27 (2005), 359, 360.

1791 *Reinbothe/v. Lewinski*, Rdnr. 7.10.24 u. 8.16.44 („well defined“).

1792 Vgl. WTO Panel, Report v. 15.6.2000, WT/DS160/R, Rdnr. 6.108 („In other words, this term means that, under the first condition, an exception or limitation in national legislation must be clearly defined. However, there is no need to identify explicitly each and every possible situation to which the exception could apply, provided that the scope of the exception is known and particularised. This guarantees a sufficient degree of legal certainty“); *Reinbothe*, S. 257; *Füller/Langeloh*, in: *Busche/Stoll/Wiebe*, TRIPS², Art. 13, Rdnr. 9; *Förster*, S. 197.

1793 Vgl. *Reinbothe*, S. 254; *Hugenholtz/Okediji*, S. 22; *Füller/Langeloh*, in: *Busche/Stoll/Wiebe*, TRIPS², Art. 13, Rdnr. 9; *Förster*, S. 197.

1794 Vgl. *Geiger/Griffiths/Hilty*, GRUR Int. 2008, 822, 824 („hinreichend vorhersehbar“) = IIC 2008, 707, 711 („reasonably foreseeable“) = Propr. intell. 29 (2008), 399, 402 („raisonnablement prévisible“); *Geiger*, in: *Kur/Mizaras*, The Structure of Intellectual Property Law, S. 294 („generally determinable“); *ders.*, e-Copyright Bulletin 1-3/2007, S. 5; *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 137 („National copyright limitations must accordingly be distinguishable from each other. An incalculable, shapeless provision exempting a wide variety of different uses is impermissible. Instead, privileged special cases must be known and particularised so that it becomes foreseeable whether or not a given use of a work is subjected to the authors’ control. The task of making privileged special cases distinguishable […] may also be left to the courts“); *ders.*, GRUR Int. 2004, 200, 207 („Es reicht vielmehr aus, wenn Schranken des Urheberrechts auf nationaler Ebene hinreichend voneinander unterscheidbar sind, so dass ein Bestand von ‚einigen’ oder ‚gewissen’ freigestellten Nutzungshandlungen erkennbar wird. Die erforderliche Trennlinie zwischen unterschiedlichen Schranken des Urheberrechts kann entweder durch den Gesetzgeber selbst oder aber durch die Gerichte auf der Grundlage einer offenen Schrankenvorschrift gezogen werden“); *ders.*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 177; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 456; *Nolte*, S. 291.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gen ohne weiteres materiell realisierbar, also als offene Tatbestände ausgestaltet werden.[1795] Zur Begründung wird zunächst darauf verwiesen, dass das englische Wort „certain" auch die Bedeutung von „positive yet restricted (or of positive even if restricted) quantity, amount or degree"[1796] hat und „certain special cases" deshalb auch „some definitely, some at least, a restricted or limited number of"[1797] „cases" bedeuten kann.[1798] Weiter wird angeführt, dass die französische Fassung des Art. 9 Abs. 2 RBÜ eine Beschränkung auf „certains cas spéciaux" statt auf „cas certains et spéciaux" verlangt.[1799] Dieser Unterschied ist erheblich: Während nämlich „certain" *vor* dem Substantiv „assuré, incontestable, indéniable, indiscutable"[1800] meint, bedeutet es *nach* dem Substantiv „imprécis, difficile à fixer" und „atténuant l'idée de l'indétermination"[1801]. Darüber hinaus wird auf die Entstehungsgeschichte verwiesen, weil eine der ersten Lesart entsprechende Formulierung – nämlich „clearly and carefully defined special cases" – zwar angedacht, aber letztlich verworfen wurde.[1802] Zu guter Letzt wird argumentiert, dass der Dreistufentest in beiden Rechtskreisen – dem kontinentaleuropäischen und dem angloamerikanischen – gelten soll, sodass die kontinentaleuropäische Regelungstechnik nicht für (einzig) maßgeblich erklärt werden könne.[1803]

Die zweite Ansicht verdient zweifellos den Vorzug. Im Hinblick auf Art. 9 Abs. 2 RBÜ ist die erste Auffassung schlichtweg falsch, weil sie den *englischen* Text grammatikalisch auslegt, die Auslegung aber streitig

---

1795 *Geiger/Griffiths/Hilty*, GRUR Int. 2008, 822, 824 = IIC 2008, 707, 711 = Propr. intell. 29 (2008), 399, 402; *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 137; *ders.*, GRUR Int. 2004, 200, 207; *ders.*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 177; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 456; *Nolte*, S. 291.

1796 The Oxford English Dictionary, Bd. 2, S. 1051.

1797 The Oxford English Dictionary, Bd. 2, S. 1051.

1798 *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 134.

1799 *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 134.

1800 Le Petit Robert, S. 383.

1801 Le Petit Robert, S. 384.

1802 Vgl. *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 134; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 454; *Poeppel*, S. 113; *Nolte*, S. 291.

1803 Vgl. *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 135 f.; *ders.*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 177; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 455; *Poeppel*, S. 113; *Nolte*, S. 291.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ist und Art. 37 Abs. 1 lit. c RBÜ bei Streitigkeiten über die Auslegung der Texte ausdrücklich den *französischen* Text für maßgebend erklärt, sodass „certain" „unpräzise" („imprécis, difficile à fixer") oder die „Unbestimmtheit abschwächend" („atténuant l'idée de l'indétermination"), eben „bestimmbar" bedeutet. Im Übrigen – also im Hinblick auf Art. 10 WCT, Art. 16 Abs. 2 WPPT und 13 TRIPS – stehen beide grammatikalische Auslegungen gleichberechtigt nebeneinander, weil *beide* Fassungen verbindlich sind. Weil schon die englische Fassung mehrdeutig ist, jedenfalls aber keinen Vorrang vor der – insoweit eindeutigen – französischen Fassung genießt, muss der Begriff notwendig anderweitig ausgelegt werden. Eine zusätzliche, nämlich historische und telelogische Auslegung – wie sie von der zweiten Ansicht vorgenommen wird –, spricht aber (nur) für die zweite Lesart.

(2) „Sonderfälle"

Auch der Begriff des Sonderfalls wird unterschiedlich ausgelegt. Ausgangspunkt ist die sowohl quantitative („[h]aving an individual, particular, or *limited* application, object, or intention; affecting or concerning a *single* person, thing, circumstance, etc., or a particular class of these"[1804]) als auch qualitative („[o]f such a kind as to exceed or excel in some way that which is usual or common; *exceptional* in character, quality, or degree"[1805] und „[m]arked off from others of the kind by some *distinguishing* qualities or features; having a *distinct* or individual character"[1806]) Bedeutung des Wortes „special".

Einer Ansicht nach ist „special case" in erster Linie *quantitativ* auszulegen. Danach muss die Schutzbeschränkung auf einen engen Anwendungs-

1804 The Oxford English Dictionary, Bd. 16, S. 150 [Hervorh. d. Verf.].
1805 The Oxford English Dictionary, Bd. 16, S. 149 [Hervorh. d. Verf.].
1806 The Oxford English Dictionary, Bd. 16, S. 149 [Hervorh. d. Verf.].

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bereich begrenzt sein,[1807] muss sich die Anzahl an betroffenen Nutzungsrechten, Werken und Nutzern in Grenzen halten.[1808]

Die Gegenansicht verzichtet auf eine quantitative Deutung und versteht „Sonderfall" in einem *qualitativen* Sinn. Hiernach muss die Schutzbeschränkung einem besonderen Zweck dienen, müssen besondere Umstände vorliegen, die die Schutzbeschränkung plausibel erscheinen lassen,[1809] etwa weil wichtige Belange des Gemeinwohls betroffen sind[1810] – als Maßstab können der Schrankenkatalog der RBÜ und die Präambel des

---

1807 Vgl. WTO Panel, Report v. 15.6.2000, WT/DS160/R, Rdnr. 6.112 („narrow in its scope and reach"); *Ricketson/Ginsburg*, Bd. 1, Rdnr. 13.11 („narrow in its scope and reach"); *Ricketson*, WIPO Study, S. 22 („narrow in its scope and reach"); *Ginsburg*, RIDA 187 (2001), 2, 41 („sufficiently narrow"); *Reinbothe/v. Lewinski*, Rdnr. 7.10.24 u. 8.16.44 („of limited application"), die „Sonderfall" zusätzlich qualitativ deuten; *v. Lewinski*, International Copyright Law and Policy, Rdnr. 5.180 („narrow scope"); *Reinbothe*, S. 257 („begrenzte[r] Anwendungsbereich").

1808 Vgl. *Ricketson/Ginsburg*, Bd. 1, Rdnr. 13.11; *Ricketson*, WIPO Study, S. 22.

1809 Vgl. *Ricketson*, IPQ 1999, 56, 69 („[T]here must be something ‚special' about this purpose, ‚special' here meaning that the use is justified by some clear reason of public policy or other exceptional circumstance"), der inzwischen die erste Lesart vertritt; *ders.*, The Berne Convention, Rdnr. 9.6; *Reinbothe/v. Lewinski*, Rdnr. 7.10.25 u. 8.16.45 („sound policy objective"), die „Sonderfall "zusätzlich quantitativ deuten; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 582 („finalité particulière"); *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 358 („but spéciale"); *Lucas*, in: *Ganea/Heath/Schricker*, FS Dietz, S. 430 („but spéciale"); *dies.*, EIPR 32 (2010), 277, 278; *Ficsor*, RIDA 192 (2002), 110, 133 („clear and sound political justification"); *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 152 („clear reason of public policy"); *ders.*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 179; *ders.*, GRUR Int. 2004, 200, 207 f.; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 459; *Förster*, S. 194 f.; *Krujatz*, S. 307; *Nolte*, S. 291 f.; *Runge*, GRUR Int. 2007, 130, 134; *Grages*, S. 110; *Zwengel*, S. 231 f.; so auch BGH GRUR 1999, 707, 712 – „Kopienversanddienst" („Die Vervielfältigung geschützter Werke auf Einzelbestellung im Rahmen eines Kopienversanddienstes stellt wegen ihrer gemeinsamen Züge mit der Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch und des Gewichts des betroffenen Interesses der Allgemeinheit an dem ungehinderten Zugang zu Informationen einen Sonderfall im Sinne des Art. 9 Abs. 2 RBÜ dar").

1810 Vgl. *Ricketson*, The Berne Convention, Rdnr. 9.9 ff.; *Reinbothe/v. Lewinski*, Rdnr. 7.10.25 u. 8.16.45; *Ficsor*, RIDA 192 (2002), 110, 131 ff.; *Senftleben*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 179, Fn. 68; *ders.*, GRUR Int. 2004, 200, 208; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 458; *Nolte*, S. 292; *Runge*, GRUR Int. 2007, 130, 134; *Zwengel*, S. 231; so auch BGH GRUR 1999, 707, 712 – „Kopienversanddienst"

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

WCT („Bildung, Forschung und Zugang zu Informationen") dienen[1811] – oder der Markt versagt[1812]. Dabei verfügt der Gesetzgeber über einen gewissen Einschätzungsspielraum.[1813]

Die zweite Ansicht verdient den Vorzug. Während die Auslegung des *englischen* Wortes „special" mehrdeutig ist, also weder für die eine noch die andere Lesart spricht, hat die französische Fassung („spécial") im Wesentlichen eine qualitative Bedeutung, nämlich „[q]ui constitue une exception, est employé pour les circonstances *extraordinaires*" und „[q]ui présente des caractères particuliers dans son genre; *atypique*, particulier".[1814] Gegen die erste Auffassung sprechen aber auch eine systematische und eine telelogische Auslegung: Zunächst kann die erste Stufe nur im Zusammenhang mit der zweiten und dritten Stufe gedeutet werden (Art. 31 Abs. 1 Var. 2 WÜRV).[1815] Soweit auf der ersten Stufe Schutzbeschränkungen, die die Verwertung mehr als nur unwesentlich beeinträchtigen, von vornherein ausgesondert werden, wird der letzte Prüfungsschritt praktisch vorweggenommen.[1816] Denn unwesentliche Beeinträchtigungen werden die berechtigen Interessen des Rechtsinhabers in den seltensten

---

(„Die Vervielfältigung geschützter Werke auf Einzelbestellung im Rahmen eines Kopienversanddienstes stellt wegen […] des Gewichts des betroffenen Interesses der Allgemeinheit an dem ungehinderten Zugang zu Informationen einen Sonderfall im Sinne des Art. 9 Abs. 2 RBÜ dar").

1811 *Reinbothe/v. Lewinski*, Rdnr. 7.10.26 u. 8.16.46; *Senftleben*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 179, Fn. 68; *ders.*, GRUR Int. 2004, 200, 208; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 458.

1812 Vgl. *Ricketson*, IPQ 1999, 56, 77.

1813 *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 145 f.; *Poeppel*, S. 121; vgl. für Art. 9 Abs. 2 RBÜ auch *Reimer/Ulmer*, GRUR Int. 1967, 431, 44 („Im ganzen kann die Lösung, die in Stockholm gefunden wurde, als befriedigend angesehen werden. Unleugbar ist freilich, daß sie in ihrer Elastizität der Auslegung durch die nationale Gesetzgebung einen Spielraum läßt, der unter Umständen zu weit gezogen wird. Eine solche Elastizität war aber bei der erstmaligen Regelung der Frage in der Konvention nicht zu vermeiden");.

1814 Le Petit Robert, S. 2418 [Hervorh. d. Verf.] (neben „[q]ui concerne une espèce, une sorte de choses" und „[q]ui est propre, particulier à (une personne, un groupe, à l'exclusion des autres)").

1815 *Förster*, S. 194; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 457; in dieselbe Richtung *Geiger/Griffiths/Hilty*, GRUR Int. 2008, 822, 824 = IIC 2008, 707, 711 = Propr. intell. 29 (2008), 399, 401.

1816 Vgl. *Krujatz*, S. 307; *Nolte*, S. 292. Nach *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 144; *ders.*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Ur-

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Fällen *unzumutbar* verletzen.[1817] Damit würde die dritte Stufe nahezu überflüssig und die erste Stufe aus dem Zusammenhang gerissen.[1818] Zum anderen ist der Dreistufentest nach dem Sinn und Zweck des Konventionsrechts auszulegen (Art. 31 Abs. 1 Var. 3 WÜRV).[1819] Danach soll das Urheberrecht der gesellschaftlichen und ökonomischen Gesamtwohlfahrt[1820] bzw. einem gerechten Ausgleich von Anreiz- und Zugangsinteressen[1821] dienen. Die erste Lesart läuft diesem Ziel zuwider, weil sie auf der ersten Stufe einseitig auf die Interessen des Rechtsinhabers abstellt und die eigentliche Interessenabwägung auf der dritten Stufe auszufallen droht.[1822]

Umgekehrt sprechen eine teleologische und systematische Auslegung für die zweite Lesart. Einerseits kann hiernach das Ziel – ein gerechter Interessenausgleich oder „normative Effizienz" – erreicht werden, indem die

---

heberrecht, S. 178; *ders.*, GRUR Int. 2004, 200, 207; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 457; *Förster*, S. 194; *Poeppel*, S. 114, wird bereits die zweite Stufe vorweggenommen;.

1817 Vgl. *Senftleben*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 178; *ders.*, GRUR Int. 2004, 200, 207; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 457; *Förster*, S. 194; *Poeppel*, S. 114, jeweils im Hinblick auf die zweite Stufe.

1818 Vgl. *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 457; *Förster*, S. 194; *Poeppel*, S. 114, jeweils im Hinblick auf die zweite Stufe.

1819 *Geiger/Griffiths/Hilty*, GRUR Int. 2008, 822, 824 = IIC 2008, 707, 711 = Propr. intell. 29 (2008), 399, 402; *Geiger/Gervais/Senftleben*, 29 Am. U. Int'l L. Rev. 581, 598 (2014).

1820 Vgl. Art. 7 TRIPS („Der Schutz und die Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums sollen […] in einer dem gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Wohl zuträglichen Weise erfolgen und einen Ausgleich zwischen Rechten und Pflichten herstellen"); in der englischen Fassung ist treffender von „social and economic *welfare*" die Rede.

1821 Vgl. Präambel WCT („[U]nter Betonung der herausragenden Bedeutung des Urheberrechtsschutzes als *Anreiz* für das literarische und künstlerische Schaffen, in Erkenntnis der Notwendigkeit, ein *Gleichgewicht* zwischen den Rechten der Urheber und dem umfassenderen öffentlichen Interesse […] zu wahren, wie dies in der Berner Übereinkunft zum Ausdruck kommt", Hervorh. d. Verf.); ähnlich Präambel WPPT.

1822 Vgl. *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 143 f.; *ders.*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 178; *ders.*, GRUR Int. 2004, 200, 207; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 457 u. 460; *Krujatz*, S. 307; *Nolte*, S. 292.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(meisten) Interessen der zweiten und dritten Stufe zugeführt werden.[1823] Andererseits wird die erste Stufe damit nicht überflüssig.[1824] Vielmehr ist sie das „Eintrittstor zum Abwägungsvorgang"[1825], durch das einige – darin liegt der Unterschied zur ersten Lesart –, aber nicht alle Belange „hineingelassen" werden.[1826] Denn stets müssen besondere Umstände vorliegen, die eine Schutzbeschränkung plausibel erscheinen lassen. Das *bloße* Interesse an günstigeren Preisen oder freier Nutzung kann niemals einen Sonderfall begründen. So verstanden dürfte etwa eine „Kulturflatrate" kaum mit der ersten Stufe vereinbar sein.[1827]

bb) Stufe 2

Auf der zweiten Stufe ist sicherzustellen, dass die Zwangslizenz die „normale" Auswertung nicht beeinträchtigt. Die Bedeutung des Wortes „normal" ist noch nicht restlos geklärt. Einerseits hat es einen empirischen („qui est conforme au type le plus fréquent; *habituel*"[1828] bzw. „regular,

---

1823 Vgl. *Senftleben*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 178 f.; *ders.*, GRUR Int. 2004, 200, 207; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 459; *Förster*, S. 194 f.; *Krujatz*, S. 307; *Nolte*, S. 292.

1824 Vgl. *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 153; *ders.*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 179; *ders.*, GRUR Int. 2004, 200, 207 f.; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 459; *Förster*, S. 194 f.; *Krujatz*, S. 307; *Nolte*, S. 292; a.A. *Poeppel*, S. 115, freilich mit dem ernüchternden Ergebnis, dass „die Konkretisierung des Begriffs ‚Sonderfälle' zu einer Tatbestandsvoraussetzung mit einem konkreten und eigenständigen Regelungsinhalt gegenüber den beiden weiteren Teststufen kaum möglich" (S. 116) und insgesamt „dem Dreistufentest nicht viel mehr als die Dokumentation des gemeinsamen Willens zu einer restriktiven Tendenz bei der Einschränkung von Verwertungsrechten und ein Verbot von extrem weitreichenden Schranken zu entnehmen" sei (S. 121).

1825 *Senftleben*, GRUR Int. 2004, 200, 205.

1826 Vgl. *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 153; *ders.*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 178 f.; *ders.*, GRUR Int. 2004, 200, 207 f.; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 459; *Förster*, S. 194 f.; *Krujatz*, S. 307; *Nolte*, S. 292.

1827 A.A. *Zwengel*, S. 232, weil (schon) die mangelhafte Durchsetzbarkeit des Ausschließlichkeitsrechts im Bereich des Filesharing einen außergewöhnlichen Umstand darstelle.

1828 Le Petit Robert, S. 1703 [Hervorh. d. Verf.].

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

usual"[1829]), andererseits einen normativen („[q]ui sert de règle, de modèle, de référence [ou *idéal*]"[1830] bzw. „[c]onstituting, conforming to, not deviating or differing from, the […] standard [or *model*]"[1831]) Sinn.

Eine Auffassung legt „normal" in erster Linie *empirisch* aus. Danach ist die „normale" Auswertung beeinträchtigt, wenn die Nutzung zu einer *herkömmlichen* Werknutzung in unmittelbare Konkurrenz tritt[1832] oder den Gewinn des Rechtsinhabers dadurch erheblich oder spürbar mindert, dass sie in Konkurrenz zu Nutzungsarten tritt, die dem Ausschließlichkeitsrecht *gewöhnlich* einen wirtschaftlichen Wert geben.[1833]

Die Gegenansicht deutet „normal" dagegen *normativ*. Hiernach kommt es entscheidend darauf an, ob die betreffende Nutzung dem Rechtsinhaber ausschließlich zustehen *soll*.[1834] Damit ist ein Abwägungsvorgang verbun-

---

1829 The Oxford English Dictionary, Bd. 10, S. 515 [Hervorh. d. Verf.].

1830 Le Petit Robert, S. 1703 [Hervorh. u. Anm. d. Verf. im Hinblick auf die Bedeutung von „norme", S. 1704, auf die verwiesen wird].

1831 The Oxford English Dictionary, Bd. 10, S. 515 [Hervorh. u. Anm. d. Verf. im Hinblick auf die Bedeutung von „norm", ebenda].

1832 *Bornkamm*, S. 46.

1833 Vgl. WTO Panel, Report v. 15.6.2000, WT/DS160/R, Rdnr. 6.183 („We believe that an exception or limitation […] rises to the level of a conflict with a normal exploitation of the work […], if uses […] enter into economic competition with the ways that right holders normally extract economic value from that right […] and thereby deprive them of significant or tangible commercial gains"), das damit – trotz Erwähnung einer normativen Deutungsmöglichkeit – eine empirische Lesart vertritt, *Lucas*, EIPR 32 (2010), 277, 279; *Ginsburg*, RIDA 187 (2001), 2, 49; *Hugenholtz/Okediji*, S. 24; zust. *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 359; *Lucas*, in: *Ganea/Heath/Schricker*, FS Dietz, S. 432; ähnlich *Reinbothe/v. Lewinski*, Rdnr. 7.10.27 u. 8.16.47 („A limitation or exception must not interfere with the *normal mode* in which the author exploits his work in his own market", Hervorh. d. Verf.); *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 356; *v. Lewinski*, International Copyright Law and Policy, Rdnr. 5.183; *Ficsor*, RIDA 192 (2002), 110, 139; *Senftleben*, GRUR Int. 2004, 200, 209 („Von einer Beeinträchtigung der normalen Auswertung kann gesprochen werden, wenn die in Frage stehende Beschränkung die Rechtsinhaber einer aktuellen oder potenziellen Einnahmequelle beraubt, die *typischerweise* ganz erhebliches Gewicht innerhalb der Gesamtverwertung von Werken einer betroffenen Werkart hat", Hervorh. d. Verf.); *ders.*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 193 f.; *ders.*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 182; *Hugenholtz/Okediji*, S. 24; *Runge*, GRUR Int. 2007, 130, 134; *Grages*, S. 111.

1834 Vgl. *Ricketson*, WIPO Study, S. 25 („[T]he question then arising is, whether these are ‚markets' that the copyright owner *should* be able to control in a nor-

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

den, der an den Zielen des Konventionsrechts ausgerichtet wird,[1835] also am Ziel der gesellschaftlichen und ökonomischen Gesamtwohlfahrt[1836] bzw. eines gerechten Ausgleichs der Anreiz- und Zugangsinteressen[1837], kurz: am Ziel normativer Effizienz.

Von den beiden Lesarten verdient die zweite den Vorzug. Während die grammatikalische Auslegung (Art. 31 Abs. 1 Var. 1 WÜRV) weder für die eine, noch die andere Deutung spricht, kann sich die normative Lesart auf eine systematische und telelogische Auslegung berufen. Zunächst ist „normal" in seinem Zusammenhang auszulegen (Art. 31 Abs. 1 Var. 2 WÜRV).[1838] Während die erste Lesart die Prüfung auf der zweiten Stufe in aller Regel abbricht, weil – abgesehen von unwesentlichen Beeinträchtigungen – der Großteil von Nutzungen unter die „normale" Auswertung fällt,[1839] kann die dritte Stufe ihre Funktion – eine umfassende Interessen-

---

mative sense", Hervorh. i. Orig.); *ders.*, IPQ 1999, 56, 92 („On the assumption that the uses covered by the compulsory licence would not otherwise fall within the capacity of the copyright owner to control, there can, by definition, be no conflict with the normal exploitation of the work"); *Ricketson/Ginsburg*, Bd. 1, Rdnr. 13.20; *Ginsburg*, RIDA 187 (2001), 2, 51; *Kur*, 8 Rich. J. Global L. & Bus. 287, 339 (2009); *Geiger/Gervais/Senftleben*, 29 Am. U. Int'l L. Rev. 581, 597 f. (2014); *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 471; *Nolte*, S. 303; für den patentrechtlichen Dreistufentest (Art. 30 TRIPS) auch WTO Panel, Report v. 17.3.2000, WT/DS114/R, Rdnr. 7.58; in dieselbe Richtung *Vivant*, Propr. intell. 24 (2007), 364, 366; *Sinodinou*, RLDI 30 (2007), 67, 71; und nicht zuletzt *Geiger/Griffiths/Hilty*, GRUR Int. 2008, 822, 824 („Ausnahmen und Beschränkungen beeinträchtigen eine normale Auswertung des Schutzgegenstandes nicht, wenn sie auf wichtigen konkurrierenden Erwägungen beruhen oder den Effekt haben, unangemessenen Einschränkungen des Wettbewerbs entgegenzuwirken") = IIC 2008, 707, 711 = Propr. intell. 29 (2008), 399, 402.

1835 *Geiger/Gervais/Senftleben*, 29 Am. U. Int'l L. Rev. 581, 597 (2014); allgemein auch *Große Ruse-Khan*, in: *Torremans*, Intellectual Property and Human Rights, S. 174.

1836 Vgl. Art. 7 TRIPS; siehe auch *Geiger/Gervais/Senftleben*, 29 Am. U. Int'l L. Rev. 581, 598 (2014); i.E. auch *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 470.

1837 Vgl. Präambel WCT; ähnlich Präambel WPPT.

1838 Vgl. *Förster*, S. 194; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 457; in dieselbe Richtung *Geiger/Griffiths/Hilty*, GRUR Int. 2008, 822, 824 = IIC 2008, 707, 711 = Propr. intell. 29 (2008), 399, 401.

1839 *Ricketson*, WIPO Study, S. 25 („Leaving aside uses that are purely *de minimis*, the great bulk of uses that fall within Article 9 could be regarded as being within

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

abwägung – (nur) mit der zweiten Lesart erfüllen.[1840] Damit wird auch nicht etwa der dritte Prüfungsschritt vorweggenommen.[1841] Denn während hier auf Seiten des Rechtsinhabers lediglich die materiellen Interessen am Ausschließlichkeitsrecht berücksichtigt werden, spielen ideelle und (bloße) Vergütungsinteressen (erst) auf der dritten Stufe eine Rolle.[1842] Schließlich sind völkerrechtliche Verträge „im Lichte ihrer Ziele und Zwecke auszulegen" (Art. 31 Abs. 1 Var. 3 WÜRV),[1843] und dient das heutige Konventionsrecht aus Art. 7 TRIPS und den Präambeln von WCT und WPPT ersichtlich der Gesamtwohlfahrt bzw. einem gerechten Interessenausgleich. Auch unter Zugrundelegung individualistischer Begründungsansätze stellt das Ausschließlichkeitsrecht an veröffentlichten Werken nicht das Prinzip, sondern die Ausnahme dar,[1844] und ist das Urheberrecht „nicht die Burg des Egoismus, sondern das Vehikel des Gemeinver-

---

the scope of the normal exploitation of a work […], leading to the consequence that the third step will never be reached"); *Ricketson/Ginsburg*, Bd. 1, Rdnr. 13.21; *Ginsburg*, RIDA 187 (2001), 2, 49; *Kur*, 8 Rich. J. Global L. & Bus. 287, 339 (2009); *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 467.

1840 Vgl. *Ricketson*, WIPO Study, S. 25; *Ricketson/Ginsburg*, Bd. 1, Rdnr. 13.21; *Ginsburg*, RIDA 187 (2001), 2, 51; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 468; *Nolte*, S. 303.

1841 Vgl. *Ricketson*, WIPO Study, S. 25 f.; *Ricketson/Ginsburg*, Bd. 1, Rdnr. 13.21; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 470 f.; *Nolte*, S. 303 f.; *Sinodinou*, RLDI 30 (2007), 67, 71; so aber *Lucas*, EIPR 32 (2010), 277, 280.

1842 Vgl. *Ricketson/Ginsburg*, Bd. 1, Rdnr. 13.24; *Hugenholtz/Okediji*, S. 24; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 471; *Nolte*, S. 303 f.; *Sinodinou*, RLDI 30 (2007), 67, 71.

1843 Speziell für den Dreistufentest *Geiger/Griffiths/Hilty*, GRUR Int. 2008, 822, 824 = IIC 2008, 707, 711 = Propr. intell. 29 (2008), 399, 402; *Geiger/Gervais/Senftleben*, 29 Am. U. Int'l L. Rev. 581, 598 (2014).

1844 *Le Chapelier*, Rapport II, S. 117 („Il semble que, *par la nature des choses*, tout est fini pour l'auteur et pour l'éditeur quand le public s'est de cette manière saisi de sa production; cependant on a considéré qu'il était juste de faire jouir un auteur de son travail, et de lui conserver pendant sa vie, et à ses héritiers quelques années après sa mort, le droit de disposer de l'ouvrage; mais c'est une *exception* qui, dans notre ancien régime, était consacrée par des privilèges royaux; qui, en Angleterre, est l'objet d'un acte tutélaire; qui, dans notre nouvelle législation, sera l'objet d'une loi positive, et cela sera beaucoup plus sage. Sortez du *principe*, mettez l'exception à sa place, et vous n'avez plus de base pour votre législation, et vous méconnaissez qu'un ouvrage publié est *de sa nature* une propriété publique"), für die Theorie vom geistigen Eigentum.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kehrs“[1845], ein „sozial gebundene[s] Recht“[1846]. Dann aber darf die zweite Stufe nicht einseitig zugunsten der Rechtsinhaber ausgelegt werden. Im Ergebnis meint also „normale“ eine normativ effiziente Auswertung.

cc) Stufe 3

Auf der dritten Stufe des Dreistufentest ist schließlich zu prüfen, ob durch die Zwangslizenz die „berechtigten“ Interessen des Rechtsinhabers[1847] (Urhebers[1848], Tonträgerherstellers, ausübenden Künstlers[1849]) „unzumutbar“ verletzt werden. *„Berechtigt“* hat in den verbindlichen Fassungen („légitime“ bzw. „legitimate“) sowohl eine positive („[q]ui est fondé en droit“[1850] bzw. („[c]onformable to law or rule; sanctioned or authorized by law or right; lawful“[1851]) als auch eine normative („[q]ui est justifié (par le bon droit, la raison, le bons sens)“[1852] bzw. „[n]ormal, regular; conformable to a recognized standard type“[1853]) Bedeutung. Nach allgemeiner Ansicht sind deshalb nicht nur die im positiven Urheberrecht anerkannten *rechtlichen*, sondern auch die das positive Urheberrecht *rechtfertigenden* Interessen zu berücksichtigen.[1854] Das Ausschließlichkeitsrecht kann mit

---

1845 *Kohler*, S. 41 u. 43 („Das Eigenthum ist nicht die Burg des Egoismus, sondern das Vehikel des Gemeinverkehrs. […] Und ebenso sind auch bei gewissen Immaterialrechten gewisse Einwirkungen auf die Allgemeinheit als so bedeutsam erschienen, daß die Gesetzgebung die Ausübung dieser Rechte an besondere bindende Vorschriften geknüpft hat“), für die Theorie vom Immaterialgüterrecht.

1846 *Ulmer*, UrhR^3, S. 6 („Wie alle Privatrechte, so sind auch die Urheberrechte sozial gebundene Rechte: Sie unterliegen den Schranken, durch die die Rechtssphäre des einzelnen gegenüber den Anforderungen der Allgemeinheit abgegrenzt wird“), für die monistische Theorie.

1847 Art. 13 TRIPS.

1848 Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 10 Abs. 1 WCT.

1849 Art. 16 Abs. 1 WPPT.

1850 Le Petit Robert, S. 1441.

1851 The Oxford English Dictionary, Bd. 8, S. 811.

1852 Le Petit Robert, S. 1441.

1853 The Oxford English Dictionary, Bd. 8, S. 811.

1854 Vgl. WTO Panel, Report v. 15.6.2000, WT/DS160/R, Rdnr. 6.224 („Thus, the term relates to lawfulness from a legal positivist perspective, but it has also the connotation of legitimacy from a more normative perspective, in the context of calling for the protection of interests that are justifiable in the light of the objectives that underlie the protection of exclusive rights“); *Ricketson/Ginsburg*, Bd.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ideellen und materiellen Interessen gerechtfertigt werden:[1855] Während ideelle Interessen effektiv *nur* mithilfe eines Ausschließlichkeitsrechts geschützt werden können, schützt das Ausschließlichkeitsrecht materielle Interessen zumindest *effektiver*. Denn (nur) das Ausschließlichkeitsrecht versetzt den Rechtsinhaber in die Lage, die Vergütung individuell auszuhandeln.[1856]

Unvereinbar mit dem Dreistufentest ist aber erst die *„unzumutbare"* Verletzung dieser Interessen. „Unzumutbar" („unreasonably" bzw. „injustifié") ist das Gegenteil von „[o]f such an amount, size, number, etc., as is judged to be *appropriate* or suitable to the circumstances or purpose; [o]f fair, average, or considerable amount, site, etc.; *[p]roportionate*"[1857] bzw. „[q]ui a de la justesse, qui convient bien, est bien tel qu'il doit être; *adéquat*, *approprié*, *convenable*"[1858], meint also „unverhältnismäßig".[1859] Nach – ebenfalls – allgemeiner Meinung findet hier nun (endlich) die *umfassende* Interessenabwägung statt,[1860] die in Anlehnung an die vom BVerfG geprägte Verhältnismäßigkeitsprüfung in drei Schritten – Geeig-

---

1, Rdnr. 13.24; *Ricketson*, WIPO Study, S. 27; *v. Lewinski*, International Copyright Law and Policy, Rdnr. 5.184; *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 227 ff.; *Hugenholtz/Okediji*, S. 25.

1855 *Ricketson/Ginsburg*, Bd. 1, Rdnr. 13.24; *Ricketson*, WIPO Study, S. 26; *ders.*, IPQ 1999, 56, 70; *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 216 ff.; *ders.*, GRUR Int. 2004, 200, 210; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 360; *Lucas*, EIPR 32 (2010), 277, 277 f.; *Sinodinou*, RLDI 30 (2007), 67, 71; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 478; *Leventer*, S. 377.

1856 Darauf weisen zu Recht *Reinbothe/v. Lewinski*, Rdnr. 7.10.36; *Reinbothe*, S. 259; *Poeppel*, S. 19, hin.

1857 The Oxford English Dictionary, Bd. 13, S. 291 [Hervorh. d. Verf.].

1858 Le Petit Robert, S. 1405, mit Bedeutung von „juste", da „justifier" „rendre juste" bedeutet, S. 1406 [Hervorh. d. Verf.].

1859 Vgl. *Senftleben*, GRUR Int. 2004, 200, 211; *ders.*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 175; *Nolte*, S. 307; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 479; *Leventer*, S. 378; *Krujatz*, S. 310.

1860 Vgl. *Ricketson/Ginsburg*, Bd. 1, Rdnr. 13.26; *Ricketson*, WIPO Study, S. 27; *Ginsburg*, RIDA 187 (2001), 2, 57; *v. Lewinski*, International Copyright Law and Policy, Rdnr. 5.185; *Kur*, 8 Rich. J. Global L. & Bus. 287, 341 (2009); *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 226 f.; *ders.*, GRUR Int. 2004, 200, 210; *ders.*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 176; *Bornkamm*, S. 47; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 584; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 360; *Sinodinou*, RLDI 30 (2007), 67, 71; *Geiger/Gervais/Senftleben*, 29 Am. U. Int'l L. Rev. 581, 595 (2014); *Poeppel*, S. 119;

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

netheit zur Erreichung des auf Stufe 1 definierten besonderen Zwecks, Erforderlichkeit und Angemessenheit – erfolgen kann.[1861] Dabei ist insbesondere zu prüfen, ob die Beeinträchtigung der berechtigten Interessen durch einen Anspruch auf angemessene Vergütung auf ein verhältnismäßiges Maß reduziert werden kann:[1862] Überwiegen die Interessen der Rechtsinhaber die Nutzerinteressen *wesentlich*, ist die Schutzbeschränkung absolut unzulässig; erscheinen die Interessen mehr oder weniger ausgeglichen, ist (nur) eine Schutzbeschränkung mit Vergütungspflicht, insbesondere eine Zwangslizenz, angemessen; erst wenn die Nutzerinteressen die Interessen der Rechtsinhaber *wesentlich* überwiegen, kann das Ausschließlichkeitsrecht absolut, also ohne Vergütungspflicht beschränkt werden.[1863]

c) Zwischenergebnis

Die urheberrechtliche Zwangslizenz unterliegt im Hinblick auf das Vervielfältigungsrecht der RBÜ und den Mindestrechten des WCT, WPPT und TRIPS-Übereinkommens dem sog. Dreistufentest (Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 10 WCT, Art. 16 Abs. 2 WPPT und Art. 13 TRIPS). Sie ist zulässig, wenn sie bestimmbar ist („gewisse"), einem besonderen Zweck dient („Sonderfälle") und weder die normative effiziente („normale") Auswer-

---

Kleinemenke, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 473 f.; *Nolte*, S. 307; *Leventer*, S. 377; *Krujatz*, S. 310.

1861 *Senftleben*, GRUR Int. 2004, 200, 211; *ders.*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 235 ff.; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 479; *Leventer*, S. 378; *Krujatz*, S. 312.

1862 Vgl. *Ricketson/Ginsburg*, Bd. 1, Rdnr. 13.25; *Ricketson*, The Berne Convention, S. 484; *ders.*, WIPO Study, S. 27; *ders.*, IPQ 1999, 56, 70; *Ginsburg*, RIDA 187 (2001), 2, 53; *v. Lewinski*, International Copyright Law and Policy, Rdnr. 5.186; *Reinbothe/v. Lewinski*, Rdnr. 7.10.36; *Reinbothe*, S. 260; *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 237 ff.; *ders.*, GRUR Int. 2004, 200, 211; *ders.*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 175; *Bornkamm*, S. 47; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 584; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 360; *Sinodinou*, RLDI 30 (2007), 67, 71; *Hugenholtz/Okediji*, S. 24; *Geiger/Gervais/Senftleben*, 29 Am. U. Int'l L. Rev. 581, 595 (2014); *Poeppel*, S. 119; *Nolte*, S. 307; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 478 f.; *Leventer*, S. 378; *Krujatz*, S. 313.

1863 *Ginsburg*, RIDA 187 (2001), 2, 53; zust. *Vivant*, Propr. intell. 24 (2007), 364, 366.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tung beeinträchtigt noch die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers unverhältnismäßig („unzumutbar“) verletzt.

3. Zwischenergebnis

Die urheberrechtliche Zwangslizenz ist grundsätzlich schon dann konventionskonform, wenn sie bestimmbar ist, einem besonderen Zweck dient und weder die normativ effiziente Auswertung beeinträchtigt noch die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers unverhältnismäßig verletzt (Dreistufentest). Eine Ausnahme gilt für das Bearbeitungsrecht einschließlich des Filmherstellungs- und Übersetzungsrechts, das Aufführungs-, Vortrags- und Filmvorführungsrecht, das Filmverbreitungsrecht sowie das Recht der öffentlichen Übertragung – ohne das Recht der drahtlosen Erstsendung und das Weitersenderecht – von Aufführungen, Vorträgen und Filmwerken; diese Mindestrechte dürfen keinesfalls durch eine urheberrechtliche Zwangslizenz beschränkt werden. Leistungsschutzrechtliche Zwangslizenzen an Darbietungen, Tonaufnahmen und Sendungen sind zulässig, wenn sie mit einem Ausnahmevorbehalt versehen werden und RBÜ- und WCT-konform ausgestaltet sind (Art. 15 Abs. 2 S. 1 Rom-Abk), etwa indem sie auf eine konventionskonforme urheberrechtliche Zwangslizenz verweisen.

II. Vorgaben des Unionsrechts

Als Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind Deutschland und Frankreich nicht nur an konventionsrechtliche Bestimmungen, sondern auch an die Vorgaben der urheberrechtlichen Richtlinien gebunden. In einigen dieser Richtlinien werden bestimmte Ausschließlichkeitsrechte als verbindliche Ziele festgeschrieben, die durch nationale Gesetzgebung zu erreichen sind (Art. 288 Abs. 3 AEUV).[1864] Je nach Richtlinie (unten 1. bis 5.) unterliegen diese Rechte keinen Vorbehalten, offenen oder abschließenden Vorbehalten.

1864 Allgemein zu Richtlinien *Ruffert*, in: *Callies/Ruffert*, EUV/AEUV[4], Rdnr. 23 ff.; mit einer Einführung in die urheberrechtlichen Richtlinien *v. Lewinski*, in: *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, Rdnr. 1.0.1 ff.; zu den urheberrechtlichen Richtlinien im Überblick *v. Lewinski*, in: *Loewenheim*, HdbUrhR[2], § 53.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Ausschließlichkeitsrechte der Informationsgesellschafts-RL

Das Vervielfältigungsrecht[1865], das Verbreitungsrecht[1866] und das Recht der öffentlichen Wiedergabe[1867] dürfen zwar nur mit einem Numerus clausus an „Ausnahmen und Beschränkungen"[1868] versehen werden (Erwgr. 32 Informationsgesellschafts-RL), doch bleiben „die Regelungen der betroffenen Mitgliedstaaten für die Verwaltung von Rechten" von dieser Richtlinie unberührt (Erwgr. 18 Informationsgesellschafts-RL). Damit ist die urheberrechtliche Zwangslizenz hinsichtlich dieser Rechte mit dem Unionsrecht vereinbar, wenn sie keine „Ausnahme und Beschränkung" (unten aa)), sondern eine Ausübungsregelung (unten bb)) darstellt. In diesem Fall kommt es auch nicht auf den in Art. 5 Abs. 5 Informationsgesellschafts-RL geregelten Dreistufentest an.

a) „Ausnahme und Beschränkung"?

Nach allgemeiner Meinung bedeuten die Begriffe „Ausnahme" und „Beschränkung" dasselbe.[1869] „Ausnahme" hat lediglich eine individualistische, „Beschränkung" eine utilitaristische Konnotation.[1870] Beide Begriffe bezeichnen die teilweise Aufhebung der in Art. 2, 3 und 4 Abs. 1 Informationsgesellschafts-RL geregelten Ausschließlichkeitsrechte, nämlich des

1865 Art. 2 Informationsgesellschafts-RL.
1866 Art. 3 Informationsgesellschafts-RL.
1867 Art. 4 Informationsgesellschafts-RL.
1868 Art. 5 Informationsgesellschafts-RL.
1869 Vgl. *v. Lewinski/Walter*, in: *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, Rdnr. 11.5.11; *Geiger/Schönherr*, in: *Stamatoudi/Torremans*, EU Copyright Law, Rdnr. 11.64; *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 22; *Galopin*, Rdnr. 10.
1870 Vgl. *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 22 („This double reference makes sense against the backdrop of copyright's two legal traditions. […] [I]n civil law countries […] such derogation from theoretical all-embracing right may be arguably called an ‚exception' rather than a ‚limitation' "); *Galopin*, Rdnr. 10 („En réalité, cette dualité terminologique est le fruit d'un compromis. Les rédacteurs des traités internationaux et de la directive ont eu pour ambition de consacrer des concepts susceptibles de s'adapter aux traditions juridiques nationales dans toute leur diversité").

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Rechts, die Vervielfältigung, öffentliche Wiedergabe und Verbreitung von Werken „zu erlauben oder zu verbieten".[1871]

aa) Meinungsstreit

Ob die urheberrechtliche Zwangslizenz als „Ausnahme und Beschränkung" vom Numerus clausus erfasst wird, ist umstritten.

Nach Ansicht des deutschen Gesetzgebers[1872] und der überwiegenden Literatur[1873] stellt die urheberrechtliche Zwangslizenz keine „Ausnahme und Beschränkung" dar, weil das Verbotsrecht erhalten bleibe und nur die Ausübung geregelt werde. Damit folgt sie der h.M., die die Zwangslizenz dogmatisch nicht als Schranke, sondern als Ausübungsregelung einstuft.[1874] Derselben Ansicht ist offenbar auch der portugiesische Gesetzgeber hinsichtlich einer Zwangslizenz an vergriffenen Werken (Art. 52 Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos).[1875]

Die Gegenansicht möchte die urheberrechtliche Zwangslizenz unter die „Ausnahmen und Beschränkungen" subsumieren,[1876] weil das Verbots-

---

1871 Vgl. *v. Lewinski/Walter*, in: *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, Rdnr. 11.5.11; *Geiger/Schönherr*, in: *Stamatoudi/Torremans*, EU Copyright Law, Rdnr. 11.64; *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 22; *Galopin*, Rdnr. 28.

1872 Gesetzentwurf v. 6.11.2002 („Erster Korb"), BT-Drs. 15/38, S. 17 („Die Verpflichtung zur Einräumung eines Nutzungsrechtes zur Herstellung von Tonträgern unter bestimmten Voraussetzungen greift in das jeweilige Ausschließlichkeitsrecht selbst nicht ein, sondern regelt ausschließlich Teilfragen bezüglich dessen Ausübung […]. Insofern handelt es sich nicht um eine ‚Ausnahme oder Schranke' der Ausschließlichkeitsrechte im Sinne von Artikel 5 Abs. 1 bis 3 der Richtlinie. […] Somit bedarf es […] nicht einer spezifischen Grundlage in dem abschließenden Katalog möglicher Ausnahmen und Schranken der Richtlinie").

1873 Vgl. *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 4; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 1; *Rehbinder/Peukert*, Rdnr. 597 u. 599; *Krujatz*, S. 303; *Lutz*, S. 220.

1874 Siehe bereits 2. Kapitel A. II. 8. a).

1875 Zu dieser Zwangslizenz *Moura Vicente*, S. 741; die Zwangslizenzen betreffend die Kabelweitersendung im deutschen, österreichischen und spanischen Recht werden dagegen auf Art. 12 Satelliten- u. Kabel-RL gestützt.

1876 *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 42a, Rdnr. 5; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 4; *ders.*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 85, Rdnr. 30; *Kraft*, S. 66; in diese Richtung wohl auch *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 2.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

recht nur formal erhalten bleibe,[1877] und im Übrigen das *positive* Ausschließlichkeitsrecht, genauer: das Recht, eine Lizenz zu verweigern, beschränkt werde.[1878]

bb) Stellungnahme

Die erste Ansicht verdient den Vorzug.

Das Argument, dass das Verbotsrecht eine „Ausnahme und Beschränkung" darstelle, weil es formal erhalten bleibe, kann nicht überzeugen. Es bestehen gewichtige Anhaltspunkte, dass der europäische Gesetzgeber ebenfalls eine formale Betrachtung vornimmt und die urheberrechtliche Zwangslizenz nicht als „Ausnahme und Beschränkung" einstuft. Zunächst wäre bei einer nicht-formalen Betrachtung nicht nur die urheberrechtliche, sondern auch die kartellrechtliche Zwangslizenz eine „Ausnahme und Beschränkung", weil sie ebenfalls schutzbeschränkend wirkt. Der europäische Gesetzgeber geht aber davon aus, dass (auch) das nationale Kartellrecht uneingeschränkt Anwendung findet.[1879] Weiter zeigt die Entstehungsgeschichte der Datenbanken-RL, die ursprünglich eine Zwangslizenz hinsichtlich des sui-generis-Datenbankschutzes regeln sollte,[1880] dass mit „Ausnahmen und Beschränkungen" jedenfalls nicht die urheberrechtliche Zwangslizenz gemeint sein kann. Der Vorschlag der Kommission enthielt nämlich zwei Vorbehalte. Das Urheberrecht an Datenbankwerken sollte unter dem Vorbehalt gesetzlicher Lizenzen stehen und mit „Ausnahmen" bezeichnet werden.[1881] Der Vorbehalt für den sui-generis-Datenbankschutz sollte sowohl eine Zwangslizenz als auch gesetzliche Lizenzen

1877 Vgl. *Kraft*, S. 38.

1878 Vgl. *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 42a, Rdnr. 4; *Kraft*, S. 39 f.; *Hirsch-Ballin*, UFITA 20 (1955), 274, 275.

1879 Vgl. Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 20/95, ABl. C 288 v. 30.10.1995, S. 27 („Im Kommissionsvorschlag war die Möglichkeit vorgesehen, […] Zwangslizenzen zu erhalten. Aufgrund […] ist der Rat zu dem Schluß gelangt, daß […]. Er hielt es dabei jedoch für *zweckmäßig*, darauf hinzuweisen, daß […] die Wettbewerbsvorschriften *nach wie vor* Anwendung finden (*Erwägungsgrund 47*)", Hervorh. d. Verf.); *Erwgr. 47* Datenbanken-RL („Die Anwendung der gemeinschaftlichen *oder einzelstaatlichen* Wettbewerbsvorschriften bleibt daher von den Bestimmungen dieser Richtlinie unberührt", Hervorh. d. Verf.).

1880 Siehe bereits 1. Kapitel B. III. 3. b).

1881 *Kommission*, KOM(92) 24 endg., ABl. C 156 v. 15.4.1992, S. 8 f. (= Art. 6 u. 7 RL-Vorschlag 1).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

regeln und den Titel „Handlungen betreffend den Inhalt einer Datenbank – Unlautere Auszüge des Inhalts“ tragen.[1882] Die Bezeichnung wurde nach Billigung des Parlaments in den geänderten Vorschlag übernommen,[1883] und erst in „Ausnahmen“ geändert, als die Zwangslizenz im Rat gestrichen wurde und nur die gesetzlichen Lizenzen beibehalten wurden.[1884] In der endgültigen Fassung sind deshalb beide Vorbehalte mit „Ausnahmen“ betitelt.[1885] Wäre die urheberrechtliche Zwangslizenz eine „Ausnahme und Beschränkung“, hätte man keine so umständliche Bezeichnung gewählt, sondern den Vorbehalt von vornherein mit „Ausnahmen“ oder – wie in den übrigen Richtlinien, die keine Zwangslizenzen enthalten – mit „Ausnahmen und Beschränkungen“ oder kurz „Beschränkungen“ bezeichnet.

Schließlich kann auch das zweite Argument nicht überzeugen. Denn die Art. 2, 3 und 4 Abs. 1 Informationsgesellschafts-RL sehen – neben dem *negativen* Ausschließlichkeitsrecht oder Verbotsrecht – nur das Recht vor, die Nutzung „zu erlauben“. Dieses Recht wird dem Rechtsinhaber aber durch eine urheberrechtliche Zwangslizenz – anders als bei einer Schranke – nicht genommen, weil er weiterhin Lizenzen erteilen und dafür eine individuelle Vergütung erhalten kann.

Damit kann festgehalten werden, dass die urheberrechtliche Zwangslizenz nicht dem Numerus clausus an „Ausnahmen und Beschränkungen“ unterfällt.

b) Ausübungsregelung?

Fraglich bleibt, ob die urheberrechtliche Zwangslizenz dem Anwendungsbereich der Informationsgesellschafts-RL fällt. Denn wenn die erweiterte kollektive Lizenz *mit* Widerspruchsrecht an gesendeten Werken in Art. 3 Abs. 2 Satelliten- und Kabel-RL ausdrücklich erlaubt wird, kann daraus geschlossen werden, dass sie grundsätzlich unzulässig ist (argumentum a maiore ad minus) und gilt dies erst recht für die strengere Zwangslizenz

1882 *Kommission*, KOM(92) 24 endg., ABl. C 156 v. 15.4.1992, S. 9 (= Art. 8 RL-Vorschlag 1).
1883 *Kommission*, KOM(93) 464 endg., ABl. C 308 v. 15.11.1993, S. 10, 11, 13 ff. (= Art. 7, 8, 11 RL-Vorschlag 2).
1884 Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 20/95, ABl. C 288 v. 30.10.1995, S. 27.
1885 Vgl. Art. 6 u. 9 Datenbanken-RL.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(*ohne* Widerspruchsrecht) (argumentum e contrario). Damit wäre die urheberrechtliche Zwangslizenz doch nur unter den Voraussetzungen des Numerus clausus an „Ausnahmen und Beschränkungen" zulässig (Erst-recht-Schluss). Allerdings stellt Erwgr. 18 Informationsgesellschafts-RL ausdrücklich klar, dass „die Regelungen der betroffenen Mitgliedstaaten für die Verwaltung von Rechten" von der Richtlinie unberührt bleiben und sind davon auch künftige Regelungen erfasst.[1886] Da Rechtsbegriffe des Unionsrechts grundsätzlich einheitlich auszulegen sind,[1887] und „Verwaltung von Rechten" ausweislich der englischen und französischen Fassung dasselbe wie „Wahrnehmung von Rechten" bedeutet,[1888] fallen unter diesen Begriff auch die Regelungen für die „individuelle Rechtewahrnehmung".[1889] Weiter ist Wahrnehmung („management" bzw. „gestion") im urheberrechtlichen Zusammenhang gleichbedeutend mit „Ausübung" („exercise" bzw. „exercice"[1890]).[1891] Damit unterfallen individuelle Ausübungsregelungen nicht dem Anwendungsbereich der Informationsgesellschafts-RL und damit auch nicht dessen Numerus clausus an „Ausnahmen und Beschränkungen". Was der europäische Gesetzgeber unter Ausübungsregelungen versteht, wird aus Erwgr. 28 Satelliten- u. Kabel-RL ersichtlich: „Das Verbotsrecht als solches bleibt dabei erhalten, lediglich die Art seiner Ausübung wird in bestimmtem Umgang geregelt." Bei einer urheberrechtlichen Zwangslizenz bleibt das *negative* Ausschließlichkeits-

---

1886 Dies folgt im Umkehrschluss zu Erwgr. 52 Datenbanken-RL, dem zufolge nur bisherige Ausnahmen „beibehalten" werden dürfen; ebenso i.E. für die unstreitig von Erwgr. 18 erfassten erweiterten kollektive Lizenzen *Spindler/Heckmann*, GRUR Int. 2008, 271, 278; *Heckmann*, Die retrospektive Digitalisierung von Printpublikationen, S. 299; *Olsson*, Ziff. 4.

1887 EuGH GRUR 2007, 225, 226, Rdnr. 31 – „SGAE".

1888 Dort ist sowohl in Erwgr. 18 Informationsgesellschafts-RL als auch in Erwgr. 12 Verwertungsgesellschafts-RL von „gestion des droits" bzw. „management of rights" die Rede.

1889 Erwgr. 12 Verwertungsgesellschafts-RL.

1890 So ist „management" „[t]he action or manning of managing" und überschneidet sich „to manage" i.S.v. „to handle, wield, make use of", mit „to exercise", d.i. „to employ, bring to bear, apply (power, skill); to make practical use of (a right or privilege)", The Oxford English Dictionary, Bd. 9, S. 292 f., u. Bd. 5, S. 530; „gestion" hat ebenfalls die Bedeutung von „exercice", Le Petit Robert, S. 1152.

1891 *Kraft*, S. 47; vgl. auch Art. 3 Abs. 2 Spstr. 2 Satelliten- u. Kabel-RL („Rechte individuell oder kollektiv *wahrnehmen*", „*exercising* his rights either individually or collectively" bzw. „*exercer* ses droits soit individuellement, soit collectivement", Hervorh. d. Verf.).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

recht oder Verbotsrecht wie gezeigt erhalten. Schon deshalb kann sie unter den Begriff der Ausübungsregelung i.S.v. Erwgr. 18 Informationsgesellschafts-RL subsumiert werden.[1892] Im Übrigen zählt ausweislich Erwgr. 12 Verwertungsgesellschafts-RL auch die „verpflichtende kollektive Wahrnehmung", d.i. die Verwertungsgesellschaftspflicht, zu den Ausübungsregelungen. Dann muss aber erst recht die mildere urheberrechtliche Zwangslizenz dem Begriff der Ausübungsregelung unterfallen. Denn während die Verwertungsgesellschaftspflicht den Rechtsinhaber „entmündigt" und insoweit einer verdeckten Schranke gleicht,[1893] behält der Rechtsinhaber bei der urheberrechtlichen Zwangslizenz nicht nur seine positive Abschlussfreiheit, sondern grundsätzlich auch seine Vertragsgestaltungsfreiheit, sodass er die Vergütung individuell aushandeln, zumindest aber die richterliche Bestimmung der Vergütung beeinflussen kann. Dies muss umso mehr gelten, wenn die urheberrechtliche Zwangslizenz mit einem Ausnahmevorbehalt versehen wird. Denn dann ähnelt sie wesentlich der kartellrechtlichen Zwangslizenz, die unstreitig nicht dem Numerus clausus unterfällt.[1894]

c) Zwischenergebnis

Im Ergebnis kann also dem deutschen Gesetzgeber[1895] und der überwiegenden Literatur[1896] darin beigepflichtet werden, dass die urheberrechtliche Zwangslizenz eine Ausübungsregelung darstellt und als solche hinsichtlich der Ausschließlichkeitsrechte der Informationsgesellschafts-RL unionsrechtskonform ist. Auf den in Art. 5 Abs. 5 Informationsgesellschafts-RL geregelten Dreistufentest kommt es nicht an, da dieser nur für „Ausnahmen und Beschränkungen" gilt.

1892 Vgl. *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 4; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 1; *Rehbinder/Peukert*, Rdnr. 597 u. 599.

1893 Siehe bereits 2. Kapitel A. II. 2. a) aa).

1894 Siehe bereits 2. Kapitel A. II. 5. c).

1895 Gesetzentwurf v. 6.11.2002 („Erster Korb"), BT-Drs. 15/38, S. 17.

1896 Ebenso *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 4.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Ausschließlichkeitsrechte der Satelliten- u. Kabel-RL

Nach Art. 3 Abs. 2 Satelliten- u. Kabel-RL dürfen die Mitgliedstaaten das Satellitensenderecht[1897] – mit Ausnahme des Satellitensenderechts an Filmwerken[1898] – mit einer erweiterten kollektiven Lizenz mit Widerspruchsrecht versehen. Daraus kann im Umkehrschluss gefolgert werden, dass sie insoweit keine weiteren Ausübungsregelungen – auch keine Zwangslizenz – vorsehen dürfen. Dagegen kann die Ausübung des Kabelweitersenderechts[1899] nicht nur mit einer Verwertungsgesellschaftspflicht zulasten der Urheber (Art. 9 Satelliten- u. Kabel-RL), sondern zusätzlich mit einer Zwangslizenz geregelt werden, soweit diese mit einem Ausnahmevorbehalt („triftiger Grund") versehen wird (Art. 12 Abs. 1 Satelliten- u. Kabel-RL).[1900]

3. Ausschließlichkeitsrechte der Vermiet- u. Verleih-RL

Im Umkehrschluss zu Art. 6 Abs. 1 S. 1 Vermiet- u. Verleih-RL dürfen die Mitgliedstaaten nur für das Verleihrecht[1901], nicht aber für das Vermietrecht[1902] eine „Ausnahme" mit Vergütungspflicht vorsehen. Im Umkehrschluss zu Art. 3 Abs. 2 Satelliten- u. Kabel-RL und Erwgr. 18 Informationsgesellschafts-RL ist anzunehmen, dass Ausübungsregelungen vorbehaltlich besonderer Bestimmungen unzulässig sind. Mithin darf nur das Verleihrecht, nicht das Vermietrecht mit einer urheberrechtlichen Zwangslizenz versehen werden. Nach Art. 10 Abs. 2 Vermiet- u. Verleih-RL sind leistungsschutzrechtliche Zwangslizenzen an Darbietungen[1903], Sendun-

---

1897 Art. 2 Satelliten- u. Kabel-RL.

1898 Art. 3 Abs. 3 Satelliten- u. Kabel-RL.

1899 Art. 8 Satelliten- u. Kabel-RL.

1900 Ganz h.M., *v. Ungern-Sternberg*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 87, Rdnr. 48; *Ehrhardt*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87, Rdnr. 26; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 87, Rdnr. 26; *Boddien*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 87, Rdnr. 44; *Spindler*, MMR-Beil. 2003, 1, 4 u. 7; offenbar auch *Weisser/Höppener*, ZUM 2003, 597, 599; siehe auch *Dreier*, in: *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, Rdnr. 7.12.5; a.A. allein *Gounalakis*, NJW 1999, 545, 547.

1901 Art. 1 Abs. 1 Var. 2 Vermiet- u. Verleih-RL.

1902 Art. 1 Abs. 1 Var. 1 Vermiet- u. Verleih-RL.

1903 Art. 7 Abs. 1, 8 Abs. 1, 9 Abs. 1 lit. a Vermiet- u. Verleih-RL.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gen[1904], Film-[1905] und Tonaufnahmen[1906] unter denselben Voraussetzungen zulässig wie unter Art. 15 Abs. 2 Rom-Abk – da Art. 10 Abs. 2 Vermiet- u. Verleih-RL identisch auszulegen ist[1907] – und kann auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden.[1908] Weiter müssen solche Zwangslizenzen mit dem unionsrechtlichen Dreistufentest vereinbar sein (Art. 10 Abs. 3 Vermiet- u. Verleih-RL), der freilich ebenso auszulegen ist wie die zugrundeliegenden Art. 9 Abs. 2 RBÜ und Art. 10 WCT.[1909] Im Ergebnis müssen leistungsschutzrechtliche Zwangslizenzen an Darbietungen, Sendungen, Film- und Tonaufnahmen daher RBÜ- und WCT-konform ausgestaltet und mit einem Ausnahmevorbehalt versehen werden.

4. Ausschließlichkeitsrechte der Computerprogramme-RL

Die Ausschließlichkeitsrechte an Computerprogrammen[1910] stehen unter dem Vorbehalt bestimmter „Ausnahmen" (Art. 5 Computerprogramme-RL) und der Dekompilierungsschranke (Art. 6 Computerprogramme-RL). Diese Beschränkungen sind entgegen Erwgr. 50 Informationsgesellschafts-RL aus *2001* nicht abschließend.[1911] Denn nach Erwgr. 19 Computerprogramme-RL aus *2009* bleiben „die in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften in Übereinstimmung mit der Berner Übereinkunft vorgesehenen Ausnahmeregelungen für Punkte, die nicht von der Richtlinie erfasst werden", unberührt und geht die spätere Bestimmung der früheren vor (lex posterior derogat legi priori). Damit sind Beschränkungen – und erst recht Ausübungsregelungen –, die mit der RBÜ vereinbar sind und keine von Art. 5 und 6 Computerprogramme-RL erfassten Punkte regeln, unionsrechtlich zulässig.

1904 Art. 7 Abs. 2, 8 Abs. 3, 9 Abs. 1 lit. d Vermiet- u. Verleih-RL.

1905 Art. 9 Abs. 1 lit. c Vermiet- u. Verleih-RL; Art. 8 Abs. 2 Vermiet- u. Verleih-RL regelt – wie schon Art. 12 Rom-Abk – einen bloßen Vergütungsanspruch.

1906 Art. 9 Abs. 1 lit. b Vermiet- u. Verleih-RL.

1907 *v. Lewinski*, in: *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, Rdnr. 6.10.8.

1908 Siehe 3. Kapitel A. I. 1. b).

1909 *v. Lewinski/Walter*, in: *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, Rdnr. 11.5.79.

1910 Art. 4 Computerprogramme-RL.

1911 Ebenso i.E. *Janssens*, in: *Stamatoudi/Torremans*, EU Copyright Law, Rdnr. 5.95; *Strowel/Derclaye*, Rdnr. 281; *Dussolier*, in: *Kaesmacher*, Les droits intellectuels, Rdnr. 381.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

5. Ausschließlichkeitsrechte der Datenbanken-RL

Die Ausschließlichkeitsrechte an Datenbankwerken[1912] und sui-generis-geschützten Datenbanken[1913] stehen unter dem Vorbehalt bestimmter „Ausnahmen" (Art. 6, 9 Datenbanken-RL), die aus Erwgr. 35 Datenbanken-RL und Erwgr. 52 Datenbanken-RL e contrario abschließend aufgezählt sind.[1914] Im Umkehrschluss zu Art. 3 Abs. 2 Satelliten- u. Kabel-RL und Erwgr. 18 Informationsgesellschafts-RL ist anzunehmen, dass Ausübungsregelungen vorbehaltlich besonderer Bestimmungen nur geregelt werden dürfen, soweit auch „Ausnahmen und Beschränkungen" zulässig sind (argumentum a maiore ad minus). Damit gelten für urheber- und leistungsschutzrechtliche Zwangslizenzen an Datenbanken die engen Voraussetzungen der Art. 6 bzw. 9 Datenbanken-RL.

6. Zwischenergebnis

Die urheberrechtliche Zwangslizenz ist keine „Ausnahme und Beschränkung", sondern eine Ausübungsregelung. Deshalb ist sie grundsätzlich unionsrechtskonform. Ausnahmen gelten in den folgenden Fällen: Urheberrechtliche Zwangslizenzen betreffend das Kabelweitersenderecht müssen zwingend mit einem Ausnahmevorbehalt versehen werden. An Computerprogrammen sind urheberrechtliche Zwangslizenzen zulässig, wenn sie mit der RBÜ vereinbar sind und keine von Art. 5 und 6 Computerprogramme-RL erfassten Punkte regeln. Für das Satellitensende- und Vermietrecht dürfen überhaupt keine urheberrechtlichen Zwangslizenzen vorgesehen werden. Leistungsschutzrechtliche Zwangslizenzen an Darbietungen, Sendungen, Film- und Tonaufnahmen sind mit dem Unionsrecht vereinbar, wenn sie mit einem Ausnahmevorbehalt versehen und RBÜ- und WCT-konform ausgestaltet sind, etwa indem sie auf eine konventionskonforme urheberrechtliche Zwangslizenz verweisen. Urheber- und leistungsschutzrechtliche Zwangslizenzen an Datenbanken sind nur unter den engen Voraussetzungen der Art. 6 und 9 Datenbanken-RL erlaubt.

1912 Art. 5 Datenbanken-RL.
1913 Art. 7 Datenbanken-RL.
1914 Ebenso i.E. *v. Lewinski*, in: *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, Rdnr. 9.9.5.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Vorgaben des Verfassungsrechts

Zu guter Letzt sind der deutsche (unten 1.) und französische (unten 2.) Gesetzgeber an die Vorgaben des Verfassungsrechts gebunden.

1. Deutsches Verfassungsrecht

a) Grundrechte

aa) Vertragsfreiheit

Die urheberrechtliche Zwangslizenz entzieht dem Rechtsinhaber die negative Abschlussfreiheit und Kontrahentenwahlfreiheit, z.T. auch die Vertragsgestaltungsfreiheit, und greift damit in die Vertragsfreiheit ein. Als Bestandteil der allgemeinen Handlungsfreiheit ist die allgemeine Vertragsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG geschützt.[1915] Die spezielle Freiheit des Rechtsinhabers, über eigentumsfähige Positionen zu verfügen, ist dagegen Bestandteil der (spezielleren) Eigentumsfreiheit, sodass insoweit Art. 2 Abs. 1 GG durch Art. 14 GG verdrängt wird.[1916] Wie gezeigt beschränkt die Zwangslizenz – wenn auch nur indirekt – die Freiheit des Rechtsinhabers, über die Erteilung und/oder Bedingungen einer Lizenz zu entscheiden. Da die Lizenz eine vermögenswerte Rechtsposition, mithin eine eigentumsfähige Position darstellt, ist der Anwendungsbereich der speziellen Eigentumsfreiheit eröffnet und kommt es auf die Vorgaben des Art. 2 Abs. 1 GG nicht an.

1915 *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, GG[72], Art. 2, Rdnr. 101; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG[13], Art. 2, Rdnr. 22; *Starck*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG[6], Bd. 1, Art. 2, Rdnr. 145; *Murswiek*, in: *Sachs*, GG[7], Art. 2, Rdnr. 54.

1916 *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, GG[72], Art. 2, Rdnr. 103; *Papier*, in: *Maunz/Dürig*, GG[72], Art. 14, Rdnr. 224; *Starck*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG[6], Bd. 1, Art. 2, Rdnr. 79; *Depenheuer*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG[6], Bd. 1, Art. 14, Rdnr. 101.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bb) Eigentumsfreiheit

(1) Schutzbereich

Art. 14 GG schützt alle eigentumsfähigen Positionen, also vermögenswerten Rechtspositionen.[1917] Damit ist das vermögenswerte urheber-[1918] bzw. leistungsschutzrechtliche[1919] Ausschließlichkeitsrecht einschließlich des Rechts, über die Erteilung und/oder Bedingungen einer Lizenz zu entscheiden, „Eigentum" im Sinne von Art. 14 GG und ist der Schutzbereich der Eigentumsfreiheit eröffnet.

(2) Enteignung oder Inhalts- und Schrankenbestimmung?

Die Vorgaben des Art. 14 GG hängen davon ab, ob die urheberrechtliche Zwangslizenz eine Enteignung (Art. 14 Abs. 3) oder eine Inhalts- und Schrankenbestimmung (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG) darstellt. Spätestens seit der „Nassauskiesung"-Entscheidung des BVerfG sind beide Begriffe gegensätzlich auszulegen: „Mit der Enteignung greift der Staat auf das Eigentum *Einzelner* zu. Sie ist auf die vollständige oder teilweise *Entziehung konkreter* subjektiver, durch Art. 14 I 1 GG gewährleisteter Rechtspositionen zur Erfüllung bestimmter *öffentlicher Aufgaben* gerichtet."[1920] Dagegen meint Inhalts- und Schrankenbestimmung „die *generelle* und *abstrak-*

1917 *Papier*, in: *Maunz/Dürig*, GG[72], Art. 14, Rdnr. 55; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG[13], Art. 2, Rdnr. 5; *Depenheuer*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG[6], Bd. 1, Art. 14, Rdnr. 111; *Murswiek*, in: *Sachs*, GG[7], Art. 2, Rdnr. 21.

1918 BVerfG GRUR 1972, 481, 483 – „Kirchen- und Schulgebrauch"; GRUR 1972, 485, 486 – „Bibliotheksgroschen"; GRUR 1972, 487, 487 – „Schulfunksendungen"; GRUR 1980, 44, 46 – „Kirchenmusik"; GRUR 1988, 687, 689 – „Zeitschriftenauslage"; GRUR 1989, 193, 196 – „Vollzugsanstalten"; st. Rspr.

1919 BVerfG GRUR 1972, 491, 493 – „Schallplatten" (Leistungsschutzrecht des ausübenden Künstlers); GRUR 1990, 183, 184 – „Vermietungsvorbehalt" (Leistungsschutzrecht des Tonträgerherstellers); GRUR 1990, 438, 440 – „Bob Dylan" (Leistungsschutzrecht des ausübenden Künstlers); st. Rspr.; offen gelassen für Sportübertragungsrechte, BVerfG NJW 1998, 1627, 1631 – „Kurzberichterstattung im Fernsehen".

1920 BVerfG NVwZ 2014, 211, 213, Rdnr. 162; grundlegend NJW 1980, 985, 987; NJW 1982, 745, 748 – „Nassauskiesung"; NVwZ 1986, 113, 113; ebenso NJW 1986, 2188, 2189; NJW 2000, 413, 414; NJW 2000, 2573, 2574; NVwZ 2001, 1023, 1024; NVwZ 2009, 1158, 1159.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

te Festlegung von Rechten und Pflichten durch den Gesetzgeber hinsichtlich solcher Rechtsgüter, die als Eigentum i.S. der Verfassung zu verstehen sind"[1921]. „Ist mit dem Entzug bestehender Rechtspositionen der *Ausgleich privater Interessen* beabsichtigt, kann es sich nur um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums handeln."[1922] Die Enteignung ist also *konkret* statt abstrakt (1. Kriterium), trifft *individuell* statt generell (2. Kriterium), *entzieht* Eigentum anstatt es zu bestimmen (3. Kriterium), und dient nicht in erster Linie[1923] dem Ausgleich privater Interessen, sondern der Erfüllung bestimmter *öffentlicher Aufgaben* (4. Kriterium). Sie erfolgt entweder durch den Gesetzgeber (sog. Legalenteignung) oder eine Behörde (sog. Administrativenteignung).[1924] Eine Enteignung durch den Richter („Judikativenteignung") ist in der Dogmatik des BVerfG nicht vorgesehen.[1925]

In der jüngeren Literatur wird die Frage, ob die urheberrechtliche Zwangslizenz als eine Enteignung oder Inhalts- und Schrankenbestimmung einzustufen ist, kaum erörtert.[1926] Der Meinungsstreit wird eher in Bezug auf die patentrechtliche Zwangslizenz ausgetragen.

Eine Mindermeinung hält die urheber-[1927] und patentrechtliche[1928] Zwangslizenz für eine Enteignung (zugunsten Privater), weil im *konkreten* Einzelfall über die teilweise *Entziehung* des Ausschließlichkeitsrechts entschieden werde. Dagegen stuft die h.M. die patentrechtliche Zwangslizenz

1921 BVerfG NJW 1980, 985, 987; NJW 1986, 2188, 2189; ebenso NJW 1982, 745, 748 – „Nassauskiesung"; st. Rspr.

1922 BVerfG NVwZ 2001, 1023, 1024; ebenso NJW 2000, 413, 414.

1923 BVerfG NVwZ 2001, 1023, 1024 f.

1924 BVerfG NJW 1982, 745, 748 – „Nassauskiesung"; st. Rspr.

1925 *Timmann*, S. 234.

1926 Nur *Fechner*, S. 248 f.; *Krujatz*, S. 321, erörtern diese Frage kurz.

1927 *Hirsch Ballin*, UFITA 20 (1955), 274, 280; *ders.*, UFITA 21 (1956), 196, 210; ebenso *Fechner*, S. 248 f., wenngleich er sich selbst widerspricht, indem er die urheberrechtliche Zwangslizenz gem. § 42a UrhG (damals § 61 UrhG) auf S. 239 als Inhalts- und Schrankenbestimmung qualifiziert.

1928 *Holzapfel*, S. 231 ff.; *Jabbusch*, S. 94 f.; *Fechner*, S. 250 f., widerspricht sich erneut, indem er die patentrechtliche Zwangslizenz (§ 24 PatG) einerseits als Beispiel für die Enteignung „geistigen Eigentums" anführt, andererseits feststellt, dass sie *entweder* als Enteignung *oder* als Inhalts- und Schrankenbestimmung eingestuft werden könne.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

als eine Inhalts- und Schrankenbestimmung ein,[1929] weil lediglich die Pflichten des Rechtsinhabers *generell* und *abstrakt festgelegt* würden[1930] und sich der Vergütungsanspruch gegen den Lizenznehmer statt gegen den Staat richte.[1931] Nach der jüngeren Literatur soll dies auch für die urheberrechtliche Zwangslizenz gelten.[1932]

Der zweiten Ansicht ist in Bezug auf die urheberrechtliche Zwangslizenz zuzustimmen. Dabei überzeugt nicht schon das Argument, dass sich der Vergütungsanspruch nicht gegen den Staat richtet.[1933] Denn entschädigungspflichtig ist der durch die Enteignung unmittelbar Begünstigte und kann dies auch eine natürliche oder juristische Privatperson sein.[1934] Allerdings ist die Zwangslizenz aus anderen Gründen keine Enteignung.

Zunächst ist sie keine *Legal*enteignung, weil der Gesetzgeber dem Rechtsinhaber zwar einen Teil des *positiven* Ausschließlichkeitsrechts, nämlich das Recht, über die Erteilung und/oder die Bedingungen der Lizenz frei zu entscheiden, verwehrt, diese „Vorenthaltung" aber abstrakt-generell, also für eine unbestimmte Anzahl an Werken und Rechtsinhabern gilt (1. und 2. Kriterium). Weiter ist sie keine *Administrativ*enteignung, weil die Exekutive die Zwangslizenz weder regelt noch vollzieht. Damit könnte sie allenfalls eine – dogmatisch äußerst fragwürdige – Enteignung durch den Richter („Judikativenteignung") darstellen. Zwar handelt es sich bei einer einstweiligen Anordnung oder einem Urteil um einen konkret-individuellen Akt hoheitlicher Gewalt. Allerdings wird dem Rechtsinhaber das Recht, über die Erteilung und/oder Bedingungen der Lizenz frei zu entscheiden, bereits kraft *Gesetzes* verwehrt. Der Anspruch auf Lizenzerteilung besteht kraft Gesetzes; er wird nicht erst durch den Richter ge-

---

1929 *Kraßer*, S. 833; *Timmann*, S. 230 ff.; *Wolff*, S. 28; offenbar auch BGH GRUR 1996, 190, 192 – „Polyferon", der § 24 PatG für mit Art. 14 Abs. *1* u. *2* GG vereinbar hält, statt auf Art. 14 Abs. *3* GG abzustellen; *McGuire/v. Zumbusch/Joachim*, GRUR Int. 2006, 682, 683; *Jung*, ZWeR 2004, 379, 408.

1930 Vgl. *Timmann*, S. 230 ff.; *Wolff*, S. 28.

1931 *Kraßer*, S. 833.

1932 *Fechner*, S. 239, wobei er die urheberrechtliche Zwangslizenz auf S. 248 f. als Enteignung wertet; *Krujatz*, S. 321; offenbar auch *Rehbinder/Peukert*, Rdnr. 597 ff.; *Schack*, UrhR[7], § 25, der zwischen Enteignung und Zwangslizenz unterscheidet und beide unter den Begriff „Andere Zwangseingriffe" subsumiert.

1933 Ebenso *Timmann*, S. 231; *Holzapfel*, S. 232.

1934 *Papier*, in: *Maunz/Dürig*, GG[72], Art. 14, Rdnr. 638-641; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG[13], Art. 14, Rdnr. 95; *Depenheuer*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG[6], Bd. 1, Art. 14, Rdnr. 461.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schaffen. Dann aber verfügt der Rechtsinhaber über keine Rechtsposition, die der Richter ihm entziehen könnte (3. Kriterium). Vielmehr werden „Inhalt und Schranken" seines Ausschließlichkeitsrechts abstrakt-generell (1. und 2. Kriterium) bestimmt und hat der Richter „lediglich" die Aufgabe, dieses Recht zu *erkennen* und zu aktualisieren.[1935] Schon deshalb ist die urheberrechtliche Zwangslizenz als eine Inhalts- und Schrankenbestimmung einzustufen. Darüber hinaus dient sie nicht der Erfüllung *bestimmter* öffentlichen Aufgaben, sondern in erster Linie einem *privaten Interessenausgleich* (4. Kriterium), nämlich dem Ausgleich von Rechtsinhaber- und Nutzerinteressen. Zu guter Letzt hat das BVerfG gesetzliche Lizenzen stets als Inhalts- und Schrankenbestimmungen qualifiziert.[1936] Dann muss dies erst recht für die mildere Zwangslizenz gelten.[1937]

(3) Vorgaben

Art. 14 GG ist ein sog. normgeprägtes Grundrecht, weil erst die Gesetze „Inhalt und Schranken" des Eigentums bestimmen (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG).[1938] Im Hinblick auf das Urheberrecht hat das BVerfG ausdrücklich

---

1935 Vgl. auch BVerfG NVwZ 2001, 1023, 1024, für den im Ansatz vergleichbaren Fall eines Baulandumlegungsbeschlusses („Der die Umlegung einleitende Umlegungsbeschluss stellt danach keine Enteignung dar, sondern *aktualisiert* die gesetzlich in den §§ 45ff. BauGB vorgesehene *Möglichkeit*, die Grundstücke im Umlegungsgebiet zum Zweck ihrer plangerechten Nutzung im konkreten Fall neu zu ordnen").

1936 Vgl. nur BVerfG GRUR 1972, 487, 488 – „Schulfunksendungen" („[§ 47 UrhG...] regelt generell, abstrakt und für die Zukunft die Aufnahme von Schulfunksendungen"); GRUR 1980, 44, 46 – „Kirchenmusik" („[§ 52 Abs. 1...] bestimmt generell und abstrakt mit Wirkung für die Zukunft, unter welchen Voraussetzungen die öffentliche Wiedergabe urheberrechtlich geschützter Werke erlaubnisfrei zulässig ist. […] Das Verwertungsrecht der öffentlichen Wiedergabe steht dem Urheber von vornherein nur in den durch § 52 Abs. 1 gezogenen Grenzen zu. Es handelt sich um eine Frage der Gesetzestechnik, wenn das Gesetz das Verwertungsrecht zunächst als umfassend formuliert, die ‚Schranken' dieses Rechts aber in § 52 Abs. 1 normiert").

1937 Ebenso *Timmann*, S. 234, für die patentrechtliche Zwangslizenz.

1938 Speziell im Hinblick auf das Immaterialgüter- bzw. Urheberrecht *Grzeszick*, in: *Lange/Klippel/Ohly*, Geistiges Eigentum und Wettbewerb, S. 7; *ders.*, ZUM 2007, 344, 347; *Bajon*, S. 173; allgemein auch *Depenheuer*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG[6], Bd. 1, Art. 14, Rdnr. 29; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG[13], Art. 14, Rdnr. 18.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

klargestellt, dass „es keinen vorgegebenen und absoluten Begriff des Eigentums gibt und Inhalt und Funktion des Eigentums der Anpassung an die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse fähig und bedürftig sind“.[1939] Damit hat der Gesetzgeber einen verhältnismäßig weiten Gestaltungsspielraum.[1940] Dennoch unterliegt die Ausgestaltung des Urheberrechts bestimmten Vorgaben, insbesondere der Institutsgarantie (unten (a)), der Sozialbindung (unten (b)), dem Verhältnismäßigkeitsgebot (unten (c)) und der Bestandsgarantie (unten (d)).[1941]

(a) Institutsgarantie

Die Institutsgarantie (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG) verbietet dem Gesetzgeber, solche Sachbereiche der Privatrechtsordnung zu entziehen, „die zum elementaren Bestand grundrechtlich geschützter Betätigung im vermögensrechtlichen Bereich gehören“[1942], und „an die Stelle des Privateigentums etwas [zu] setzen […], was den Namen ‚Eigentum’ nicht mehr verdient.“[1943] Da sich das Eigentum durch Privatnützigkeit und grundsätzliche Verfügungsfähigkeit über das Eigentumsobjekt auszeichnet,[1944] bildet „die *grundsätzliche* Zuordnung des vermögenswerten Ergebnisses der schöpferischen Leistung an den Urheber im Wege privatrechtlicher Normierung und seine Freiheit, in eigener Verantwortung darüber verfügen zu können [,…] den grundgesetzlich geschützten Kern des Urheberrechts“.[1945] Damit ist das Urheberrecht *grundsätzlich* als ein Ausschließ-

1939 BVerfG GRUR 1972, 481, 483 – „Kirchen- und Schulgebrauch“; GRUR 1972, 485, 486 – „Bibliotheksgroschen“; GRUR 1972, 487, 487 – „Schulfunksendungen“.

1940 BVerfG GRUR 1989, 193, 196 – „Vollzugsanstalten“; GRUR 2010, 332, 334 – „Filmurheberrecht“; GRUR 2010, 416, 417 – „Fotoarchiv“; GRUR 2011, 223, 224, Rdnr. 15 – „Drucker und Plotter“; GRUR 2012, 53, 56, Rdnr. 85 – „Le-Corbusier-Möbel“; st. Rspr.

1941 Vgl. *Grzeszick*, ZUM 2007, 344, 349; *Bajon*, S. 174; *Poeppel*, S. 137.

1942 BVerfG NJW 1969, 309, 310; NJW 1982, 745, 750 – „Nassauskiesung“.

1943 BVerfG NJW 1969, 309, 310.

1944 BVerfG GRUR 1972, 481, 483 – „Kirchen- und Schulgebrauch“ m.w.N.

1945 BVerfG GRUR 1972, 481, 483 – „Kirchen- und Schulgebrauch“ [Hervorh. d. Verf.]; GRUR 1980, 44, 46 – „Kirchenmusik“; GRUR 1988, 687, 689 – „Zeitschriftenauslage“; GRUR 1989, 193, 196 – „Vollzugsanstalten“; GRUR 1990, 183, 184 – „Vermietungsvorbehalt“; GRUR 1999, 226, 228 – „DIN-Normen“;

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lichkeitsrecht auszugestalten.[1946] Ein Urheberrecht, das ausschließlich auf Vergütungsansprüchen beruhte, wäre mit Art. 14 GG unvereinbar.[1947] Ebenso dürfte es unzulässig sein, das bisherige Urheberrecht durch ein System von Zwangslizenzen zu *ersetzen*. Denn dann wäre die Lizenzvertragsfreiheit als die „Freiheit, in eigener Verantwortung über das vermögenswerte Ergebnis verfügen zu können", nicht mehr *grundsätzlich* gewährleistet.

(b) Sozialpflichtigkeit

„Diese *grundsätzliche* Zuordnung der vermögenswerten Seite des Urheberrechts an den Urheber zur freien Verfügung bedeutet aber nicht, daß damit *jede* nur denkbare Verwertungsmöglichkeit verfassungsrechtlich gesichert sei."[1948] Denn das Eigentum „soll zugleich dem Wohl der Allgemeinheit dienen" (Art. 14 Abs. 2 S. 2 GG), ist also nicht nur privatnützig, sondern auch sozialpflichtig.[1949] Deshalb hat der Gesetzgeber „nicht nur die Individualbelange zu sichern […], sondern […] den individuellen Berechtigungen und Befugnissen die im Interesse des Gemeinwohls erforderlichen Grenzen zu ziehen"[1950], kurz „den Bereich des einzelnen und die Belange der Allgemeinheit in einen gerechten Ausgleich [zu] bringen"[1951].

GRUR 2011, 223, 224, Rdnr. 15 – „Drucker und Plotter"; GRUR 2012, 53, 56, Rdnr. 85 – „Le-Corbusier-Möbel".

1946 Vgl. *Schack*, UrhR[7], Rdnr. 93; *Bajon*, S. 175; *Poeppel*, S. 137.

1947 *Schack*, UrhR, Rdnr. 93; *Bajon*, S. 175; *Poeppel*, S. 137.

1948 BVerfG GRUR 1972, 481, 483 – „Kirchen- und Schulgebrauch" [Hervorh. d. Verf.]; GRUR 1972, 485, 486 – „Bibliotheksgroschen"; GRUR 1980, 44, 46 – „Kirchenmusik"; GRUR 1988, 687, 689 – „Zeitschriftenauslage"; GRUR 1990, 438, 441 – „Bob Dylan"; GRUR 1999, 226, 228 – „DIN-Normen"; GRUR 2012, 53, 56, Rdnr. 85 – „Le-Corbusier-Möbel"; st. Rspr.

1949 Speziell im Hinblick auf das Immaterialgüter- bzw. Urheberrecht *Grzeszick*, in: *Lange/Klippel/Ohly*, Geistiges Eigentum und Wettbewerb, S. 7 f.; *ders.*, ZUM 2007, 344, 350; *Bajon*, S. 176 f.; allgemein *Papier*, in: *Maunz/Dürig*, GG[72], Art. 14, Rdnr. 305 ff.; *Depenheuer*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG[6], Bd. 1, Art. 14, Rdnr. 218; *Wendt*, in: *Sachs*, GG[7], Art. 14, Rdnr. 111.

1950 BVerfG GRUR 1972, 481, 484 – „Kirchen- und Schulgebrauch"; GRUR 1980, 44, 46 – „Kirchenmusik".

1951 BVerfG GRUR 1972, 481, 484 – „Kirchen- und Schulgebrauch" [Anm. d. Verf.]; GRUR 1980, 44, 46 – „Kirchenmusik"; GRUR 1990, 183, 184 – „Vermietungsvorbehalt".

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Es sind also das Belohnungs- oder *Anreiz*interesse des Rechtsinhabers und das Interesse der Allgemeinheit an einem umfassenden und möglichst kostengünstigen *Zugang* auszugleichen,[1952] d.h. „eine der Natur und der sozialen Bedeutung des Rechts entsprechende Nutzung und *angemessene* Verwertung sicherzustellen".[1953] Letztlich ist die von Art. 14 GG vorgegebene Aufgabe des Urheberrechts damit deckungsgleich mit dem Ziel normativer Effizienz.

(c) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Allerdings ist die Sozialpflichtigkeit „nicht nur Grund, sondern auch Grenze" für die Schutzbeschränkungen,[1954] die damit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unterliegen und nicht weiter gehen dürfen, als es das Allgemeinwohl gebietet.[1955] Folgerichtig unterscheidet das BVerfG zwischen gesetzlichen Lizenzen *mit* Vergütungspflicht, die „eher mit Gemeinwohlgründen zu rechtfertigen" sind,[1956] und solchen *ohne* Vergütungspflicht, die „nur durch ein *gesteigertes* öffentliches Interesse gerechtfertigt werden" können.[1957] Die geringeren Anforderungen gelten auch – und erst recht – für die urheberrechtliche Zwangslizenz.[1958]

1952 *Fechner*, S. 241; in dieselbe Richtung *Depenheuer*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG[6], Bd. 1, Art. 14, Rdnr. 147.

1953 BVerfG GRUR 1972, 481, 483 – „Kirchen- und Schulgebrauch" [Hervorh. d. Verf.]; GRUR 1972, 485, 486 – „Bibliotheksgroschen"; GRUR 1990, 183, 184 – „Vermietungsvorbehalt"; GRUR 1999, 226, 228 – „DIN-Normen"; GRUR 2010, 332, 334 – „Filmurheberrecht"; GRUR 2010, 416, 417 – „Fotoarchiv"; GRUR 2011, 223, 224, Rdnr. 15 – „Drucker und Plotter"; GRUR 2012, 53, 56, Rdnr. 85 – „Le-Corbusier-Möbel"; st. Rspr.

1954 BVerfG GRUR 1989, 193, 196 – „Vollzugsanstalten"; GRUR 1990, 438, 441 – „Bob Dylan"; GRUR 1999, 226, 228 – „DIN-Normen".

1955 BVerfG GRUR 1980, 44, 48 – „Kirchenmusik"; GRUR 1989, 193, 196 – „Vollzugsanstalten"; GRUR 1999, 226, 228 – „DIN-Normen".

1956 BVerfG GRUR 1989, 193, 196 – „Vollzugsanstalten", hinsichtlich solchen „Eingriffen in das Verfügungsrecht", die das „Verfügungsrecht" *entziehen* und einen „gesetzlich festgelegten *nachträglichen* Vergütungsanspruch" darstellen.

1957 BVerfG GRUR 1972, 481, 484 – „Kirchen- und Schulgebrauch"; GRUR 1980, 44, 48 – „Kirchenmusik"; GRUR 1989, 193, 196 – „Vollzugsanstalten"; GRUR 2011, 223, 224, Rdnr. 15 – „Drucker und Plotter".

1958 Vgl. BVerfG GRUR 1999, 226, 229 – „DIN-Normen" („Das Verfügungsrecht als Ausschließlichkeitsrecht stellt für den Urheber das Mittel dar, um mit dem Interessenten vor der Nutzung eine Vergütung aushandeln zu können. Eine Be-

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(d) Bestandsgarantie

Die Bestandsgarantie (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG) schützt vor ungerechtfertigten Eingriffen in rechtmäßig begründete Rechtspositionen.[1959] Unberührt bleiben also Inhalts- und Schrankenbestimmungen, die noch nicht begründete, zukünftige Sachverhalte regeln.[1960] Dagegen sind Inhalts- und Schrankenbestimmungen, die für bereits begründete, aber noch andauernde Sachverhalte gelten (sog. unechte Rückwirkung),[1961] selbst dann nicht ohne weiteres zulässig, wenn der Betroffene mit einer Rechtsänderung gerechnet hat; insoweit geht die Bestandsgarantie über den allgemeinen Vertrauensschutzgrundsatz (Art. 20 Abs. 3 GG) hinaus,[1962] den sie als lex specialis verdrängt.[1963] Auf der anderen Seite ermächtigt Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG den Gesetzgeber, in bereits begründete Rechte einzugreifen und diesen einen neuen Inhalt zu geben, und soll die Bestandsgarantie keine unüberwindbare Schranke für notwendige Reformen bilden.[1964] Im Ergebnis muss damit nicht nur die Inhalts- und Schrankenbestimmung als solche, sondern auch und gerade der Eingriff in *bestehende* urheberrechtliche Rechtspositionen durch Gründe des öffentlichen Interesses unter Wahrung

---

schränkung dieses Rechts – etwa durch einen *Kontrahierungszwang* nach Maßgabe des § 61 UrhG [d.i. heute § 42a UrhG] oder eine gesetzliche Lizenz aufgrund von §§ 46, 49 Abs. 1 und § 52 UrhG – führt zu einer wesentlichen Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Wertes der geschützten Leistung, wenn die Möglichkeit der freien Honorarvereinbarung *nicht* durch einen gesetzlichen Vergütungsanspruch ersetzt wird. Dementsprechend hohe Anforderungen müssen an die Gemeinwohlbelange gestellt werden, wenn *über das Verfügungsrecht hinaus* auch das Verwertungsrecht eingeschränkt werden und die Benutzung *ohne* Vergütungsanspruch zugelassen werden soll“, Hervorh. u. Anm. d. Verf.).

1959 BVerfG GRUR 1972, 491, 495 – „Schallplatten“; GRUR 2010, 332, 335 – „Filmurheberrecht“.

1960 Vgl. BVerfG GRUR 1972, 487, 488 – „Schulfunksendungen“; GRUR 1980, 44, 46 – „Kirchenmusik“.

1961 Eine Regelung, die für bereits abgeschlossene Sachverhalte gilt (sog. echte Rückwirkung), ist schon aufgrund des Vertrauensschutzgrundsatzes grundsätzlich verboten, *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig*, GG[72], Art. 20, Rdnr. 80; *Sachs*, in: *Sachs*, GG[7], Art. 20, Rdnr. 133; siehe auch BVerfG GRUR 1989, 193, 197 – „Vollzugsanstalten“.

1962 BVerfG GRUR 1972, 491, 495 – „Schallplatten“; zum Grundsatz des Vertrauensschutzes *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig*, GG[72], Art. 20, Rdnr. 69 ff.; *Sachs*, in: *Sachs*, GG[7], Art. 20, Rdnr. 131 ff.

1963 BVerfG GRUR 2010, 332, 335 – „Filmurheberrecht“ m.w.N.

1964 BVerfG GRUR 2010, 416, 418 – „Fotoarchiv“.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gerechtfertigt werden.[1965] Dabei ist das öffentliche Interesse, die Neuregelung auf Altpositionen zu erstrecken, mit dem Interesse des betroffenen Personenkreises am Fortbestand der bisherigen Regelung abzuwägen.[1966]

(4) Zwischenergebnis

Die Regelung einer urheberrechtlichen Zwangslizenz ist keine Enteignung, sondern eine Inhalts- und Schrankenbestimmung. Sie ist mit Art. 14 GG vereinbar, wenn das Urheberrecht im Grundsatz ein Ausschließlichkeitsrecht bleibt und Gründe des Allgemeinwohls nicht nur die Zwangslizenz als solche, sondern auch und gerade den Eingriff in bestehende Rechtspositionen unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes rechtfertigen.

cc) Sonstige Grundrechte

Der Gesetzgeber hat weiter die Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG zu beachten:

Aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG folgt eine Garantie des Urheberpersönlichkeitsrechts,[1967] insbesondere des *Erst*veröffentlichungsrechts (§ 12 Abs. 1 UrhG)[1968], des Rechts auf Anerkennung der Urheberschaft (§ 13 UrhG)[1969] und des Rechts auf Quellenangabe (§ 63 UrhG)[1970]. Weiter muss es dem Urheber möglich sein, solche *nachfolgenden* Veröffent-

---

1965 BVerfG GRUR 1972, 491, 494 – „Schallplatten"; GRUR 1989, 193, 197 – „Vollzugsanstalten".

1966 BVerfG GRUR 1989, 193, 197 – „Vollzugsanstalten".

1967 Statt vieler *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], Einl., Rdnr. 10; *ders.*, in: *Loewenheim*, HdbUrhR[2], § 1, Rdnr. 4; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], Einl., Rdnr. 39; *Ahlberg*, in: *Möhring/Nicolini*, UrhG[2], Einl., Rdnr. 14; *A. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], Einl., Rdnr. 64; eingehend zur Abgrenzung von Urheberpersönlichkeitsrecht und allgemeinem Persönlichkeitsrecht *Fechner*, S. 266 ff.

1968 *Fechner*, S. 276; *Kraßer/Schricker*, S. 152.

1969 *Fechner*, S. 277; *Kraßer/Schricker*, S. 156.

1970 *Fechner*, S. 277.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lichungen zu verbieten, die seine ideellen Interessen in schwerwiegender Weise beeinträchtigen.[1971]

Die Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG) kann einer Schutzbeschränkung entgegenstehen, wenn die wirtschaftliche Auswertung des Werkes derart beschränkt wird, dass eine freie künstlerische Betätigung praktisch nicht mehr möglich ist.[1972]

Zu guter Letzt schützt die Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 2 GG) die Entscheidung (speziell) des wissenschaftlichen Autors über das Ob und Wie der Veröffentlichung, also auch über den Ort der Publikation (z.B. in einem Top-Journal).[1973] Dabei kann es sich aber nur um die *Erst*veröffentlichung handeln.[1974] Denn entscheidend ist nur, dass der Wissenschaftler seine Forschungsergebnisse *überhaupt* verbreiten kann („publish or perish") und dass er dadurch an wissenschaftlichem Renommee gewinnen kann, also insbesondere die Möglichkeit hat, seinen Aufsatz in einer Zeitschrift mit einem strengem Peer-Review bzw. einem hohen Impact Factor zu platzieren.[1975] Eine *Zweit*veröffentlichung steht dem nicht entgegen. Der Ruf eines Wissenschaftlers wird nämlich nicht dadurch geschmälert, dass sein Aufsatz *zusätzlich* in einer weniger angesehenen Zeitschrift erscheint. Dies muss zumindest dann gelten, wenn bei der Zweitveröffentlichung die Quelle der Erstveröffentlichung angegeben wird, weil dann klargestellt wird, dass der Wissenschaftler selbst den Aufsatz in einer anderen, womöglich deutlich renommierteren Zeitschrift (erst-)veröffentlicht hat.

b) Bestimmtheitsgrundsatz

Der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum findet schließlich im rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatz seine Grenzen (Art. 20 Abs. 3 GG).

1971 Vgl. *Dietz/Peukert*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 12, Rdnr. 9; *Katzenberger*, S. 65 ff.; *Krujatz*, S. 289.

1972 BVerfG GRUR 1972, 481, 483 – „Kirchen- und Schulgebrauch".

1973 *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG[13], Art. 5, Rdnr. 138; *Kraßer/Schricker*, S. 152; *Sandberger*, ZUM 2006, 818, 820; *Hansen*, GRUR Int. 2005, 378, 379 f.; *Krujatz*, S. 322 f.; *Lutz*, S. 37 f.

1974 Vgl. *Krujatz*, S. 325.

1975 Vgl. *Sandberger*, ZUM 2006, 818, 820; *Hansen*, GRUR Int. 2005, 378, 380; *Lutz*, S. 213; ausführlich zur Bedeutung des Peer-Review und des Impact Factor siehe bereits 1. Kapitel B. III. 1. a) bb) (2).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Danach müssen gesetzliche Regelungen so gefasst sein, dass die Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach ausrichten können.[1976] Freilich weisen die zu regelnden Sachverhalte häufig eine hohe Komplexität und Dynamik auf.[1977] Zwar könnte der Gesetzgeber einen komplexen Sachverhalt theoretisch bis ins kleinste Detail regeln. Eine solche „*sprachlich* mögliche" Formulierung wäre aber so umständlich oder lang, dass sie – weil unlesbar oder unüberschaubar – dem Betroffenen allenfalls genauso viel Erkenntnis vermittelte wie eine kürzere, aber weniger bestimmte Fassung.[1978] Damit besteht ein (erster) Zielkonflikt zwischen der Bestimmtheit einer Norm und ihrer Überschaubarkeit und Lesbarkeit. Weiter kann der Gesetzgeber der Dynamik eines zu regelnden Sachverhalts nur mit flexiblen und damit unbestimmten Vorschriften begegnen (zweiter Zielkonflikt).[1979] Zudem besteht ein (dritter) Zielkonflikt zwischen der durch Bestimmtheit erzielbaren Rechtssicherheit und der durch Flexibilität erreichbaren Einzelfallgerechtigkeit.[1980] Im Ergebnis sind deshalb unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln regelmäßig zulässig.[1981] Der Gesetzgeber muss nur das an Bestimmtheit leisten, „was gene-

---

1976 BVerfG NJW 1967, 619, 619 – „Grundstückverkehrsgesetz"; NJW 1977, 1723, 1724 – „Oberstufenreform"; NJW 1983, 2309, 2309 – „Innerdeutscher Zahlungsverkehr"; NJW 1991, 1471, 1472 – „Josefine Mutzenbacher"; speziell für das Urheberrecht auch BVerfG GRUR 1972, 488, 490 – „Tonbandvervielfältigungen"; st. Rspr.

1977 *Sommermann*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG[6], Bd. 2, Art. 20, Rdnr. 289.

1978 *Poeppel*, S. 501.

1979 Siehe bereits 2. Kapitel A. I. 3. d) bb).

1980 Siehe bereits 2. Kapitel A. I. 3. d) cc).

1981 BVerfG NJW 1979, 359, 361 – „Schneller Brüter" („Nach ständiger Rechtsprechung ist die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe grundsätzlich verfassungsrechtlich unbedenklich"); vgl. etwa BVerfG NJW 1956, 99, 100 – „Besonderer Ehrenschutz" („Ohne derartige Begriffe könnte der Gesetzgeber der Vielgestaltigkeit des Lebens nicht Rechnung tragen"); NJW 1959, 475, 478 – „Preisgesetz" („Er wird sich abstrakter und unbestimmter Formulierungen bedienen müssen, um die Verwaltungsbehörden in die Lage zu versetzen, ihren Aufgaben, den besonderen Umständen des einzelnen Falles und den schnell wechselnden Situationen des wirtschaftlichen Lebens gerecht zu werden"); NJW 1959, 931, 932 – „Einfuhrgenehmigung" („Angesichts der Vielgestaltigkeit der Verhältnisse ist der Gesetzgeber gar nicht in der Lage, durch generelle Umschreibung oder gar durch Einzelaufzählung aller möglichen Fälle genau zu bestimmen, wann eine Nichtausnutzung ‚nicht zu vertreten' ist"); NJW 1978, 2446, 2447 – „Aufenthaltserlaubnis" („Generalklauseln und unbestimmte, der

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rell-abstrakter Regelung *praktisch* möglich ist"[1982], also seine Regelungen so bestimmt fassen, „wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte und mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist".[1983] Eine Norm darf durchaus Auslegungsprobleme aufwerfen, soweit sich diese mit herkömmlichen juristischen Methoden bewältigen lassen.[1984] So sind Generalklauseln wie § 3 Abs. 1 UWG und unbestimmte Rechtsbegriffe insbesondere dann zulässig, wenn sie durch langjährige Rspr. bereits hinreichend konkretisiert sind.[1985]

Ausfüllung bedürftige Begriffe sind schon deshalb grundsätzlich zulässig, weil sich die Vielfalt der Verwaltungsaufgaben nicht immer in klar umrissene Begriffe einfangen läßt"); NJW 1982, 1275, 1275 – „Leitender Angestellter" („[G]eneralklauselartige[n] Regelungen [… sind] im Verfassungs- und Verwaltungsrecht, aber auch im bürgerlichen Recht und Arbeitsrecht vielfach unentbehrlich […]. Sie ermöglichen es, das Gebot der inhaltlichen Richtigkeit und materiellen Gerechtigkeit der Entscheidung im Einzelfall zu verwirklichen, das neben dem Grundsatz der Rechtssicherheit aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleiten ist", Anm. d. Verf.).

1982 BVerfG NJW 1981, 1154, 1154 – „Auslieferungsersuchen" [Hervorh. d. Verf.].

1983 BVerfG NJW 1978, 2446, 2447 – „Aufenthaltserlaubnis".

1984 *Poeppel*, S. 501; BVerfG NJW 1991, 1471, 1472 – „Josefine Mutzenbacher"; vgl. speziell für das Urheberrecht auch BVerfG GRUR 1972, 488, 490 – „Tonbandvervielfältigungen" („Die Gerichte müssen in der Lage sein, die gesetzgeberische Entscheidung zu konkretisieren. Andererseits kann nicht erwartet werden, daß jeder Zweifel ausgeschlossen wird. Die Auslegungsbedürftigkeit nimmt einer Vorschrift noch nicht die rechtsstaatlich gebotene Bestimmtheit; es ist Aufgabe der Rechtsanwendungsorgane, Zweifelsfragen zu klären").

1985 BVerfG NJW 1972, 358, 360 – „Grabsteinwerbung" im Hinblick auf § 1 UWG a.F.; vgl. auch BVerfG NJW 1979, 359, 361 – „Schneller Brüter" („Begriffe wie zum Beispiel ‚Zuverlässigkeit' und ‚notwendige Kenntnisse' […] werden seit jeher in wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Gesetzen verwendet […]. Sie sind in einer langen Tradition von Gesetzgebung, Verwaltungshandhabung und Rechtsprechung so ausgefüllt worden, daß an ihrer rechtsstaatlich hinreichenden Bestimmtheit nicht zu zweifeln ist, mögen sie für jeden neuen Sachbereich auch neue Konkretisierungen erfordern"); BVerfG NJW 1995, 1141, 1144 – „Sitzdemonstrationen II" („Für die Beurteilung der Bestimmtheit einer Strafnorm ist anerkannt, daß auch die Verwendung von Begriffen, die eine sehr weite Auslegung zulassen […], dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitserfordernis genügen, wenn sie durch eine gefestigte Rechtsprechung eine Auslegung erfahren haben, die dem Normadressaten hinreichend verdeutlicht, was die Bestimmung strafrechtlich verbietet").

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Französisches Verfassungsrecht

a) Grundrechte

Das französische Verfassungsrecht kennt keinen klar definierten, abschließenden Grundrechtskatalog.[1986] Vielmehr werden die Grundrechte teils aus den Artikeln der Verfassung von 1958,[1987] teils aus der Präambel der Verfassung von 1946,[1988] teils aus der berühmten Déclaration des droits de l'homme et du citoyen von 1789 (DDHC) abgeleitet.[1989] Die verfassungsrechtliche Wertigkeit der Präambel der Verfassung von 1946 und der DDHC ergibt sich jeweils aus dem Verweis[1990] in Abs. 1 der Präambel der Verfassung von 1958,[1991] die ihrerseits (erst) seit der grundlegenden Entscheidung des Conseil constitutionnel vom 16. Juli 1971 Verfassungsrang (*valeur constitutionnel*) besitzt.[1992]

1986 *Bauer*, S. 147.

1987 Etwa aus Art. 1 die Glaubensfreiheit sowie aus Art. 1 S. 2 u. Art. 2 Abs. 4 der Gleichheitsgrundsatz, *Bauer*, S. 157 bzw. 168 f.

1988 Etwa aus dem Eingangssatz („Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de *dégrader* la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain […] possède des droits *inaliénables et sacrés*", Hervorh. d. Verf.) das Gebot der Menschenwürde und das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, *Bauer*, S. 148 bzw. 150.

1989 Etwa aus Art. 1, 2 u. 4 die Individualfreiheit, aus Art. 10 die Glaubensfreiheit, aus Art. 11 die Meinungsfreiheit, aus Art. 1, 6 u. 13 der Gleichheitsgrundsatz, aus Art. 2 u. 17 die Eigentumsfreiheit, *Bauer*, S. 151, 157, 159, 168 bzw. 178.

1990 „Le Peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils sont définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946."

1991 *Bauer*, S. 58 u. 102; für die DDHC ausdrücklich klargestellt in Cons. const., Entsch. v. 16.1.1982, n° 81-132 DC, Rdnr. 16.

1992 Cons. const., Entsch. v. 16.7.1971, n° 71-44 DC; ausführlich zur Vorgeschichte sowie zu Inhalt und Bedeutung dieser „revolutionären" Entscheidung *Bauer*, S. 53 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aa) Vertragsfreiheit

Lange Zeit hat der Conseil constitutionnel der Vertragsfreiheit (*liberté contractuelle*) den Verfassungsrang abgesprochen.[1993] Ausdrücklich anerkannt und in Art. 4 DDHC[1994] verankert hat er ihn erst mit der Entscheidung vom 19. Dezember 2000.[1995] Die so geschützte Vertragsfreiheit umfasst – wie im deutschen Recht – die positive und negative Abschlussfreiheit (*liberté de conclure ou non une convention*)[1996], die Kontrahentenwahlfreiheit (*liberté de choisir son cocontractant*)[1997] und die Inhaltsfreiheit (*liberté de déterminer le contenu*)[1998].[1999] Eingriffe in die Vertragsfreiheit sind zulässig, wenn sie durch ein Allgemeininteresse (*intérêt général*) gerechtfertigt und verhältnismäßig sind.[2000] Dies ähnelt dem deutschen

---

1993 *Gahdoun*, Cah. Cons. const. 31 (2011), 51, 53; *Ghestin*, JCP G 2013, 1614, 1614; vgl. noch Cons. const., Entsch. v. 3.8.1994, n° 94-348 DC, Rdnr. 9 („[A]ucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle“).

1994 „La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l’exercice des droits naturels de chaque homme n’a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi.“

1995 Cons. const., Entsch. v. 19.12.2000, n° 2000-437 DC, Rdnr. 37.

1996 Vgl. Cons. const., Entsch. v. 19.12.2000, n° 2000-437 DC, Rdnr. 37 („[S]’il est vrai que le dispositif institué par le législateur a notamment pour finalité d’*inciter* les entreprises pharmaceutiques *à conclure avec le comité économique des produits de santé* […] des conventions relatives à un ou plusieurs médicaments, visant à la modération de l’évolution du prix de ces médicaments et à la maîtrise du coût de leur promotion, une telle incitation, inspirée par des motifs d’intérêt général, n’apporte pas à la liberté contractuelle“).

1997 Vgl. Cons. const., Entsch. v. 13.6.2013, n° 2013-672 DC, Rdnr. 11 („[S]i le législateur peut porter atteinte à la liberté d’entreprendre et à la liberté contractuelle […], il ne saurait porter à ces libertés une atteinte d’une nature telle que l’entreprise soit *liée avec un cocontractant déjà désigné* par un contrat négocié au niveau de la branche et au contenu totalement prédéfini“).

1998 Vgl. Cons. const., Entsch. v. 13.6.2013, n° 2013-672 DC, Rdnr. 11 („[S]i le législateur peut porter atteinte à la liberté d’entreprendre et à la liberté contractuelle […], il ne saurait porter à ces libertés une atteinte d’une nature telle que l’entreprise soit liée avec un cocontractant déjà désigné par un contrat négocié au niveau de la branche et *au contenu totalement prédéfini*“).

1999 Vgl. *Ghestin*, JCP G 2013, 1614, 1614 u. 1617.

2000 Cons. const., Entsch. v. 13.6.2013, n° 2013-672 DC, Rdnr. 6 („[I]l est loisible au législateur d’apporter à la liberté d’entreprendre et à la liberté contractuelle qui découlent de l’article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l’*intérêt général*, à la condition qu’il

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Recht, wonach jeder Eingriff in die Vertragsfreiheit bzw. allgemeine Handlungsfreiheit einen legitimen Zweck verfolgen und zur Erreichung dieses Zweckes geeignet, erforderlich und angemessen sein muss.[2001] Ein wesentlicher Unterschied besteht aber darin, dass die *liberté contractuelle* anders als die Vertragsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG von den – aus deutscher Sicht – „spezielleren" Grundrechten der Unternehmensfreiheit[2002] und der Eigentumsfreiheit[2003] nicht verdrängt wird, also gemeinsam mit diesen geprüft wird.

bb) Eigentumsfreiheit

Ausdrücklich anerkannt und in Art. 2[2004] und 17[2005] DDHC verankert ist die verfassungsrechtliche Wertigkeit der Eigentumsfreiheit seit der Entscheidung des Conseil constitutionnel vom 16. Januar 1982.[2006] Danach hat das Eigentumsrecht seit 1789 grundlegende Veränderungen im Hinblick auf seinen Zweck und seine Ausübungsbedingungen erfahren, im Zuge derer der Schutzbereich sowohl um neue Rechtspositionen erweitert als auch durch das Allgemeininteresse (*intérêt général*) beschränkt worden ist.[2007] Zu den in diesem Sinne neuen Rechtspositionen zählt auch das

---

n'en résulte pas d'atteintes *disproportionnées* au regard de l'objectif poursuivi").

2001 Statt vieler *Murswiek*, in: *Sachs*, GG[7], Art. 2, Rdnr. 21.

2002 Cons. const., Entsch. v. 13.6.2013, n° 2013-672 DC, Rdnr. 6 u. 11.

2003 Cons. const., Entsch. v. 27.1.2012, n° 2011-213 QPC, Rdnr. 2.

2004 „Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression."

2005 „La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité."

2006 Cons. const., Entsch. v. 16.1.1982, n° 81-132 DC, Rdnr. 16.

2007 Cons. const., Entsch. v. 16.1.1982, n° 81-132 DC, Rdnr. 16 („[P]ostérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général").

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

„geistiges Eigentum", insbesondere das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte.[2008]

Bei Beschränkungen der Eigentumsfreiheit ist zu unterscheiden, ob es sich um einen Eingriff in den Wesensgehalt des Eigentums, um eine Enteignung oder um eine „bloße" Eigentumsbeschränkung handelt.[2009]

Ähnlich der Institutsgarantie nach Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG sind nur Eingriffe in den Wesensgehalt, also Regelungen, die die Eigentumsfreiheit inhaltlich aushöhlen oder den liberalen Charakter der Wirtschaftsordnung selbst verfremden, absolut verboten.[2010] Der Gesetzgeber hat also einen beträchtlichen, wenn auch keinen unbegrenzten Gestaltungsspielraum; so darf er etwa alle Banken mit einem Kapital von über einer Milliarde Francs verstaatlichen,[2011] nicht aber die soziale (Art. 1 S. 1 Verfassung von 1958[2012]) in eine sozialistische Republik umwandeln.[2013]

Bei der Enteignung handelt es sich um den Entzug des Eigentums oder – weitergehend als im deutschen Recht – um eine solche Beschränkung der Verfügungsbefugnis, die das Eigentumsrecht seines Inhaltes beraubt.[2014] Sie ist nur unter den strengen Voraussetzungen des Art. 17 DDHC zulässig, d.h. sie muss durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes erfolgen, eine vorherige und gerechte Entschädigung vorsehen und aus Gründen des Allgemeinwohls offensichtlich („évidemment") notwendig sein.[2015] Im Hinblick auf die letzte Voraussetzung hat der Gesetzgeber aber einen weiten Beurteilungsspielraum; der Conseil constitutionnel sanktioniert nur manifeste Fehleinschätzungen.[2016]

2008 Cons. const., Entsch. v. 27.7.2006, n° 2006-540 DC, Rdnr. 15 („[L]es finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi depuis 1789 une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux; que, parmi ces derniers, figurent les droits de propriété intellectuelle et notamment le droit d'auteur et les droits voisins"); Entsch. v. 28.2.2014, n° 2013-370 QPC, Rdnr. 13.

2009 Vgl. *Bauer*, S. 179 ff.

2010 *Bauer*, S. 180.

2011 Vgl. Cons. const., Entsch. v. 16.1.1982, n° 81-132 DC, Rdnr. 20.

2012 „La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale."

2013 *Bauer*, S. 180 m.w.N.

2014 *Bauer*, S. 181 m.w.N.

2015 *Bauer*, S. 181 m.w.N.

2016 *Bauer*, S. 181 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Dagegen werden „bloße“ Eigentumsbeschränkungen an Art. 2 DDHC geprüft; sie müssen durch ein Allgemeininteresse (*intérêt général*) gerechtfertigt und verhältnismäßig sein.[2017]

Zu Schutzbeschränkungen des „geistigen Eigentums“ liegen bislang nur drei Entscheidungen des Conseil constitutionnel vor. Im *ersten Fall* ging es um die gesetzliche Erlaubnis der Benutzung einer fremden Marke in einer vergleichenden Werbung, die als durch ein Allgemeininteresse gerechtfertigt und verhältnismäßig angesehen wurde.[2018] Im *zweiten Fall* hatte der Conseil constitutionnel über die Verfassungsmäßigkeit des „Loi DADVSI“ und dabei insbesondere über die gesetzliche Verpflichtung zur Offenlegung von DRM-Schnittstelleninformationen (Art. L. 331-5 Abs. 4 S. 2 i.V.m. Art. L. 331-32 CPI) zu entscheiden.[2019] Die Regelung sei (nur) mit Art. 17 DDHC vereinbar, wenn „unter Beachtung der Rechte der Parteien“ (Art. L. 331-32 Abs. 1 S. 1 CPI) dahingehend ausgelegt werde, dass der Rechtsinhaber der technischen Schutzmaßnahme für die erzwungene Offenlegung der als Betriebsgeheimnis schutzfähigen Schnittstelleninformationen zu entschädigen sei.[2020] Damit stufte der Conseil constitutionnel die Offenlegungsverpflichtung als eine Enteignung (zugunsten Privater) ein.[2021] Keine Bedenken hatte er hinsichtlich der offensichtlichen Notwendigkeit aus Gründen des Allgemeinwohls. Hier zeigt sich der weite Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers. Im *dritten Fall* ging es schließlich um die Wahrnehmungsvermutung für vergriffene Bücher nach Art. L. 134-3 Abs. 1 CPI,[2022] die der Conseil constitutionnel aufgrund der Widerspruchsrechte[2023] *nicht* als eine Enteignung qualifizierte, sondern (nur) am Maßstab des Art. 2 DDHC darauf überprüfte, ob sie durch ein Allgemein-

2017 *Bauer*, S. 179 f. m.w.N.

2018 Cons. const., Entsch. v. 15.1.1992, n° 91-303 DC, Rdnr. 14.

2019 Eingehend zur gesetzlichen Offenlegungsverpflichtung von DRM-Schnittstelleninformationen siehe 3. Kapitel B. II. 2.

2020 Cons. const., Entsch. v. 27.7.2006, n° 2006-540 DC, Rdnr. 41 u. 43 – „Loi DADVSI“.

2021 *Caron*, Droit d’auteur et droits voisins, Rdnr. 272; krit. *Bruguière*, in: *CUERPI*, Que reste-t-il du droit d’auteur après la loi du 1er août 2006?, S. 101; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 994.

2022 Eingehend zur Wahrnehmungsvermutung an vergriffenen Büchern siehe 1. Kapitel B. I. 1. b).

2023 Vgl. jeweils Cons. const., Entsch. v. 28.2.2014, n° 2013-370 QPC, Rdnr. 16 f.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

interesse (*intérêt général*) gerechtfertigt und verhältnismäßig sei,[2024] was er bejahte.[2025]

Angesichts dieser Rspr. ist anzunehmen, dass der Conseil constitutionnel eine urheberrechtliche Zwangslizenz als eine Enteignung i.S.v. Art. 17 DDHC einstufen,[2026] also insbesondere eine Entschädigung verlangen würde, die der Zwangslizenz ohnehin immanent ist. Im Übrigen käme es entscheidend darauf an, ob die betreffende Zwangslizenz aus Gründen des Allgemeinwohls offensichtlich („évidemment") notwendig ist. Hier gesteht der Conseil constitutionnel dem Gesetzgeber einen weiten Beurteilungsspielraum zu.

b) Bestimmtheitsgrundsatz

In Frankreich wird der Bestimmtheitsgrundsatz (*principe de clarté*) aus Art. 34 Verfassung von 1958 abgeleitet.[2027] Danach müssen Normen „suffisamment claires et précises" sein.[2028] Allerdings besteht auch hier ein Zielkonflikt zwischen der Bestimmtheit einer Norm und ihrer Lesbarkeit und Verständlichkeit (*intelligibilité*).[2029] Denn aus Art. 4, 5, 6 und 16 DDHC ersichtlich hat der Gesetzgeber Normen verständlich, d.h. lesbar zu formulieren,[2030] und hat dieses Ziel ebenfalls Verfassungsrang.[2031] Ein

---

2024 Cons. const., Entsch. v. 28.2.2014, n° 2013-370 QPC, Rdnr. 12 („[E]n l'absence de privation du droit de propriété au sens de cet article [17 DDHC], il résulte néanmoins de l'article 2 de la Déclaration de 1789 que les atteintes portées à ce droit doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi", Anm. d. Verf.).

2025 Cons. const., Entsch. v. 28.2.2014, n° 2013-370 QPC, Rdnr. 19; zust. *Lucas*, Propr. intell. 51 (2014), 168, 169; *Bruguière*, Comm. com. électr. 4/2014, 9, 10; ablehnend *Derieux*, RLDI 103 (2014), 33, 36.

2026 Vgl. *Bruguière/Dumont*, Comm. com. électr. 5/2010, 6, 10; *Caron*, Comm. com. électr. 10/2006, 33, 34.

2027 Cons. const., Entsch. v. 16.1.1982, n° 81-132 DC, Rdnr. 69; Entsch. v. 10.6.1998, n° 1998-401 DC, Rdnr. 7; Entsch. v. 27.11.2001, n° 2001-451 DC, Rdnr. 13; Entsch. v. 12.1.2002, n° 2001-455 DC, Rdnr. 9; Entsch. v. 28.4.2005, n ° 2005-514 DC, Rdnr. 14; st. Rspr.

2028 Cons. const., Entsch. v. 16.1.1982, n° 81-132 DC, Rdnr. 69.

2029 *Flückiger*, Cah. Cons. const. 21 (2006), 74, 76.

2030 *Flückiger*, Cah. Cons. const. 21 (2006), 74, 77.

2031 Cons. const., Entsch. v. 16.12.1999, n° 99-421 DC, Rdnr. 13; Entsch. v. 27.11.2001, n° 2001-451 DC, Rdnr. 13; Entsch. v. 12.1.2002, n° 2001-455

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

verständlicher Text ist zumeist kurz und einfach, während ein bestimmter Text häufig länger und komplexer, weil präziser und detaillierter ist. In vielen Fällen sind unbestimmte Normen nicht nur unvermeidbar, sondern aus den oben beschriebenen Gründen auch wünschenswert.[2032] Der Gesetzgeber muss deshalb *beiden* Zielen gerecht werden, sie gegeneinander abwägen und einen Mittelweg einschlagen.[2033] Wohl deshalb zitiert der Conseil constitutionnel in seinen jüngeren Entscheidungen beide Ziele zumeist gemeinsam.[2034] Im Ergebnis dürften deshalb keine wesentlichen Unterschiede zum deutschen Bestimmtheitsgrundsatz bestehen, d.h. Regelungen dürften ebenfalls nur soweit wie (praktisch) möglich bestimmt abzufassen sein.

3. Zwischenergebnis

Die Regelung einer urheberrechtlichen Zwangslizenz stellt nach deutschem Verfassungsrecht eine Inhalts- und Schrankenbestimmung (Art. 14 Abs. 2 S. 2 GG) dar. Sie ist mit Art. 14 GG vereinbar, wenn das Urheberrecht im Grundsatz ein Ausschließlichkeitsrecht bleibt und Gründe des Allgemeinwohls nicht nur die Zwangslizenz als solche, sondern auch und gerade den Eingriff in bestehende Rechtspositionen unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes rechtfertigen; die Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) wird insoweit von der Eigentumsfreiheit verdrängt.

In Frankreich dürfte die urheberrechtliche Zwangslizenz als eine Enteignung i.S.v. Art. 17 DDHC einzustufen sein, müsste also aus Gründen des Allgemeinwohls offensichtlich („évidemment“) notwendig sein, wobei dem Gesetzgeber ein weiter Beurteilungsspielraum zugestanden wird. Ferner müsste sie im Hinblick auf die Vertragsfreiheit (Art. 4 DDHC) durch ein Allgemeininteresse (*intérêt général*) gerechtfertigt und verhältnismäßig sein.

DC, Rdnr. 9; Entsch. v. 26.6.2003, n° 2003-473 DC, Rdnr. 69; Entsch. v. 28.4.2005, n° 2005-514 DC, Rdnr. 14.

2032 *Flückiger*, Cah. Cons. const. 21 (2006), 74, 78.

2033 *Flückiger*, Cah. Cons. const. 21 (2006), 74, 78.

2034 Vgl. Cons. const., Entsch. v. 27.11.2001, n° 2001-451 DC, Rdnr. 13; Entsch. v. 12.1.2002, n° 2001-455 DC, Rdnr. 9; Entsch. v. 28.4.2005, n° 2005-514 DC, Rdnr. 14.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zu guter Letzt ist in beiden Staaten der Bestimmtheitsgrundsatz zu beachten, d.h. die Regelung muss (soweit wie praktisch möglich) bestimmt abgefasst werden.

B. Die urheberrechtliche Zwangslizenz als besonderer Kontrahierungszwang

Die dogmatischen Konturen der urheberrechtlichen Zwangslizenz werden erkennbar, wenn diese nicht nur als Gesamtheit der urheberrechtlichen Zwangslizenzen de lege lata, sondern auch als eine besondere Art des Kontrahierungszwangs begriffen wird. Deshalb wird zunächst der *allgemeine Kontrahierungszwang* dargestellt (unten I.). Erst im Anschluss werden die *urheberrechtlichen Zwangslizenzen de lege lata* (unten II.) untersucht. Es folgt eine Darstellung der eng verwandten *patentrechtlichen Zwangslizenzen* (unten III.) und der prozessualen Besonderheit des *Zwangslizenzeinwands* (unten IV.).

I. Der allgemeine Kontrahierungszwang

Das Rechtsinstitut des Kontrahierungszwangs beruht auf dem Gedanken, dass der Vertragsfreiheit des einen die Vertragsfreiheit des anderen notwendig gegenübersteht.[2035] Die Vertragsfreiheit muss deshalb dort ihre immanenten Grenzen haben, wo die Interessen einer Partei beim Vertragsschluss vollständig unberücksichtigt bleiben – hier ist nur die Vertragsgestaltungsfreiheit tangiert – oder einem Rechtssubjekt die Möglichkeit des Zugangs zu einem Vertrag von vornherein abgeschnitten wird.[2036] In der zweiten Alternative, in der (auch) die Vertragsbegründungsfreiheit betroffen ist, findet die Vertragsfreiheit ihre immanente Grenze in der Verpflichtung zum Vertragsschluss, dem Kontrahierungszwang;[2037] in Frankreich

2035 *Busche*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 1, vor § 145, Rdnr. 12; ausführlich *ders.*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 102 ff.

2036 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 105.

2037 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 105; grundlegend zum Begriff des Kontrahierungszwangs *Nipperdey*, S. 7 („Der Kontrahierungszwang ist die auf Grund einer Norm der Rechtsordnung einem Rechtssubjekt ohne seine Willensbindung im Interesse eines Begünstigten auferlegte Verpflichtung,

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wird dieser Fall unter dem Begriff des *refus de contracter* behandelt.[2038] Abzugrenzen ist der Kontrahierungszwang insbesondere vom diktierten Vertrag bzw. *contrat forcé*, also einem privaten Rechtsverhältnis, das in seiner Wirkung, nicht aber in seiner Entstehung dem Vertragsverhältnis gleichsteht; hier sind es nicht die Parteien, die den Vertrag durch zwei sich deckende Willenserklärungen begründen, sondern das Vertragsverhältnis wird vielmehr unmittelbar durch privatrechtgestaltenden Hoheitsakt herbeigeführt.[2039] Darauf wird noch zurückzukommen sein.

1. Deutschland

In Deutschland ist neben den besonderen spezialgesetzlichen Kontrahierungszwängen, allen voran dem kartellrechtlichen Abschlusszwang nach §§ 19, 20 GWB bzw. Art. 102 AEUV i.V.m. § 33 GWB und der Grundversorgungspflicht gegenüber Haushaltskunden nach § 36 EnWG, ein allgemeiner Kontrahierungszwang allgemein anerkannt. Es werden Tatbestand (unten a)), Rechtsfolge (unten b)) und Durchsetzung (unten c)) dargestellt.

a) Tatbestand

Die Rechtsgrundlage des allgemeinen Kontrahierungszwangs wird seit der Rspr. des RG überwiegend in § 826 BGB i.Vm. § 249 Abs. 1 BGB (Anspruch auf Naturalrestitution),[2040] teilweise aber auch unmittelbar in § 826 BGB (Anspruch auf Naturalprästation)[2041] bzw. in § 1004 BGB analog

---

mit diesem einen Vertrag bestimmten oder von unparteiischer Seite zu bestimmenden Inhalts abzuschließen“).

2038 *Klingenfuß*, S. 10.

2039 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 116; *ders.*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 1, vor § 145, Rdnr. 13; rechtsvergleichend auch für das französische Recht *Klingenfuß*, S. 14.

2040 *Busche*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 1, vor § 145, Rdnr. 21; so etwa RGZ 132, 273, 276; 148, 326, 334; 155, 257, 286; BGH NJW 1969, 316, 317; NVwZ 1994, 1240, 1241; *Mansel*, in: *Jauernig*, BGB[15], vor §§ 145-157, Rdnr. 11.

2041 *Nipperdey*, S. 98 f.; *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1, 13; *Belke*, S. 426; *Klingenfuß*, S. 196 f.; *Ellenberger*, in: *Palandt*, BGB[75], Einf v § 145, Rdnr. 9; wohl auch *Larenz*, S. 48.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

i.V.m. § 826 BGB (quasinegatorischer Beseitigungsanspruch)[2042] gesehen. Einigkeit besteht darüber, dass die Vertragsverweigerung als solche noch keine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung darstellt, da im Ausgangspunkt weder der positiven Abschlussfreiheit des Vertragsinteressenten, noch der negativen Abschlussfreiheit des Vertragsverweigerers Vorrang gebührt und der durch Vertragsverweigerung entstehende Konflikt nicht einfach zulasten des Verweigerers gelöst werden kann.[2043] Die Rspr. ist im Übrigen uneinheitlich. Während das RG vorrangig auf das Kriterium des Monopolmissbrauchs abstellte,[2044] kommt es nach der Rspr. des BGH – seit Inkrafttreten des GWB 1958 ist der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung speziell geregelt – vor allem darauf an, ob der Anbieter dem Nachfrager die Befriedigung existentieller Bedürfnisse verweigert.[2045] Zudem tendiert die Rspr. dazu, den Kontrahierungszwang als Folge der Übernahme öffentlicher Aufgaben, mithin als Ausprägung eines vom Allgemeininteresse bestimmten Eingriffs in die Vertragsfreiheit zu begreifen.[2046] Auch die Lit. folgt keiner einheitlichen Linie.[2047] Letztlich kann die Frage nach den Voraussetzungen des allgemeinen Kontrahierungszwangs aber offen bleiben, weil sie für die Ausgestaltung der urheberrechtlichen Zwangslizenz de lege ferenda keinen Erkenntnisgewinn verspricht. Der Tatbestand ist vielmehr so zu fassen, dass die im 1. Teil definierten Probleme erfasst werden.

2042 *Kilian*, AcP 180 (1980), 47, 82; *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 225 ff.; *ders.*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[1], Bd. 1, vor § 145, Rdnr. 21; *Bork*, in: *Staudinger*, BGB[2011], Buch 1, vor §§ 145-156, Rdnr. 27.

2043 Statt vieler *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 127.

2044 *Busche*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 1, vor § 145, Rdnr. 21; vgl. etwa RGZ 48, 114, 127; 132, 273, 276; 155, 257, 286.

2045 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 177; vgl. etwa BGH NJW 1990, 761, 762 f.; NVwZ 1994, 1240, 1241.

2046 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 177; vgl. etwa RGZ 48, 114, 127; BGH WM 1969, 1296, 1296 f.; NJW 1990, 761, 763; NVwZ 1994, 1240, 1241.

2047 Eingehend *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 183 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Rechtsfolge

Rechtsfolge des allgemeinen Kontrahierungszwangs ist ein Anspruch auf Abschluss eines privatrechtlichen Zielvertrages (unten aa)) mit einem bestimmten bzw. zu bestimmenden Inhalt (unten bb)).

aa) Anspruch auf Abschluss eines privatrechtlichen Zielvertrages

Der Anspruch auf Abschluss des Zielvertrages ist im Gesetz nur latent angelegt, entsteht also erst mit der qualifizierten Vertragsverweigerung.[2048] Es handelt sich um einen sog. verhaltenen Anspruch,[2049] also einen Anspruch, der entgegen der Regel des § 271 Abs. 2 BGB vor Fälligkeit nicht erfüllbar ist.[2050] Der Anspruch auf Vertragsschluss ruht, bis der Vertragsinteressent sein Vertragsverlangen *erneut* geltend macht. Erst dann wird er fällig und erfüllbar.[2051] Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass der allgemeine Kontrahierungszwang im Hinblick auf die Befriedigung individueller Bedürfnisse nur ultima ratio ist.[2052] Mit dem verhaltenen Anspruch entsteht eine dem gesetzlichen Schuldverhältnis der c.i.c. ähnelnde schuldrechtliche Sonderverbindung, die bei schuldhafter Verletzung der (fälligen) Vertragsabschlusspflicht zum Schadensersatz verpflichtet (§§ 280 Abs. 1 u. 3, 286 BGB).[2053]

Dagegen genügt beim *besonderen* Kontrahierungszwang bereits das *einmalige* Verlangen des Vertragsschlusses, um den (schon) kraft Gesetzes

---

2048 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 241.

2049 *Nipperdey*, S. 101 u. 113; *Bydlinski*, JZ 1980, 378, 384; *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 242; a.A. ohne Begründung *Klingenfuß*, S. 197.

2050 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 242; *Stadler*, in: *Jauernig*, BGB[15], § 271, Rdnr. 4; *Krüger*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 2, § 271, Rdnr. 4; *Grüneberg*, in: *Palandt*, BGB[75], § 271, Rdnr. 1.

2051 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 242.

2052 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 242.

2053 BGH NJW 1974, 1903, 1904 („ein etwa dem durch Eintritt in Vertragsverhandlungen vergleichbares, dem schuldrechtlichen Vertrag ähnliches Rechtsverhältnis“); *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 243 f.; dagegen für Schadensersatzanspruch mit der c.i.c. als Rechtsgrund *Ellenberger*, in: *Palandt*, BGB[75], Einf v § 145, Rdnr. 11; *Bork*, in: *Staudinger*, BGB[2011], Buch 1, vor §§ 145-156, Rdnr. 31.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

geltenden verhaltenen Anspruch fällig und erfüllbar zu stellen.[2054] Die Sonderverbindung entsteht aber ebenfalls erst mit der Geltendmachung des Anspruchs auf Vertragsschluss.[2055]

Freilich hat der Vertragsinteressent keinen Anspruch auf Abschluss eines Vertrages beliebigen Inhalts.[2056] Die Geltendmachung wirkt nur, wenn sie sich im gesetzlichen Rahmen hält, also dem entspricht, was der Vertragsverweigerer dem Vertragsinteressenten schuldet.[2057] Um dies überprüfen zu können, bedarf es einer vorläufigen Konkretisierung.[2058] Dazu muss der Vertragsinteressent an sich ein konkretes, d.h. bestimmtes Angebot abgeben.[2059] In der Regel wird ihm dies aber nur im Hinblick auf den Leistungsgegenstand gelingen. Hinsichtlich der Gegenleistung läuft er Gefahr, entweder einen zu niedrigen Betrag anzubieten – dann aber kann sein Angebot weiter abgelehnt werden – oder sich aber zu mehr zu verpflichten, als er sich verpflichten müsste.[2060] Hier kommt ihm zugute, dass die Rspr. das Bestimmungsrecht bzgl. der Gegenleistung dem Vertragsverweigerer zuordnet (dazu sogleich). Im Ergebnis muss der Vertragsinteressent deshalb ein Angebot abgeben, das auf einen bestimmten Leistungsgegenstand und eine nach billigem Ermessen zu bestimmende gerichtete Gegenleistung gerichtet ist.[2061]

bb) Inhalt des Zielvertrages

Der allgemeine Kontrahierungszwang soll den Vertragsinteressenten so stellen, wie er stehen würde, wenn die Vertragsverweigerung nicht stattge-

---

2054 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 585.
2055 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 585.
2056 OLG Karlsruhe, GRUR-RR 2007, 177, 180 – „Orange-Book-Standard“, zu einer kartellrechtlichen Zwangslizenz.
2057 *Bydlinski*, JZ 1980, 378, 384; *Bork*, in: *Staudinger*, BGB[2011], Buch 1, vor §§ 145-156, Rdnr. 31.
2058 *Bydlinski*, JZ 1980, 378, 384.
2059 Vgl. *Bydlinski*, JZ 1980, 378, 384; *Bork*, in: *Staudinger*, BGB[2011], Buch 1, vor §§ 145-156, Rdnr. 31.
2060 Vgl. BGH GRUR 2009, 694, 697, Rdnr. 39 – „Orange-Book-Standard“, zum kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand; eingehend zu diesem Urteil 3. Kapitel B. IV.
2061 Vgl. *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 252 ff.; ebenso BGH GRUR 2009, 694, 697, Rdnr. 39 – „Orange-Book-Standard“, zum kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand; eingehend zu diesem Urteil 3. Kapitel B. IV.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

funden hätte.[2062] Dann hätte er aber, ebenso wie der Vertragsverweigerer, grundsätzlich keinen Anspruch auf Vertragsschluss zu *bestimmten*, sondern nur zu solchen Bedingungen, die sich aus dem Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage ergeben.[2063] Während der eigentliche Vertragsgegenstand, d.h. die Leistung, durch das Begehren des Vertragsinteressenten bereits hinreichend bestimmt ist, bedarf die Gegenleistung noch der Konkretisierung der Parteien.[2064] Damit stellt sich (zunächst) die Frage, *wer* die Gegenleistung (vorläufig) bestimmen soll.[2065]

Eine Ansicht weist *beiden* Beteiligten das Bestimmungsrecht zu, da es „überhaupt unvertretbar [sei], aus der Monopolstellung noch bestimmte Rechte, nämlich Bestimmungsrechte abzuleiten"[2066]: danach soll der Kontrahierungspflichtige unter dem Vorbehalt einer Restforderung die Leistung, der Kontrahierungsberechtigte unter dem Vorbehalt einer teilweisen Rückforderung die Gegenleistung erbringen *können*.[2067]

Nach der Gegenansicht, die insbesondere von der Rspr. vertreten wird,[2068] soll in „mindestens entsprechender" Anwendung des § 316 BGB (nur) der *Kontrahierungspflichtige* die Gegenleistung bestimmen dürfen. Die Anwendung des § 316 BGB wird damit begründet, dass nur noch die Gegenleistung offen sei und die Beteiligten aufgrund des Kontrahierungszwangs so gut wie vertraglich miteinander verbunden seien.[2069] Deshalb läge, würden sie die Gegenleistung ausklammern, die Situation des § 316 BGB vor.[2070] Durch die entsprechende Anwendung des § 316 BGB, der die Person des Bestimmungsberechtigten festlegt, ist auch § 315 BGB an-

2062 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 252.
2063 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 253.
2064 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 252.
2065 *Bydlinski*, JZ 1980, 378, 380.
2066 *Bydlinski*, JZ 1980, 378, 381 [Anm. d. Verf.].
2067 *Bydlinski*, JZ 1980, 378, 381.
2068 BGH WuW/E 1195, 1196 – „Vertragsloser Zustand I"; vgl. auch GRUR 1964, 515, 517 – „Werkmilchabzug"; NJW 2003, 3131, 3132 – „billige Entgeltbestimmung"; NJW-RR 2006, 915, 916, Rdnr. 19 – „Stromnutzungsentgelt II"; zust. *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 256; *Belke*, S. 435; *Stadler*, in: *Jauernig*, BGB[15], § 315, Rdnr. 4; *Würdinger*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 2, § 315, Rdnr. 22.
2069 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 255 f.; vgl. auch BGH WuW/E 1195, 1196 – „Vertragsloser Zustand I".
2070 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 256.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wendbar.[2071] Damit hat der Kontrahierungspflichtige die Gegenleistung nach billigem Ermessen zu treffen (§ 315 Abs. 1 BGB) und ist diese Bestimmung für den Kontrahierungsberechtigten nur verbindlich, soweit sie der Billigkeit entspricht (§ 315 Abs. 3 S. 1 BGB); andernfalls wird die Gegenleistung richterlich bestimmt (§ 315 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BGB).

Die letzte Ansicht verdient den Vorzug. Ein *beiderseitiges* Bestimmungsrecht versagt in den Fällen, in denen sich die Parteien nicht auf eine Gegenleistung einigen können. Dagegen spricht für ein einseitiges Bestimmungsrecht des Kontrahierungspflichtigen ein Spiegelbildgedanke. Wenn der Kontrahierungsberechtigte die *Leistung*, an die der Kontrahierungszwang anknüpft, (vorläufig) näher bestimmen darf, ist es ausgewogen, dem Kontrahierungspflichtigen – in den Grenzen des § 315 BGB – das (vorläufige) Bestimmungsrecht bezüglich der *Gegenleistung* einzuräumen.

Daraus ergibt sich Folgendes: Wenn der Kontrahierungspflichtige den Kontrahierungszwang als solchen anerkennt und sich die Parteien nur über den Umfang der Gegenleistung, also regelmäßig die Höhe der Vergütung streiten, hat er einen Ermessensspielraum, den er voll ausschöpfen kann;[2072] das Gericht überprüft seine Bestimmung nur auf Ermessensfehler.[2073] Erst wenn die Grenzen des billigen Ermessens überschritten worden sind – nicht dagegen schon, wenn das Gericht eine andere Festsetzung für richtig hält[2074] –, hat das Gericht die Bestimmung durch eine eigene zu ersetzen (§ 315 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BGB). Etwas anderes gilt, wenn sich der Kontrahierungspflichtige dem Vertragsschluss völlig verweigert, da dies der Verzögerung der Bestimmung der Gegenleistung gleichkommt.[2075] Dann steht das Bestimmungsrecht von vornherein dem Gericht zu (§ 315 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 BGB). Dieses muss sich aber „in der Mitte“ des Ermessensspielraums halten, kann diesen also nicht zu Gunsten des Kontrahie-

---

2071 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 256; *Grüneberg*, in: *Palandt*, BGB[75], § 316, Rdnr. 4; *Würdinger*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 2, § 316, Rdnr. 9; *Rieble*, in: *Staudinger*, BGB[2009], Buch 2, § 316, Rdnr. 15.

2072 *Würdinger*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 2, § 315, Rdnr. 30; *Grüneberg*, in: *Palandt*, BGB[75], § 315, Rdnr. 10.

2073 *Rieble*, in: *Staudinger*, BGB[2009], Buch 2, § 315, Rdnr. 323 ff.; *Grüneberg*, in: *Palandt*, BGB[75], § 315, Rdnr. 16.

2074 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 262; *Rieble*, in: *Staudinger*, BGB[2009], Buch 2, § 315, Rdnr. 325; *Würdinger*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 2, § 315, Rdnr. 51.

2075 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 257.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rungspflichtigen ausschöpfen.[2076] Im Ergebnis besteht also ein gewisser Anreiz für den Kontrahierungspflichtigen, sich *nicht* dem Vertragsschluss zu verschließen und von sich aus eine Gegenleistung zu bestimmen, die der Billigkeit entspricht. Nur dann kann er die höchstmögliche, weil *gerade* noch billige Vergütung erzielen.

„Billigkeit" meint konkrete Einzelfallgerechtigkeit.[2077] Deshalb ist die objektive Interessenlage der Parteien zu ermitteln und gegeneinander abzuwägen.[2078] Maßgeblich für die Höhe der Vergütung ist der Wert der zu vergütenden Leistung.[2079] Die objektive Betrachtung hat zur Folge, dass auf das in vergleichbaren Fällen Übliche abzustellen ist.[2080]

Für die Billigkeit der getroffenen Bestimmung trägt der Kontrahierungspflichtige die Darlegungs- und Beweislast.[2081] Dies folgt nicht nur aus dem Wortlaut des § 315 Abs. 3 S. 1 BGB („für den anderen Teil nur verbindlich, *wenn* sie der Billigkeit entspricht"),[2082] sondern auch daraus, dass typischerweise allein der Bestimmungsberechtigte in der Lage ist, die Billigkeit seiner Bestimmung darzutun.[2083] Für den Fall, dass das Gericht die Gegenleistung ersatzweise zu bestimmen hat, gibt es keine Darlegungs- und Beweislast im eigentlichen Sinne; denn das Gericht nimmt einen Gestaltungsakt vor, ohne dass es unmittelbar auf eine Beweisfälligkeit ankäme.[2084] Freilich ist jede Partei mittelbar gehalten, die für ihre Position sprechenden Umstände vorzutragen, weil das Gericht bei seiner Er-

---

2076 *Grüneberg*, in: *Palandt*, BGB[75], § 315, Rdnr. 19; *Würdinger*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 2, § 315, Rdnr. 30.

2077 *Rieble*, in: *Staudinger*, BGB[2009], Buch 2, § 315, Rdnr. 305.

2078 BGH GRUR 1964, 515, 517 – „Werkmilchabzug"; WuW/E 1195, 1196 – „Vertragsloser Zustand I"; *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 258; *Grüneberg*, in: *Palandt*, BGB[75], § 315, Rdnr. 10.

2079 *Grüneberg*, in: *Palandt*, BGB[75], § 315, Rdnr. 10 m.w.N.

2080 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 258; *Grüneberg*, in: *Palandt*, BGB[75], § 315, Rdnr. 10; *Würdinger*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 2, § 315, Rdnr. 29.

2081 BGH GRUR 1964, 515, 517 – „Werkmilchabzug"; NJW 2003, 3131, 3132 – „billige Entgeltbestimmung"; NJW-RR 2006, 915, 916, Rdnr. 19 – „Stromnutzungsentgelt II"; *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 261; *Würdinger*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 2, § 315, Rdnr. 54; *Rieble*, in: *Staudinger*, BGB[2009], Buch 2, § 315, Rdnr. 394; *Grüneberg*, in: *Palandt*, BGB[75], § 315, Rdnr. 20; a.A. *Kilian*, AcP 180 (1980), 47, 82 f.

2082 *Rieble*, in: *Staudinger*, BGB[2009], Buch 2, § 315, Rdnr. 394.

2083 BGH NJW-RR 2006, 915, 916, Rdnr. 19 – „Stromnutzungsentgelt II".

2084 *Rieble*, in: *Staudinger*, BGB[2009], Buch 2, § 315, Rdnr. 397.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

messensentscheidung nur das ihm Bekannte in die Abwägung einstellen kann.[2085] Fehlt ein erschöpfender Parteivortrag, kann das Gericht die Gegenleistung in entsprechender Anwendung von § 287 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 1 ZPO durch Schätzung bestimmen.[2086]

c) Durchsetzung

Der allgemeine Kontrahierungszwang vermittelt wie gezeigt nur einen Anspruch auf Vertragsschluss, also das „Vehikel", keinen unmittelbaren Anspruch auf die begehrte Leistung.[2087] Eigentlich müsste der Vertragsinteressent erst seinen Anspruch auf Vertragsschluss einklagen, um anschließend seinen vertraglichen Erfüllungsanspruch durchzusetzen. Aus Gründen der Prozessökonomie kann er aber unmittelbar auf Leistung klagen, sei es in Verbindung mit einer Klage auf Abgabe der Willenserklärung (§ 260 ZPO),[2088] sei es an deren Stelle.[2089]

Statthafte Klageart ist grundsätzlich die Leistungsklage.[2090] Der Kontrahierungspflichtige wird zur Abgabe der auf Vertragsschluss gerichteten Willenserklärung verurteilt, sodass mit Rechtskraft des Urteils das Zustandekommen des Vertrages fingiert wird (§ 894 ZPO).[2091] Nur ein Teil dieser Willenserklärung, nämlich die Gegenleistung, wird u.U. rechtsgestaltend festgesetzt (entsprechend § 316 BGB i.V.m. § 315 Abs. 3 S. 2 BGB).

Im Hinblick auf die *Bestimmtheit des Klageantrags* (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) ist zu unterscheiden: Wird die begehrte Leistung vom Vertragsverweigerer zu einem „Einheitspreis" abgegeben, kann der Klageantrag ohne weiteres hinreichend bestimmt gefasst werden.[2092] Ist die Gegenleistung

---

2085 *Rieble*, in: *Staudinger*, BGB[2009], Buch 2, § 315, Rdnr. 397.
2086 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 259.
2087 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 264;.
2088 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 265; *Nipperdey*, S. 118; *Ellenberger*, in: *Palandt*, BGB[75], Einf v § 145, Rdnr. 11; *Bork*, in: *Staudinger*, BGB[2011], Buch 1, vor §§ 145-156, Rdnr. 33; *Klingenfuß*, S. 198.
2089 BGH BB 1969, 1239, 1240; *Nipperdey*, S. 118; *Larenz*, S. 49.
2090 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 267 ff.
2091 *Busche*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[1], Bd. 1, vor § 145, Rdnr. 23; *Nipperdey*, S. 118; *Belke*, S. 430; *Klingenfuß*, S. 199; *Bork*, in: *Staudinger*, BGB[2011], Buch 1, vor §§ 145-156, Rdnr. 33; a.A. *Kilian*, AcP 180 (1980), 47, 82, der eine Klage auf Leistung zu den nach § 315 Abs. 3 BGB festzulegenden angemessenen Bedingungen für statthaft hält.
2092 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 268.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nicht taxmäßig festgesetzt, hat der Vertragsinteressent auf eine billigem Ermessen entsprechende Bestimmung seitens des Gerichts anzutragen;[2093] der Klageantrag ist nämlich schon dann hinreichend bestimmt, soweit nur das Urteil vollstreckt werden kann.[2094] Bei einer Klageverbindung hat der Vertragsinteressent also Klage auf Vertragsschluss und Leistung zu der vom Gericht festzusetzenden Gegenleistung zu erheben.[2095] Kann auch die Leistung nicht hinreichend genau bestimmt werden, etwa weil das Vertragsbegehren auf eine mehrmalige oder fortlaufende Belieferung gerichtet ist, muss der Vertragsinteressent Feststellungsklage erheben.[2096]

Einstweilige Verfügungen sind nach den allgemeinen Regeln zulässig (§§ 935, 940 ZPO). Allerdings gelten für den Erlass einer auf Leistung gerichteten einstweiligen Verfügung, der sog. Leistungsverfügung, strenge Anforderungen, da entgegen dem Grundsatz, dass im einstweiligen Rechtsschutz nur „einstweilige", d.h. vorübergehende Maßnahmen getroffen werden, die Hauptsache zumindest teilweise vorweggenommen wird.[2097] Leistungsverfügungen setzen deshalb die Glaubhaftmachung einer *besonderen* Dringlichkeit – die Gefahr eines irreparablen Schadens[2098] – und die *hohe* statt überwiegende Wahrscheinlichkeit des Erfolgs in der Hauptsache voraus.[2099] Nach Ansicht des Kartellsenats des OLG Düsseldorf stehen beide Voraussetzungen in einem Wechselverhältnis zu-

---

2093 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 268 f.; *Kilian*, AcP 180 (1980), 47, 82.

2094 *Becker-Eberhard*, in: *Rauscher/Krüger*, MünchKommZPO[4], Bd. 1, § 253, Rdnr. 90.

2095 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 267.

2096 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 269 ff.

2097 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 271 f.; allgemein *Drescher*, in: *Rauscher/Krüger*, MünchKommZPO[4], Bd. 2, § 938, Rdnr. 8 u. 10; *Grunsky*, in: *Stein/Jonas*, ZPO[22], Bd. 9, vor § 935, Rdnr. 31 f.; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO[72], Grundz § 916, Rdnr. 5 u. 9.

2098 *Drescher*, in: *Rauscher/Krüger*, MünchKommZPO[4], Bd. 2, § 938, Rdnr. 16; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO[72], Grundz § 916, Rdnr. 6; ebenso etwa OLG Dresden GRUR-RR 2002, 85, 87; OLG München GRUR-RR 2003, 56, 58; ähnlich OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 123, 124; GRUR-RR 2002, 176, 178.

2099 *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO[72], Grundz § 916, Rdnr. 9 („hohe Erfolgswahrscheinlichkeit in der Hauptsache"); *Drescher*, in: *Rauscher/Krüger*, MünchKommZPO[4], Bd. 2, § 938, Rdnr. 15 f. („in höchstem Maße wahrscheinlich"); siehe auch *Vollkommer*, in: *Zöller*, ZPO[30], § 940, Rdnr. 6 („strenge Prüfung"); *Grunsky*, in: *Stein/Jonas*, ZPO[22], Bd. 9, vor § 935, Rdnr. 37 („besonders strenge Anforderungen"). Grundsätzlich sind Tatsachen glaubhaft gemacht,

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

einander: Ist die Rechtslage *eindeutig*, sind geringere Anforderungen an die besondere Dringlichkeit, die „Notlage",[2100] zu stellen; umgekehrt ist die Schwelle für die darzulegende Notlage höher anzusetzen, wenn die Rechtslage nicht zu Gunsten des Antragstellers *zweifelsfrei* feststeht.[2101] Der Grundsatz, dass die einstweilige Verfügung nicht zur Vorwegnahme der Hauptsache führen darf, schließt es zudem aus, im Verfügungsverfahren auf einen Vertragsschluss anzutragen.[2102] Im isolierten Verfügungsverfahren kann der Antrag deshalb unmittelbar auf Leistung gerichtet werden.[2103] Dies ist zwar dogmatisch unbefriedigend, aber vom praktischen Ergebnis her tolerabel, weil andernfalls Rückabwicklungsprobleme drohten.[2104]

2. Frankreich

Der allgemeine Kontrahierungszwang spielt in der französischen Rspr. und Literatur so gut wie keine Rolle.[2105] Der wesentliche Grund ist, dass das französische Recht neben dem kartellrechtlichen Kontrahierungszwang (Art. L. 420-2 C. com. i.V.m. Art. 1382 CC) einen weiteren besonderen Kontrahierungszwang kennt, der einen sehr weiten Anwendungsbereich hat:[2106] die Rechtsfigur des *refus de vente*.[2107] Nach Art. L. 122-1 Abs. 1 C. consom. ist es verboten, einem Verbraucher den Verkauf eines Produktes oder einer Dienstleistung ohne Rechtfertigung zu verweigern, den Verkauf eines Produktes an den Kauf einer auferlegten Menge, den Kauf eines anderen Produkts oder eines anderen Dienstes zu binden, und eine Dienstleistung an eine andere Dienstleistung oder den Kauf eines

---

wenn nachgewiesen wird, dass ihr Vorliegen *überwiegend* wahrscheinlich ist, *Prütting*, in: *Rauscher/Krüger*, MünchKommZPO[4], Bd. 1, § 294, Rdnr. 2 u. 24.

2100 OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 123, 124 („Diese Situation, die den Erlaß einer Leistungsverfügung rechtfertigt, wird gemeinhin als ‚Notlage' oder ‚existentielle Notlage' oder mit ähnlichen Bezeichnungen benannt").

2101 OLG Düsseldorf GRUR-RR 2002, 176, 178.

2102 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 272.

2103 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 272.

2104 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 272.

2105 Vgl. *Klingenfuß*, S. 146.

2106 *Klingenfuß*, S. 11.

2107 Eingehend zu Entstehungsgeschichte, Normzweck, Tatbestand und Rechtsfolgen *Klingenfuß*, S. 76 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Produktes zu koppeln.[2108] Deshalb hält sich das praktische Bedürfnis nach einem *allgemeinen* Kontrahierungszwang in Grenzen.[2109] Es ist kein Zufall, dass die einschlägige französische Literatur im Wesentlichen aus der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts stammt,[2110] als der *refus de contracter* weder kartellrechtlich noch verbraucherschutzrechtlich verboten war; das gesetzliche Verbot der Verkaufsverweigerung geht auf ein Dekret vom 30. Januar 1940 zurück.[2111] Die dort diskutierte Frage nach Geltung und etwaigen Voraussetzungen eines allgemeinen Kontrahierungszwangs soll hier aber offen bleiben,[2112] weil damit kein Erkenntnisgewinn für die Ausgestaltung der urheberrechtlichen Zwangslizenz de lege ferenda verbunden wäre.

Wichtiger ist die Frage nach den Rechtsfolgen eines verbotenen *refus de contracter* (*refus de vente*). Die rechtswidrige Verweigerung eines Vertragsschlusses ist eine *faute* i.S.v. Art. 1382 CC.[2113] Der Vertragsverweigerer ist deshalb zum Schadensersatz verpflichtet. Zwar kann dieser grundsätzlich nicht nur als Geldersatz (*réparation par équivalent*), sondern auch als Naturalrestitution (*réparation par nature*) geleistet werden.[2114] Dennoch kann die Abgabe der auf Vertragsschluss gerichteten Willenserklärung nach ganz überwiegender Ansicht nicht unmittelbar erzwungen werden.[2115] Nicht nur kann nach Art. 1142 CC die Nichterfüllung einer Ver-

---

2108 In Anlehnung an die Übersetzung von *Klingenfuß*, S. 90: „Il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime, et de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service ainsi que de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit."

2109 *Klingenfuß*, S. 146.

2110 Vgl. *Morel*, RTD civ. 1908, 289-311; *Josserand*, De l'esprit des droits et de leur relativité (1927); *ders.*, D. 1940, Chr., 5-8; *Capitant*, RTD civ. 1928, 365-376; *Ricot*, Le refus de contracter (1929); *Rouast*, RTD civ. 1944, 1-19; *Durand*, RTD civ. 1944, 73-97; siehe auch *Klingenfuß*, S. 11 („Die wissenschaftliche Diskussion eines allgemeinen zivilrechtlichen Kontrahierungszwangs fehlt in der neueren Literatur nahezu vollständig").

2111 *Klingenfuß*, S. 80.

2112 Insoweit wird auf *Klingenfuß*, S. 200 ff., verwiesen.

2113 *Klingenfuß*, S. 121 u. 217.

2114 *Klingenfuß*, S. 123 f. m.w.N.

2115 *Klingenfuß*, S. 122 m.w.N. u. 219, der selbst aber entgegen der h.M. einen unmittelbar auf Art. 1382 CC bzw. Art. L. 122-1 Abs. 1 C. consom. gestützten unmittelbaren Kontrahierungszwang vorschlägt, a.a.O., S. 126 u. 219; *Belke*, S. 278; *Ferid*, S. 416 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

pflichtung zu einem Tun oder Unterlassen nur den Schadensausgleich zur Folge haben,[2116] woraus eine weit verbreitete Literaturansicht das Prinzip der Nichtvollstreckbarkeit vertraglicher und nichtvertraglicher Handlungspflichten ableitet.[2117] Auch enthält das französische Zwangsvollstreckungsrecht keine § 894 ZPO entsprechende Vorschrift.[2118] Damit begründet das Verbot des *refus de contracter* (*refus de vente*) nur einen *mittelbaren* Kontrahierungszwang.[2119]

Anstelle eines *unmittelbaren* Kontrahierungszwangs kennt das französische Recht das Rechtsinstitut des diktierten Vertrages (*contrat forcé*). Hier wird der Vertrag nicht durch zwei sich deckende Willenserklärungen, sondern unmittelbar durch privatrechtsgestaltenden Hoheitsakt herbeigeführt.[2120] Eine Kontrahierung und mithin ein Kontrahierungszwang sind nicht nötig: der Vertrag wird nicht von den Parteien geschlossen, sondern den Parteien von einem Dritten oktroyiert. Ein Beispiel ist das „Foujita"-Urteil, mit dem eine Lizenz *und* eine Vergütungspflicht angeordnet wurden.[2121] Es beruht auf der Regelung des Art. L. 122-9 Abs. 1 S. 1 CPI, nach der der Tribunal de grande instance „jede geeignete Maßnahme treffen kann".[2122] Das „Foujita"-Urteil zeigt, dass das Gericht den Rechtsinhaber nicht erst zum Abschluss eines Lizenzvertrages verurteilen muss – der *contrat forcé* kommt ohne Mitwirkung des Rechtsinhabers zustande –, sondern – weil es von vornherein rechtsgestaltend tätig wird – dem Lizenzsucher auch unmittelbar die Lizenz erteilen kann. Nichts anderes gilt für die kartellrechtlichen und die auf das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot gestützten mittelbaren Zwangslizenzen;[2123] auch diese haben den

---

2116 „Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur."

2117 *Klingenfuß*, S. 124 m.w.N.

2118 *Klingenfuß*, S. 134.

2119 *Klingenfuß*, S. 122 u. 218 f.; *Belke*, S. 278; *Ferid*, S. 416.

2120 *Klingenfuß*, S. 14.

2121 TGI Nanterre, Urt. v. 15.9.1986, RIDA 131 (1987), 268, 272 – „Foujita" („Autorise les éditions ACR à publier le manuscrit […] illustré des mille deux cents reproductions communiquées à Mme Foujita […]; Dit que les éditions ACR devront respecter les droits patrimoniaux"); CA Rennes, Urt. v. 16.11.1990, RIDA 148 (1991), 168, 175 – „Foujita" („Considérant […] que les droits patrimoniaux de l'auteur ou de ses ayants droit apparaissent donc respectés en leur principe, leurs montants devant être déterminés par la suite, d'un commun accord entre les parties ou au besoin arbitrés par le juge").

2122 Siehe bereits 2. Kapitel A. II. 6. b) aa) (2).

2123 Siehe bereits 2. Kapitel A. II. 6. b) bb).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Charakter eines *contrat forcé*.[2124] Das Problem der Nichtvollstreckbarkeit vertraglicher und nichtvertraglicher Handlungspflichten (Art. 1142 CC) wird auf diese Weise elegant gelöst.

3. Zwischenergebnis

Das Rechtsinstitut des Kontrahierungszwangs oder *refus de contracter* bildet eine immanente Grenze der Vertragsfreiheit des einen zum Schutz der Vertragsfreiheit des anderen. Der Tatbestand des allgemeinen Kontrahierungszwangs kann hier offen bleiben, weil für die Ausgestaltung der urheberrechtlichen Zwangslizenz de lege ferenda nur die Rechtsfolge und Durchsetzung von Interesse sind. Rechtsfolge ist der Anspruch auf Abschluss eines privatrechtlichen Zielvertrages mit einem bestimmten bzw. zu bestimmenden Inhalt. Der Vertragsinteressent muss ein Angebot abgeben, das auf einen bestimmten Leistungsgegenstand und eine nach billigem Ermessen zu bestimmende Gegenleistung gerichtet ist. Der Kontrahierungspflichtige hat dann zwei Möglichkeiten: Entweder nimmt er das Angebot an und bestimmt eine „billige" Gegenleistung (§ 316 i.V.m. § 315 Abs. 1 BGB entsprechend); das Gericht kann die Gegenleistungsbestimmung nur auf Ermessensfehler überprüfen – der Kontrahierungspflichtige trägt insoweit die Darlegungs- und Beweislast – und eine Ersatzbestimmung nur bei Ermessensfehlgebrauch treffen. Oder er verweigert den Vertragsschluss und überlässt es dem Gericht, an seiner statt die Gegenleistung zu bestimmen (§ 316 i.V.m. § 315 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 BGB entsprechend); in diesem Fall sind beide Parteien gehalten, die für ihre jeweilige Position sprechenden Umstände vorzutragen. Durchgesetzt wird der Anspruch mit einer Klage auf Vertragsschluss und Leistung zu der vom Gericht festzusetzenden Gegenleistung, d.h. die Gegenleistung muss im Klageantrag nicht beziffert werden (es sei denn, sie ist taxmäßig bestimmt). Eine auf Leistung gerichtete einstweilige Verfügung (sog. Leistungsverfügung) ist nach allgemeinen Regeln zulässig, wenn eine *besondere* Dringlichkeit und eine *hohe* Wahrscheinlichkeit des Erfolgs in der Hauptsache bestehen. Mit Rechtskraft des Urteils wird das Zustandekommen des Zielvertrages fingert (§ 894 ZPO). Da in Frankreich eine entsprechende Vor-

2124 *Jacquier*, Le pouvoir du juge sur les contrats d'auteur, Rdnr. 491 ff.; *dies.*, Comm. com. électr. 11/2001, 13, 15; *Caron*, Abus de droit et droit d'auteur, Rdnr. 188 ff.; *ders.*, RIDA 176 (1998), 2, 37.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schrift fehlt und aus Art. 1142 CC das Prinzip der Nichtvollstreckbarkeit vertraglicher und nichtvertraglicher Handlungspflichten abgeleitet wird, kann dort die Abgabe einer Willenserklärung unmittelbar nicht erzwungen werden. Anstelle eines *unmittelbaren* Kontrahierungszwangs kennt das französische Recht den diktierten Vertrag (*contrat forcé*), der unmittelbar durch privatrechtsgestaltenden Hoheitsakt herbeigeführt wird.

II. Die urheberrechtlichen Zwangslizenzen de lege lata

Zunächst werden die Zwangslizenzen des deutschen Urheberrechts untersucht (unten 1.). Sodann wird die im französischen Urheberrechtsgesetz (Première partie du Code de la propriété intellectuelle) geregelte Verpflichtung zur Offenlegung von DRM-Schnittstelleninformationen beleuchtet, da es sich hierbei um eine „versteckte“ Zwangslizenz handeln könnte (unten 2.).

1. Deutschland

Das deutsche Urheberrecht kennt vier Zwangslizenzen: eine Zwangslizenz an Werken der Musik (unten a)), eine Zwangslizenz an privaten Normwerken (unten b)), eine Zwangslizenz an Funksendungen und gesendeten Werken (unten c)) und eine Zwangslizenz an Werken, die bei einer Verwertungsgesellschaft liegen (unten d)).

a) Zwangslizenz an Musikwerken (§ 42a UrhG)

Die älteste und wohl bekannteste urheberrechtliche Zwangslizenz ist die in § 42a UrhG geregelte Zwangslizenz an Musikwerken zugunsten von Tonträgerherstellern. Es werden die Entstehungsgeschichte (unten aa)), der Normzweck (unten bb)), der Tatbestand (unten cc)), die Rechtsfolge (unten dd)) und die Durchsetzung (unten ee)) dargelegt.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY - https://www.nomos-elibrary.de/agb

aa) Entstehungsgeschichte

Die Zwangslizenz des § 42a UrhG hat eine lange Geschichte. Auf Betreiben der Schweiz bzw. deren Spieldosenindustrie war in § 3 des Schlussprotokolls der Berner Übereinkunft von 1886 bestimmt worden, dass „die Fabrikation und der Verkauf von Instrumenten, welche zur mechanischen Wiedergabe von Musikstücken dienen, die aus geschützten Werken entnommen sind, nicht als den Tatbestand der musikalischen Nachbildung darstellend angesehen werden".[2125] Damit war unstreitig die Herstellung und Verbreitung von mechanischen Musikinstrumenten mit *festen* Walzen freigestellt.[2126] Als bald darauf, zunächst in Deutschland, mechanische Musikinstrumente mit *auswechselbaren* Platten – gewissermaßen die Vorläufer des Grammophons – hergestellt und vermarktet wurden, war umstritten, ob auch diese Nutzungshandlung freigestellt war.[2127] Anders als die Cour d'appel de Paris, die diese Frage mit dem Argument bejahte, dass die Lochplatten einen Bestandteil der musikalischen Instrumente bildeten und deshalb § 3 des Schlussprotokolls unterfielen,[2128] erblickte das RG darin eine verbotene Vervielfältigung des Musikwerkes.[2129] Die Folge war, dass in Deutschland mechanische Musikinstrumente mit festen Bestandteilen gegenüber solchen mit auswechselbaren Bestandteilen begünstigt wurden. Aus „Rücksicht auf die deutsche Industrie" verabschiedete der deutsche Gesetzgeber daraufhin § 22 LUG, womit grundsätzlich alle mechanischen Musikinstrumente freigestellt waren.[2130] Als mit der Revision der Berner Übereinkunft von 1908 § 3 des Schlussprotokolls gestrichen und dem Urheber das ausschließliche Recht zur Übertragung von Musikwerken „auf Instrumente, die zu ihrer mechanischen Wiedergabe dienen", zugestanden wurde (damals Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 RBÜ), wurde auf Betreiben der deutschen Delegation ein Vorbehalt angefügt (damals Art. 13 Abs. 2 RBÜ, heute Art. 13 Abs. 1 RBÜ), der es dem deutschen Gesetzgeber erlaubte, § 22 LUG durch eine Zwangslizenzregelung in §§ 22-22c LUG zu ersetzen.[2131] Diese Vorschriften wurden schließlich 1965 als § 61 UrhG

2125 *Strecker*, S. 11 u. 14; *Voigtländer/Fuchs*, S. 141 f.; *Allfeld*, S. 243.
2126 Vgl. *Voigtländer/Fuchs*, S. 142; *Allfeld*, S. 243.
2127 *Voigtländer/Fuchs*, S. 142; *Allfeld*, S. 243.
2128 *Strecker*, S. 16.
2129 RGZ 22, 174, 176.
2130 *Strecker*, S. 17; *Voigtländer/Fuchs*, S. 142; *Allfeld*, S. 244.
2131 *Voigtländer/Fuchs*, S. 142; *Allfeld*, S. 244.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

neugefasst und 2003 in § 42a UrhG überführt.[2132] Ursprünglich sollte § 61 UrhG eine gesetzliche Lizenz regeln, weil das Verfahren der Zwangslizenz für zu langwierig gehalten wurde.[2133] Der Gesetzgeber folgte aber dem Vorschlag des Rechtsausschusses, die gesetzliche Lizenz in eine Zwangslizenz „abzuschwächen", wobei ausdrücklich auf die erleichterten Voraussetzungen einer einstweiligen Verfügung hingewiesen wurde.[2134]

bb) Normzweck

§ 42a UrhG soll verhindern, dass ein einzelner Tonträgerhersteller „ein Monopol an einem Werk erwirbt. Ein solches Monopol wäre nicht nur aus wirtschaftlichen Gründen, sondern vor allem auch aus kulturellen Gründen unerwünscht, da dadurch zum Schaden der Allgemeinheit und des Urhebers das Erscheinen des Werkes in verschiedenen miteinander wetteifernden Interpretationen unterbunden werden könnte."[2135] Damit hat die Zwangslizenz an Musikwerken einen doppelten, nämlich wettbewerbs-

---

2132 *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 3 f.

2133 Gesetzentwurf v. 23.3.1962, BT-Drs. 4/270, S. 77 („Dieses Verfahren ist umständlich und kostet den Hersteller unter Umständen so viel Zeit, daß sich dann die Aufnahme des Werkes auf Tonträger nicht mehr lohnt, weil das Publikumsinteresse an dem betreffenden Werk geschwunden ist. Insbesondere bei Schlagermusik kann dies leicht so liegen").

2134 Bericht des Rechtsausschusses v. 10.5.1965, zu BT-Drs. 4/3401, S. 11 („Diese Regelung ist für den Urheber günstiger, weil sie es ihm ermöglicht, die Bedingungen für die Nutzung seines Werkes in angemessenem Rahmen selbst festzusetzen. Dem Interesse der Schallplattenindustrie, beim Eintritt der Voraussetzungen für die Zwangslizenz möglichst schnell die Produktion aufnehmen zu können, trägt die in Absatz 6 Satz 2 vorgesehene Regelung Rechnung, nach der einstweilige Verfügungen unter erleichterten Voraussetzungen erlassen werden können").

2135 Bericht des Rechtsausschusses v. 10.5.1965, zu BT-Drs. 4/3401, S. 11; in dieselbe Richtung bereits Gesetzentwurf v. 23.3.1962, BT-Drs. 4/270, S. 77 („Nach wie vor ist ein Bedürfnis dafür anzuerkennen, daß die Werke der Tonkunst allen Herstellern von Tonträgern für die Übertragung auf solche Vorrichtungen gegen angemessene Gebühr zur Verfügung stehen. Damit wird Monopolbildungen zugunsten einzelner Firmen vorgebeugt. Es liegt ebenso im Interesse der Komponisten wie der Allgemeinheit, daß für die Aufnahme auf Tonträger der Wettbewerb mehrerer Hersteller offengehalten und dadurch das Streben nach Vervollkommnung der Tonträger wachgehalten wird").

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY - https://www.nomos-elibrary.de/agb

und kulturpolitischen Zweck.[2136] Zwar ist ihre praktische Bedeutung gering, weil die sog. mechanischen Rechte der Vervielfältigung und Verbreitung von Musikwerken auf Tonträgern in der Regel von der GEMA wahrgenommen werden, die als Verwertungsgesellschaft ohnehin zur Lizenzerteilung verpflichtet ist (§ 34 Abs. 1 VGG).[2137] Dennoch ist die Norm nicht bedeutungslos; denn gäbe es sie nicht, würden der GEMA die mechanischen Rechte möglicherweise nicht in dem Umfang zur treuhänderischen Wahrnehmung eingeräumt werden wie bisher.[2138] Stattdessen könnten die großen Musiklabels ihre Hits monopolisieren und konkurrierende Coverversionen verhindern.[2139] Die Folge wäre eine „Verarmung der Kulturlandschaft".[2140]

cc) Tatbestand

Nach § 42a Abs. 1 UrhG kann ein Tonträgerhersteller (unten (1)) vom Rechtsinhaber (unten (2)) die Erteilung einer Lizenz verlangen, wenn das Musikwerk lizenziert worden sowie erschienen ist (unten (3)) und der Anspruch nicht ausgeschlossen ist (unten (4)).

(1) Berechtigter

Anspruchsberechtigt sind Hersteller von Tonträgern mit Hauptniederlassung (§§ 13-13c HGB, § 17 ZPO) oder Wohnsitz (§ 7 BGB) in Deutsch-

---

2136 Vgl. Gesetzentwurf v. 6.11.2002 („Erster Korb"), BT-Drs. 15/38, S. 17; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 1; *Gass*, in: *Möhring/Nicolini*, UrhG[2], § 61, Rdnr. 1; *Buhrow/Nordemann*, GRUR Int. 2005, 407, 411; *Wolff*, S. 58.

2137 *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 1; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 3; *Gass*, in: *Möhring/Nicolini*, UrhG[2], § 61, Rdnr. 3; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 4; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 7; *Wolff*, S. 81.

2138 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 3.

2139 *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 2; *Gass*, in: *Möhring/Nicolini*, UrhG[2], § 61, Rdnr. 9.

2140 *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 2; ähnlich *Gass*, in: *Möhring/Nicolini*, UrhG[2], § 61, Rdnr. 9.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

land oder – aufgrund des Diskriminierungsverbots (Art. 18 EUV)[2141] – in einem anderen Mitgliedstaat der EU (§ 42a Abs. 1 S. 1 Hs. 1 UrhG); mangels entsprechender Bekanntmachung des Bundesministers der Justiz (§ 42a Abs. 2 UrhG) können sich Tonträgerhersteller aus Drittstaaten nicht auf § 42a UrhG berufen.[2142] Tonträger sind „Vorrichtungen zur wiederholbaren Wiedergabe von Tonfolgen" (§ 16 Abs. 2 UrhG), insbesondere Audio-CDs, nicht aber Bild-Ton-Träger wie Video-DVDs.[2143] Tonträgerhersteller ist jeder, der Tonträger entweder selbst herstellt oder sie herstellen lässt, um sie im eigenen Namen zu vertreiben, wobei „Herstellen" nicht die Erzeugung des Rohstoffes (z.B. des CD-Rohlings), sondern die Vervielfältigung des bespielten Tonträgers bezeichnet.[2144]

(2) Verpflichteter

Anspruchsgegner ist entweder der Urheber (§ 42a Abs. 1 S. 1 Hs. 1 UrhG) oder nach Einräumung ausschließlicher Nutzungsrechte deren Inhaber (§ 42a Abs. 4 UrhG), z.B. ein Tonträgerhersteller.

(3) Vorherige Lizenzierung eines Werks der Musik, das erschienen ist

Der Anspruch auf Lizenzerteilung setzt nach § 42a Abs. 1 S. 1 Hs. 1 UrhG voraus, dass der Urheber einem anderen Tonträgerhersteller ein Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung eines Musikwerks auf *Ton*trägern – nicht *Bild*-Ton-Trägern (Art. 42a Abs. 7 UrhG)[2145] – eingeräumt hat und dieses

---

2141 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 9; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 20; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 13; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 14.

2142 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 9; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 21; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 13.

2143 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 6; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 14; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 11; *Wolff*, S. 59.

2144 *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 8; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 10; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 8; *Wolff*, S. 59.

2145 *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 19.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

– gleich an welchem Ort und auf welche Art[2146] – erschienen, also der Öffentlichkeit bereits in körperlicher Form zugänglich gemacht worden ist (§ 6 Abs. 2 UrhG).[2147] Aus diesem Grund ist ein Urheber, der sein Werk selbst auf Tonträger vervielfältigt und verbreitet, nicht zur Lizenzerteilung verpflichtet.[2148]

(4) Kein Ausschluss

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn die Rechte erlaubterweise von einer Verwertungsgesellschaft wahrgenommen werden (§ 42a Abs. 1 S. 1 Hs. 2 Alt. 1 UrhG) oder das Werk der Überzeugung des Urhebers nicht mehr entspricht, ihm deshalb die Verwertung des Werkes nicht mehr zugemutet werden kann und er ein etwa bestehendes Nutzungsrecht aus diesem Grunde zurückgerufen hat (§ 42a Abs. 1 S. 1 Hs. 2 Alt. 2 UrhG). Um einem Rechtsmissbrauch vorzubeugen, muss der Urheber in dem Zeitpunkt, in dem die Zwangslizenz verlangt wird, die Rückruferklärung (§ 42 Abs. 1 UrhG) bereits abgegeben haben; eine spätere Rückruferklärung rechtfertigt die Verweigerung der Zwangslizenz nicht.[2149]

dd) Rechtsfolge

Rechtsfolge des § 42a Abs. 1 UrhG ist ein Anspruch auf Lizenzerteilung, vermittelt durch den Abschluss eines Lizenzvertrages.[2150]

2146 *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 6; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 9; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 11; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 5.

2147 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 11; *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 6, Rdnr. 30.

2148 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 12; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 11; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 8; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 10; *Wolff*, S. 60.

2149 *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 23; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 18; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 13; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 42a, Rdnr. 14.

2150 BGH GRUR 1998, 376, 378 – „Coverversion"; der Vertragsschluss ist lediglich das Vehikel, um dem Lizenzsucher die Lizenz zu gewähren, allgemein für den

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(1) Leistung

Gegenstand des Lizenzvertrages ist ein einfaches Recht zur Übertragung, Vervielfältigung und Verbreitung eines Musikwerks – mit oder ohne Text (§ 42a Abs. 5 UrhG)[2151] – auf *Ton*trägern (§ 42a Abs. 1 Hs. 1 UrhG),[2152] nicht *Bild*-Ton-Trägern (§ 42a Abs. 1 S. 2 UrhG).[2153] Dabei müssen die drei einzelnen Rechte gemeinsam erworben werden; der isolierte Erwerb nur eines Rechtes ist nicht möglich.[2154] Zudem muss das einzuräumende Recht ein Musikwerk betreffen, nicht eine vorhandene Aufnahme oder eine Darbietung; die Zwangslizenz erfasst also nicht den Erwerb von Leistungsschutzrechten.[2155] Aufgrund des Territorialitätsprinzips ist die Zwangslizenz auf das *Inland* beschränkt; die Ausfuhr von Tonträgern in das Ausland ist grundsätzlich unzulässig (§ 42a Abs. 3 UrhG), die Zulässigkeit des Imports richtet sich nach dortigem Recht.[2156] Dies steht im Einklang mit Art. 13 Abs. 1 RBÜ, der die Wirkung eines Vorbehalts für das Recht der Aufnahme eines Werkes auf einen Tonträger auf das Hoheitsgebiet des Landes beschränkt, das sie festgelegt hat.

Kontrahierungszwang *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 264.

2151 *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR^4, § 42a, Rdnr. 11; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG^5, § 42a, Rdnr. 4; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR^4, § 42a, Rdnr. 6; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR^3, § 42a, Rdnr. 7; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR^{11}, § 42a, Rdnr. 5.

2152 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG^5, § 42a, Rdnr. 15; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR^4, § 42a, Rdnr. 15; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR^{11}, § 42a, Rdnr. 18.

2153 *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR^4, § 42a, Rdnr. 11; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG^5, § 42a, Rdnr. 6; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR^4, § 42a, Rdnr. 14; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR^3, § 42a, Rdnr. 12; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR^{11}, § 42a, Rdnr. 18.

2154 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG^5, § 42a, Rdnr. 13; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR^4, § 42a, Rdnr. 11; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR^4, § 42a, Rdnr. 15.

2155 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG^5, § 42a, Rdnr. 5; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR^4, § 42a, Rdnr. 5; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR^4, § 42a, Rdnr. 7; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR^{11}, § 42a, Rdnr. 20.

2156 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG^5, § 42a, Rdnr. 16; siehe auch *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR^4, § 42a, Rdnr. 16; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR^4, § 42a, Rdnr. 16; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR^3, § 42a, Rdnr. 20 f.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(2) Gegenleistung

Das Nutzungsrecht ist zu angemessenen Bedingungen einzuräumen (§ 42a Abs. 1 Hs. 1 UrhG), der Lizenzsucher muss sich also insbesondere zu einer angemessenen Vergütung verpflichten. Einigen sich die Parteien nicht, hat das Gericht die Gegenleistung nach billigem Ermessen,[2157] also regelmäßig schätzungsweise zu bestimmen (§ 287 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 1 ZPO).[2158] Nimmt der Rechtsinhaber dagegen das Angebot des Lizenzsuchers an und bestimmt eine „billige" Lizenzgebühr, muss dasselbe gelten wie beim allgemeinen Kontrahierungszwang, d.h. das Gericht darf die Gegenleistungsbestimmung des Rechtsinhabers nur auf Ermessensfehler überprüfen und eine Ersatzbestimmung nur bei Ermessensüberschreitung treffen (§ 315 Abs. 3 S. 2 BGB entsprechend).[2159] Für die Bestimmung der Angemessenheit ist regelmäßig der Betrag zugrunde zu legen, den der Urheber in anderen vergleichbaren Fällen verlangt und auch erzielt hat, also die Lizenzhöhe, die er bei der erstmaligen Lizenzierung des Werkes erhalten hat oder die er üblicherweise für vergleichbare Werke erhält.[2160] Im Übrigen kann die Angemessenheit der Vergütung im Vergleich mit den entsprechenden Tarifen der GEMA ermittelt werden, die freilich nur die Untergrenze darstellen, und zwar ohne Berücksichtigung von Gesamtvertragsrabatten etc.[2161] Einerseits soll der Rechtsinhaber keine prohibitiven

---

2157 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 596, speziell zu § 61 UrhG a.F. (d.i. § 42a UrhG n.F.); vgl. *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 14; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 42a, Rdnr. 15; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 14; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 15; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 21.

2158 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 14; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 15; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 21.

2159 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 596, speziell zu § 61 UrhG a.F. (d.i. § 42a UrhG n.F.).

2160 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 14; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 15; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 14; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 42a, Rdnr. 15; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 21.

2161 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 14; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 15; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 14; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 42a, Rdnr. 15; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 21.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Preise verlangen und auf diese Weise die Zwangslizenz aushebeln können; andererseits soll der Lizenzsucher denjenigen Preis zahlen müssen, der bei gesteigerter Beliebtheit des Werkes üblicherweise zu zahlen ist.[2162]

(3) Keine Beeinträchtigung des Urheberpersönlichkeitsrechts

Schließlich muss der Zwangslizenznehmer – wie jeder andere Lizenznehmer auch – das Urheberpersönlichkeitsrecht beachten, indem er insbesondere den Urheber benennt (§ 13 UrhG) und Änderungen am Werk grundsätzlich unterlässt (§ 39 UrhG).[2163] Teil-Werknutzungen, Kürzungen, Bearbeitungen, Auswechseln von Stimmen, andere Instrumentierungen, Verbindungen mit anderen Werken oder Gestaltungselementen oder sonstige Umgestaltungen sind damit unzulässig.[2164] Grundsätzlich erlaubt – und vom Gesetzgeber sogar gewollt[2165] – sind dagegen Coverversionen.[2166] Der Verweis in § 42a Abs. 1 S. 2 UrhG auf § 63 UrhG (Quellenangabe) ist so zu verstehen, dass nicht nur der Urheber – dies folgt bereits aus § 13 UrhG –, sondern auch der sonstige Rechtsinhaber (Verleger) anzugeben ist.[2167]

ee) Durchsetzung

§ 42a Abs. 1 UrhG verleiht nur den Anspruch auf Abschluss eines Lizenzvertrages, nicht die Lizenz selbst.[2168] Der Anspruch soll vorrangig durch

---

2162 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 14.

2163 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 17; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 24 f.; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 15; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 22 f.

2164 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 17.

2165 LG München I ZUM-RD 2002, 14, 16.

2166 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 17; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 15; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 22; LG München I ZUM-RD 2002, 14, 16.

2167 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 18; siehe auch *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 15; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 24; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 23.

2168 BGH GRUR 1998, 376, 378 – „Coverversion“.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gütliche Einigung verwirklicht und erst bei Scheitern der Verhandlungen eingeklagt werden.[2169] Das Unterlassen eines Einigungsversuchs hätte zwar nicht die Klageabweisung zur Folge – die außergerichtliche Einigung ist (hier) keine Prozessvoraussetzung –, sondern ein Anerkenntnisurteil (§ 307 ZPO); der Lizenzsucher müsste aber die Prozesskosten tragen, weil der Rechtsinhaber durch sein Verhalten keinen Anlass zu Klage gegeben hätte (§ 93 ZPO).[2170]

Der Anspruch auf Abschluss eines Lizenzvertrages ist auf die Abgabe einer Willenserklärung zur Lizenzierung zu angemessenen Bedingungen gerichtet. Daher ist der Lizenzerteilungsanspruch mit einer *Leistungsklage* zu verfolgen.[2171] Mit Rechtskraft des Urteils wird die auf Annahme des Lizenzangebots gerichtete Willenserklärung des Rechtsinhabers fingiert (§ 894 ZPO),[2172] wobei die angemessenen Bedingungen u.U. rechtsgestaltend festgesetzt werden.[2173]

Die *Zuständigkeit* richtet sich nach allgemeinen Regeln (§§ 1 ff. ZPO, 105 UrhG).[2174] Danach ist grundsätzlich das Gericht am allgemeinen Gerichtsstand des Rechtsinhabers zuständig (§§ 12 ff. ZPO).[2175] Nur soweit der Rechtsinhaber keinen allgemeinen Gerichtsstand im Inland hat, gilt § 42a Abs. 6 S. 1 UrhG mit der Zuständigkeit des LG München I bzw. AG München.[2176] Für einstweilige Verfügungen soll das Gericht am Sitz des Lizenzsuchers zuständig sein, da sich dort das durchzusetzende Lizenzrecht im Sinne des § 919 ZPO „befinde".[2177] Dem kann nicht gefolgt wer-

---

2169 *Münch*, S. 24.
2170 *Münch*, S. 24.
2171 *Münch*, S. 25.
2172 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 19; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 24.
2173 *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 24.
2174 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 20; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 29; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 21; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 42a, Rdnr. 24; unverständlich *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 25 (Zuständigkeit nach §§ 38 ff. ZPO).
2175 *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 42a, Rdnr. 24.
2176 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 20; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 29; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 21; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 42a, Rdnr. 24; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 25.
2177 So *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 21; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 25.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

den: § 919 ZPO regelt die Zuständigkeit des *Arrest*gerichts; für den Erlass *einstweiliger Verfügungen* ist das Gericht der Hauptsache zuständig (§ 937 Abs. 1 ZPO).[2178]

Der *Klageantrag* muss zwar an sich bestimmt sein (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO), also aus einem vollständigen Lizenzangebot bestehen, das alle wesentlichen Vertragsbestandteile enthält.[2179] Doch kann die Höhe der angemessenen Lizenzgebühr unbeziffert bleiben.[2180]

Freilich kann sich der Prozess über mehrere Instanzen hinziehen und wäre die Zwangslizenz kaum effektiv.[2181] Damit der Lizenzsucher alsbald mit der Nutzung beginnen kann,[2182] erleichtert § 42a Abs. 6 S. 2 UrhG die Voraussetzungen an eine Leistungsverfügung. Danach wird der *Verfügungsgrund*, d.h. die (besondere)[2183] Dringlichkeit (§ 935, 940 ZPO), vermutet und muss der Lizenzsucher nur den *Verfügungsanspruch*, d.i. die hohe Wahrscheinlichkeit des Erfolgs in der Hauptsache,[2184] glaubhaft machen („Verfügungsmodell").[2185]

2178 Daher ist § 919 ZPO nicht über § 936 ZPO auf einstweilige Verfügungen anwendbar, *Drescher*, in: *Rauscher/Krüger*, MünchKommZPO[4], Bd. 2, § 936, Rdnr. 6; allg. Meinung.

2179 *Hötte*, S. 312, für die kartellrechtliche Zwangslizenz; allgemein zur Bestimmtheit eines Antrags auf Abgabe einer Willenserklärung *Becker-Eberhard*, in: *Rauscher/Krüger*, MünchKommZPO[4], Bd. 1, § 253, Rdnr. 149.

2180 *Münch*, S. 25; allgemein zum unbezifferten Klageantrag *Becker-Eberhard*, in: *Rauscher/Krüger*, MünchKommZPO[4], Bd. 1, § 253, Rdnr. 117 ff.

2181 Vgl. *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 21; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 26.

2182 *Marwitz/Möhring*, S. 204 („alsbald"); *Allfeld*, S. 253 („so rasch wie möglich").

2183 D.i. die Gefahr eines irreparablen Schadens, *Drescher*, in: *Rauscher/Krüger*, MünchKommZPO[4], Bd. 2, § 938, Rdnr. 16; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO[72], Grundz § 916, Rdnr. 6; ebenso etwa OLG Dresden GRUR-RR 2002, 85, 87; OLG München GRUR-RR 2003, 56, 58; ähnlich OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 123, 124; GRUR-RR 2002, 176, 178.

2184 *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO[72], Grundz § 916, Rdnr. 9 („hohe Erfolgswahrscheinlichkeit in der Hauptsache"); *Drescher*, in: *Rauscher/Krüger*, MünchKommZPO[4], Bd. 2, § 938, Rdnr. 15 f. („in höchstem Maße wahrscheinlich"); siehe auch *Vollkommer*, in: *Zöller*, ZPO[30], § 940, Rdnr. 6 („strenge Prüfung"); *Grunsky*, in: *Stein/Jonas*, ZPO[22], Bd. 9, vor § 935, Rdnr. 37 („besonders strenge Anforderungen").

2185 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 21; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 28; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 20; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 42a, Rdnr. 23; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 26.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Fraglich ist, ob die Dringlichkeitsvermutung widerlegt werden kann. In der Literatur wird diese Frage nicht erörtert. Die mit § 42a Abs. 6 S. 2 UrhG wortgleiche Vorschrift des § 25 S. 1 UWG a.F. wurde entgegen dem Wortlaut („können erlassen werden, auch wenn die in den §§ 935 und 940 der Zivilprozessordnung bezeichneten Voraussetzungen nicht *zutreffen*") von der h.M. so ausgelegt, dass zwar ein Verfügungsgrund erforderlich sei, dieser aber widerleglich vermutet werde.[2186] Dies wurde damit begründet, dass, wenn der Verfügungsgrund völlig entbehrlich wäre, das Gericht willkürlich handelte.[2187] Im Zuge der UWG-Reform von 2004 hat sich der Gesetzgeber ohne Begründung der h.M. angeschlossen und § 25 S. 1 UWG a.F. als § 12 Abs. 2 UWG in diesem Sinne reformuliert („können […] auch ohne *die Darlegung und Glaubhaftmachung* der in den §§ 935 und 940 der Zivilprozessordnung bezeichneten Voraussetzungen erlassen werden").[2188] Daraus folgt aber nicht, dass auch § 42a Abs. 6 S. 2 UrhG wie § 25 S. 1 UWG a.F. auszulegen wäre.[2189] Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Dringlichkeitsvermutung unwiderleglich gilt.[2190] Für dieses Ergebnis spricht zunächst der klare Wortlaut und die systematische Gegenüberstellung zu §§ 885 Abs. 1 S. 2, 899 Abs. 2 S. 2 BGB, weil nach diesen Vorschriften die *Glaubhaftmachung* eines Verfügungsgrundes nicht erforderlich ist, während § 42a Abs. 6 S. 2 UrhG *schlechterdings* darauf abstellt, dass die Voraussetzungen der §§ 935, 940 BGB nicht vorliegen

---

2186 BGH GRUR 2000, 151, 152 – „Späte Urteilsbegründung", ohne Begründung, aber mit Verweis auf die „fast einhellige Auffassung"; ebenso statt vieler *Baumbach/Hefermehl*, UWG[22], § 25, Rdnr. 6; *Teplitzky*, S. 748 f.; a.A. etwa *Schultz-Süchting*, in: *Jacobs/Lindacher/Teplitzky*, GroßkommUWG[1], Bd. 2, § 25, Rdnr. 37.

2187 *Baumbach/Hefermehl*, UWG[22], § 25, Rdnr. 6.

2188 Gesetzentwurf v. 22.8.2003, BT-Drs. 15/1487, S. 25 („Die Regelung entspricht im Wesentlichen § 25 UWG a.F. Es wird klargestellt, dass der Antragssteller den Verfügungsgrund nicht glaubhaft machen muss. Die Eilbedürftigkeit bzw. Dringlichkeit wird in Wettbewerbssachen vermutet").

2189 So aber ohne Begründung OLG München GRUR 1994, 118, 120 – „Beatles CD's" (für die analoge Anwendung des § 42a Abs. 6 S. 2); offenbar auch *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 20 („vgl. die identische Regelung in § 25 S. 1 UWG").

2190 Vgl. *Allfeld*, S. 253 („Einstweilige Verfügungen […] sind hier zuzulassen, auch wenn weder eine Veränderung des bestehenden Zustandes zu besorgen ist (§ 935 ZPO), noch die Regelung eines einstweiligen Zustandes zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder aus anderen Gründen nötig erscheint (§ 940 ZPO)"); *Voigtländer/Fuchs*, S. 151; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 28.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

müssen.[2191] Weiter spricht eine telelogische Auslegung für eine unwiderlegliche Vermutung. Denn wenn einstweilige Verfügungen nur erlassen werden können, wenn „aus der Lizenzverweigerung schwere finanzielle Nachteile drohen, die durch eine Geltendmachung des Erfüllungsanspruches im Hauptsacheverfahren nicht mehr aufgefangen werden können“,[2192] besteht das Risiko, dass der Lizenzsucher trotz eines Verfügungsanspruchs *nicht* alsbald mit der Nutzung beginnen kann. Eben dies soll aber durch § 42a Abs. 6 S. 2 UrhG verhindert werden. Schließlich ist das Argument richterlicher Willkür nicht überzeugend. Pflichtgemäßes richterliches Ermessen ohne Ausprägung eines besonderen Verfügungsgrundes ist nicht gleichbedeutend mit Willkür; umgekehrt kann ein Gericht auch dann willkürlich handeln, wenn es einen Verfügungsgrund feststellen muss.[2193]

Die Höhe der Lizenzgebühr wird erst in der Entscheidung in der Hauptsache bestimmt.[2194] Insgesamt ist damit die Zwangslizenz an Musikwerken effektiv.[2195] Allerdings gebieten die Interessen des Rechtsinhabers (Insolvenzrisiko), dass die einstweilige Zwangslizenz nur gegen Sicherheitsleistung erteilt wird (§ 921 Abs. 2 S. 2 ZPO).[2196]

b) Zwangslizenz an privaten Normwerken (§ 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG)

Die zweite urheberrechtliche Zwangslizenz ist die in § 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG geregelte Zwangslizenz an privaten Normwerken zugunsten von Verlegern.

2191 *Schultz-Süchting*, in: *Jacobs/Lindacher/Teplitzky*, GroßkommUWG[1], Bd. 2, § 25, Rdnr. 37, Fn. 48, für § 25 S. 1 UWG a.F.

2192 OLG München GRUR 1994, 118, 120 – „Beatles CD’s“.

2193 *Schultz-Süchting*, in: *Jacobs/Lindacher/Teplitzky*, GroßkommUWG[1], Bd. 2, § 25, Rdnr. 37, Fn. 51, für § 25 S. 1 UWG a.F.

2194 *Münch*, S. 26; vgl. auch *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 28; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 21.

2195 *Münch*, S. 26 („Der Fabrikant kann sich also sehr schnell und leicht ohne vorherige Einigung über die Höhe der zu leistenden Vergütung die Zwangslizenz verschaffen“).

2196 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 42a, Rdnr. 21; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 28; *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 42a, Rdnr. 21; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 42a, Rdnr. 23; *Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 42a, Rdnr. 26.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aa) Entstehungsgeschichte

Äußerungen des Staates können urheberrechtlich geschützt sein, soweit die Schutzvoraussetzungen der §§ 2 bis 4 UrhG erfüllt sind.[2197] Allerdings entzieht § 5 UrhG amtlichen Werken den Urheberrechtsschutz und verfolgt dabei ein Stufenmodell:[2198] Amtliche Werke *mit* Regelungscharakter[2199] (Gesetze, Verordnungen, amtliche Erlasse und Bekanntmachungen sowie Entscheidungen und amtlich verfasste Leitsätze zu Entscheidungen), denen zumindest eine gewisse Außenwirkung zukommt,[2200] genießen überhaupt keinen Schutz (Abs. 1). Amtliche Werke *ohne* Regelungscharakter[2201], die im amtlichen Interesse zur allgemeinen Kenntnisnahme veröffentlicht worden sind (z.B. Gesetzentwürfe, Pressemitteilungen)[2202] unterliegen einem Änderungsverbot und der Verpflichtung zur Quellenangabe, sind im Übrigen aber gemeinfrei (Abs. 2). Bis 2003 enthielt § 5 nur diese beiden Absätze. Anlass für die Regelung des Abs. 3 war die 1990 ergangene „DIN-Normen"-Entscheidung des BGH. Danach können private Normwerke (z.B. DIN-Normen) zu amtlichen Werken werden, wenn Gesetze oder amtliche Verlautbarungen sich diese in einer Weise zu eigen machen, dass ihnen eine gewisse Außenwirkung zukommt, selbst wenn sie nicht in den Wortlaut inkorporiert, sondern lediglich im Anhang oder in einer allgemein zugänglichen Quelle (z.B. in einer vom Verleger beziehbaren Publikation)[2203] abgedruckt sind.[2204] Als solche waren sie nunmehr gemeinfrei und es bestand das Risiko, dass die privaten Normungsgremien ihre Fixkosten ohne Ausschließlichkeitsrecht nicht mehr amortisieren könnten und mittelfristig der Staat zur Subventionierung oder gar zur Übernahme der technischen Normung gezwungen sei.[2205] Der Gesetzgeber nahm deshalb private Normwerke, auf die in Gesetzen, Verordnungen,

---

2197 *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 5, Rdnr. 1.
2198 *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 5, Rdnr. 1.
2199 *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 5, Rdnr. 14.
2200 BGH GRUR 2006, 848, 850, Rdnr. 14 – „Vergaberichtlinie".
2201 *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 5, Rdnr. 24.
2202 *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 5, Rdnr. 27; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 5, Rdnr. 11.
2203 *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 5, Rdnr. 33.
2204 BGH GRUR 1990, 1003, 1004 – „DIN-Normen", bestätigt von BVerfG GRUR 1999, 226 – „DIN-Normen".
2205 Gesetzentwurf v. 6.11.2002 („Erster Korb"), BT-Drs. 15/38, S. 16; siehe auch *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 5, Rdnr. 77.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

amtliche Erlassen und Bekanntmachungen verwiesen wird, *ohne* dass ihr Wortlaut wiedergegeben wird, von der Schutzausnahme wieder völlig aus (Abs. 3 S. 1). Im Anschluss an die Bedenken der CDU/CSU-[2206] und FDP-Fraktion[2207] wurden schließlich die Sätze 2 und 3 angefügt und das wiederhergestellte Ausschließlichkeitsrecht immerhin durch eine Zwangslizenz beschränkt.[2208]

bb) Normzweck

Die Zwangslizenz des § 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG verfolgt zunächst – wie die Schutzausnahmen in § 5 Abs. 1 u. 2 UrhG –[2209] den Zweck, eine ungehinderte Verbreitung amtlicher Werke zu ermöglichen.[2210] Amtliche Werke oder private Normwerke, die diesen gleichkommen, sind nicht oder nur sehr eingeschränkt substituierbar, sodass sie mithilfe eines Ausschließlichkeitsrechts (quasi-)monopolisiert werden können. Unter Zugrundelegung des ökonomischen Verhaltensmodells wäre die Folge eine Verwertung zu unangemessenen, d.h. überhöhten Preisen.[2211] Die Schutzausnahmen und die Zwangslizenz sollen verhindern, dass das Ausschließlichkeitsrecht als Druckmittel in Verhandlungen mit Lizenzsuchern eingesetzt wird, mithin die Preise gering halten.[2212] Damit hat die Zwangslizenz des § 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG die Funktion einer „fleet in being", die die Rechtsinhaber davon abhält, unangemessene Preise zu verlangen.[2213] Insgesamt hat die Norm daher einen wettbewerbspolitischen Zweck.[2214]

2206 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses v. 9.4.2003, BT-Drs. 15/837, S. 27.
2207 Kleine Anfrage der FDP-Fraktion v. 18.12.2002, BT-Drs. 15/248, S. 1.
2208 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses v. 9.4.2003, BT-Drs. 15/837, S. 33; siehe auch *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 5, Rdnr. 78; *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, FS Nordemann, S. 53 f.
2209 Gesetzentwurf v. 23.3.1962, BT-Drs. 4/270, S. 39 („möglichst weite Verbreitung"); siehe auch *Loewenheim*, in: *Berger/Ebke/Elsing/Großfeld/Kühne*, FS Sandrock, S. 609.
2210 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses v. 9.4.2003, BT-Drs. 15/837, S. 33.
2211 Vgl. BVerfG GRUR 1999, 226, 229 – „DIN-Normen".
2212 BVerfG GRUR 1999, 226, 229 – „DIN-Normen".
2213 Vgl. *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 5, Rdnr. 16.
2214 Vgl. *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 5, Rdnr. 16; *Buhrow/Nordemann*, GRUR Int. 2005, 407, 411; *Wolff*, S. 90.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

cc) Tatbestand

Anspruchsberechtigt sind ausschließlich Verleger i.S.v. § 1 VerlG, also alle Unternehmen, die ein Werk zur Vervielfältigung und Verbreitung auf eigene Rechnung in Verlag nehmen.[2215] Online-Verleger können schon deshalb nicht den Abschluss eines Lizenzvertrages verlangen, weil der Rechtsinhaber zur Einräumung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung (§§ 15 Abs. 2 S. 2 Nr. 2, 19a UrhG) nicht verpflichtet ist.[2216] Zwangslizenzverpflichtet ist entweder der Urheber des Normwerks (§ 5 Abs. 3 S. 2 UrhG) oder bei zuvor erfolgter Einräumung eines ausschließlichen Vervielfältigungs- und Verbreitungsrechts der abgeleitete Rechtsinhaber (§ 5 Abs. 3 S. 3 UrhG), z.B. das Deutsche Institut für Normung e.V. (DIN) oder ein Verleger.[2217] Weiter muss auf das private Normwerk in Gesetzen, Verordnungen, Erlassen oder sonstigen Bekanntmachungen verwiesen werden, *ohne* dass ihr Wortlaut wiedergegeben wird; es muss also im Anhang oder in einer allgemein zugänglichen Quelle abgedruckt sein.[2218] Zu guter Letzt muss es sich um ein privates Normwerk handeln, dessen Schutz gerade durch § 5 Abs. 3 S. 1 UrhG sichergestellt wird, also um ein Normwerk, auf das in Gesetzen, Verordnungen, Erlassen oder sonstigen Bekanntmachungen derart verwiesen wird, dass sein Schutz in § 5 Abs. 1 oder 2 UrhG in Frage gestellt wird.[2219] Dazu muss es als amtliches Werk einzustufen sein, d.h. das Gesetz oder die amtliche Verlautbarung muss sich das Normwerk in einer Weise zu eigen machen, dass ihm eine gewisse Außenwirkung zukommt.[2220] Dies folgt nicht nur aus dem

---

2215 *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, FS Nordemann, S. 56; *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 5, Rdnr. 83; *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 5, Rdnr. 36.

2216 *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 5, Rdnr. 83; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 5, Rdnr. 16.

2217 *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 5, Rdnr. 84.

2218 *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 5, Rdnr. 33; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 5, Rdnr. 15; *Marquardt*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 5, Rdnr. 26.

2219 *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 5, Rdnr. 82; *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, FS Nordemann, S. 54 f.; *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 5, Rdnr. 35; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 5, Rdnr. 65; *Wolff*, S. 97.

2220 BGH GRUR 1990, 1003, 1004 – „DIN-Normen"; GRUR 2006, 848, 850, Rdnr. 14 f. – „Vergaberichtlinie".

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Wortlaut („In diesem Fall"),[2221] sondern auch aus der Entstehungsgeschichte und dem Normzweck.[2222] Umgekehrt unterliegen private Normwerke, auf die nicht oder nicht amtlich verwiesen wird, keiner Zwangslizenz nach § 5 Abs. 1 S. 2 u. 3 UrhG.[2223]

dd) Rechtsfolge

Rechtsfolge des § 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG ist der Anspruch auf Lizenzerteilung, vermittelt durch den Abschluss eines Lizenzvertrages.[2224]

(1) Leistung

Gegenstand des Lizenzvertrages ist ein einfaches Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung des privaten Normwerks.[2225] Kein Anspruch besteht auf die Einräumung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung (§§ 15 Abs. 2 S. 2 Nr. 2, 19a UrhG).[2226] Ebenso wenig berechtigt die Zwangslizenz zur Übernahme des Layouts, weil das Urheberrecht, auf das sich § 5 UrhG bezieht, nur den Wortlaut der Norm, nicht aber die graphische Form der Darstellung umfasst.[2227] Aufgrund des Territorialitätsprinzips kann die Zwangslizenz nur im *Inland* wirken.[2228]

2221 *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 5, Rdnr. 82; *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, FS Nordemann, S. 54.

2222 *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, FS Nordemann, S. 54.

2223 *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 5, Rdnr. 35.

2224 *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 5, Rdnr. 39; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 5, Rdnr. 68; der Vertragsschluss ist lediglich das Vehikel, um dem Lizenzsucher die Lizenz zu gewähren, allgemein für den Kontrahierungszwang *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 264.

2225 *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 5, Rdnr. 86; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 5, Rdnr. 16; *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 5, Rdnr. 37; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 5, Rdnr. 67; *Marquardt*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 5, Rdnr. 27.

2226 *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 5, Rdnr. 37; *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 5, Rdnr. 86.

2227 *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, FS Nordemann, S. 55; *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 5, Rdnr. 86.

2228 *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 5, Rdnr. 37; *Wolff*, S. 90.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(2) Gegenleistung

Die Parteien haben den Lizenzvertrag zu angemessenen Bedingungen abzuschließen (§ 5 Abs. 3 S. 2 UrhG). Das Gebot der Angemessenheit gilt zwar für alle Bedingungen des Lizenzvertrages,[2229] bezieht sich aber vorrangig auf die Höhe der Lizenzgebühr. Für die Bestimmung der angemessenen Lizenzgebühr wird überwiegend auf § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG zurückgegriffen, nach dem die Vergütung angemessen ist, die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses dem entspricht, was im Geschäftsverkehr nach Art und Umfang der eingeräumten Nutzungsmöglichkeit, insbesondere nach Dauer und Zeitpunkt der Nutzung, unter Berücksichtigung alle Umstände üblicher- und redlicherweise zu leisten ist.[2230] Vorrangiges Kriterium ist damit die redliche Branchenübung;[2231] bestehen Tarife der Verwertungsgesellschaften, sind diese heranzuziehen.[2232] Wenn eine Branchenübung nicht festgestellt werden kann oder diese Übung nicht der Redlichkeit entspricht, ist die angemessene Vergütung „nach billigem Ermessen festzusetzen".[2233] Da die Zwangslizenz nach § 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG nur eine Ausprägung des allgemeinen Kontrahierungszwangs ist, dürfte die Anlehnung an § 316 BGB i.V.m. § 315 BGB, wonach die Gegenleistung nach billigem Ermessen durch den Vertragspartner, bei Unbilligkeit durch das Gericht bestimmt wird, kein Zufall sein.[2234] Auch hier muss dem Rechtsinhaber ein Ermessensspielraum zugestanden werden, wenn er das Angebot des Lizenzsuchers annimmt und eine „billige" Lizenzgebühr be-

2229 *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, FS Nordemann, S. 56; *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 5, Rdnr. 86.

2230 *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, FS Nordemann, S. 56; *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 5, Rdnr. 86; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 5, Rdnr. 16; *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 5, Rdnr. 38; *Marquardt*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 5, Rdnr. 27.

2231 *Schricker/Haedicke*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 32, Rdnr. 30; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 32, Rdnr. 47; *Kotthoff*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 32, Rdnr. 26.

2232 *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 5, Rdnr. 69.

2233 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses v. 23.1.2002, BT-Drs. 14/8058, S. 18.

2234 Auf die Parallele weisen *Schricker/Haedicke*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 32, Rdnr. 32, hin.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

stimmt.[2235] Bei der Ausübung des billigen Ermessens sind alle relevanten Umstände zu berücksichtigen, also Art und Umfang der Nutzung, Marktverhältnisse, Investitionen, Risikotragung, Kosten, Zahl der Werkstücke oder zu erzielende Einnahmen.[2236] Insbesondere ist die Lizenzgebühr so zu bemessen, dass der Rechtsinhaber seine Fixkosten amortisieren kann.[2237]

ee) Durchsetzung

§ 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG verleiht nur den Anspruch auf Lizenzerteilung, nicht die Lizenz selbst.[2238] Scheitern die Verhandlungen, kann der Lizenzsucher seinen Anspruch im Wege der Leistungsklage prozessual durchsetzen. Da der Gesetzgeber die Zwangslizenz an privaten Normwerken an § 42a UrhG angelehnt hat,[2239] gelten die dortigen Ausführungen entsprechend:[2240] Die Zuständigkeit richtet sich nach allgemeinen Regeln (§§ 1 ZPO),[2241] der Klageantrag kann im Hinblick auf die zu zahlende angemessene Lizenzgebühr unbeziffert bleiben,[2242] das Vorliegen eines Verfügungsgrundes wird analog § 42a Abs. 6 S. 2 UrhG vermutet,[2243] und eine einstweilige Zwangslizenz darf nur gegen Sicherheitsleistung erteilt werden.[2244]

2235 Vgl. *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 596, speziell zu § 61 UrhG a.F. (d.i. § 42a UrhG n.F.) und allgemein für den spezialgesetzlichen Kontrahierungszwang.

2236 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses v. 23.1.2002, BT-Drs. 14/8058, S. 18.

2237 *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, FS Nordemann, S. 57; *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 5, Rdnr. 38; ähnlich *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 5, Rdnr. 86.

2238 *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 5, Rdnr. 39; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 5, Rdnr. 68.

2239 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses v. 9.4.2003, BT-Drs. 15/837, S. 33; siehe auch *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, FS Nordemann, S. 54; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 5, Rdnr. 14; *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 5, Rdnr. 85.

2240 Siehe bereits 3. Kapitel B. II 1. a) ee).

2241 *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 5, Rdnr. 42.

2242 *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 5, Rdnr. 42.

2243 *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 5, Rdnr. 85.

2244 Vgl. *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 5, Rdnr. 85.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

c) Zwangslizenz an Funksendungen und gesendeten Werken (§ 87 Abs. 5 UrhG)

Eine weitere urheberrechtliche Zwangslizenz ist die in § 87 Abs. 5 UrhG geregelte Zwangslizenz an Funksendungen und gesendeten Werken zugunsten von Kabelunternehmen.

aa) Normzweck

§ 87 Abs. 5 UrhG dient der Umsetzung von Art. 12 Abs. 1 Satelliten- u. Kabel-RL. Danach haben die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen, dass Sende- und Kabelunternehmen Verhandlungen über die Erlaubnis der Kabelweitersendung nach Treu und Glauben aufnehmen und diese Verhandlungen nicht ohne triftigen Grund be- oder verhindern, d.h. verweigern oder scheitern lassen.[2245] Im Ergebnis sollen der Erwerb der Kabelweitersenderechte gefördert[2246] und einer Unternutzung von Fernsehprogrammen vorgebeugt werden.[2247] Es geht also nicht allein um die Ausnutzung von Marktmacht, sondern auch um die schlichte Ausübung des Ausschließlichkeitsrechts, die für sich genommen noch nicht wettbewerbswidrig ist.[2248] Dennoch ist § 87 Abs. 5 eine Ausprägung des kartellrechtlichen Kontrahierungszwangs,[2249] verfolgt also (auch) einen wettbewerbspolitischen Zweck.

bb) Tatbestand

Nach § 87 Abs. 5 S. 1 UrhG kann ein Kabelunternehmen (unten (1)) vom Sendeunternehmen (unten (2)) den Abschluss eines Lizenzvertrages verlangen, soweit dieser Anspruch nicht ausgeschlossen ist (unten (3)). An dem Vertrag können Verwertungsgesellschaften beteiligt werden (unten (4)).

2245 Vgl. Erwgr. 11 Satelliten- u. Kabel-RL.
2246 Erwgr. 30 Satelliten- u. Kabel-RL.
2247 Vgl. *Dreier*, in: *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, Rdnr. 7.11.1.
2248 *Dreier*, in: *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, Rdnr. 7.12.3.
2249 OLG Dresden, GRUR 2003, 601, 603 – „Kontrahierungszwang“.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(1) Berechtigter

Den Abschluss eines *Lizenz*vertrages kann – trotz der in § 87 Abs. 5 S. 1 UrhG geregelten gegenseitigen Pflicht zum Vertragsschluss[2250] – nur ein Kabelunternehmen verlangen, weil ein Sendeunternehmen von diesem allenfalls die Zustimmung zur Einspeisung der Sendungen in das Kabelnetz fordern kann und es sich dabei um keine Lizenz handelt.[2251] Der Begriff des Kabelunternehmens meint den Betreiber eines Kabelnetzes zur Weitersendung von Sendungen.[2252] Deshalb können etwa OTT-TV-Anbieter keine Zwangslizenz verlangen:[2253] weder betreiben sie ein Kabelnetz, noch erfolgt die Weitersendung notwendig über Kabelsysteme.[2254]

(2) Verpflichteter

Zum Lizenzvertragsschluss verpflichtet ist jedes Sendeunternehmen, also ein Unternehmen, das durch Funk i.S.v. § 20 UrhG („Ton- und Fernsehfunk, Satellitenrundfunk, Kabelfunk oder ähnliche technische Mittel") oder durch Satellitensendung i.S.v. § 20a Abs. 3 UrhG Funksendungen

---

2250 In der Literatur ist umstritten, ob § 87 Abs. 5 S. 1 auch einen Vertragszwang zulasten des Kabelunternehmens regelt: dafür (arg. Wortlaut) *v. Ungern-Sternberg*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 87, Rdnr. 50 u. 53 (aber nur Anspruch auf kostenlose Weitersendung); *Ehrhardt*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87, Rdnr. 26; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 87, Rdnr. 26; *Boddien*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 87, Rdnr. 45; dagegen (arg. Telos, Systematik) *Weisser/Höppener*, ZUM 2003, 597, 599 f.; *Wolff*, S. 91; die Frage kann offen bleiben, weil es hier um die urheberrechtliche Zwangslizenz, also einen *Lizenz*vertragszwang geht.

2251 Vgl. *Wolff*, S. 91; *Weisser/Höppener*, ZUM 2003, 597, 599.

2252 *Wolff*, S. 91.

2253 LG Hamburg ZUM 2009, 582, 585 f.; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 20b, Rdnr. 9; *v. Ungern-Sternberg*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 20b, Rdnr. 8; *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 20b, Rdnr. 13; *Bauer/v. Einem*, MMR 2007, 698, 699; *Neurauter*, GRUR 2011, 691, 693; siehe auch *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 2; a.A. *Kempermann/Pieper*, CR 2013, 661, 666; *Weber*, ZUM 2009, 460, 462; *Poll*, GRUR 2007, 476, 481 (zumindest analoge Anwendung); *Gounalakis*, ZUM 2009, 447, 452.

2254 *v. Ungern-Sternberg*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 20b, Rdnr. 8; *Neurauter*, GRUR 2011, 691, 693; *Bauer/v. Einem*, MMR 2007, 698, 699; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 20b, Rdnr. 9; siehe bereits 1. Kapitel B. II. 1. b) aa) (1).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

veranstaltet, die zum unmittelbaren und gleichzeitigen Empfang durch die Öffentlichkeit vorgesehen sind.[2255]

(3) Kein Ausschluss

Der Anspruch ist ausgeschlossen, sofern ein die Ablehnung des Vertragsschlusses sachlich rechtfertigender Grund besteht. Die negative Tatbestandsvoraussetzung ist im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 Satelliten- u. Kabel-RL („ohne triftigen Grund") bewusst als Generalklausel ausgestaltet,[2256] zumal eine Zwangslizenz, die dem Sendeunternehmen nicht die Möglichkeit ließe, ihr in berechtigten Fällen zu entgehen, als nicht richtlinienkonform gedeutet werden könnte.[2257] Nach der Gesetzesbegründung kommen sowohl rechtliche als auch tatsächliche Gründe in Betracht.[2258] Ein rechtlicher Grund liegt etwa vor, wenn das Sendeunternehmen nicht Inhaber der Weitersenderechte ist,[2259] die Weitersendung Rechte Dritter verletzt,[2260] oder medienrechtliche Vorschriften der Länder entgegenstehen.[2261] Als tatsächliche Gründe werden genannt: das Nichteingehen auf ernsthafte Angebote ohne Angabe von Gründen;[2262] nicht ernst gemeinte Angebote;[2263] gänzlich überhöhte Preisforderungen;[2264] berechtigte Zwei-

2255 *v. Ungern-Sternberg*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 87, Rdnr. 12; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 87, Rdnr. 5; *Wolff*, S. 91.

2256 *Ehrhardt*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87, Rdnr. 27.

2257 *Dreier*, in: *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, Rdnr. 7.12.5; so etwa, trotz des Ausnahmevorbehalts, *Gounalakis*, NJW 1999, 545, 547 („[§ 87 Abs. 5 UrhG] geht über die Richtlinie hinaus, die in Art. 12 I lediglich eine Pflicht zur fairen Verhandlung, aber keine Abschlußpflicht vorsieht. Das ist mit der in Art. 9 der Richtlinie hervorgehobenen Vertragsfreiheit unvereinbar", Anm. d. Verf.).

2258 Gesetzentwurf v. 4.6.1996, BT-Drs. 13/4796, S. 14.

2259 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 20b, Rdnr. 27; *Ehrhardt*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87, Rdnr. 27; *Boddien*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 87, Rdnr. 47.

2260 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 20b, Rdnr. 27; *Boddien*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 87, Rdnr. 47.

2261 Gesetzentwurf v. 4.6.1996, BT-Drs. 13/4796, S. 15.

2262 *Ehrhardt*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87, Rdnr. 27.

2263 *Ehrhardt*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87, Rdnr. 27.

2264 *Ehrhardt*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87, Rdnr. 27; allerdings erlaubt eine unangemessene Vertragsbedingung nur die Ablehnung des konkret angebotenen

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

fel an der Vertragstreue des Kabelunternehmens;[2265] die fehlende Fähigkeit des Kabelunternehmens, die Weitersendung technisch zu gewährleisten;[2266] und allgemein die Unzumutbarkeit einer Lizenzerteilung, was nicht allein nach dem wohlverstandenen Interesse des Sendeunternehmens, sondern auch nach dem Zweck des § 87 Abs. 5 UrhG bestimmt wird.[2267] Aus diesem Grund kann sich das Kabelunternehmen nicht auf nachteilige Umstände berufen, die gerade auf der gesetzgeberischen Entscheidung zur technologieneutralen Förderung der Kabelweitersendung beruhen.[2268] So kann ein Sendeunternehmen den Vertragsschluss über die digitale Kabelweitersendung nicht mit dem Argument ablehnen, es habe bereits der analogen Weitersendung zugestimmt.[2269] Andererseits soll die Lizenzerteilung etwa verweigert werden dürfen, wenn die Kabelweitersendung das eigene Interesse des Sendeunternehmens an einer Verwertung seiner Sendung im Ausland beeinträchtigt.[2270]

Dem Wortlaut („sofern nicht“) und Normzweck lässt sich weiter entnehmen, dass der Anspruch auf Abschluss eines Lizenzvertrages nur ausnahmsweise entfällt.[2271] Das Gesetz geht für den Regelfall vom Fehlen eines Ablehnungsgrundes aus.[2272] Deshalb liegt die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines sachlich rechtfertigenden Grundes beim Sendeunternehmen.[2273]

(4) Beteiligung von Verwertungsgesellschaften

Da die zur Kabelweitersendung nötigen Rechte der Urheber verwertungsgesellschaftspflichtig sind (§ 20b Abs. 1 S. 1 UrhG) und nicht notwendig einem Sendeunternehmen eingeräumt werden (vgl. § 20b Abs. 1 S. 2 UrhG), können sie auch von Verwertungsgesellschaften gehalten werden.

Vertrages und endet dieses Ablehnungsrecht bei Vorlage eines neuen Angebots mit angemessenen Bedingungen, *Weisser/Höppener*, ZUM 2003, 597, 604.

2265 *Weisser/Höppener*, ZUM 2003, 597, 605.
2266 *Weisser/Höppener*, ZUM 2003, 597, 605.
2267 *Weisser/Höppener*, ZUM 2003, 597, 604 f.
2268 *Weisser/Höppener*, ZUM 2003, 597, 605.
2269 Gesetzentwurf v. 15.6.2006 („Zweiter Korb“), BT-Drs. 16/1828, S. 32.
2270 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 20b, Rdnr. 27.
2271 *Weisser/Höppener*, ZUM 2003, 597, 604; *Wolff*, S. 101.
2272 *Weisser/Höppener*, ZUM 2003, 597, 604.
2273 *Wolff*, S. 101; *Weisser/Höppener*, ZUM 2003, 597, 604.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY - https://www.nomos-elibrary.de/agb

ist. Damit für die Kabel- und Sendeunternehmen transparent und kalkulierbar ist, welche Vergütungen für die Kabelweitersendung insgesamt zu zahlen sind, können nach § 87 Abs. 5 S. 2 UrhG beide Parteien verlangen, die Verwertungsgesellschaften in den Lizenzvertrag miteinzubeziehen, um auf diese Weise eine umfassende Vereinbarung herbeizuführen.[2274] Die Verwertungsgesellschaften mussten nicht in Art. 87 Abs. 5 UrhG zum Vertragsschluss verpflichtet werden, weil für sie die – weitergehende – Zwangslizenz des § 34 Abs. 1 VGG gilt.[2275]

cc) Rechtsfolge

Rechtsfolge des § 87 Abs. 5 S. 1 UrhG ist ein Anspruch auf Abschluss eines Lizenzvertrages.[2276]

(1) Leistung

Gegenstand des Lizenzvertrages sind die dem Sendeunternehmen originär (§ 87 Abs. 5 S. 1 Hs. 1 i.V.m.§ 87 Abs. 1 Nr. 1 UrhG) oder abgeleitet (§ 87 Abs. 5 S. 1 Hs. 2 i.V.m. §§ 20b Abs. 1 S. 2, 87 Abs. 2 UrhG) zustehenden Kabelweitersenderechte i.S.v. § 20b Abs. 1 S. 1 UrhG,[2277] also das Recht, die Funksendung und die (darin) gesendeten Werke im Rahmen eines zeitgleich, unverändert und vollständig weiterübertragenen Programms durch Kabelsysteme oder Mikrowellensysteme weiterzusenden. Dabei spielt es keine Rolle, ob die *Erst*sendung im In- oder Ausland erfolgte, da sich § 87 Abs. 5 S. 1 i.V.m. § 20b Abs. 1 S. 1 UrhG – anders als Art. 1 Abs. 3, 8 Abs. 1 Satelliten- u. Kabel-RL – nicht auf die Kabelweitersendung aus

---

2274 Gesetzentwurf v. 15.6.2006 („Zweiter Korb"), BT-Drs. 16/1828, S. 32; siehe auch *Ehrhardt*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87, Rdnr. 26.

2275 *v. Ungern-Sternberg*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 87, Rdnr. 51.

2276 *Weisser/Höppener*, ZUM 2003, 597, 608; der Vertragsschluss ist lediglich das Vehikel, um dem Lizenzsucher die Lizenz zu gewähren, allgemein für den Kontrahierungszwang *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 264.

2277 *v. Ungern-Sternberg*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 87, Rdnr. 52; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 87, Rdnr. 26; *Ehrhardt*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87, Rdnr. 26.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

einem anderem Mitgliedstaat der EU beschränkt.[2278] Allerdings muss die zwangslizenzierte *Weiter*sendung aufgrund des Territorialitätsprinzips im Inland erfolgen.[2279] So kann für die Weitersendung einer deutschen oder französischen (Erst-)Sendung durch *französische* Kabelsysteme keine Zwangslizenz nach § 87 Abs. 5 UrhG verlangt werden; insoweit ist das *droit de représentation* (Art. L. 122-2, L. 216-1 CPI) betroffen.[2280] Dies steht im Einklang mit Art. 11bis Abs. 2 RBÜ, der die Wirkung von Regelungen zur Ausübung des Weitersenderechts (Art. 11bis Abs. 1 Nr. 2 RBÜ) auf das Hoheitsgebiet des Landes beschränkt, das sie festgelegt hat.[2281]

(2) Gegenleistung

Der Lizenzvertrag ist zu angemessenen Bedingungen abzuschließen (§ 87 Abs. 5 S. 1 Hs. 1 UrhG). Der Begriff erfasst zwar auch – und gerade – die angemessene Vergütung, geht aber darüber hinaus, indem er auf alle gegenseitigen Vertragspflichten Bezug nimmt.[2282] Für die Bestimmung der Angemessenheit sind alle im Einzelfall relevanten Faktoren, die nach der Verkehrsanschauung für die Bewertung von Leistung und Gegenleistung maßgeblich sind, zu berücksichtigen.[2283] Dazu werden in erster Linie die marktüblichen Bedingungen herangezogen,[2284] etwa die bereits bestehen-

2278 *Weisser/Höppener*, ZUM 2003, 597, 599; im Hinblick auf die Verwertungsgesellschaftspflicht (§ 20b Abs. 1 S. 1 UrhG) auch *v. Ungern-Sternberg*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 20b, Rdnr. 4.

2279 Vgl. *Ulmer*, UrhR[3], S. 81, allgemein für „Zwangseingriffe" in das Urheberrecht.

2280 Allerdings wird in Frankreich das Kabelweitersenderecht nur durch eine Verwertungsgesellschaftspflicht beschränkt (Art. L. 132-20-1 Abs. 1, L. 217-2 Abs. 1 CPI) und sind die von einem Sendeunternehmen gehaltenen Rechte davon ausdrücklich ausgenommen (Art. L. 132-20 Abs. 2 S. 2, L. 217-2 Abs. 2 S. 2 CPI); sie unterliegen auch keiner Zwangslizenz.

2281 Vgl. *Dreier*, Kabelweiterleitung und Urheberrecht, S. 62.

2282 *Weisser/Höppener*, ZUM 2003, 597, 606; *Spindler*, MMR-Beil. 2003, 1, 8;.

2283 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 87, Rdnr. 28; *Ehrhardt*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87, Rdnr. 28.

2284 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 87, Rdnr. 28; *Boddien*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 87, Rdnr. 46; *Ehrhardt*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87, Rdnr. 28; *Hillig*, in: *Möhring/Nicolini*, UrhG[2], § 87, Rdnr. 54; *ders.*, MMR-Beil. 2001, 34, 38.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

den Verträge[2285] und die gemeinsamen Vergütungstarife der GEMA und anderer Verwertungsgesellschaften für die Weitersendung.[2286] Im Übrigen können u.a. folgende Faktoren Berücksichtigung finden:[2287] die Zahl der an das Kabelnetz angeschlossenen Teilnehmer und die Höhe der von ihnen entrichteten Entgelte;[2288] die Wahrscheinlichkeit und der Umfang der Beeinträchtigung anderer Verwertungsmöglichkeiten des Sendeunternehmens;[2289] die Investitionen der Parteien;[2290] der wertmindernde Charakter der Kabelweitersendung als Zweitverwertungsrecht;[2291] sowie schließlich die im Fall des Transportmodells fehlende Einflussnahme des Kabelnetzbetreibers auf die Inhalte einerseits und andererseits dessen im Fall des Vermarktungsmodells unternehmerisch aktivere Rolle.[2292]

dd) Durchsetzung

§ 87 Abs. 5 UrhG verleiht nur den Anspruch auf Abschluss eines Lizenzvertrages, nicht die Lizenz selbst.[2293] Der Anspruch soll vorrangig durch gütliche Einigung verwirklicht und erst bei Scheitern der Verhandlungen eingeklagt werden.[2294] In Umsetzung von Art. 11 Satelliten- u. Kabel-RL regelt § 92 Abs. 2 VGG daher ein Schiedsstellenverfahren beim DPMA, das der Klage – nicht aber dem Arrest und der einstweiligen Verfügung (§ 128 Abs. 3 S. 1 VGG) – als Prozessvoraussetzung zwingend vorgeschaltet ist (§ 128 Abs. 1 S. 1 VGG); andernfalls ist die Klage unzulässig.[2295] Zugleich stellt das Schiedsstellenverfahren eine Verfahrenslö-

---

2285 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 87, Rdnr. 28; *Hillig*, in: *Möhring/Nicolini*, UrhG[2], § 87, Rdnr. 54.
2286 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 87, Rdnr. 28; *Hillig*, in: *Möhring/Nicolini*, UrhG[2], § 87, Rdnr. 54.
2287 *Weisser/Höppener*, ZUM 2003, 597, 607.
2288 *Hillig*, MMR-Beil. 2001, 34, 38.
2289 *Hillig*, MMR-Beil. 2001, 34, 38.
2290 *Gounalakis/Mand*, S. 97.
2291 *Spindler*, MMR-Beil. 2003, 1, 14.
2292 *Spindler*, MMR-Beil. 2003, 1, 16.
2293 *Weisser/Höppener*, ZUM 2003, 597, 608.
2294 Vgl. *Dreier*, in: *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, Rdnr. 7.11.2.
2295 *Weisser/Höppener*, ZUM 2003, 597, 597; *Spindler*, MMR-Beil. 2003, 1, 7; *Wolff*, S. 104; *W. Nordemann/Wirtz*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], §§ 14-16 UrhWG, Rdnr. 16; *Reinbothe*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 16 UrhWG,

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sung zur Bestimmung der Angemessenheit der Bedingungen dar.[2296] Mit der fachlichen Autorität, die ihre spezielle Sachkunde erwarten lässt, erleichtert die Schiedsstelle eine Einigung der Beteiligten oder gibt, wo dies nicht zu erreichen ist, dem später zu entscheidenden Gericht eine Orientierungshilfe.[2297] Die Erfahrungen zeigen, dass das Schiedsstellenverfahren fast immer zu einer gütlichen Einigung führt. [2298] Die Schiedsstelle hat den Parteien dazu binnen einen Jahres einen Einigungsvorschlag zu unterbreiten (§ 105 Abs. 1 S. 1 VGG), der – wenn ihm nicht binnen drei Monaten widersprochen wird – als angenommen gilt (§ 105 Abs. 3 VGG).

Im Anschluss an das Schiedsstellenverfahren ist ausschließlich das OLG München erstinstanzlich zuständig (§ 129 Abs. 1 VGG). Es setzt den Inhalt des Vertrages, insbesondere Art und Höhe der Vergütung, „nach billigem Ermessen" fest (§ 130 S. 1 VGG). Allerdings muss sich das Gericht in dem Rahmen bewegen, der durch die Parteien gesteckt ist; es darf nicht darüber hinausgehen (§ 308 ZPO).[2299] Die Entscheidung ist der eines Gerichts vergleichbar, das im Falle des § 315 Abs. 3 S. 2 BGB (i.V.m. § 316 BGB) für die hierzu an sich berufene Vertragspartei die (Gegen-)Leistung nach billigem Ermessen zu bestimmen hat.[2300] Dies ähnelt stark den zum allgemeinen Kontrahierungszwang beschriebenen Grundsätzen, wonach die Gegenleistung nach billigem Ermessen durch den Vertragspartner, bei

---

Rdnr. 2; *Gerlach*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 16 UrhWG, Rdnr. 2; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 16 UrhWG, Rdnr. 2.

2296 *Weisser/Höppener*, ZUM 2003, 597, 597.

2297 *W. Nordemann/Wirtz*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], §§ 14-16 UrhWG, Rdnr. 1; vgl. auch Gesetzentwurf v. 22.12.1983, BT-Drs. 10/837, S. 24 („Um die Sachkunde der Schiedsstelle in möglichst großem Umfang nutzbar zu machen und die Gerichte soweit wie möglich zu entlasten, bestimmt Absatz 1, daß bei Streitfällen, bei denen nach § 14 des Entwurfs die Schiedsstelle angerufen werden kann, die Durchführung des Schiedsverfahrens eine von Amts wegen zu berücksichtigende Prozeßvoraussetzung für die gerichtliche Geltendmachung darstellt").

2298 *W. Nordemann/Wirtz*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], §§ 14-16 UrhWG, Rdnr. 1.

2299 *W. Nordemann/Wirtz*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], §§ 14-16 UrhWG, Rdnr. 17.

2300 BGH GRUR 2001, 1139, 1142 – „Gesamtvertrag privater Rundfunk".

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Unbilligkeit durch das Gericht bestimmt wird (§ 316 BGB i.V.m. § 315 BGB).[2301]

Die Frage, ob für die einstweilige Zwangslizenz der Verfügungsgrund analog § 42a Abs. 6 S. 2 UrhG zu vermuten ist, wird in der Literatur nicht erörtert. Richtigerweise kann aber für § 87 Abs. 5 UrhG nicht anderes gelten als für § 42a und 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG. Zunächst besteht eine Regelungslücke, weil die Voraussetzungen einer einstweiligen Zwangslizenz weder in § 87 Abs. 5 UrhG noch in den §§ 128 ff. VGG geregelt ist. Weiter kann eine Planwidrigkeit dieser Regelungslücke angenommen werden, da die §§ 128 ff. VGG in erster Linie Streitigkeiten zwischen Verwertungsgesellschaften und Nutzern (§ 92 Abs. 1 Nr. 1-3 VGG) im Blick haben und sich hier das Problem einer Leistungsverfügung überhaupt nicht stellt, weil die Nutzungsrechte als durch Vorbehaltzahlung oder Hinterlegung eingeräumt gelten (§ 37 VGG).[2302] Schließlich besteht eine vergleichbare Interessenlage: Die Zwangslizenz wäre nicht effektiv, wenn der Lizenzsucher über mehrere Instanzen prozessieren müsste, um irgendwann mit der Nutzung beginnen zu dürfen. Deshalb müssen auch hier die Anforderungen an eine einstweilige Verfügung reduziert werden.

d) Zwangslizenz zulasten von Verwertungsgesellschaften (§ 34 Abs. 1 VGG)

Die vierte und letzte urheberrechtliche Zwangslizenz ist die in § 34 Abs. 1 VGG geregelte Zwangslizenz zulasten von Verwertungsgesellschaften.

aa) Normzweck

Verwertungsgesellschaften verfügen entweder über ein absolutes Monopol – wenn sie in dem entsprechenden Tätigkeitsbereich alle Rechte treuhänderisch wahrnehmen – oder zumindest über ein relatives Monopol, als sie eine Vielzahl von Rechten bündeln und ein Verwerter nicht beliebig auf

2301 Vgl. *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 596, speziell zu § 61 UrhG a.F. (d.i. § 42a UrhG n.F.) und allgemein für den spezialgesetzlichen Kontrahierungszwang.

2302 *Gerlach*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 16 UrhWG, Rdnr. 10.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

andere Werke ausweichen kann oder will.[2303] Der Abschlusszwang des § 34 Abs. 1 S. 1 VGG soll einem Missbrauch dieser Marktmacht vorbeugen.[2304] Die Norm hat deshalb in erster Linie einen wettbewerbspolitischen Zweck.[2305] Sie konkretisiert und verstärkt die Abschlusspflicht, die die Verwertungsgesellschaft als Unternehmen mit beherrschender Stellung bereits nach den allgemeinen Vorschriften (Art. 102 AEUV, §§ 19, 33 GWB) treffen kann.[2306] Das Interesse der Allgemeinheit an kultureller Vielfalt wird nur als Reflex geschützt.[2307]

bb) Tatbestand

Anspruchsberechtigt ist „jedermann", also jeder potentielle Nutzer.[2308] Ausnahmen von dem Lizenzerteilungsanspruch scheint der Wortlaut nicht vorzusehen.[2309] Allerdings folgt aus dem Normzweck, dass der Anspruch ausnahmsweise nicht besteht, wenn im Einzelfall eine missbräuchliche Ausnutzung der Monopolstellung ausscheidet und die Verwertungsgesellschaft dem Verlangen auf Einräumung von Nutzungsrechten vorrangige berechtigte Interessen entgegenhalten kann.[2310] Diese Auslegung ist auch mit dem Wortlaut vereinbar, weil die Verwertungsgesellschaft die von ihr wahrgenommenen Rechte nur zu „angemessenen Bedingungen" einräumen muss und damit nicht nur die Angemessenheit der Vergütung gemeint

---

2303 *Reinbothe*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR^4, § 11 UrhWG, Rdnr. 1; ähnlich *W. Nordemann/Wirtz*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR^{11}, §§ 11 UrhWG, Rdnr. 1;.

2304 Vgl. Gesetzentwurf v. 23.3.1962, BT-Drs. 4/271, S. 17; *Reinbothe*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR^4, § 11 UrhWG, Rdnr. 1; *W. Nordemann/Wirtz*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR^{11}, §§ 11 UrhWG, Rdnr. 1; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG^5, § 11 UrhWG, Rdnr. 1; *Gerlach*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR^4, § 11 UrhWG, Rdnr. 1; *Zeisberg*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR^3, § 11 UrhWG, Rdnr. 1; *Banck*, S. 28.

2305 *Buhrow/Nordemann*, GRUR Int. 2005, 407, 411; *Banck*, S. 28.

2306 BGH GRUR 2009, 1052, 1053, Rdnr. 10 – „Seeing is Believing".

2307 *Buhrow/Nordemann*, GRUR Int. 2005, 407, 411; *Banck*, S. 29.

2308 *Reinbothe*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR^4, § 11 UrhWG, Rdnr. 4; *Gerlach*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR^4, § 11 UrhWG, Rdnr. 1; *Zeisberg*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR^3, § 11 UrhWG, Rdnr. 4.

2309 Vgl. *Banck*, S. 101; *Reinbothe*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR^4, § 11 UrhWG, Rdnr. 8.

2310 BGH GRUR 2009, 1052, 1053, Rdnr. 11 – „Seeing is Believing".

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ist.[2311] Vielmehr braucht die Verwertungsgesellschaft dem Verlangen eines Lizenzsuchers auch dann nicht nachzukommen, wenn die Einräumung in sonstiger Weise mit unangemessenen Bedingungen verbunden wäre.[2312] Folgt aus der Monopolstellung der Verwertungsgesellschaft nur die Pflicht, die wahrgenommenen Rechte nicht missbräuchlich auszuüben, darf sie die Lizenzerteilung auch dann verweigern, wenn dafür ein sachlich gerechtfertigter Grund besteht.[2313] Die Beurteilung, ob eine sachlich gerechtfertigte Ausnahme gegeben ist, erfordert eine Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der Zielsetzung des VGG sowie des Zwecks der grundsätzlichen Abschlusspflicht.[2314] Dabei ist zwischen berechtigten Interessen der Verwertungsgesellschaft und des betreffenden Urhebers zu unterscheiden.[2315] Ein sachlich gerechtfertigter Grund aus der Sphäre der Verwertungsgesellschaft liegt etwa vor, wenn der Lizenzsucher ein „notorischer Rechtsbrecher" ist, der Verträge beharrlich nicht einhält, insbesondere die geschuldete Vergütung nicht entrichtet, oder wiederholt vorsätzlich Urheberrechtsverletzungen begeht;[2316] wenn er insolvent ist;[2317] oder wenn die Verwertungsgesellschaft durch den Abschluss gegen sonstige Rechtsnormen verstoßen würde.[2318] Auch Gründe, die in der Person des Urhebers liegen, können in Ausnahmefällen eine Lizenzverweigerung rechtfertigen. Ein solcher Fall liegt insbesondere dann vor, wenn die nicht ganz fernliegende Gefahr besteht, dass der Lizenzsucher Rechte des Urhebers, die dieser selbst wahrnimmt (insbesondere Urheberpersönlichkeitsrechte)[2319], verletzen wird.[2320] Denn es kann einer Verwertungsgesellschaft aufgrund des Treuhandverhältnisses nicht zuge-

---

2311 BGH GRUR 2009, 1052, 1053, Rdnr. 11 – „Seeing is Believing".
2312 BGH GRUR 2009, 1052, 1053, Rdnr. 11 – „Seeing is Believing".
2313 BGH GRUR 2009, 1052, 1053, Rdnr. 11 – „Seeing is Believing".
2314 BGH GRUR 2009, 1052, 1053, Rdnr. 13 – „Seeing is Believing".
2315 *Banck*, S. 111 f.
2316 *W. Nordemann/Wirtz*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], §§ 11 UrhWG, Rdnr. 3; *Reinbothe*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 8; *Banck*, S. 112 ff.; in dieselbe Richtung *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 11 UrhWG, Rdnr. 5.
2317 *Banck*, S. 115 ff.
2318 *Banck*, S. 121 f.
2319 Eingehend *Banck*, S. 129 ff.; siehe auch *Gerlach*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 8.
2320 BGH GRUR 2009, 1052, 1054, Rdnr. 23 – „Seeing is Believing"; in diesem Fall war der Künstlerexklusivvertrag zwischen einem Tonträgerhersteller und dem Urheber Xavier Naidoo nichtig (§§ 138 Abs. 1, 139 BGB) und weigerte sich

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mutet werden, mögliche Verletzungen von Urheber- oder Leistungsschutzrechten ihrer Treugeber durch den Abschluss von Lizenzverträgen objektiv zu fördern oder zumindest die Gefahr solcher Rechtsverletzungen objektiv zu erhöhen.[2321] Zu guter Letzt kann der Vertragsschluss verweigert werden, wenn der Urheber den Rückruf wegen gewandelter Überzeugung erklärt hat (§ 42a Abs. 1 S. 1 Hs. 2 UrhG analog)[2322] oder sich die Rechtseinräumung im Wahrnehmungsvertrag ausdrücklich vorbehalten hat.[2323]

cc) Rechtsfolge

Rechtsfolge des § 34 Abs. 1 S. 1 VGG ist der Anspruch auf Abschluss eines Lizenzvertrages („Abschlusszwang").[2324]

(1) Leistung

Gegenstand des Lizenzvertrages können nur einfache Nutzungsrechte sein, weil die Verwertungsgesellschaft auch anderen Lizenzsuchern („jedermann") gegenüber kontrahierungspflichtig ist.[2325]

---

dieser beharrlich, die ihm als Sänger zustehenden Leistungsschutzrechte (§§ 77, 78 Abs. 1 Nr. 1 UrhG) doch noch einzuräumen.

2321 BGH GRUR 2009, 1052, 1054, Rdnr. 23 – „Seeing is Believing".

2322 *W. Nordemann/Wirtz*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], §§ 11 UrhWG, Rdnr. 3; *Reinbothe*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 8; *Banck*, S. 137 ff.

2323 *W. Nordemann/Wirtz*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], §§ 11 UrhWG, Rdnr. 3; *Banck*, S. 143 ff.

2324 *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 11 UrhWG, Rdnr. 6; der Vertragsschluss ist lediglich das Vehikel, um dem Lizenzsucher die Lizenz zu gewähren, allgemein für den Kontrahierungszwang *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 264.

2325 *Reinbothe*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 4; *W. Nordemann/Wirtz*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], §§ 11 UrhWG, Rdnr. 34; *Zeisberg*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 11 UrhWG, Rdnr. 4; *Gerlach*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 3; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 11 UrhWG, Rdnr. 10; *Banck*, S. 60.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY - https://www.nomos-elibrary.de/agb

(2) Gegenleistung

Der Lizenzvertrag muss angemessene Bedingungen enthalten (§ 34 Abs. 1 S. 1 VGG), d.h. Leistung und Gegenleistung müssen zueinander in einem ausgewogenen Verhältnis stehen.[2326] Dazu müssen die Bedingungen insbesondere objektiv und nichtdiskriminierend sein und eine angemessene Vergütung vorsehen (§ 34 Abs. 1 S. 2 VGG). Schon vor der VGG-Novelle war die Angemessenheit der Vergütung der wesentliche – wenn auch nicht der einzige – Faktor.[2327] Die Vergütung ist angemessen, wenn der Urheber an der wirtschaftlichen Nutzung seines Werkes angemessen beteiligt wird.[2328] Dazu ist in Anlehnung an § 39 Abs. 1 VGG grundsätzlich auf den wirtschaftlichen Erfolg des Verwerters abzustellen.[2329] Nicht restlos geklärt ist die Frage, ob für die Angemessenheit schlicht auf die entsprechenden oder zumindest vergleichbaren Tarife abzustellen ist:[2330] Zum Teil wird diese Frage bejaht, weil die Tarife angemessen sein müssen und von der Aufsichtsbehörde überprüft würden.[2331] Die Gegenansicht lehnt eine gesetzliche Vermutung für die Angemessenheit der Tarife ab, weil diese ihrerseits in vollem Umfang gerichtlich nachprüfbar seien und die Aufsichtsbehörde nur bei einem groben Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung einschreiten könne.[2332] Vermittelnd wird danach unterschieden, ob sich die Parteien auf einen Tarif einigen oder nicht; (nur) im

2326 *Reinbothe*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 5; *Gerlach*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 3; *Zeisberg*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 11 UrhWG, Rdnr. 7.

2327 *Reinbothe*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 5; *Gerlach*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 3; *Zeisberg*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 11 UrhWG, Rdnr. 7.

2328 *Reinbothe*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 5; *Gerlach*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 3; *Zeisberg*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 11 UrhWG, Rdnr. 7.

2329 *Reinbothe*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 5; *Gerlach*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 3; *Zeisberg*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 11 UrhWG, Rdnr. 7.

2330 *Reinbothe*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 6; *Zeisberg*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 11 UrhWG, Rdnr. 8.

2331 BGH GRUR 1974, 35, 37 – „Musikautomat"; vgl. *Zeisberg*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 11 UrhWG, Rdnr. 9; *Reinbothe*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 6.

2332 BGH GRUR 1986, 376, 377 f. – „Filmmusik"; vgl. *Zeisberg*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 11 UrhWG, Rdnr. 10; *Reinbothe*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 6.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zweiten Fall müsse eine angemessene Vergütung selbständig ausgehandelt und notfalls gerichtlich durchgesetzt werden,[2333] wobei die Verwertungsgesellschaft insbesondere bei schon länger geltenden und in der Praxis anerkannten Tarifen eine Beweiserleichterung trifft.[2334] Der vermittelnden Ansicht ist zuzustimmen: Gegen die erste Ansicht spricht das Argument der Gegenansicht. Andererseits kann eine Vergütung, auf die sich die Parteien einigen, obwohl das Werk auch ohne Einigung über die Höhe der Vergütung genutzt werden kann (vgl. § 37 VGG), kaum unangemessen sein.[2335]

dd) Durchsetzung

§ 34 Abs. 1 S. 1 VGG verleiht nur den Anspruch auf Abschluss eines Lizenzvertrages, nicht die Lizenz selbst.[2336] Der Anspruch soll vorrangig durch gütliche Einigung verwirklicht und erst bei Scheitern der Verhandlungen eingeklagt werden. Zunächst müssen die Verwertungsgesellschaft und der Lizenzsucher nach Treu und Glauben verhandeln und sich alle für die Verhandlungen notwendigen Informationen zur Verfügung stellen (§ 36 Abs. 1 S. 1 u. 2 VGG). Das aus Art. 16 Abs. 1 Verwertungsgesellschafts-RL übernommene Verhandlungsgebot gleicht dem Verhandlungsgebot in Art. 12 Abs. 1 Satelliten- u. Kabel-RL[2337], mit dem Fälle wie das Nichteingehen auf ernsthafte Angebote ohne Angabe von Gründen und gänzlich überhöhte Vertragsbedingungen verhindert werden sollen.[2338] Da

---

2333 BGH GRUR 1984, 52, 54 – „Tarifüberprüfung I"; ebenso *Zeisberg*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR^3, § 11 UrhWG, Rdnr. 11; *Reinbothe*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR^4, § 11 UrhWG, Rdnr. 6; *Gerlach*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR^4, § 11 UrhWG, Rdnr. 5; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG^5, § 11 UrhWG, Rdnr. 12; offenbar auch *W. Nordemann/Wirtz*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR^{11}, §§ 11 UrhWG, Rdnr. 4.

2334 *Reinbothe*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR^4, § 11 UrhWG, Rdnr. 6; *Gerlach*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR^4, § 11 UrhWG, Rdnr. 6; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG^5, § 11 UrhWG, Rdnr. 13; *Zeisberg*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR^3, § 11 UrhWG, Rdnr. 13; *W. Nordemann/Wirtz*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR^{11}, §§ 11 UrhWG, Rdnr. 4.

2335 Ähnlich BGH GRUR 1984, 52, 54 – „Tarifüberprüfung I".

2336 *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG^5, § 11 UrhWG, Rdnr. 6.

2337 „Die Mitgliedstaaten sorgen […] dafür, dass die Beteiligten Verhandlungen über die Erlaubnis der Kabelweitersendung nach Treu und Glauben aufnehmen […]."

2338 *Dreier*, in: *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, Rdnr. 7.12.4.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die Parteien bereits durch den weitergehenden Anspruch auf Abschluss eines Lizenzvertrages an den Verhandlungstisch gebracht werden, mag man aber an der Sinnhaftigkeit dieser Regelung zweifeln – so hat der Gesetzgeber bei der Umsetzung des Art. 12 Abs. 1 Satelliten- u. Kabel-RL in § 87 Abs. 5 UrhG auf das Verhandlungsgebot verzichtet. Für den Fall, dass die Verhandlungen scheitern, ist der Klage das Schiedsstellenverfahren als Prozessvoraussetzung zwingend vorgeschaltet (§§ 128 Abs. 1 S. 1, 92 Abs. 1 Nr. 1 VGG), es sei denn, die Anwendbarkeit und Angemessenheit des Tarifs ist unstreitig (§ 128 Abs. 2 S. 1 VGG).[2339] Das ausschließlich zuständige OLG München setzt dann die angemessenen Bedingungen fest (§§ 129 Abs. 1, 130 S. 1 VGG). Insoweit kann auf die Ausführungen zur Zwangslizenz des § 87 Abs. 5 UrhG verwiesen werden.[2340]

(1) „Hinterlegungsmodell“

Allerdings muss der Lizenzsucher, wenn (nur) keine Einigung über die Höhe der Vergütung zustande gekommen ist, nicht erst eine einstweilige Verfügung erwirken. Vielmehr kann er, wenn er die Vergütung in Höhe des von ihm anerkannten (Sockel-)Betrages an die Verwertungsgesellschaft gezahlt und in Höhe der darüber hinausgehenden Forderung unter Vorbehalt an die Verwertungsgesellschaft (vollständig)[2341] gezahlt oder (vollständig)[2342] zu ihren Gunsten beim zuständigen Amtsgericht (§ 374 Abs. 1 BGB)[2343] hinterlegt hat, sofort mit der Nutzung beginnen („Hinterlegungsmodell“); die Nutzungsrechte gelten dann als eingeräumt (§ 37 VGG). Damit soll verhindert werden, dass sich die Verwertungsgesell-

2339 *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 11 UrhWG, Rdnr. 25; *Gerlach*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 12.

2340 Siehe 3. Kapitel B. II. 1. c) dd).

2341 BGH GRUR 1974, 35, 38 – „Musikautomat“; BGH GRUR 1983, 565, 566 – „Tarifüberprüfung II“.

2342 BGH GRUR 1974, 35, 38 – „Musikautomat“.

2343 Die Hinterlegung richtet sich nach den §§ 372 ff. BGB und der Hinterlegungsordnung, *Gerlach*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 10; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 11 UrhWG, Rdnr. 21; *Reinbothe*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 12; *Banck*, S. 65.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schaft durch Hinauszögern der Rechtseinräumung und unangemessen hohe Vergütungsforderungen dem Abschlusszwang tatsächlich entzieht.[2344]

(2) „Verfügungsmodell“

Etwas anderes gilt, wenn die Einigung aus anderen Gründen als der Höhe der Vergütung ausgeblieben ist, etwa weil die Verwertungsgesellschaft einen sachlichen Grund für die Lizenzverweigerung geltend macht.[2345] Hier stellt sich die Frage, ob der Lizenzsucher analog § 42a Abs. 6 S. 2 UrhG eine einstweilige Verfügung beantragen kann, ohne die (besondere) Dringlichkeit glaubhaft machen zu müssen („Verfügungsmodell“).

(a) Meinungsstreit

In der Literatur werden dazu drei Ansichten vertreten: Zum Teil wird eine Analogie mit dem Argument abgelehnt, sie sei nicht notwendig, weil § 37 VGG zu einer gesetzlichen Rechtseinräumung führe.[2346] Einer weiteren Ansicht nach scheidet eine Analogie mangels vergleichbarer Interessenlage aus.[2347] Während die Zwangslizenz des § 42a UrhG kaum jemals Anwendung finde, sei § 34 Abs. 1 VGG für jeden Nutzungsvorgang unter Beteiligung einer Verwertungsgesellschaft einschlägig.[2348] Der Gesetzgeber ordne eine Dringlichkeitsvermutung aber „aus gutem Grunde“ nur in Ausnahmesituationen an.[2349] Zudem werde mit einer Analogie der Unterschied zwischen einer Zwangslizenz und einer gesetzlichen Lizenz verwischt.[2350] Danach unterliegt der Lizenzsucher den strengen Anforderungen an eine Leistungsverfügung, sodass er eine *besondere* Dringlichkeit – die Gefahr eines irreparablen Schadens – und das *hoch*wahrscheinliche

2344 BGH GRUR 2000, 872, 874 f. – „Schiedsstellenanrufung“, mit Verweis auf Gesetzentwurf v. 23.3.1962, BT-Drs. 4/271, S. 17.
2345 *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 11 UrhWG, Rdnr. 17.
2346 *Melichar*, in: *Loewenheim*, HdbUrhR[2], § 48, Rdnr. 14.
2347 *Banck*, S. 87 f.
2348 *Banck*, S. 87.
2349 *Banck*, S. 88.
2350 *Banck*, S. 88.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Bestehen des Verfügungsanspruchs glaubhaft machen muss.[2351] Die h.L. folgt ohne nähere Begründung einem Urteil des OLG München.[2352] Danach soll zwar § 42a Abs. 6 S. 2 UrhG analog anwendbar sein, doch müssen dem Lizenzsucher „aus der Lizenzverweigerung schwere finanzielle Nachteile drohen, die durch eine Geltendmachung des Erfüllungsanspruches im Hauptsacheverfahren nicht mehr aufgefangen werden können".[2353] Mit anderen Worten soll zwar ein Verfügungsgrund erforderlich sein, dieser aber *widerleglich* vermutet werden.[2354]

(b) Stellungnahme

Alle drei Ansichten sind abzulehnen. Richtigerweise ist § 42a Abs. 6 S. 2 UrhG analog anwendbar und wird die besondere Dringlichkeit *unwiderleglich* vermutet. Der Lizenzsucher muss nur – aber immerhin – glaubhaft machen, dass der Verfügungsanspruch mit *hoher* Wahrscheinlichkeit besteht.[2355]

Zunächst besteht eine Regelungslücke.[2356] Die Voraussetzungen einer einstweiligen Zwangslizenz sind weder in § 34 VGG noch in den §§ 128 ff. VGG geregelt und bedürfen einer Regelung, weil sich die Ver-

---

2351 Allgemein *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO[72], Grundz § 916, Rdnr. 6 u. 9 („hohe Erfolgswahrscheinlichkeit in der Hauptsache"); *Drescher*, in: *Rauscher/Krüger*, MünchKommZPO[4], Bd. 2, § 938, Rdnr. 15 f. („in höchstem Maße wahrscheinlich"); siehe auch *Vollkommer*, in: *Zöller*, ZPO[30], § 940, Rdnr. 6; *Grunsky*, in: *Stein/Jonas*, ZPO[22], Bd. 9, vor § 935, Rdnr. 37. Grundsätzlich sind Tatsachen glaubhaft gemacht, wenn nachgewiesen wird, dass ihr Vorliegen *überwiegend* wahrscheinlich ist, *Prütting*, in: *Rauscher/Krüger*, MünchKommZPO[4], Bd. 1, § 294, Rdnr. 2 u. 24.

2352 *Reinbothe*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 13; *Gerlach*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 11 UrhWG, Rdnr. 12; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 11 UrhWG, Rdnr. 26; *Seifert*, in: *Schmid/Wirth/Seifert*, UrhG[2], § 11 UrhWG, Rdnr. 14.

2353 OLG München GRUR 1994, 118, 120 – „Beatles CD's".

2354 So auch die h.M. zur wortgleichen Vorschrift des § 25 S. 1 UWG a.F., siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. a) ee).

2355 Allgemein *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO[72], Grundz § 916, Rdnr. 9 („hohe Erfolgswahrscheinlichkeit in der Hauptsache"); *Drescher*, in: *Rauscher/Krüger*, MünchKommZPO[4], Bd. 2, § 938, Rdnr. 15 („in höchstem Maße wahrscheinlich"); siehe auch *Vollkommer*, in: *Zöller*, ZPO[30], § 940, Rdnr. 6; *Grunsky*, in: *Stein/Jonas*, ZPO[22], Bd. 9, vor § 935, Rdnr. 37.

2356 *Banck*, S. 87.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wertungsgesellschaft dem Abschlusszwang nicht durch Hinauszögern der Rechtseinräumung entziehen soll und § 37 VGG versagt, wenn die Einigung aus anderen Gründen als der Höhe der Vergütung ausbleibt. Dies wird von der ersten Ansicht übersehen.

Weiter ist diese Regelungslücke planwidrig. Der Gesetzgeber wollte verhindern, dass sich die Verwertungsgesellschaften dem Abschlusszwang entziehen können, und hat aus diesem Grund § 37 VGG geregelt.[2357] Da er anders als in § 42a Abs. 1 S. 1 Hs. 2 UrhG („dies gilt nicht, wenn") und § 87 Abs. 5 S. 1 UrhG („sofern nicht") keinen Ausnahmevorbehalt geregelt hat, konnte er nicht damit rechnen, dass die Verwertungsgesellschaften – durch die telelogische Auslegung des § 34 Abs. 1 VGG[2358] – die Rechtseinräumung nun doch hinauszögern können.

Schließlich besteht auch eine vergleichbare Interessenlage.[2359] In beiden Fällen wird eine urheberrechtliche Zwangslizenz angeordnet und soll der Lizenzsucher alsbald mit der Nutzung beginnen können. Ohne Dringlichkeitsvermutung könnte sich der Prozess über mehrere Instanzen hinziehen und wäre die Zwangslizenz kaum effektiv. Der Analogie kann auch nicht entgegengehalten werden, dass der Gesetzgeber eine Dringlichkeitsvermutung nur in Ausnahmesituationen vorsieht. Die Analogie des § 42a Abs. 6 S. 2 UrhG gilt nämlich nur für den Ausnahmefall, dass die Einigung aus anderen Gründen als der Höhe der Vergütung ausbleibt. Für den Regelfall gilt § 37 VGG. Ebenso wenig überzeugt der Einwand der zweiten Ansicht, dass durch die Dringlichkeitsvermutung der Unterschied zwischen gesetzlicher Lizenz und Zwangslizenz verwischt werde. Denn es wird nur die Dringlichkeit, d.h. der Verfügungsgrund vermutet. Im Übrigen gelten die strengen Anforderungen an eine Leistungsverfügung, d.h. der Lizenzsucher muss das hochwahrscheinliche Bestehen des Verfügungsanspruchs glaubhaft machen.[2360] Die Verwertungsgesellschaft kann also die Nutzung bis zur Lizenzerteilung nicht nur nicht verbieten; sie kann auch die Erteilung einer einstweiligen Zwangslizenz verhindern,

---

2357 BGH GRUR 2000, 872, 874 f. – „Schiedsstellenanrufung", mit Verweis auf Gesetzentwurf v. 23.3.1962, BT-Drs. 4/271, S. 17.

2358 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. d) bb).

2359 Vgl. OLG München GRUR 1994, 118, 119 – „Beatles CD's".

2360 Allgemein *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO[72], Grundz § 916, Rdnr. 9 („hohe Erfolgswahrscheinlichkeit in der Hauptsache"); *Drescher*, in: *Rauscher/Krüger*, MünchKommZPO[4], Bd. 2, § 938, Rdnr. 15 („in höchstem Maße wahrscheinlich"); siehe auch *Vollkommer*, in: *Zöller*, ZPO[30], § 940, Rdnr. 6; *Grunsky*, in: *Stein/Jonas*, ZPO[22], Bd. 9, vor § 935, Rdnr. 37.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wenn sie einen sachlichen Grund zur Lizenzverweigerung glaubhaft macht. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb ihr dies nicht zugemutet werden könnte.

Zu guter Letzt muss für die analoge Anwendung des § 42a Abs. 6 S. 2 UrhG dasselbe gelten wie für die unmittelbare Anwendung. Richtigerweise wird die besondere Dringlichkeit dann aber *unwiderleglich* vermutet.[2361]

2. Frankreich: Zwangslizenz an DRM-Schnittstelleninformationen?

Unmittelbar regelt das französische Urheberrechtsgesetz (Première partie du Code de la propriété intellectuelle) keine Zwangslizenz an Werken oder urheberrechtlich geschützten Gütern;[2362] eine solche kann nur mittelbar durch die Rechtsmissbrauchsvorschriften der Art. L. 121-3 Abs. 1 S. 1, L. 122-9 Abs. 1 S. 1 CPI oder die *théorie de l'abus de droit* begründet werden. In der Literatur wird dies damit begründet, dass das Urheberrecht in Frankreich traditionell als ein von der Natur gegebenes Eigentum statt als ein vom Staat verliehenes Ausschließlichkeitsrecht angesehen wird (Lehre vom geistigen Eigentum).[2363] Allerdings regelt Art. L. 331-5 Abs. 4 S. 2 i.V.m. Art. L. 331-32 CPI eine Verpflichtung zur Offenlegung von DRM-Schnittstelleninformationen und könnte es sich hierbei um eine „verdeckte" Zwangslizenz handeln. Es werden der Normzweck (unten a)), der Tatbestand (unten b)), die Rechtsfolge (unten c)) und die Durchsetzung (unten d)) erörtert.

a) Normzweck

Anlass für die gesetzliche Verpflichtung zur Offenlegung von DRM-Schnittstelleninformationen war eine Entscheidung des Conseil de la Concurrence von November 2004.[2364] Darin war ein Antrag auf Erlass einer

2361 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. a) dd).
2362 *Carre*, S. 396.
2363 *Strowel*, Droit d'auteur et copyright, Rdnr. 486; *ders.*, Cah. propr. intell. 3 (1990/91), 161, 167.
2364 Vgl. *Goldsmith*, RLDI 23 (2007), supplément, 42, 42; *Harrang*, 49 Ariz. L. Rev. 29, 37 (2007).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kartellrechtlichen Zwangslizenz an Apples DRM-Technologie FairPlay zurückgewiesen worden,[2365] weil die Nutzung von FairPlay nicht als unerlässlich eingestuft wurde, um auf dem Markt für Internet-Musikdienste tätig zu werden *(essential facility test)*.[2366] Der französische Gesetzgeber erblickte in der Beschränkung der Interoperabilität von technischen Schutzmaßnahmen – anders als hier vertreten[2367] – ein *allgemeines* Problem, das er glaubte, pauschal lösen zu müssen. Deshalb setzte er mit der Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information („Loi DADVSI") vom 1. August 2006 nicht nur (etwas verspätet) die Informationsgesellschafts-RL in nationales Recht um, sondern ordnete unter Berufung auf Erwgr. 48 und 54 Informationsgesellschafts-RL[2368] zusätzlich an, dass die technischen Schutzmaßnahmen nicht dazu führen dürfen, dass die wirksame Herstellung der Interoperabilität, unter Beachtung des Urheberrechts, verhindert wird; zu diesem Zweck wurden die Anbieter technischer Schutzmaßnahmen verpflichtet, unter den in den Art. L. 331-31 Abs. 1 Nr. 1 und L. 331-32 CPI festgelegten Bedingungen Zugang zu den für die Interoperabilität wesentlichen Informationen zu gewähren (Art. L. 331-5 Abs. 4 CPI).[2369] Der Normzweck besteht also in der Herstellung von Interoperabilität.

2365 Siehe bereits 1. Kapitel B. IV. 1. b).

2366 Cons. conc., Entsch. v. 9.11.2004, n° 04-D-54, Rdnr. 97 („Or, en l'espèce, le caractère indispensable de l'accès au DRM d'Apple n'apparaît pas prouvé pour trois raisons: le caractère minoritaire du transfert sur baladeur dans les usages actuels de la musique téléchargée; l'existence d'une possibilité simple, peu coûteuse et très courante de contournement de l'incompatibilité des DRM: la gravure sur CD; l'apparition récente en France de nombreux baladeurs numériques, avec et sans disque dur, sécurisés avec le DRM de Microsoft et compatibles avec la plate-forme VirginMega").

2367 Siehe 1. Kapitel B. IV. 2.

2368 Rapport Michel Thiollière, n° 308 (Sénat) v. 12.4.2006, S. 145 f. („[L]a directive […] ne s'est cependant pas montrée indifférente à ces considérations qui […] sont évoquées dans le considérant 48. […] Un peu plus loin, le considérant 54 […] souhaite que soient encouragées la compatibilité et l'interopérabilité des différents systèmes […]. Votre commission considère dans ces conditions que les dispositions garantissant l'interopérabilité dont elle souhaite assortir la consécration des mesures techniques de protection ne sont pas étrangères aux orientations de la directive, même si elles ne relèvent pas d'une obligation de transposition impérative").

2369 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dietz*, GRUR Int. 2007, 692, 698, unter Berücksichtigung der geltenden Fassung: „Les mesures techniques ne doivent pas avoir pour effet d'empêcher la mise en œuvre effective de l'interopérabilité,

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Tatbestand

Nach Art. L. 331-32 Abs. 1 S. 1 CPI kann jeder Hersteller von Computerprogrammen, jeder Hersteller von technischen Systemen und jeder Dienstanbieter, wenn der Zugang zu den für die Interoperabilität wesentlichen Informationen versagt wird, von der Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur l'Internet (HADOPI) verlangen, dass sie die Interoperabilität der Systeme und der bestehenden Dienste gewährleistet, unter Beachtung der Rechte der beteiligten Parteien, und dass sie vom Inhaber der Rechte an der technischen Maßnahme die für die Interoperabilität wesentlichen Informationen erhält.[2370] Freilich ist diese Vorschrift im Zusammenhang mit Art. L. 331-5 Abs. 4 S. 2 CPI zu lesen, der den Anbieter technischer Schutzmaßnahmen verpflichtet, Zugang zu den für die Interoperabilität wesentlichen Informationen zu gewähren.

Anspruchsberechtigt ist jeder Hersteller von Computerprogrammen, jeder Hersteller von technischen Systemen und jeder Dienstanbieter, also nicht –wie im Gesetzentwurf der Assemblée nationale vorgesehen[2371] – jeder Interessent, sondern nur eine Person, die die DRM-Schnittstelleninformationen dem Normzweck entsprechend nutzt und ein kompatibles System herstellt.[2372]

Der Anspruch besteht nur „unter Beachtung der Rechte der beteiligten Parteien". Dieser Vorbehalt wird in Art. L. 331-31 Abs. 1 Nr. 1 und L. 331-32 Abs. 2 CPI weiter konkretisiert. Danach sollen die technischen Maßnahmen keine *zusätzlichen* Beschränkungen in der Nutzung eines Werkes zur Folge haben, die auch *unabhängig* von denjenigen sind, die der Inhaber des Urheberrechts ausdrücklich getroffen hat (Art. L. 331-31

---

dans le respect du droit d'auteur. Les fournisseurs de mesures techniques donnent l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité dans les conditions définies au 1° de l'article L. 331-31 et à l'article L. 331-32."

2370 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dietz*, GRUR Int. 2007, 692, 698, unter Berücksichtigung der geltenden Fassung: „Tout éditeur de logiciel, tout fabricant de système technique et tout exploitant de service peut, en cas de refus d'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité, demander à la Haute Autorité de garantir l'interopérabilité des systèmes et des services existants, dans le respect des droits des parties, et d'obtenir du titulaire des droits sur la mesure technique les informations essentielles à cette interopérabilité."

2371 Texte adopté n° 554 (Assemblée Nationale) v. 21.3.2006, Art. 7.

2372 Cons. const., Entsch. v. 27.7.2006, n° 2006-540 DC, Rdnr. 43 – „Loi DADVSI".

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Abs. 1 Nr. 1 CPI),[2373] und ist der Begriff der Schnittstelleninformationen („informations essentielles à l'interopérabilité") unter Beachtung der ursprünglich festgelegten Nutzungsbedingungen des (DRM-)geschützten Werkes oder Gegenstandes auszulegen (Art. L. 331-32 Abs. 2 CPI).[2374] In der Literatur ist deshalb die Frage aufgeworfen worden, ob, wenn der Rechtsinhaber des *DRM-geschützten Werkes* die Nutzung an eine bestimmte DRM-Technologie geknüpft hat – etwa, dass sein Buch nur als DRM-geschützes Kindle eBook gelesen werden kann –, der (passivlegitimierte) Rechtsinhaber *der technischen Schutzmaßnahme* die Offenlegung der Schnittstelleninformationen verweigern darf.[2375] Überwiegend wird

2373 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dietz*, GRUR Int. 2007, 692, 698, unter Berücksichtigung der geltenden Fassung: „[L]a Haute Autorité exerce les fonctions suivantes: 1° Elle veille à ce que les mesures techniques visées à l'article L. 331-5 n'aient pas pour conséquence, du fait de leur incompatibilité mutuelle ou de leur incapacité d'interopérer, d'entraîner dans l'utilisation d'une œuvre des limitations supplémentaires et indépendantes de celles expressément décidées par le titulaire d'un droit d'auteur sur une œuvre autre qu'un logiciel ou par le titulaire d'un droit voisin sur une interprétation, un phonogramme, un vidéogramme ou un programme."

2374 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dietz*, GRUR Int. 2007, 692, 698, unter Berücksichtigung der geltenden Fassung: „On entend par informations essentielles à l'interopérabilité la documentation technique et les interfaces de programmation nécessaires pour permettre à un dispositif technique d'accéder […] à une œuvre ou à un objet protégé par une mesure technique et aux informations sous forme électronique jointes, *dans le respect des conditions d'utilisation de l'œuvre ou de l'objet protégé qui ont été définies à l'origine*" [Hervorh. d. Verf.].

2375 *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 997; *Bernault*, RLDI 19 (2006), 59, 61; *dies.*, RLDI 25 (2007), supplément, 6, 9; *Gaubiac*, RIDA 211 (2007), 90, 126; *ders.*, in: *CUERPI*, Que reste-t-il du droit d'auteur après la loi du 1er août 2006?, S. 108; *Harrang*, 49 Ariz. L. Rev. 29, 38 (2007); siehe auch *Sirinelli*, Propr. intell. 20 (2006), 297, 329.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

diese Frage zwar verneint, weil damit die Grenzen des *droit de destination* überschritten würden.[2376] Dennoch besteht Rechtsunsicherheit.[2377]

c) Rechtsfolge

Rechtsfolge des Art. L. 331-5 Abs. 4 S. 2 i.V.m. Art. L. 331-32 CPI ist der Anspruch auf Offenlegung der DRM-Schnittstelleninformationen „unter Beachtung der Rechte der beteiligten Parteien".

aa) Leistung

Der Rechtsinhaber an der technischen Schutzmaßnahme ist verpflichtet, die Schnittstelleninformationen („informations essentielles à l'interopérabilité") offenzulegen. Der Begriff der Schnittstelleninformationen ist in Art. L. 331-32 Abs. 2 legaldefiniert als „die technische Dokumentation und die Programmierschnittstellen, die erforderlich sind, um einer technischen Vorrichtung […] den Zugang zu einem durch technische Maßnahmen geschützten Werk oder Gegenstand […], unter Beachtung der ursprünglich festgelegten Nutzungsbedingungen des geschützten Werkes oder Gegenstandes zu erlauben".[2378] Diese Informationen können als Betriebsgeheimnis,[2379] mithin als Eigentum i.S.v. Art. 17 DDHC geschützt sein.[2380]

2376 *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 997; *Bernault*, RLDI 19 (2006), 59, 61; *dies.*, RLDI 25 (2007), supplément, 6, 9. Das *droit de destination* ist nicht gesetzlich geregelt, aber in der französischen Rspr. und Lehre anerkannt; danach kann der Urheber nicht nur seinen Vertragspartnern, sondern auch jedem späteren Erwerber eine oder mehrere bestimmte Arten der Nutzung der Werkexemplare verbieten, *Lucas-Schloetter*, GRUR Int. 2007, 658, 659 f.; ausführlich *Pollaud-Dulian*, GRUR Int. 1989, 811 ff.

2377 Vgl. *Bernault*, RLDI 19 (2006), 59, 61; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 997.

2378 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dietz*, GRUR Int. 2007, 692, 698.

2379 Cons. const., Entsch. v. 27.7.2006, n° 2006-540 DC, Rdnr. 43 – „Loi DADVSI"; ebenso EuG BeckEuRS 2007, 455432, Rdnr. 289 – „Microsoft"; *Drexl*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 443. Allgemein zum Betriebsgeheimnis nach deutschem (§§ 17, 18 UWG) und französischem Recht *Schlötter*, S. 69 ff. u. 133 ff.; *Surblytė*, S. 49 ff. u. 60 ff.

2380 Cons. const., Entsch. v. 27.7.2006, n° 2006-540 DC, Rdnr. 41 – „Loi DADVSI".

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Fraglich ist, ob die Art. L. 331-5 Abs. 4 S. 2 i.V.m. Art. L. 331-32 CPI im Einzelfall auch eine Zwangslizenz im eigentlichen Sinn regelt. Wie gezeigt kann zur Herstellung von Interoperabilität bisweilen nicht nur die Information darüber, wie die Schnittstelle spezifiziert und gegebenenfalls wie diese Spezifikation implementiert ist, sondern – wenn die technische Schutzmaßnahme ein oder mehrere Computerprogramme enthält – auch die Übernahme von Quellcodefragmenten erforderlich sein.[2381] Damit stellt sich die Frage, ob der Rechtsinhaber in diesem Fall auch die Vervielfältigung der urheberrechtlich schutzfähigen Quellcodefragmente erlauben muss. Der Wortlaut des Art. L. 331-5 Abs. 4 S. 1 CPI („Die technischen Schutzmaßnahmen dürfen nicht dazu führen, dass die wirksame Herstellung der Interoperabilität, *unter Beachtung des Urheberrechts*, verhindert wird") ist insoweit unklar.[2382] Entweder bezieht sich der Vorbehalt des Urheberrechts nur auf die DRM-geschützten Werke oder – weitergehend – auch auf die Schnittstelleninformationen selbst. Der Gesetzgeber hat hier nicht hinreichend genug differenziert.[2383]

Dafür könnte sprechen, dass die von der Norm bezweckte *wirksame* Herstellung der Interoperabilität bisweilen eben auch eine Übernahme der Programmierschnittstellen, d.h. der schutzfähigen Quellcodefragmente erfordert, die nach der Legaldefinition zu den offenlegungspflichtigen Schnittstelleninformationen zählen. Wohl aus diesem Grund wird in der Literatur Art. L. 331-5 Abs. 4 S. 2 i.V.m. Art. L. 331-32 CPI vereinzelt als Zwangslizenz bezeichnet.[2384]

Anzunehmen ist aber eher, dass die Regelung nicht die Vervielfältigung von Quellcodefragmenten deckt.[2385] Zunächst ist die Offenlegung nicht

---

2381 Siehe bereits 1. Kapitel B. IV. 1. a).

2382 *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 997.

2383 *Bernault*, RLDI 25 (2007), supplément, 6, 9; *Rojinsky*, RLDI 20 (2006), supplément, 11, 12 f.

2384 So etwa *Harrang*, 49 Ariz. L. Rev. 29, 38 (2007).

2385 Vgl. *Bernault*, RLDI 25 (2007), supplément, 6, 9s („En revanche, si cette reproduction est nécessaire, l'auteur pourrait alors s'y opposer. Il apparait donc que dans certains cas, indépendamment du dispositif mis en place par législateur, le droit d'auteur pourrait bel et bien faire obstacle à l'interopérabilité"); offenbar in dieselbe Richtung *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 302 („Tout d'abord, il est affirmé […] que les mesures techniques ne doivent pas avoir pour effet d'empêcher la mise en œuvre effective de l'interopérabilité, dans le respect du droit d'auteur'. Cette dernière précision est importante car il ne faut pas que l'interopérabilité soit la couverture noble d'un acte de contrefaçon").

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gleichbedeutend mit der Erteilung einer Nutzungserlaubnis. Ein veröffentlichtes Werk ist „offengelegt", darf aber nur mit Zustimmung des Rechtsinhabers genutzt werden. Zudem spricht die Tatsache, dass der Gesetzgeber gerade nicht differenziert hat, dafür, den Urheberrechtsvorbehalt auch auf die Schnittstelleninformationen zu beziehen. Hinzu kommt, dass ursprünglich geplant war, den Rechtsinhaber zur Lizenzierung der DRM-Technologie insgesamt – nicht nur der Schnittstelleninformationen – zu verpflichten,[2386] und diese eigentliche Zwangslizenz im Laufe des Gesetzgebungsprozesses bewusst fallengelassen wurde.[2387]

Im Ergebnis ist der Rechtsinhaber also nur verpflichtet, die Quellcodefragmente offenzulegen, nicht aber, deren Nutzung zu erlauben. Damit regelt Art. L. 331-5 Abs. 4 S. 2 i.V.m. Art. L. 331-32 CPI keine urheberrechtliche Zwangslizenz im eigentlichen Sinn.[2388]

bb) Gegenleistung

Wenn sich die Parteien *nicht* einigen, trifft die HADOPI eine Entscheidung, in der die Bedingungen, unter welchen der Antragsteller Zugang zu den für die Interoperabilität wesentlichen Informationen haben kann, festgesetzt werden (Art. L. 331-32 Abs. 4 S. 2 CPI).[2389] Da die Offenlegung

---

2386 Projet de loi n° 1206 (Assemblée Nationale) v. 12.11.2003, Art. 7 („Les *licences de développement des mesures techniques de protection* sont accordées aux fabricants de systèmes techniques ou aux exploitants de services qui veulent *mettre en œuvre l'interopérabilité*, dans des conditions équitables et non discriminatoires, lorsque ces fabricants ou exploitants s'engagent à respecter, dans leur domaine d'activité, les conditions garantissant la sécurité de fonctionnement des mesures techniques de protection qu'ils utilisent", Hervorh. d. Verf.).

2387 Rapport Michel Thiollière, n° 308 (Sénat) v. 12.4.2006, S. 147 („Sans se prononcer sur la pertinence de ce rapprochement, votre rapporteur relève qu'au cours de leur audition, plusieurs industriels ont émis de discrètes, mais sérieuses réserves à l'égard du dispositif envisagé par le projet de loi, estimant que l'obligation de délivrer une licence, qui doit rester exceptionnelle, était en outre peu indiquée dans un marché à la fois internationalement très ouvert, et dans lequel le marché et les acteurs français ne représentent qu'un poids relatif").

2388 Vgl. *Carre*, S. 396.

2389 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dietz*, GRUR Int. 2007, 692, 698, unter Berücksichtigung der geltenden Fassung: „A défaut d'un accord entre les parties […], elle rend une décision […] prescrivant […] les conditions dans lesquelles le demandeur peut obtenir l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité […]."

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nur „unter Beachtung der Rechte der Parteien“ angeordnet werden darf (Art. L. 331-32 Abs. 1 S. 1 CPI), muss also der Rechtsinhaber der technischen Schutzmaßnahme „entschädigt“ werden.[2390] Erneut ist Art. L. 331-32 Abs. 1 S. 1 CPI im Zusammenhang mit Art. L. 331-5 Abs. 4 S. 2 CPI zu lesen, sodass nicht erst die Durchsetzung des Offenlegungsanspruchs, sondern schon der Anspruch selbst an die Zahlung einer angemessenen Vergütung geknüpft ist.

Zusätzlich zu einer angemessenen Vergütung kann der Rechtsinhaber vom Anspruchssteller verlangen, auf die Veröffentlichung des Quellcodes und der technischen Dokumentation seines unabhängigen und interoperablen Computerprogramms zu verzichten, wenn er nachweist, dass diese eine schwere Beeinträchtigung der Sicherheit und Wirksamkeit seiner technischen Maßnahme zur Folge hätte (Art. L. 311-32 Abs. 3 CPI).[2391] Je nach Auslegung des Begriffs „schwer“ dürfen die DRM-Schnittstelleninformationen deshalb nicht zur Herstellung eines interoperablen Open-Source-Programms verwendet werden.[2392] Die Folge ist eine zusätzliche Rechtsunsicherheit, die zulasten der Entwicklung von Open-Source-Software geht.[2393]

d) Durchsetzung

Der Anspruch auf Offenlegung soll vorrangig durch gütliche Einigung verwirklicht werden.[2394] Erst bei Ausbleiben einer Einigung („A défaut d’un contrat“) kann er behördlich durchgesetzt werden (Art. L. 331-32 Abs. 4 S. 2 CPI). Ursprünglich sollte der Berechtigte seinen Anspruch beim Tribunal de grande instance einklagen und eine einstweilige Verfü-

2390 Cons. const., Entsch. v. 27.7.2006, n° 2006-540 DC, Rdnr. 41 – „Loi DADVSI“.

2391 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dietz*, GRUR Int. 2007, 692, 698, unter Berücksichtigung der geltenden Fassung: „Le titulaire des droits sur la mesure technique ne peut imposer au bénéficiaire de renoncer à la publication du code source et de la documentation technique de son logiciel indépendant et interopérant que s’il apporte la preuve que celle-ci aurait pour effet de porter gravement atteinte à la sécurité et à l’efficacité de ladite mesure technique.“

2392 *Bernault*, RLDI 25 (2007), supplément, 6, 10; *dies.*, RLDI 19 (2006), 59, 61.

2393 *Bernault*, RLDI 25 (2007), supplément, 6, 10.

2394 Vgl. *Bruguière*, Comm. com. électr. 2/2007, 8, 12; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 997.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY - https://www.nomos-elibrary.de/agb

gung *(référé)* erwirken können.[2395] Allerdings kamen im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens Zweifel auf, ob der Zivilrichter die nötige Sachkompetenz besitzt, um in diesem technischen und speziellen Bereich sachgerechte Entscheidungen treffen zu können; zudem befürchtete man eine divergierende Rechtsprechung.[2396] Aus diesem Grund wurde die Zuständigkeit einer neu geschaffenen zentralen Sonderbehörde – der Autorité de régulation des mesures techniques – übertragen, die schließlich 2009 in der HADOPI aufging.[2397]

Binnen zwei Monaten nach Antragstellung (Art. L. 331-32 Abs. 1 S. 2 CPI[2398]) weist die HADOPI den Antrag auf Anordnung der Offenlegung entweder zurück oder trifft, notfalls unter Androhung eines Zwangsgeldes, eine Anordnung, die die Bedingungen, unter welchen der Antragsteller Zugang zu den für die Interoperabilität wesentlichen Informationen haben kann, und die Verpflichtungen, welche er einzuhalten hat, um die Wirksamkeit und die Integrität der technischen Maßnahme zu gewährleisten, sowie die Zugangs- und Nutzungsbedingungen des geschützten Inhalts vorschreibt (Art. L. 331-32 Abs. 4 S. 2 CPI).[2399] Im Ergebnis wird den Beteiligten also ein Vertrag diktiert.[2400] Die Folge ist ein faktischer Kontra-

---

2395 Texte adopté n° 554 (Assemblée Nationale) v. 21.3.2006, Art. 7 („Tout intéressé peut demander au président du tribunal de grande instance statuant en référé d'enjoindre sous astreinte à un fournisseur de mesures techniques de fournir les informations essentielles à l'interopérabilité").

2396 Rapport Michel Thiollière, n° 308 (Sénat) v. 12.4.2006, S. 155 („Le juge civil est le juge de droit commun en matière de propriété littéraire et artistique. Il peut certes recourir à des experts, mais il n'est pas sûr qu'il soit le mieux armé pour intervenir dans un domaine aussi technique et aussi spécialisé. En outre, la multiplicité des tribunaux risquerait de se traduire par une disparité des décisions, elle-même source d'incertitudes juridiques").

2397 *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 992.

2398 „A compter de sa saisine, la Haute Autorité dispose d'un délai de deux mois pour rendre sa décision."

2399 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dietz*, GRUR Int. 2007, 692, 698, unter Berücksichtigung der geltenden Fassung: „A défaut d'un accord entre les parties et après avoir mis les intéressés à même de présenter leurs observations, elle rend une décision motivée de rejet de la demande ou émet une injonction prescrivant, au besoin sous astreinte, les conditions dans lesquelles le demandeur peut obtenir l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité et les engagements qu'il doit respecter pour garantir l'efficacité et l'intégrité de la mesure technique, ainsi que les conditions d'accès et d'usage du contenu protégé."

2400 Vgl. *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 302 („contrat forcé"); *ders.*, Comm. com. électr. 10/2006, 8, 10.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hierungszwang, der durch die Androhung eines Zwangsgeldes noch einmal verstärkt werden kann. In Fällen des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung oder bei Handlungen, die die freie Wettbewerbsausübung behindern, muss die HADOPI die Autorité de la concurrence anrufen (Art. L. 331-32 Abs. 7 S. 1 CPI[2401]).

Gegen die Entscheidung ist das Rechtsmittel der Berufung vor der Cour d'appel de Paris statthaft; die Berufung hat aufschiebende Wirkung (Art. L. 331-32 Abs. 6 CPI[2402]).

Bisher ist freilich weder die HADOPI noch ihre Vorgängerbehörde um eine Entscheidung ersucht worden.[2403] Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, dass die Verpflichtung zu Offenlegung in hohem Maße rechtsunsicher ist[2404] und sich der Anspruchsteller auf ein langwieriges und kostspieliges Verfahren – erst vor der HADOPI, dann vor der Cour d'appel de Paris – einstellen muss. Hinzu kommt, dass die Berufung aufschiebende Wirkung hat und eine Leistungsverfügung *(mesure d'anticipation)* nach französischem Recht zwar nicht notwendig Eilbedürftigkeit, aber – weitergehend als nach deutschem Recht[2405] – das *offenkundige* Bestehen des Verfügungsanspruchs voraussetzt,[2406] was angesichts der Rechtsunsicherheit praktisch ausgeschlossen ist. Art. L. 331-5 Abs. 4 S. 2 i.V.m. Art. L. 331-32 CPI ist damit wenig effektiv und taugt auch kaum als eine „fleet in being". Dies dürfte der Grund sein, weshalb Amazon (auch) in Frankreich

---

2401 „Le président de la Haute Autorité saisit l'Autorité de la concurrence des abus de position dominante et des pratiques entravant le libre exercice de la concurrence dont il pourrait avoir connaissance dans le secteur des mesures techniques."

2402 „Les décisions de la Haute Autorité sont rendues publiques dans le respect des secrets protégés par la loi. Elles sont notifiées aux parties qui peuvent introduire un recours devant la cour d'appel de Paris. Le recours a un effet suspensif."

2403 *Bernault*, in: *Synodinou*, Codification of European Copyright Law, S. 310.

2404 Vgl. *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 997; *Bernault*, RLDI 19 (2006), 59, 63.

2405 Die Leistungsverfügung setzt in Deutschland die Glaubhaftmachung einer *besonderen* Dringlichkeit – die Gefahr eines irreparablen Schadens – und die *hohe* Wahrscheinlichkeit des Erfolgs in der Hauptsache voraus, *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO[72], Grundz § 916, Rdnr. 6 u. 9 („hohe Erfolgswahrscheinlichkeit in der Hauptsache"); *Drescher*, in: *Rauscher/Krüger*, MünchKommZPO[4], Bd. 2, § 938, Rdnr. 15 f. („in höchstem Maße wahrscheinlich"); siehe auch *Vollkommer*, in: *Zöller*, ZPO[30], § 940, Rdnr. 6; *Grunsky*, in: *Stein/Jonas*, ZPO[22], Bd. 9, vor § 935, Rdnr. 37.

2406 *Kimmerle*, S. 53 u. 59 f.; *Wannenmacher*, S. 57 f.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

an seinem geschlossenen Ökosystem aus Kindle und Kindle eBooks festhält.[2407] Im Ergebnis dürfte die gesetzliche Verpflichtung zur Offenlegung von DRM-Schnittstelleninformationen deshalb praktisch unbedeutend sein.

3. Zwischenergebnis

Das französische Urheberrechtsgesetz (Première partie du Code de la propriété intellectuelle) regelt unmittelbar keine Zwangslizenz an Werken oder urheberrechtlich geschützten Gütern. Auch die in Art. L. 331-5 Abs. 4 S. 2 i.V.m. Art. L. 331-32 CPI geregelte Verpflichtung zur Offenlegung von DRM-Schnittstelleninformationen ist keine Zwangslizenz, weil die Offenlegung von Quellcodefragmenten nicht gleichbedeutend mit der Erteilung einer Nutzungserlaubnis ist. Das deutsche Urheberrecht kennt vier Zwangslizenzen, mit denen der Gesetzgeber eine Quasi-Monopolisierung von privaten Normwerken (§ 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG), Musikwerken (§ 42a UrhG) und sonstigen Werken (§ 34 Abs. 1 VGG) sowie eine Unternutzung von Funksendungen und gesendeten Werken (§ 87 Abs. 5 UrhG) verhindern will. Anspruchsberechtigt sind produktive Nutzungswillige (Verleger, Tonträgerhersteller, Kabelunternehmen, § 5 Abs. 3 S. 2 u. 3, 42a, 87 Abs. 5 UrhG) oder jedermann (§ 34 Abs. 1 S. 1 VGG), zwangslizenzverpflichtet die Rechtsinhaber (§ 5 Abs. 3 S. 2 u. 3, 42a, 87 Abs. 5 UrhG) bzw. Treuhänder (§ 34 Abs. 1 VGG). Bei drei Zwangslizenzen ist der Anspruch unter bestimmten Voraussetzungen (Wahrnehmung durch Verwertungsgesellschaft oder gewandelte Überzeugung des Urhebers, § 42a UrhG; „sachlich rechtfertigender Grund“, § 87 Abs. 5 UrhG, „sachlich gerechtfertigter Grund“, § 34 Abs. 1 VGG) ausgeschlossen. Inhalt des Zielvertrages ist die Einräumung eines einfachen, territorial auf die Bundesrepublik Deutschland beschränkten Nutzungsrechts zu angemessenen Bedingungen, also insbesondere einer angemessenen Lizenzgebühr. Einigen sich die Parteien nicht, hat das Gericht die Gegenleistung nach billigem Ermessen festzusetzen. Nimmt der Rechtsinhaber dagegen das Angebot des Lizenzsuchers an und bestimmt eine „billige“ Lizenzgebühr, gilt dasselbe wie beim allgemeinen Kontrahierungszwang, d.h. das Gericht

2407 Vgl. *Vercken/Macrez*, Légicom 51 (2014), 85, 86; siehe bereits 1. Kapitel B. IV. 1. b).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

darf die Gegenleistungsbestimmung des Rechtsinhabers nur auf Ermessensfehler überprüfen und eine Ersatzbestimmung nur bei Ermessensfehlgebrauch treffen (§ 315 Abs. 3 S. 2 BGB entsprechend). Angemessen ist regelmäßig der Betrag, den der Rechtsinhaber bei der erstmaligen Lizenzierung desselben Werkes oder der Lizenzierung vergleichbarer Werke erzielt hat. Im Übrigen kann auf die entsprechenden Tarife der Verwertungsgesellschaften und die umfangreiche Rspr. zu § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG zurückgegriffen werden. Die Lizenzgebühr muss eine Höhe erreichen, die die Amortisation der Fixkosten sicherstellt. Ggf. kann das Gericht einen Sachverständigen hinzuziehen. In den Fällen der §§ 87 Abs. 5 UrhG, 34 Abs. 1 VGG, in denen der Klage ein Schiedsstellenverfahren vorgeschaltet ist, kann sich das Gericht zudem am Einigungsvorschlag der Schiedsstelle orientieren. Durchgesetzt wird der Anspruch – entsprechend den Grundsätzen zum allgemeinen Kontrahierungszwang – mit einer Klage auf Vertragsschluss und Leistung zu der vom Gericht festzusetzenden Gegenleistung, d.h. die Lizenzgebühr muss im Klageantrag nicht beziffert werden. Mit Rechtskraft des Urteils wird das Zustandekommen des Lizenzvertrages fingert (§ 894 ZPO). Um dem Lizenzsucher eine schnelle Nutzung zu ermöglichen, sehen die Zwangslizenzen ein „Hinterlegungsmodell“ und/oder ein „Verfügungsmodell“ vor. Soweit sich die Parteien nur über die Höhe der Lizenzgebühr streiten, kann der Lizenzsucher die vom Rechtsinhaber bestimmte Vergütung hinterlegen und mit der Nutzung beginnen („Hinterlegungsmodell“ bei §§ 34 Abs. 1, 37 VGG). Im Übrigen kann er eine Leistungsverfügung erwirken, ohne die (besondere) Dringlichkeit glaubhaft machen zu müssen – richtigerweise wird diese unwiderleglich vermutet; es muss lediglich eine hohe Wahrscheinlichkeit des Erfolgs in der Hauptsache bestehen („Verfügungsmodell“). Die Höhe der Lizenzgebühr wird erst in der Entscheidung in der Hauptsache bestimmt.

III. Die patentrechtlichen Zwangslizenzen

Die patentrechtlichen Zwangslizenzen können hier nicht vertieft behandelt werden. Dennoch lohnt sich ein Blick auf die der urheberrechtlichen Zwangslizenz am nächsten stehende Rechtsfigur.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY - https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Deutschland

Das deutsche Patentrecht kennt drei Zwangslizenzen, die allesamt in § 24 PatG geregelt sind: die Zwangslizenz im öffentlichen Interesse (unten a)), die Abhängigkeitslizenz (unten b)) und die Ausführungslizenz (unten c)).

a) Zwangslizenz im öffentlichen Interesse (§ 24 Abs. 1 PatG)

Die Zwangslizenz im öffentlichen Interesse ist in § 24 Abs. 1 PatG geregelt. Ihr Zweck besteht darin, die Allgemeinheit vor Nachteilen des mit dem Patent verbundenen Ausschließlichkeitsrechts zu schützen.[2408] Anders als die §§ 5 Abs. 3 S. 2 u. 3, 42a, 87 Abs. 5 UrhG, § 34 Abs. 1 VGG sowie § 24 Abs. 2 PatG regelt diese Vorschrift ihrem Wortlaut nach keine Verpflichtung des Rechtsinhabers, sondern die Voraussetzungen der Erteilung einer Zwangslizenz durch den Staat.[2409] Zum Teil wird deshalb die Auffassung vertreten, dass es sich bei dem Anspruch auf Lizenzerteilung um einen *öffentlich-rechtlichen Anspruch* handele, der gegen den Staat gerichtet sei.[2410] Für diese Ansicht mag auch sprechen, dass für die Klage auf Lizenzerteilung kein ordentliches Gericht, sondern das BPatG zuständig ist.[2411] Vorzugswürdig ist dennoch die herrschende Gegenansicht, die in § 24 PatG einen gegen den Rechtsinhaber gerichteten *privatrechtlichen Anspruch* auf Lizenzerteilung erkennt.[2412] Gegen das Wortlautargument lässt sich einwenden, dass § 24 Abs. 1 PatG die Verpflichtung des Rechtsinhabers zur Lizenzerteilung voraussetzt, indem er an das Ausbleiben einer Zustimmung zur Nutzung anknüpft (§ 24 Abs. 1 Nr. 1 PatG). Darüber hinaus ist Prozessgegner nicht etwa der Staat, sondern der Rechtsinhaber (§ 81 Abs. 1 S. 2 PatG); der Staat wirkt nur durch unabhängige Richter mit.[2413] Dass für die Erzwingung der Lizenzerteilung kein ordent-

---

2408 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 5; *Hacker*, in: *Busse*, PatG[7], § 24, Rdnr. 16; siehe auch *Kraßer*, S. 833.

2409 „Die nicht ausschließliche Befugnis […] wird durch das Patentgericht […] erteilt, wenn […]."

2410 *Pohl*, S. 12; *Clad*, S. 58 u. 61; offen gelassen von *Hacker*, in: *Busse*, PatG[7], § 24, Rdnr. 64.

2411 *Kraßer*, S. 837.

2412 *Kraßer*, S. 837; *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 5; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 3 u. 28; *Mes*, in: *Mes*, PatG[4], § 24, Rdnr. 2.

2413 *Kraßer*, S. 837; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 3 u. 28.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

liches Gericht zuständig ist, ist damit zu erklären, dass die Zwangslizenz als Ersatz für die – dem Patentamt als Erteilungsbehörde zukommende – Zurücknahme des Patents eingeführt wurde; der Gesetzgeber hätte das Zwangslizenzverfahren ebenso gut den ordentlichen Gerichten zuweisen können.[2414] Im Folgenden werden der Tatbestand (unten aa)), die Rechtsfolge (unten bb)) und die Durchsetzung (unten cc)) dargelegt.

aa) Tatbestand

Anspruchsberechtigt ist jedermann, der die Erfindung gewerbsmäßig benutzen will und kann,[2415] d.h. wirtschaftlich, technisch und organisatorisch dazu in der Lage ist.[2416] Anspruchsgegner ist der im Register eingetragene Inhaber des Patents (§ 81 Abs. 1 S. 2 PatG), nicht der ausschließliche Lizenznehmer.[2417]

Weiter muss die Erteilung der Lizenz im öffentlichen Interesse geboten sein (§ 24 Abs. 1 Nr. 1 PatG). Dass sich der Lizenzsucher innerhalb eines angemessenen Zeitraumes erfolglos bemüht haben muss, vom Patentinhaber die Zustimmung zu erhalten, die Erfindung zu angemessenen geschäftsüblichen Bedingungen zu benutzen (§ 24 Abs. 1 Nr. 1 PatG), ist eine bloße Sachurteilsvoraussetzung.[2418]

Der Begriff des *öffentlichen Interesses* ist ein von der Rspr. auszufüllender unbestimmter Rechtsbegriff, der sich nicht in allgemeingültiger Weise umschreiben lässt, sondern dem Wandel unterworfen ist.[2419] Die Bewertung der jeweils gegeneinander abzuwägenden Belange des Rechtsinhabers und der Allgemeinheit unterliegt wechselnden Anschauungen und ist vom Einzelfall abhängig.[2420] Einerseits kann das öffentliche Interesse nicht allein durch die Ausschließlichkeitsstellung des Rechtsinhabers begründet werden, selbst wenn dieser auf dem Markt eine tatsächliche Mo-

---

2414 *Kraßer*, S. 838.
2415 RGZ 130, 360, 361 f.; *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR^4, § 24, Rdnr. 12; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG^{10}, § 24, Rdnr. 10; *Hacker*, in: *Busse*, PatG^7, § 24, Rdnr. 22; *Rinken/Kühnen*, in: *Schulte*, PatG^9, § 24, Rdnr. 8.
2416 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR^4, § 24, Rdnr. 14; *Hacker*, in: *Busse*, PatG^7, § 24, Rdnr. 23.
2417 BGH GRUR 1996, 190, 195 – „Polyferon“.
2418 BGH GRUR 1996, 190, 191 f. – „Polyferon“.
2419 BGH GRUR 1996, 190, 192 – „Polyferon“.
2420 BGH GRUR 1996, 190, 192 – „Polyferon“.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nopolstellung einnimmt; vielmehr müssen „besondere Umstände" hinzutreten, welche die uneingeschränkte Anerkennung des Ausschließlichkeitsrechts und die Interessen des Rechtsinhabers zurücktreten lassen, weil die Belange der Allgemeinheit die Ausübung des Patents durch den Lizenzsucher gebieten.[2421] Andererseits muss das Patent aber auch nicht missbräuchlich ausgeübt worden sein.[2422] Als besondere Umstände, die die Annahme eines öffentlichen Interesses rechtfertigen, kommen deshalb auch andere Umstände in Betracht, vor allem technische, wirtschaftliche, sozialpolitische und medizinische (öffentliche Gesundheit).[2423] Dabei können die (reichs-)gerichtlich anerkannten „besonderen Umstände" wegen des Wandels der Anschauungen nur bedingt zur Bestimmung des öffentlichen Interesses herangezogen werden.[2424]

Die Lizenzerteilung muss im öffentlichen Interesse *geboten* sein, womit der Gesetzgeber dem patentrechtlichen Dreistufentest (Art. 30 TRIPS) Rechnung trägt, der eine umfassende Interessenabwägung verlangt.[2425] Bei der Interessenabwägung ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren.[2426] So besteht etwa kein Anspruch auf Erteilung einer Lizenz an einem Arzneimittel, wenn das öffentliche Interesse mit anderen, mehr oder weniger gleichwertigen Ausweichpräparaten befriedigt werden kann.[2427]

Schließlich kann die Erteilung einer Lizenz an patentierten Erfindungen auf dem Gebiet der Halbleitertechnologie nur beansprucht werden, wenn die Lizenzerteilung zur Behebung einer in einem Gerichts- oder Verwaltungsverfahren festgestellten wettbewerbswidrigen Praxis des Patentinhabers erforderlich ist (§ 24 Abs. 4 PatG); dabei handelt es sich um eine zusätzliche Voraussetzung („im Rahmen des Absatzes 1").[2428]

2421 BGH GRUR 1996, 190, 192 – „Polyferon".
2422 BGH GRUR 1996, 190, 192 – „Polyferon".
2423 BGH GRUR 1996, 190, 192 f. – „Polyferon".
2424 BGH GRUR 1996, 190, 192 – „Polyferon". Ausführlich zur umfangreichen rechtsgerichtlichen Rspr. *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 29 ff.; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 18 ff.; *Rinken/Kühnen*, in: *Schulte*, PatG[9], § 24, Rdnr. 13.
2425 BGH GRUR 1996, 190, 192 – „Polyferon".
2426 BGH GRUR 1996, 190, 193 – „Polyferon".
2427 BGH GRUR 1996, 190, 193 – „Polyferon".
2428 Eingehend *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 40; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 26; *Hacker*, in: *Busse*, PatG[7], § 24, Rdnr. 56 ff.; *Mes*, in: *Mes*, PatG[4], § 24, Rdnr. 23 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bb) Rechtsfolge

Rechtsfolge des § 24 Abs. 1 PatG ist der Anspruch auf Lizenzerteilung zu angemessenen geschäftsüblichen Bedingungen, vermittelt durch den Abschluss eines Lizenzvertrages.[2429]

(1) Leistung

Gegenstand des Lizenzerteilungsanspruchs ist ein einfaches Nutzungsrecht,[2430] das eingeschränkt erteilt werden kann (§ 24 Abs. 6 S. 2 PatG). Einschränkungen der Lizenz ergeben sich zum einen aus dem Antrag des Lizenzsuchers und zum anderen aus dem Zweck, zu dem der Anspruch auf Lizenzerteilung besteht (vgl. § 24 Abs. 6 S. 3 PatG).[2431] Der Anspruch geht also nicht über das durch das öffentliche Interesse Gebotene hinaus.[2432] Die Zwangslizenz ist territorial auf den Geltungsbereich des PatG beschränkt.[2433] Sie kann nur zusammen mit dem Betrieb übertragen werden – durch Gesamtrechtsnachfolge, Asset Deal, Share Deal –[2434], der mit der Ausübung des Patents befasst ist (§ 24 Abs. 7 PatG).

(2) Gegenleistung

Der Rechtsinhaber hat gegen den Lizenznehmer Anspruch auf eine Vergütung, die nach den Umständen des Falles angemessen ist und den wirtschaftlichen Wert der Zwangslizenz in Betracht zieht (§ 24 Abs. 6 S. 4 PatG). Einigen sich die Beteiligten nicht über die Höhe, so hat das Gericht

---

2429 Der Vertragsschluss ist lediglich das Vehikel, um dem Lizenzsucher die Lizenz zu gewähren, allgemein für den Kontrahierungszwang *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 264.

2430 Vgl. *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR^4, § 24, Rdnr. 80; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG^{10}, § 24, Rdnr. 38; *Mes*, in: *Mes*, PatG^4, § 24, Rdnr. 43; *Hacker*, in: *Busse*, PatG^7, § 24, Rdnr. 66; *Rinken/Kühnen*, in: *Schulte*, PatG^9, § 24, Rdnr. 34.

2431 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR^4, § 24, Rdnr. 52; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG^{10}, § 24, Rdnr. 31.

2432 Vgl. *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR^4, § 24, Rdnr. 52; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG^{10}, § 24, Rdnr. 31.

2433 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR^4, § 24, Rdnr. 81; *Hacker*, in: *Busse*, PatG^7, § 24, Rdnr. 66.

2434 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR^4, § 24, Rdnr. 71.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die Lizenzgebühr nach billigem Ermessen, also regelmäßig durch Schätzung (§ 287 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 1 ZPO) zu bestimmen.[2435] Maßgebend ist, was bei einer vertraglichen Einigung ein vernünftiger Patentinhaber fordern und ein vernünftiger Lizenznehmer gewähren würde.[2436] Damit gilt derselbe Maßstab wie bei der Schadensberechnung durch Lizenzanalogie (§ 139 Abs. 2 S. 3 PatG)[2437] und kann auf die entsprechende Rspr. zurückgegriffen werden.[2438] Die Vergütung ist so zu bemessen, dass sie einerseits dem Rechtsinhaber eine angemessene Entschädigung gewährt und andererseits dem Lizenzsucher die Aufrechterhaltung seines Betriebes gestattet.[2439] Im Übrigen sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen,[2440] etwa das Alter und die wirtschaftliche Bedeutung des Patents;[2441] die mit dem Patent verbundene Marktstellung;[2442] der innovative Aufwand und die angemessene Amortisation des Patentinhabers;[2443] der Umfang der Lizenz und der lizenzierten Benutzung;[2444] sowie der vergebliche Auf-

---

2435 Vgl. BPatG GRUR 1994, 98, 103 – „Zwangslizenz"; *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR^4, § 24, Rdnr. 62; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG^{10}, § 24, Rdnr. 33; *Hacker*, in: *Busse*, PatG^7, § 24, Rdnr. 78; allgemein für den spezialgesetzlichen Kontrahierungszwang auch *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 596.

2436 RGZ 171, 227, 239; *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR^4, § 24, Rdnr. 57; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG^{10}, § 24, Rdnr. 33; *Hacker*, in: *Busse*, PatG^7, § 24, Rdnr. 75.

2437 Vgl. BGH GRUR 1962, 401, 404 – „Kreuzbodenventilsäcke III"; GRUR 1990, 1008, 1009 – „Lizenzanalogie"; GRUR 1992, 432, 433 – „Steuereinrichtung"; GRUR 1993, 55, 58 – „Tchibo/Rolex II"; GRUR 1993, 899, 900 – „Dia-Duplikate"; GRUR 1995, 578, 580 – „Steuereinrichtung II"; GRUR 2000, 685, 687 – „formunwirksamer Lizenzvertrag"; GRUR 2009, 660 f. – „Resellervertrag".

2438 Vgl. *Hacker*, in: *Busse*, PatG^7, § 24, Rdnr. 75.

2439 RGZ 143, 223, 229; BPatG GRUR 1994, 98, 103 – „Zwangslizenz"; *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR^4, § 24, Rdnr. 57; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG^{10}, § 24, Rdnr. 33; *Hacker*, in: *Busse*, PatG^7, § 24, Rdnr. 75; *Rinken/Kühnen*, in: *Schulte*, PatG^9, § 24, Rdnr. 32.

2440 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR^4, § 24, Rdnr. 58; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG^{10}, § 24, Rdnr. 33; *Hacker*, in: *Busse*, PatG^7, § 24, Rdnr. 75.

2441 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR^4, § 24, Rdnr. 58; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG^{10}, § 24, Rdnr. 33; *Hacker*, in: *Busse*, PatG^7, § 24, Rdnr. 75.

2442 *Rogge*, in: *Benkard*, PatG^{10}, § 24, Rdnr. 33; *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR^4, § 24, Rdnr. 58;.

2443 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR^4, § 24, Rdnr. 58; *Hacker*, in: *Busse*, PatG^7, § 24, Rdnr. 75.

2444 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR^4, § 24, Rdnr. 58; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG^{10}, § 24, Rdnr. 33; *Hacker*, in: *Busse*, PatG^7, § 24, Rdnr. 75.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wand für andere Erfindungen auf dem betreffenden Gebiet,[2445] also das Investitionsrisiko. Weiter kann sich der Lizenzsatz an den Vergütungssätzen für Arbeitnehmerfindungen und an der mit vertraglichen Lizenznehmern vereinbarten Vergütung orientieren.[2446] Die Vergütung kann als eine einmalige oder als eine zu bestimmten Zeitpunkten (z.B. vierteljährlich, jährlich) regelmäßig wiederkehrende, der Höhe nach von vornherein bestimmte oder nach Umsatz – die Rspr. hat im Allgemeinen Prozentsätze zwischen 1% und 10% für angemessen gehalten[2447] –, Gewinn oder Stückzahl zu berechnende Leistung festgesetzt werden.[2448]

Schließlich kann die Lizenzerteilung an weitere Bedingungen geknüpft werden (§ 24 Abs. 6 S. 2 PatG), etwa an die Erbringung einer Sicherheitsleistung.[2449]

cc) Durchsetzung

Der Anspruch soll vorrangig durch gütliche Einigung verwirklicht werden. Der Lizenzsucher muss sich deshalb innerhalb eines angemessenen Zeitraumes *erfolglos bemüht* haben, vom Patentinhaber die Zustimmung zu erhalten, die Erfindung zu angemessenen geschäftsüblichen Bedingungen zu benutzen (§ 24 Abs. 1 Nr. 1 PatG); andernfalls kann kein Urteil ergehen (Sachurteilsvoraussetzung).[2450] Das Bemühen innerhalb eines angemessenen Zeitraums meint ein ernsthaftes, nachhaltiges Bemühen um eine Li-

---

2445 *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 34.

2446 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 61; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 33;.

2447 BPatG GRUR 1994, 98, 103 – „Zwangslizenz"; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 34; *Hacker*, in: *Busse*, PatG[7], § 24, Rdnr. 77; *Rinken/Kühnen*, in: *Schulte*, PatG[9], § 24, Rdnr. 32.

2448 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 59; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 34; *Hacker*, in: *Busse*, PatG[7], § 24, Rdnr. 76; *Rinken/Kühnen*, in: *Schulte*, PatG[9], § 24, Rdnr. 132.

2449 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 63; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 31; *Mes*, in: *Mes*, PatG[4], § 24, Rdnr. 39; *Hacker*, in: *Busse*, PatG[7], § 24, Rdnr. 71; *Rinken/Kühnen*, in: *Schulte*, PatG[9], § 24, Rdnr. 33.

2450 BGH GRUR 1996, 190, 191 f. – „Polyferon"; das erfolglose Bemühen muss also erst im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vorliegen, RGZ 113, 115, 116; *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 12; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 18; *Mes*, in: *Mes*, PatG[4], § 24, Rdnr. 13; *Hacker*, in: *Busse*, PatG[7], § 24, Rdnr. 28.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zenz.[2451] Es genügt, wenn der Lizenzsucher seine grundsätzliche Bereitschaft zur Zahlung einer angemessenen Vergütung erklärt;[2452] die Nennung eines bestimmten Betrages ist deshalb nicht nötig und regelmäßig nur als ein Vorschlag zu werten,[2453] es sei denn, der Lizenzsucher gibt klar zu erkennen, keinesfalls mehr zahlen zu wollen.[2454] Die Bemühungen sind erfolglos, wenn der Rechtsinhaber eine Lizenz ausdrücklich verweigert oder das Angebot unter Mitteilung eines unannehmbaren Gegenangebots ablehnt.[2455]

Statthafte Klageart ist nach ganz h.M. die Gestaltungsklage, da dem Lizenzsucher mit Erteilung der Zwangslizenz das Nutzungsrecht *unmittelbar* verliehen wird,[2456] also ohne Fiktion eines Lizenzvertrages.[2457]

Erstinstanzlich *zuständig* ist das BPatG (§ 66 Abs. 1 Nr. 2 PatG); Berufungsinstanz ist der BGH (§ 110 Abs. 1 PatG).

Der *Klageantrag* muss zwar grundsätzlich bestimmt sein (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO), also auf die Erteilung einer einfachen Lizenz an einem bestimmten Patent gerichtet sein.[2458] Doch kann die Höhe der angemessenen Vergütung zweckmäßigerweise dem Ermessen des Richters überlassen werden.[2459] Im Rahmen der gestellten Anträge erforscht das Gericht den Sachverhalt von Amts wegen, ohne an das Vorbringen und die Beweisanträge der Parteien gebunden zu sein (§ 87 Abs. 1 PatG).

2451 *Mes*, in: *Mes*, PatG^4, § 24, Rdnr. 10; *Hacker*, in: *Busse*, PatG^7, § 24, Rdnr. 30.

2452 BGH GRUR 1996, 190, 192 – „Polyferon"; BPatG GRUR 1994, 98, 99 – „Zwangslizenz".

2453 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR^4, § 24, Rdnr. 13; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG^{10}, § 24, Rdnr. 21; *Mes*, in: *Mes*, PatG^4, § 24, Rdnr. 12; *Rinken/Kühnen*, in: *Schulte*, PatG^9, § 24, Rdnr. 10; *Hacker*, in: *Busse*, PatG^7, § 24, Rdnr. 31.
vgl. BGH GRUR 1996, 190, 192 – „Polyferon".

2454 RGZ 171, 227, 232 f.; *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR^4, § 24, Rdnr. 13; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG^{10}, § 24, Rdnr. 21; *Hacker*, in: *Busse*, PatG^7, § 24, Rdnr. 31.

2455 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR^4, § 24, Rdnr. 13; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG^{10}, § 24, Rdnr. 19; *Mes*, in: *Mes*, PatG^4, § 24, Rdnr. 12.

2456 BGH GRUR 1996, 190, 195 – „Polyferon".

2457 *Rogge*, in: *Benkard*, PatG^{10}, § 24, Rdnr. 28; *Mes*, in: *Mes*, PatG^4, § 24, Rdnr. 33; *Hacker*, in: *Busse*, PatG^7, § 24, Rdnr. 65; *Kraßer*, S. 837; *Wolff*, S. 46; *Pohl*, S. 12; a.A. *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR^4, § 24, Rdnr. 48 (Leistungsklage).

2458 *Mes*, in: *Mes*, PatG^4, § 24, Rdnr. 33; *Rinken/Kühnen*, in: *Schulte*, PatG^9, § 24, Rdnr. 29 (mit Beispiel eines Klageantrags).

2459 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR^4, § 24, Rdnr. 62; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG^{10}, § 24, Rdnr. 33.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Auf Antrag des Klägers kann ihm die Benutzung der patentierten Erfindung auch schon vorweg durch *einstweilige Verfügung* gestattet werden. Allerdings muss er dazu nicht nur den *Verfügungsanspruch*, also das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen, sondern zusätzlich einen *Verfügungsgrund* glaubhaft machen, nämlich dass die alsbaldige Erteilung der Erlaubnis im öffentlichen Interesse dringend geboten ist (§ 85 Abs. 1 PatG). Damit kommen für den Erlass einer einstweiligen Verfügung nur solche Fälle in Betracht, bei denen zur Abwendung wesentlicher Nachteile die sofortige Benutzungsgestattung im Interesse der Öffentlichkeit so dringend geboten ist, dass ein längeres Zuwarten nicht verantwortet werden könnte.[2460] Die patentrechtliche Zwangslizenz ist damit weniger effektiv als ihre urheberrechtlichen Schwestern. Die Höhe der Vergütung kann aber auch hier der Entscheidung in der Hauptsache vorbehalten bleiben.[2461] Der Erlass der einstweiligen Verfügung kann davon abhängig gemacht werden, dass der Lizenzsucher wegen der dem Rechtsinhaber drohenden Nachteile Sicherheit leistet (§ 86 Abs. 2 PatG). Die Sicherheit sollte den prozessualen Schadensersatzanspruch aus § 86 Abs. 5 PatG abdecken, also die Schäden, die dem Rechtsinhaber insbesondere durch Absatzverluste entstehen, wenn die einstweilige Verfügung durchgeführt wird, sich aber als von Anfang an ungerechtfertigt erweist.[2462]

Sind die Umstände, die der Lizenzerteilung zugrunde lagen, entfallen und ist ihr Wiedereintritt unwahrscheinlich, kann der Rechtsinhaber die *Rücknahme* der Zwangslizenz verlangen (§ 24 Abs. 6 S. 6 PatG); dabei sind schutzwürdige Interessen des Lizenznehmers zu berücksichtigen, etwa an der Amortisation seiner Investitionen im berechtigten Vertrauen auf den Bestand der Zwangslizenz.[2463] Weiter kann jeder Beteiligte eine *Anpassung* der wiederkehrenden Vergütungsleistungen des Lizenznehmers verlangen, wenn sich die für die Höhe der Vergütung maßgebenden Verhältnisse wesentlich ändern (§ 24 Abs. 6 S. 5 PatG). Beide Ansprüche sind

---

2460 BGH GRUR 1952, 393, 493 – „Paladon".

2461 RGZ 171, 227, 237; *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR^{4}, § 24, Rdnr. 56; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG^{10}, § 24, Rdnr. 33; *Hacker*, in: *Busse*, PatG^{7}, § 24, Rdnr. 79.

2462 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR^{4}, § 85, Rdnr. 14; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG^{10}, § 85, Rdnr. 5; *Keukenschrijver*, in: *Busse*, PatG^{7}, § 85, Rdnr. 12; *Voit*, in: *Schulte*, PatG^{9}, § 85, Rdnr. 7.

2463 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR^{4}, § 24, Rdnr. 66; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG^{10}, § 24, Rdnr. 45.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

durch Abänderungsklage entsprechend § 323 ZPO beim BPatG durchzusetzen.[2464]

b) Abhängigkeitslizenz (§ 24 Abs. 2 PatG)

Die sog. Abhängigkeitslizenz ist in § 24 Abs. 2 PatG geregelt. Ihr liegt der Gedanke zugrunde, dass das Patentrecht die technische Entwicklung fördern und Innovationen nicht unangemessen behindern soll.[2465] Dass der Anspruch auf Lizenzerteilung gegen den Rechtsinhaber gerichtet ist, folgt hier bereits aus dem Wortlaut.[2466]

aa) Tatbestand

Anspruchsberechtigt ist in telelogischer Extension des zu engen Wortlauts („Kann der Lizenzsucher eine *ihm* durch Patent […] geschützte Erfindung") jeder Nutzungsberechtigte eines jüngeren Patents, also auch der einfache oder ausschließliche Lizenznehmer.[2467] Allerdings muss auch er die Erfindung gewerbsmäßig benutzen wollen und können.[2468] Anspruchsgegner ist der Inhaber eines älteren Patents. Weiter muss die Erfindung des Lizenzsuchers abhängig sein, d.h. die durch das jüngere Patent geschützte Erfindung darf nicht verwerten werden können, ohne das ältere Patent zu verletzen. Schließlich muss die Erfindung des Lizenzsuchers einen im Vergleich zu derjenigen des älteren Patents *wichtigen* technischen Fortschritt – also einen solchen, der über die Neuheit und den erfinderischen Schritt im Sinne der §§ 3, 4 PatG hinausgeht[2469] – von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung aufweisen (§ 24 Abs. 2 Nr. 2 PatG); diese ist ob-

---

2464 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 64 u. 66; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 42 u. 45; *Mes*, in: *Mes*, PatG[4], § 24, Rdnr. 41.

2465 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 35; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 22; vgl. BPatG GRUR 1994, 98, 100 f. – „Zwangslizenz".

2466 Unrichtig insoweit *Pohl*, S. 12 („§ 24 PatG statuiert nicht, daß sich dieser Anspruch gegen den Patentinhaber selbst richtet. Die Tatbestandsfassung ist insofern neutral").

2467 Allg. Ansicht, *Rinken/Kühnen*, in: *Schulte*, PatG[9], § 24, Rdnr. 16; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 22; *Hacker*, in: *Busse*, PatG[7], § 24, Rdnr. 50.

2468 *Rinken/Kühnen*, in: *Schulte*, PatG[9], § 24, Rdnr. 18.

2469 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 37.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

jektiv, d.h. nicht nach den individuellen Bedürfnisses des Lizenzsuchers zu beurteilen.[2470] Nicht (mehr) erforderlich ist ein öffentliches Interesse an der Lizenzerteilung.[2471] § 24 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. Abs. 1 Nr. PatG regelt eine bloße Sachurteilsvoraussetzung.[2472]

bb) Rechtsfolge

Hinsichtlich der Rechtsfolge kann auf die Ausführungen zur Zwangslizenz im öffentlichen Interesse verwiesen werden.[2473] Eine Besonderheit besteht nur insoweit, als der Anspruchsgegner seine Lizenzerteilung von der Einräumung einer Gegenlizenz an der Erfindung des jüngeren Patents abhängig machen kann (§ 24 Abs. 2 S. 1 PatG). Diese muss ebenfalls zu angemessenen Bedingungen erfolgen, also insbesondere nach § 24 Abs. 6 PatG. Dabei kann die Vergütung für die Zwangslizenz diejenige für die Gegenlizenz übersteigen und umgekehrt; ebenso kommt auch eine wechselseitige Freilizenz in Betracht; maßgeblich sind jeweils die Umstände des Einzelfalls.[2474]

cc) Durchsetzung

Auch insoweit wird auf die Ausführungen zu § 24 Abs. 1 PatG verwiesen.[2475]

2470 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR^{4}, § 24, Rdnr. 37; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG^{10}, § 24, Rdnr. 22.

2471 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR^{4}, § 24, Rdnr. 35; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG^{10}, § 24, Rdnr. 22; *Hacker*, in: *Busse*, PatG^{7}, § 24, Rdnr. 47; *Mes*, in: *Mes*, PatG^{4}, § 24, Rdnr. 20; *Rinken/Kühnen*, in: *Schulte*, PatG^{9}, § 24, Rdnr. 16.

2472 Siehe bereits 3. Kapitel B. III. 1. a) aa).

2473 Siehe 3. Kapitel B. III. 1. a) bb).

2474 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR^{4}, § 24, Rdnr. 38; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG^{10}, § 24, Rdnr. 24.

2475 Siehe 3. Kapitel B. III. 1. a) cc).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

c) Ausführungslizenz (§ 24 Abs. 5 PatG)

Die dritte und letzte patentrechtliche Zwangslizenz ist die sog. Ausführungslizenz (§ 24 Abs. 5 PatG), mit der 1998 ein (reichs-)gerichtlich anerkannter „besonderer Umstand", der ein öffentliches Interesse i.S.v. § 24 Abs. 1 PatG begründet – die unzureichende Inlandsversorgung –, kodifiziert wurde.[2476] Folgerichtig besteht der Anspruch auf Lizenzerteilung nur „im Rahmen des Absatzes 1", d.h. muss der Tatbestand der Zwangslizenz im öffentlichen Interesse vorliegen;[2477] insoweit und bezüglich der Rechtsfolge sowie der Durchsetzung kann auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden.[2478] Zusätzlich verlangt § 24 Abs. 5 S. 1 PatG, dass der Rechtsinhaber die patentierte Erfindung nicht oder nicht überwiegend im Inland ausübt. Dabei steht der inländischen „Ausübung", d.h. der Herstellung des patentierten Erzeugnisses oder der Anwendung des patentierten Verfahrens,[2479] die Einfuhr des patentierten Erzeugnisses gleich (§ 24 Abs. 5 S. 2 PatG). Zu guter Letzt muss kumulativ eine ausreichende Versorgung des Inlandsmarktes mit dem patentierten Produkt sicherzustellen sein (§ 24 Abs. 5 S. 1 PatG).[2480] Teils wird dies so verstanden, dass die unzureichende Inlandsversorgung auf der mangelnden Ausübung im Inland bzw. Einfuhr beruhen muss.[2481] Denkbar ist aber auch, dass die Nicht- oder nicht überwiegende Ausübung im Inland eine Zwangslizenz nur begründet, wenn nicht nur ein öffentliches Interesse vorliegt, sondern dieses gerade an einer ausreichenden Versorgung des Inlandsmarktes besteht.[2482] Diese Auslegung verdient den Vorzug, weil sonst § 24 Abs. 5 PatG überflüssig wäre. Denn verlangt man über das Interesse an einer ausreichenden Inlandsversorgung hinaus ein zusätzliches öffentliches Interesse, besteht

---

2476 *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 27; *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 30 u. 43.

2477 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 42; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 27; *Hacker*, in: *Busse*, PatG[7], § 24, Rdnr. 61; *Rinken/Kühnen*, in: *Schulte*, PatG[9], § 24, Rdnr. 26; *Mes*, in: *Mes*, PatG[4], § 24, Rdnr. 28.

2478 Siehe 3. Kapitel B. III. 1. a).

2479 Gesetzentwurf v. 20.2.1998, BT-Drs. 13/9971, S. 27; siehe auch *Hacker*, in: *Busse*, PatG[7], § 24, Rdnr. 62.

2480 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 35; *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 27; *Hacker*, in: *Busse*, PatG[7], § 24, Rdnr. 63; *Mes*, in: *Mes*, PatG[4], § 24, Rdnr. 29.

2481 *Rogge*, in: *Benkard*, PatG[10], § 24, Rdnr. 27.

2482 *Wilhelmi*, in: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, PatR[4], § 24, Rdnr. 44.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Lizenzanspruch bereits nach § 24 Abs. 1 PatG aufgrund *dieses* öffentlichen Interesses.

2. Frankreich

Das französische Patentgesetz („Livre VI du Code de la propriété intellectuelle") kennt fünf Zwangslizenzen, die entweder richterlich (*licences obligatoires*) oder behördlich (*licences d'office*) erteilt werden:[2483] die Ausführungslizenz (unten a)), die Abhängigkeitslizenz (unten b)) und drei Zwangslizenzen im öffentlichen Interesse (unten c)).

a) Ausführungslizenz (Art. L. 613-11 ff. CPI)

Die in Art. L. 613-11 bis L. 613-14 CPI geregelte Ausführungslizenz beruht auf dem Gedanken, dass das Ausschließlichkeitsrecht seine ökonomische Rechtfertigung verliert, d.h. missbräuchlich ausgeübt wird, wenn die Erfindung nicht verwertet wird.[2484] Sie dient dem Interessenausgleich, indem sie einerseits dem Patentinhaber sein Patent belässt und ihm eine angemessene Vergütung ermöglicht, andererseits aber Dritten erlaubt, die Erfindung im Interesse der Allgemeinheit zu verwerten.[2485] In der Praxis ist sie die wichtigste Zwangslizenz und die einzige, die bislang zu bedeutsamen Entscheidungen geführt hat.[2486]

aa) Tatbestand

Antragsberechtigt ist jede natürliche Person und jede juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts (Art. L. 613-11 Abs. 1 CPI), die in der Lage ist, die Erfindung ernsthaft und wirklich zu verwerten (Art. L. 613-12 CPI a.E.), also über die nötige Kompetenz sowie die materiellen

2483 In beiden Fällen handelt es sich um Zwangslizenzen, *Salamolard*, S. 32; *Pfanner*, GRUR Int. 1985, 357, 363; *Demaret*, GRUR Int. 1987, 1, 3; *Koikkara*, S. 95.

2484 *Pollaud-Dulian*, La propriété industrielle, Rdnr. 619; *Schmidt-Szalewski/Pierre*, Rdnr. 298; in dieselbe Richtung *Azéma/Galloux*, Rdnr. 611.

2485 *Pollaud-Dulian*, La propriété industrielle, Rdnr. 625.

2486 *Pollaud-Dulian*, La propriété industrielle, Rdnr. 622.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

und personellen Mittel verfügt.[2487] Antragsgegner ist der Patentinhaber oder sein Rechtsnachfolger (Art. L. 613-11 Abs. 1 CPI). Dieser darf innerhalb einer Frist von drei Jahren nach Erteilung des Patents oder von vier Jahren nach der Einreichung der Anmeldung nicht begonnen oder keine wirklichen und ernsthaften – also keine symbolischen, unbedeutenden oder vorgetäuschten[2488] – Vorkehrungen getroffen haben, die patentierte Erfindung in einem Mitgliedstaat der EU oder des EWR zu verwerten und – kumulativ[2489] – das Produkt, das Gegenstand des Patents ist, nicht in ausreichender Menge vertrieben haben, um die Nachfrage auf dem französischen Markt zu befriedigen (Art. L. 613-11 Abs. 1 CPI).[2490] Dem steht es gleich, wenn entweder die Verwertung oder der Vertrieb in Frankreich seit mehr als drei Jahren aufgeben wurde (Art. L. 613-11 Abs. 2 CPI).[2491] Als Verwertung gilt auch die Einfuhr des Produkts, das Gegenstand des Patents ist und in einem Mitgliedstaat der WTO hergestellt wurde (Art. L. 613-11 Abs. 3 CPI).[2492] Aufgrund der Frist von drei bzw. vier Jahren verbleibt dem Rechtsinhaber die Möglichkeit, die patentierte Erfindung zu

---

2487 *Pollaud-Dulian*, La propriété industrielle, Rdnr. 634; *Mankiewicz*, RTD com. 1955, 1, 6.

2488 *Pollaud-Dulian*, La propriété industrielle, Rdnr. 630; siehe auch *Salamolard*, S. 97.

2489 *Schmidt-Szalewski/Pierre*, Rdnr. 299.

2490 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dreier/Krasser*, S. 206 f., unter Berücksichtigung der geltenden Fassung: „Toute personne de droit public ou privé peut, à l'expiration d'un délai de trois ans après la délivrance d'un brevet, ou de quatre ans à compter de la date du dépôt de la demande, obtenir une licence obligatoire de ce brevet, dans les conditions prévues aux articles suivants, si au moment de la requête, et sauf excuses légitimes le propriétaire du brevet ou son ayant cause: a) N'a pas commencé à exploiter ou fait des préparatifs effectifs et sérieux pour exploiter l'invention objet du brevet sur le territoire d'un Etat membre de la Communauté économique européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen. b) N'a pas commercialisé le produit objet du brevet en quantité suffisante pour satisfaire aux besoins du marché français."

2491 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dreier/Krasser*, S. 207, unter Berücksichtigung der geltenden Fassung: „Il en est de même lorsque l'exploitation prévue au a) ci-dessus ou la commercialisation prévue au b) ci-dessus a été abandonnée depuis plus de trois ans."

2492 „Pour l'application du présent article, l'importation de produits objets de brevets fabriqués dans un Etat partie à l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce est considérée comme une exploitation de ce brevet."

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

verwerten.[2493] Zu guter Letzt darf die Zwangslizenz nicht durch berechtigte Entschuldigungsgründe ausgeschlossen sein (Art. L. 613-11 Abs. 1 CPI). Als solche gelten in der Rspr. höhere Gewalt, andere ernsthafte und vom Patentinhaber nicht beeinflussbare Hindernisse, Hindernisse wirtschaftlicher, administrativer, rechtlicher oder technischer Art.[2494] Der Wortlaut („Toute personne […] *peut* […] obtenir une licence obligatoire") legt den Schluss nahe, dass die Lizenzerteilung im richterlichen Ermessen liegt; in der Literatur wird diese Frage nicht erörtert.

bb) Rechtsfolge

Die Zwangslizenz ist nicht-ausschließlich (Art. L. 613-13 S. 1 CPI)[2495] und wird unter bestimmten Bedingungen, insbesondere hinsichtlich ihrer Dauer, ihres Geltungsbereiches und der Höhe der Lizenzgebühren erteilt (Art. L. 613-12 Abs. 2 CPI)[2496]. Die Zwangslizenz hat den Charakter eines diktierten Vertrages,[2497] sodass die Regeln über den Lizenzvertrag entsprechende Anwendung findet.[2498] Die Lizenzgebühr ist so zu bemessen, dass sie einerseits dem Patentinhaber eine gerechte Vergütung seines Einsatzes (seiner Investitionen) und seines Beitrages zum Fortschritt ermöglicht, andererseits aber die Rentabilität der Verwertung durch den Lizenznehmer nicht gefährdet.[2499] Soweit die Lizenz nicht für die Dauer des Patentschutzes erteilt wird, ist zu berücksichtigen, dass die Aufnahme der Verwertung einige Zeit in Anspruch nimmt, die für die effektive Auswertung verloren geht, und dem Lizenznehmer ein angemessener Zeitraum verbleiben muss, die ihm eine Amortisation seiner Kosten erlaubt.[2500] Ggf. soll das Gericht

2493 *Pollaud-Dulian*, La propriété industrielle, Rdnr. 627.
2494 *Pollaud-Dulian*, La propriété industrielle, Rdnr. 632; siehe auch *Mankiewicz*, RTD com. 1955, 1, 15 f.; *Salamolard*, S. 97.
2495 „Les licences obligatoires et les licences d'office sont non exclusives."
2496 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dreier/Krasser*, S. 207, unter Berücksichtigung der geltenden Fassung: „La licence obligatoire est accordée à des conditions déterminées, notamment quant à sa durée, son champ d'application et le montant des redevances auxquelles elle donne lieu."
2497 *Pollaud-Dulian*, La propriété industrielle, Rdnr. 636.
2498 *Schmidt-Szalewski/Pierre*, Rdnr. 300; a.A. *Mankiewicz*, RTD com. 1955, 1, 21.
2499 *Mankiewicz*, RTD com. 1955, 1, 20.
2500 *Mankiewicz*, RTD com. 1955, 1, 20.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

für diese Fragen einen Sachverständigen heranziehen.[2501] Das Nutzungsrecht kann nur mit dem Geschäft, Betrieb oder Betriebsteil übertragen werden, dem es zugeteilt worden ist (Art. L. 613-13 S. 2 CPI).[2502]

cc) Durchsetzung

Da die Lizenz nicht schon kraft Gesetzes gilt,[2503] muss sie, wenn sie nicht erteilt wird, eingeklagt werden. Als „richterliche Lizenz"[2504] wird sie erst mit Bekanntgabe des richterlichen Erlasses wirksam (Art. L. 613-17 Abs. 2 CPI). Der Zwangslizenzantrag wird bei einem ordentlichen Gericht, dem Tribunal de grande instance, gestellt; er muss mit dem Nachweis verbunden sein, dass der Antragsteller vom Patentinhaber keine Lizenz erhalten können – einer ausdrücklichen Lizenzverweigerung stehen übermäßige Preisforderungen gleich[2505] – und dass er in der Lage ist, die Erfindung ernsthaft und wirklich zu verwerten (Art. 613-12 Abs. 1 CPI).[2506]

Ähnlich wie nach deutschem Recht können die Bedingungen der Lizenzerteilung auf Antrag eines Beteiligten durch Entscheidung des Gerichts geändert werden (Art. 613-12 Abs. 1 CPI).[2507] Dagegen können der Patentinhaber und ggf. die anderen Lizenznehmer bei Gericht die Rücknahme der Zwangslizenz erwirken, wenn der Inhaber der Zwangslizenz den Bedingungen nicht genügt (Art. 613-14 Abs. 1 CPI),[2508] während nach

---

2501 *Mankiewicz*, RTD com. 1955, 1, 17.

2502 „Les droits attachés à ces licences ne peuvent être transmis qu'avec le fonds de commerce, l'entreprise ou la partie de l'entreprise auquel ils sont attachés."

2503 *Mankiewicz*, RTD com. 1955, 1, 21; siehe auch *Pollaud-Dulian*, La propriété industrielle, Rdnr. 633.

2504 *Mankiewicz*, RTD com. 1955, 1, 21 („licence judiciaire").

2505 *Azéma/Galloux*, Rdnr. 613.

2506 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dreier/Krasser*, S. 207 („La demande de licence obligatoire est formée auprès du tribunal de grande instance: elle doit être accompagnée de la justification que le demandeur n'a pu obtenir du propriétaire du brevet une licence d'exploitation et qu'il est en état d'exploiter l'invention de manière sérieuse et effective").

2507 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dreier/Krasser*, S. 207 („Ces conditions peuvent être modifiées par décision du tribunal, à la requête du propriétaire ou du licencié").

2508 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dreier/Krasser*, S. 207 („Si le titulaire d'une licence obligatoire ne satisfait pas aux conditions auxquelles cette licence

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 24 Abs. 6 S. 6 PatG eine Rücknahme nur verlangt werden kann, wenn die Umstände, die der Erteilung der Zwangslizenz zugrunde lagen, entfallen und ihr Wiedereintritt unwahrscheinlich ist.

b) Abhängigkeitslizenz (Art. L. 613-15 CPI)

Die in Art. L. 613-15 CPI geregelte Abhängigkeitslizenz entspricht weitgehend § 24 Abs. 2 PatG.

aa) Tatbestand

Antragsberechtigt ist jeder Inhaber eines jüngeren Patents (Art. L. 613-15 Abs. 2 CPI), nicht schon der Lizenznehmer; eine telelogische Extension des Wortlauts wird in der französischen Literatur – als in der deutschen Literatur zu § 24 Abs. 2 PatG – nicht erörtert. Antragsgegner ist der Inhaber eines älteren Patents. Weiter muss die Erfindung des Lizenzsuchers abhängig sein, d.h. die durch das jüngere Patent geschützte Erfindung darf nicht verwerten werden können, ohne das ältere Patent zu verletzen. Schließlich muss die Erfindung des Lizenzsuchers einen im Vergleich zu derjenigen des älteren Patents *wichtigen* technischen Fortschritt von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung aufweisen (Art. L. 613-15 Abs. 2 CPI);[2509] ein öffentliches Interesse ist auch hier nicht vonnöten. Dem Wortlaut nach („le tribunal de grande instance *peut* lui accorder une licence“) dürfte die Lizenzerteilung im richterlichen Ermessen liegen; in der Literatur wird diese Frage nicht erörtert.

---

a été accordée, le propriétaire du brevet et, le cas échéant, les autres licenciés peuvent obtenir du tribunal le retrait de cette licence“).

2509 „Lorsque le titulaire d’un brevet ne peut l’exploiter sans porter atteinte à un brevet antérieur dont un tiers est titulaire, le tribunal de grande instance peut lui accorder une licence d’exploitation du brevet antérieur dans la mesure nécessaire à l’exploitation du brevet dont il est titulaire et pour autant que cette invention constitue à l’égard du brevet antérieur un progrès technique important et présente un intérêt économique considérable.“

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bb) Rechtsfolge

Hinsichtlich der Rechtsfolge kann auf die Ausführungen zur Ausführungslizenz verwiesen werden,[2510] da Art. L. 613-15 Abs. 6 CPI auf Art. L. 613-12 ff. CPI verweist.[2511] Allerdings kann auch nach französischem Recht der Antragsgegner auf sein Verlangen hin eine Gegenlizenz an der Erfindung des jüngeren Patents erhalten (Art. L. 613-15 Abs. 4 CPI).[2512] Schließlich kann die Zwangslizenz nur zusammen mit dem jüngeren Patent übertragen werden (Art. L. 613-15 Abs. 5 CPI).[2513]

cc) Durchsetzung

Auch insoweit kann auf die Ausführungen zur Ausführungslizenz verwiesen werden (Art. L. 613-15 Abs. 6 CPI).[2514]

c) Zwangslizenzen im öffentlichen Interesse (Art. L. 613-16 f., L. 613-18, L. 613-19 CPI)

Die Zwangslizenzen im öffentlichen Interesse unterscheiden sich von jener des § 24 Abs. 1 PatG deutlich. Statt einer Generalklausel regeln die Art. L. 613-16 ff. CPI spezielle Zwangslizenzen im Interesse der öffentlichen Gesundheit (unten aa)), der Volkswirtschaft (unten bb)) und der nationalen Verteidigung (unten cc)).[2515] Zudem wird die Zwangslizenz von einer Behörde erteilt (deshalb *licence d'office*) und das Zwangslizenzver-

2510 Siehe 3. Kapitel B. III. 2. a) bb).

2511 „Les dispositions des articles L. 613-12 à L. 613-14 sont applicables."

2512 „Le titulaire du brevet antérieur obtient, sur demande présentée au tribunal, la concession d'une licence réciproque sur le brevet postérieur."

2513 „La licence accordée au titulaire du brevet postérieur ne peut être transmise qu'avec ledit brevet."

2514 Siehe 3. Kapitel B. III. 2. a) cc).

2515 Zusätzlich regelt Art L. 5141-13 Code de la santé publique eine *licence d'office* an Veterinär-Pharmapatenten, wenn die Zuchtwirtschaft es gebietet („lorsque l'économie de l'élevage l'exige"); für das Erteilungsverfahren gilt Art. L. 613-17 CPI entsprechend, *Azéma/Galloux*, Rdnr. 626; *Schmidt-Szalewski/Pierre*, Rdnr. 309; *Pollaud-Dulian*, La propriété industrielle, Rdnr. 658.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

fahren nicht auf Initiative des Lizenzsuchers, sondern auf Initiative einer Behörde eingeleitet.[2516]

aa) Öffentliche Gesundheit (Art. L. 613-16 f. CPI)

Die Zwangslizenz nach Art. L. 613-16 f. CPI setzt zunächst voraus, das die patentierte Erfindung ein Medikament, ein Medizinprodukt, ein In-vitro-Diagnostikum, ein zugehöriges therapeutisches Produkt, das Verfahren zu deren Herstellung, ein zu deren Herstellung erforderliches Produkt, ein Verfahren zur Herstellung eines solchen Produkts oder eine Ex-vivo-Diagnostikmethode zum Gegenstand hat (Art. L. 613-16 Abs. 1 CPI).[2517] Weiter müssen diese Produkte, Verfahren oder Methoden der Öffentlichkeit nur in unzureichender Menge oder Qualität oder zur überhöhten Preisen zur Verfügung gestellt werden; oder die entsprechende Erfindung muss in einer Weise verwertet werden, die dem Interesse der öffentlichen Gesundheit zuwiderläuft oder nach einer bestands- bzw. rechtskräftigen Entscheidung gegen das Kartellrecht verstößt (Art. L. 613-16 Abs. 2 CPI).[2518] Wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind und es das Interesse der öffentlichen Gesundheit gebiet, kann der für den gewerblichen Rechtsschutz zuständige Minister auf Antrag des Gesundheitsministers durch Erlass das entsprechende Patent der Zwangslizenzregelung unterwerfen; zuvor hat er – außer im Notfall oder um einem kartellrechtswidrigen Verhalten abzu-

---

2516 *Sayn*, JCP CI 1971, 457, 460; *Salamolard*, S. 31.

2517 „Si l'intérêt de la santé publique l'exige et à défaut d'accord amiable avec le titulaire du brevet, le ministre chargé de la propriété industrielle peut, sur la demande du ministre chargé de la santé publique, soumettre par arrêté au régime de la licence d'office, dans les conditions prévues à l'article L. 613-17, tout brevet délivré pour: a) Un médicament, un dispositif médical, un dispositif médical de diagnostic in vitro, un produit thérapeutique annexe; b) Leur procédé d'obtention, un produit nécessaire à leur obtention ou un procédé de fabrication d'un tel produit; c) Une méthode de diagnostic ex vivo."

2518 „Les brevets de ces produits, procédés ou méthodes de diagnostic ne peuvent être soumis au régime de la licence d'office dans l'intérêt de la santé publique que lorsque ces produits, ou des produits issus de ces procédés, ou ces méthodes sont mis à la disposition du public en quantité ou qualité insuffisantes ou à des prix anormalement élevés, ou lorsque le brevet est exploité dans des conditions contraires à l'intérêt de la santé publique ou constitutives de pratiques déclarées anticoncurrentielles à la suite d'une décision administrative ou juridictionnelle devenue définitive."

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

helfen (Art. L. 613-16 Abs. 3 CPI)[2519] – auf eine gütliche Einigung hinzuwirken (Art. L. 613-16 Abs. 1 CPI).

Vom Tage der Veröffentlichung des Erlasses an, der das Patent der Zwangslizenzregelung unterwirft, kann jede dazu befähigte Person, also eine Person, die in Lage ist, das Patent im Interesse der öffentlichen Gesundheit auszuüben,[2520] bei dem für den gewerblichen Rechtsschutz zuständigen Minister eine – einfache (Art. L. 613-13 S. 1 CPI) – Lizenz beantragen (Art. L. 613-17 Abs. 1 S. 1 CPI).[2521] Die Lizenz wird durch Erlass des Ministers unter bestimmten Bedingungen erteilt, die sich insbesondere auf ihre Dauer und ihren Anwendungsbereich, nicht aber auf die Lizenzgebühren beziehen (Art. L. 613-17 Abs. 1 S. 2 CPI).[2522]

Kommt eine von dem für den gewerblichen Rechtsschutz zuständigen Minister und dem Gesundheitsminister gebilligte gütliche Einigung nicht zustande, wird die Höhe der Lizenzgebühren durch den Tribunal de grande instance bestimmt (Art. L. 613-17 Abs. 3 CPI).[2523]

Hervorzuheben ist, dass eine Zwangslizenz, wenn es das Interesse der öffentlichen Gesundheit gebietet, nach französischem Recht bereits dann erteilt werden kann, wenn die patentierte Erfindung zu unangemessenen Preisen verwertet wird. Der davon ausgehende Abschreckungseffekt mag ein Grund sein,[2524] weshalb Medikamente in Frankreich in der Regel billiger sind als in Deutschland.[2525]

2519 „Lorsque la licence a pour but de remédier à une pratique déclarée anticoncurrentielle ou en cas d'urgence, le ministre chargé de la propriété industrielle n'est pas tenu de rechercher un accord amiable."

2520 Vgl. *Sayn*, JCP CI 1971, 457, 459.

2521 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dreier/Krasser*, S. 209 („Du jour de la publication de l'arrêté qui soumet le brevet au régime de la licence d'office, toute personne qualifiée peut demander au ministre chargé de la propriété industrielle l'octroi d'une licence d'exploitation").

2522 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dreier/Krasser*, S. 209 („Cette licence est accordée par arrêté dudit ministre à des conditions déterminées, notamment quant à sa durée et son champ d'application, mais à l'exclusion des redevances auxquelles elle donne lieu").

2523 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dreier/Krasser*, S. 209 („A défaut d'accord amiable approuvé par le ministre chargé de la propriété industrielle et le ministre chargé de la santé publique, le montant des redevances est fixé par le tribunal de grande instance").

2524 Vgl. *Demaret*, GRUR Int. 1987, 1, 2.

2525 Vgl. die im Sommer 2012 durchgeführte Studie des Centre Européen de la Consommation über Medikamentenpreise in Deutschland und Frankreich, *dass.*, S. 19 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bb) Volkswirtschaft (Art. L. 613-18 CPI)

Die Zwangslizenz im Interesse der Volkswirtschaft setzt materiell voraus, dass ein Patent, für das nicht Art. L. 613-16 f. CPI gilt, entweder überhaupt nicht oder quantitativ oder qualitativ unzureichend verwertet wird und dadurch der wirtschaftlichen Entwicklung und dem öffentlichen Interesse schweren Schaden zugefügt wird (Art. L. 613-18 Abs. 2 CPI[2526]). Kommt der entsprechende Patentinhaber der Aufforderung des für den gewerblichen Rechtsschutz zuständigen Ministers, das Patent in einer den Bedürfnissen der Volkswirtschaft genügenden Weise zu verwerten (Art. L. 613-18 Abs. 1 CPI),[2527] binnen eines Jahres nicht nach, kann der Conseil d'Etat – das oberste Verwaltungsgericht – das Patent durch Dekret der Zwangslizenzregelung unterwerfen (Art. L. 613-18 Abs. 2 CPI). Die Ein-Jahres-Frist kann vom für den gewerblichen Rechtsschutz zuständigen Minister verlängert werden, wenn der Patentinhaber berechtigte und mit den Erfordernissen der Volkswirtschaft vereinbare Entschuldigungsgründe nachweist (Art. L. 613-18 Abs. 3 CPI).[2528] Für das Zwangslizenzverfahren im engeren Sinn kann auf die Ausführungen zur Zwangslizenz im Interesse der öffentlichen Gesundheit verwiesen werden,[2529] da Art. L. 613-18 Abs. 4-6 CPI nahezu wortgleich mit Art. L. 613-17 CPI ist.

cc) Nationale Verteidigung (Art. L. 613-19 CPI)

Zu guter Letzt kann der Verteidigungsminister für die Bedürfnisse der nationalen Verteidigung eine Zwangslizenz beantragen (Art. L. 613-19

2526 „Si la mise en demeure n'a pas été suivie d'effet dans le délai d'un an et si l'absence d'exploitation ou l'insuffisance en qualité ou en quantité de l'exploitation entreprise porte gravement préjudice au développement économique et à l'intérêt public, les brevets, objets de la mise en demeure, peuvent être soumis au régime de licence d'office par décret en Conseil d'Etat."

2527 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dreier/Krasser*, S. 209 („Le ministre chargé de la propriété industrielle peut mettre en demeure les propriétaires de brevets d'invention autres que ceux visés à l'article L. 613-16 d'en entreprendre l'exploitation de manière à satisfaire aux besoins de l'économie nationale").

2528 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dreier/Krasser*, S. 210 („Le ministre chargé de la propriété industrielle peut prolonger le délai d'un an prévu ci-dessus lorsque le titulaire du brevet justifie d'excuses légitimes et compatibles avec les exigences de l'économie nationale").

2529 Siehe 3. Kapitel B. III. 2. c) aa).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Abs. 2 S. 1 CPI),[2530] gleich ob der Staat die Verwertung selbst vornimmt oder durch andere vornehmen lässt (Art. L. 613-19 Abs. 1 CPI).[2531] Die Zwangslizenz wird durch Erlass des für den gewerblichen Rechtsschutz zuständigen Ministers erteilt, in dem die Bedingungen der Lizenz mit Ausnahme diejenigen festgesetzt werden, die sich auf die Lizenzgebühren beziehen (Art. L. 613-19 Abs. 2 S. 2 CPI).[2532] Kommt eine gebilligte gütliche Einigung nicht zustande, wird die Höhe der Lizenzgebühren durch den Tribunal de grande instance bestimmt (Art. L. 613-19 Abs. 4 S. 1 CPI).[2533]

3. Zwischenergebnis

Sowohl das deutsche als auch das französische Patentrecht kennen drei Arten von Zwangslizenzen: die Abhängigkeitslizenz, die Ausführungslizenz und die Zwangslizenz(en) im öffentlichen Interesse. Während die tatbestandlichen Voraussetzungen der Abhängigkeitslizenzen (§ 24 Abs. 2 PatG, Art. L. 613-15 CPI) im Wesentlichen gleich sind – der Lizenzsucher muss Inhaber eines abhängigen Patents sein, seine Erfindung muss einen wichtigen technischen Fortschritt von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung aufweisen –, unterscheiden sich die Tatbestände der Ausführungslizenzen (§ 24 Abs. 5 PatG, Art. L 613-11 ff. CPI) deutlich voneinander: Nach Art. L. 613-11 CPI kann eine Zwangslizenz an der nicht oder nicht ausreichend ausgeführten Erfindung erst drei Jahre nach Erteilung des Patents bzw. Einstellung der Verwertung erteilt werden, während § 24 Abs. 5 PatG keine solche Frist vorsieht. (Nur) nach Art. L. 613-11 Abs. 1 CPI

2530 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dreier/Krasser*, S. 210 („ La licence d'office est accordée à la demande du ministre chargé de la défense par arrêté du ministre chargé de la propriété industrielle. Cet arrêté fixe les conditions de la licence à l'exclusion de celles relatives aux redevances auxquelles elle donne lieu").

2531 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dreier/Krasser*, S. 210 („L'Etat peut obtenir d'office, à tout moment, pour les besoins de la défense nationale, une licence pour l'exploitation d'une invention, objet d'une demande de brevet ou d'un brevet, que cette exploitation soit faite par lui-même ou pour son compte").

2532 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dreier/Krasser*, S. 210 („Cet arrêté fixe les conditions de la licence à l'exclusion de celles relatives aux redevances auxquelles elle donne lieu").

2533 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dreier/Krasser*, S. 209 („A défaut d'accord amiable, le montant des redevances est fixé par le tribunal de grande instance.").

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kann eine Lizenzverweigerung mit berechtigten Gründen entschuldigt werden, während (nur) § 24 Abs. 5 PatG ein öffentliches Interesse an der Zwangslizenz verlangt, was freilich so verstanden werden kann, dass die unzureichende Inlandsversorgung (gerade) auf der mangelnden Ausführung beruhen muss. Die Zwangslizenz im öffentlichen Interesse ist nach deutschem Recht in einer Generalklausel geregelt (§ 24 Abs. 1 PatG), während sie nach Art. L. 616-13 ff. CPI (nur) in speziellen Fällen (öffentliche Gesundheit, Volkswirtschaft, nationale Verteidigung) erteilt werden kann, insbesondere wenn eine medizinische Erfindung zu unangemessenen (Medikamenten-)Preisen verwertet wird. Nach deutschem Recht hat der Lizenzsucher einen Anspruch auf Abschluss eines Lizenzvertrages zu angemessenen geschäftsüblichen Bedingungen. Einigen sich die Beteiligten nicht, hat das Gericht die Lizenzgebühr nach billigem Ermessen zu bestimmen. Maßgebend ist, was bei einer vertraglichen Einigung ein vernünftiger Patentinhaber fordern und ein vernünftiger Lizenznehmer gewähren würde; insoweit kann auf die umfangreiche Judikatur zu § 139 Abs. 2 S. 3 PatG (Lizenzanalogie) zurückgegriffen werden. Anders als die urheberrechtlichen Zwangslizenzen sieht § 24 PatG weder ein „Hinterlegungsmodell", noch ein „Verfügungsmodell" vor, die besondere Dringlichkeit wird *nicht* vermutet. Allerdings kann auch hier die Höhe der Lizenzgebühr der Entscheidung in der Hauptsache vorbehalten werden. Die französischen Zwangslizenzen haben den Charakter eines diktierten Vertrages (*contrat forcé*), der den Parteien entweder – so bei der Abhängigkeits- und Ausführungslizenz – von einem Richter (*licence obligatoire*) oder – so bei den Zwangslizenzen im öffentlichen Interesse – von einer Behörde (*licence d'office*) unmittelbar durch privatrechtsgestaltenden Hoheitsakt oktroyiert wird. Das Problem der Nichtvollstreckbarkeit vertraglicher und nichtvertraglicher Handlungspflichten (Art. 1142 CC) wird auf diese Weise elegant gelöst.

IV. Der Zwangslizenzeinwand

Die bisherigen Ausführungen zu den einzelnen Zwangslizenzen haben jeweils nur die *aktive* Durchsetzung der Zwangslizenz behandelt; hier ist der Lizenzsucher Kläger und der Rechtsinhaber Beklagter. Nach deutschem Recht ist aber unter bestimmten formellen Voraussetzungen (unten 2.) auch die *passive* Durchsetzung zulässig (unten 1.); hier ist der Lizenzsucher Beklagter, der Rechtsinhaber Kläger. Die Folge eines solchen

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zwangslizenzeinwands ist, dass die Durchsetzung eines vom Rechtsinhaber prozessual geltend gemachten Verletzungsanspruchs gehemmt,[2534] die Verletzungsklage also als derzeit unbegründet abgewiesen wird.

1. Zulässigkeit des Zwangslizenzeinwands

Vor der „Orange-Book-Standard"- und der „Internet-Videorekorder II"-Entscheidung des BGH war streitig, ob der Zwangslizenzeinwand im Rahmen eines patent- bzw. urheberrechtlichen Verletzungsverfahrens zulässig ist.

In seinem Urteil „SPIEGEL-CD-ROM" vom 5. Juli 2001 wies der BGH einen auf § 242 BGB gestützten vertraglichen Lizenzeinwand gegenüber einer urheberrechtlichen Unterlassungsklage noch mit der Begründung ab, dass dies auf eine gesetzliche Lizenz hinauslaufe, die den Urheber in eine deutlich ungünstigere Position versetze, weil er seinen Vergütungsanspruch nach erfolgter Nutzung seines Werkes geltend machen müsse, statt – wie im Falle der Zwangslizenz – die Erteilung der Zustimmung von der Zahlung der geschuldeten Vergütung abhängig machen zu können.[2535] Zudem zeige § 37 VGG (§ 11 Abs. 2 UrhWG a.F.), dass das Gesetz dem Urheber in Fällen der Zwangslizenz eine Verhandlungsposition einräume, die ihm bei der gesetzlichen Lizenz nicht zukomme.[2536]

Ähnlich entschied das OLG Dresden im Hinblick auf einen urheberrechtlichen Zwangslizenzeinwand gegenüber einer urheberrechtlichen Unterlassungsklage. § 87 Abs. 5 UrhG (damals § 87 Abs. 4 UrhG) legitimiere zur Kabelweitersendung erst *nach* Abschluss eines entsprechenden Vertrages, da andernfalls die Differenzierung zwischen Zwangslizenz und gesetzlicher Lizenz aufgegeben werde.[2537] Mit einer ähnlichen Argumentation hielt das OLG Düsseldorf in „Standard-Spundfass" einen kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand gegenüber einer patentrechtlichen Schadensersatzklage für unzulässig. Der Anspruch auf Lizenzerteilung stelle noch

2534 *Hötte*, S. 205; allgemein *Looschelders/Olzen*, in: *Staudinger*, BGB[2015], Buch 2, § 242, Rdnr. 225; *Schubert*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 2, § 242, Rdnr. 226.

2535 BGH GRUR 2002, 248, 252 – „SPIEGEL-CD-ROM".

2536 BGH GRUR 2002, 248, 252 – „SPIEGEL-CD-ROM".

2537 OLG Dresden GRUR 2003, 601, 603 – „Kontrahierungszwang".

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

keine Nutzungserlaubnis dar.[2538] Eine Nutzung ohne Erlaubnis durch den Rechtsinhaber, die zuständige Kartellbehörde oder ein Kartellgericht sei als eine verbotene Selbsthilfe zu werten, da die Voraussetzungen des § 229 BGB nicht erfüllt seien.[2539] Auf die Revision hin wich der BGH insoweit von „SPIEGEL-CD-ROM" ab, als er nicht nur den Zwangslizenzeinwand gegenüber Schadensersatzklagen zuließ, sondern nunmehr die Zulässigkeit des Lizenzeinwands gegenüber Unterlassungsklagen ausdrücklich offen ließ.[2540]

In der Folgezeit vertraten die erstinstanzliche Rspr.[2541] und Teile der Literatur[2542] die Zulässigkeit des Zwangslizenzeinwands auch in Unterlassungsverfahren. Der Rechtsinhaber verhalte sich rechtsmissbräuchlich, wenn er die Unterlassung einer Nutzung verlange, die er durch eine Lizenzerteilung gerade gestatten müsse; denn nach § 242 BGB könne niemand etwas verlangen, das er sogleich wieder herausgeben müsse (dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est).[2543] § 229 BGB stehe dem nicht entgegen, weil mit dem Vorliegen oder Nichtvorliegen der Selbsthilfevoraussetzungen nur über die Rechtmäßigkeit der Nutzung entschieden werde, nicht aber darüber, ob auf einer anderen rechtlichen Ebene der Anspruch auf Lizenzerteilung der Unterlassungsklage entgegen gehalten werden kann.[2544]

2538 Vgl. OLG Düsseldorf, BeckRS 2002, 17394, Rdnr. 51 – „Standard-Spundfass"; ebenso *v. Merveldt*, WuW 2004, 19, 22; in dieselbe Richtung *Rombach*, S. 322; *Jaecks/Dörmer*, S. 108.

2539 OLG Düsseldorf, BeckRS 2002, 17394, Rdnr. 51 – „Standard-Spundfass"; ebenso *v. Merveldt*, WuW 2004, 19, 21 f. (zum kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand); *Neurauter*, GRUR 2011, 691, 697 (zum urheberrechtlichen Zwangslizenzeinwand).

2540 BGH GRUR 2004, 966, 970 – „Standard-Spundfass".

2541 LG Düsseldorf, Urt. v. 30.11.2006, 4b O 508/05, juris, Rdnr. 104 ff. – „Video-Signal-Codierung"; BeckRS 2008, 07732 – „Siemens/Amoi"; NJOZ 2009, 930, 939 – „MPEG2-Standard-Lizenzvertrag".

2542 *Kühnen*, S. 513 ff.; *Wirtz/Holzhäuser*, WRP 2004, 683, 693; *Heinemann*, ZWeR 2005, 198, 200; *v. Merveldt*, WuW 2004, 19, 21 ff.; *Rombach*, S. 322; *Jaecks/Dörmer*, S. 108 f.

2543 *Kühnen*, S. 514; *Wirtz/Holzhäuser*, WRP 2004, 683, 693; *Vitols*, S. 80; LG Düsseldorf, Urt. v. 30.11.2006, 4b O 508/05, juris, Rdnr. 108 – „Video-Signal-Codierung"; BeckRS 2008, 07732 – „Siemens/Amoi".

2544 *Kühnen*, S. 514; *Wirtz/Holzhäuser*, WRP 2004, 683, 693; *Vitols*, S. 80; LG Düsseldorf, Urt. v. 30.11.2006, 4b O 508/05, juris, Rdnr. 108 – „Video-Signal-Codierung"; BeckRS 2008, 07732 – „Siemens/Amoi".

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Mit der „Orange-Book-Standard"-Entscheidung vom 6. Mai 2009[2545] versucht der BGH seine Urteile „SPIEGEL-CD-ROM" und „Standard-Spundfass" in Einklang zu bringen.[2546] So lässt er, gestützt auf § 242 BGB und § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB (§ 20 Abs. 1 GWB a.F.), den kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand grundsätzlich zu, knüpft diesen aber an bestimmte Voraussetzungen (unten 2.). In seinem Urteil „Internet-Videorekorder II" vom 11. April 2013 hat er diese Rspr. dann auf den Einwand einer urheberrechtlichen Zwangslizenz übertragen.[2547] Seit der „Huawei"-Entscheidung des EuGH[2548] ist der Zwangslizenzeinwand auch im Unionskartellrecht anerkannt, wird dort aber mangels zivilrechtlicher Mittel (nur) im Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV) verortet.[2549]

Die grundsätzliche Zulässigkeit des Zwangslizenzeinwands verdient Zustimmung. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb dem Beklagten der Einwand des Rechtsmissbrauchs entzogen werden sollte. § 229 BGB betrifft die Rechtmäßigkeit der Nutzung, während es hier um die Rechtmäßigkeit der Unterlassungsklage geht.[2550] Ebenso wenig wird, wenn der Beklagte eine ausreichende Lizenzgebühr hinterlegt (unten 2. b)), der Unterschied zwischen gesetzlicher Lizenz und Zwangslizenz verwischt. Anders als bei einer gesetzlichen Lizenz („take now, pay later") muss der Rechtsinhaber nicht befürchten, seinen Vergütungsansprüchen „hinterherlaufen" zu müssen.[2551] Vielmehr ist das „Hinterlegungsmodell" fester Bestandteil der Zwangslizenzdogmatik (§§ 34 Abs. 1, 37 VGG).[2552] Weiter kann nicht eingewendet werden, dass etwa die Zwangslizenz des § 87 Abs. 5 UrhG mit grundlegenden Auslegungsschwierigkeiten verbunden sei, was zu Rechtsunsicherheit führe.[2553] Denn eine solche Unsicherheit ist jeder

---

2545 BGH GRUR 2009, 694 – „Orange-Book-Standard".
2546 *Heusch*, GRUR 2014, 745, 746.
2547 BGH GRUR 2013, 618, 622, Rdnr. 50 ff. – „Internet-Videorekorder II".
2548 EuGH GRUR 2015, 764 – „Huawei".
2549 *Palzer*, EuZW 2015, 702, 705.
2550 Vgl. *Kühnen*, S. 514; *Vitols*, S. 80.
2551 *Maume*, ZGE 2012, 216, 233; eben dies haben aber *Jaecks/Dörmer*, S. 108, befürchtet.
2552 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. d) dd) (1).
2553 So aber *Neurauter*, GRUR 2011, 691, 697; für den kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand nach niederländischem Recht auch Rechtbank Den Haag, Urt. v. 17.3.2010, Rdnr. 6.21 – „Philips./. SK Kassetten", abrufbar unter: http://www.eplawpatentblog.com/2010/March/4455_001%5B1%5D.pdf.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Rechtsstreitigkeit immanent.[2554] Keine Partei hat die Sicherheit, ob ihr Angriffs- bzw. Verteidigungsvorbringen materiell berechtigt ist oder nicht. Hinzu kommt, dass der *Beklagte* das Risiko einer Fehleinschätzung des Lizenzerteilungsanspruchs trägt, nicht der Rechtsinhaber.

2. Voraussetzungen des Zwangslizenzeinwands

In „Orange-Book-Standard" (unten a)) bzw. „Huawei" (unten b)) haben BGH und EuGH die Voraussetzungen des Zwangslizenzeinwands bestimmt.

a) Voraussetzungen nach „Orange-Book-Standard"

Nach „Orange-Book-Standard" hat der Zwangslizenzeinwand eine materielle und zwei formelle Voraussetzungen: Zum einen muss der Rechtsinhaber zum Abschluss eines Lizenzvertrages verpflichtet sein,[2555] was der Beklagte darzulegen und zu beweisen hat;[2556] insoweit kann auf die bisherigen Ausführungen verwiesen werden.[2557] Kann der Lizenzerteilungsanspruch erst nach Abschluss eines Schiedsstellenverfahrens prozessual geltend gemacht werden (§ 87 Abs. 5 UrhG und § 34 Abs. 1 VGG, jeweils i.V.m. §§ 92 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, 128 Abs. 1 VGG), ist das Verfahren auszusetzen, um den Parteien die Anrufung der Schiedsstelle zu ermöglichen.[2558] Zum anderen muss der Beklagte dem Rechtsinhaber ein unbedingtes Angebot auf Abschluss eines solchen Vertrages gemacht haben (unten a)). [2559] Zudem muss er diejenigen Verpflichtungen einhalten, die

2554 *Maume/Tapia*, GRUR Int. 2010, 923, 930.
2555 BGH GRUR 2013, 618, 622, Rdnr. 51 – „Internet-Videorekorder II"; GRUR 2009, 694, 696, Rdnr. 29 – „Orange-Book-Standard.
2556 BGH GRUR 2009, 694, 697, Rdnr. 38 – „Orange-Book-Standard".
2557 Siehe bereits 2. Kapitel A. II. 5. (kartellrechtliche Zwangslizenz) bzw. 3. Kapitel B. II. (urheberrechtliche Zwangslizenzen de lege lata).
2558 BGH GRUR 2013, 618, 622, Rdnr. 50 – „Internet-Videorekorder II".
2559 BGH GRUR 2013, 618, 622, Rdnr. 51 – „Internet-Videorekorder II"; GRUR 2009, 694, 696, Rdnr. 29 – „Orange-Book-Standard".

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der abzuschließende Lizenzvertrag an die Benutzung des lizenzierten Gegenstands knüpft (unten b)).[2560]

aa) Angebot auf Abschluss eines Lizenzvertrages

Zunächst muss der Beklagte dem Rechtsinhaber ein *Angebot* unterbreiten. Speziell für den kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand gilt, dass erst die Nichtannahme eines Angebotes den Missbrauch einer marktbeherrschenden begründet.[2561] Im Übrigen kann der (verhaltene) Anspruch auf Lizenzerteilung erst mit Abgabe eines Angebotes fällig und erfüllbar gestellt werden.[2562] Der BGH hat den *Zeitpunkt* der Abgabe des Angebots offen gelassen. In der Literatur wird hierfür entweder an den Beginn der Nutzung (arg. Missbrauchspotential),[2563] an die Klageerwiderung (arg. Missbrauchspotential, § 296 ZPO)[2564] oder an die letzte mündliche Verhandlung (arg. § 296a S. 1 ZPO)[2565] angeknüpft.

Das Angebot muss weiter *unbedingt* sein, darf also insbesondere nicht nur für den Fall der Feststellung der Verletzung unterbreitet werden.[2566] Der Hintergrund ist, dass der BGH eine Verhandlungssituation nachempfinden will.[2567] Bei Lizenzverhandlungen geht es aber nicht mehr um die Frage, ob der Lizenzsucher überhaupt eine Lizenz will, sondern nur noch um die Höhe der Vergütung. Wenn der Lizenzsucher dagegen ein bedingtes Angebot abgibt, also noch gar nicht weiß, ob er die Lizenz überhaupt will, kann die Ablehnung auch nicht missbräuchlich sein.[2568]

2560 BGH GRUR 2013, 618, 622, Rdnr. 54 – „Internet-Videorekorder II"; GRUR 2009, 694, 696, Rdnr. 29 – „Orange-Book-Standard".

2561 BGH GRUR 2009, 694, 696, Rdnr. 30 – „Orange-Book-Standard".

2562 Vgl. bereits zum allgemeinen Kontrahierungszwang 3. Kapitel B. I. 1. b) aa).

2563 *Nägele/Jacobs*, WRP 2009, 1062, 1072; *Maume/Tapia*, GRUR Int. 2010, 923, 924; *Maume*, ZGE 2012, 216, 233; *Hötte*, S. 202, die aber dem Nutzer eine Frist von einigen Wochen bis drei Monaten zugestehen, die mit Kenntnis bzw. fahrlässiger Unkenntnis der rechtswidrigen Nutzung beginnen soll.

2564 *Wirtz*, WRP 2011, 1392, 1398.

2565 *Körber*, Standardessentielle Patente, FRAND-Verpflichtungen und Kartellrecht, S. 113; *ders.*, NZKart 2013, 87, 88.

2566 BGH GRUR 2009, 694, 696, Rdnr. 30 – „Orange-Book-Standard".

2567 *Heusch*, GRUR 2014, 745, 747.

2568 *Heusch*, GRUR 2014, 745, 747; vgl. BGH GRUR 2009, 694, 696, Rdnr. 30 – „Orange-Book-Standard"; siehe auch *Hötte*, S. 186 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Entsprechend den Voraussetzungen des allgemeinen Kontrahierungszwangs ist der Rechtsinhaber zur Annahme des Angebotes nur verpflichtet, wenn es sich im gesetzlichen Rahmen hält, also dem entspricht, was der Rechtsinhaber dem Lizenzsucher schuldet.[2569] Für den kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand heißt das, dass das Angebot hinsichtlich der Lizenzgebühr auf denjenigen Betrag zu begrenzen ist, der sich aus den Bedingungen eines *kartellrechtlich unbedenklichen* Vertrages ergibt.[2570] Ähnlich muss beim urheberrechtlichen Zwangslizenzeinwand das Angebot auf eine *angemessene* Lizenzgebühr gerichtet sein.[2571] Allerdings hat der Lizenzsucher regelmäßig keine Kenntnis vom Inhalt der (üblicherweise vertraulichen) Verträge mit anderen Lizenznehmern und wird den Wert des zu lizenzierenden Gegenstandes kaum richtig einschätzen können. Damit ergibt sich das schon bekannte Dilemma: Unterbreitet er ein zu niedriges Angebot, kann dieses zu Recht abgelehnt werden, der Zwangslizenzeinwand läuft leer und der Beklagte wird – trotz des an sich bestehenden Lizenzerteilungsanspruchs – verurteilt. Gibt er dagegen ein „sicherheitshalber" erhöhtes Angebot ab, mag dieses angenommen werden und die Verurteilung verhindern, doch muss er dann eine überhöhte Lizenzgebühr zahlen. Der BGH hält beides für unbillig.[2572] Deshalb genügt es – wie beim allgemeinen Kontrahierungszwang[2573] und ähnlich wie bei der patentrechtlichen Zwangslizenz[2574] –, wenn das Angebot zum Abschluss eines Lizenzvertrags hinsichtlich des Entgelts nicht auf die Vereinbarung eines bestimmten Lizenzgebührensatzes, sondern auf eine vom Rechtsinhaber nach *billigem Ermessen* zu bestimmende Lizenzgebühr gerichtet ist;[2575] die Bestimmung soll (ebenfalls) nach § 315 BGB erfolgen.[2576] Nur in dem Fall, dass der Rechtsinhaber eine Lizenzgebühr beziffert, die der Beklagte für angemessen hält, soll dieser das Angebot auch hinsichtlich der Gegenleistung bestimmen.[2577] Praktisch dürfte dieser Fall aber so gut

2569 Siehe bereits 3. Kapitel B. I. 1. b) aa).
2570 BGH GRUR 2009, 694, 697, Rdnr. 37 – „Orange-Book-Standard".
2571 Vgl. §§ 5 Abs. 3 S. 2, 42a Abs. 1 S. 1 Hs. 1, 87 Abs. 5 S. 1 Hs. 1 UrhG, § 34 Abs. 1 S. 1 VGG („angemessene Bedingungen").
2572 BGH GRUR 2009, 694, 697, Rdnr. 39 – „Orange-Book-Standard".
2573 Siehe bereits 3. Kapitel B. I. 1. b) bb).
2574 Siehe bereits 3. Kapitel B. III. 1. a) cc).
2575 BGH GRUR 2009, 694, 697, Rdnr. 39 – „Orange-Book-Standard".
2576 BGH GRUR 2009, 694, 697, Rdnr. 40 – „Orange-Book-Standard".
2577 Vgl. BGH GRUR 2009, 694, 697, Rdnr. 39 – „Orange-Book-Standard".

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wie ausgeschlossen sein.[2578] Denn warum sollten sich die Parteien vor Gericht streiten, wenn der Rechtsinhaber zur Lizenzerteilung bereit ist und der Lizenzsucher die geforderte Lizenzgebühr für angemessen hält? Im Übrigen kann der Beklagte die verlangte Lizenzgebühr immer für überhöht erachten.[2579]

Nach st. Rspr. zu § 315 Abs. 3 S. 2 BGB trägt der Bestimmungsberechtigte die Darlegungs- und Beweislast.[2580] Folglich gehen sowohl die bisherige erstinstanzliche Rspr.[2581] als auch die wohl überwiegende Literatur[2582] davon aus, dass der *Rechtsinhaber* darlegen und beweisen muss, dass die von ihm festgesetzte Lizenzgebühr der Billigkeit entspricht. Die Gegenansicht in der Literatur verweist auf die Formulierung „wenn ihm der – *grundsätzlich weiterhin zu seiner Darlegungs- und Beweislast stehende* – Einwand nicht abgeschnitten ist, eine Bestimmung der Lizenzgebühr durch den Patentinhaber in dieser Höhe sei unbillig"[2583].[2584] Allerdings ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Beweislast hier anders verteilt werden sollte als in allen anderen Fällen des § 315 BGB.[2585] Zudem ist äußerst unwahrscheinlich, dass der BGH seine st. Rspr. quasi in einem Nebensatz revidieren wollte, ohne diese Rspr. zu zitieren und ohne eine solche radikale Kehrtwende zu begründen.[2586] Die Gegenansicht, dass der Rechtsinhaber zwar ein Bestimmungsrecht nach § 315 Abs. 1 BGB habe, dieses aber nicht der Billigkeitskontrolle des § 315 Abs. 3 BGB unterlie-

---

2578 Vgl. *Höppner*, ZWeR 2010, 395, 419.

2579 Vgl. *Höppner*, ZWeR 2010, 395, 419.

2580 Siehe bereits 3. Kapitel B. I. 1. b) bb).

2581 LG Mannheim, BeckRS 2012, 11804 – „Dekodierverfahren".

2582 *Jestaedt*, GRUR 2009, 801, 803; *Maume/Tapia*, GRUR Int. 2010, 923, 927; *Reimann/Hahn*, S. 389; *Rinken/Kühnen*, in: *Schulte*, PatG[9], § 24, Rdnr. 77.

2583 BGH GRUR 2009, 694, 697, Rdnr. 39 – „Orange-Book-Standard" [Hervorh. d. Verf.].

2584 *Hötte*, S. 198; in diese Richtung auch *Körber*, Standardessentielle Patente, FRAND-Verpflichtungen und Kartellrecht, S. 116; *ders.*, NZKart 2013, 87, 89; *Höppner*, ZWeR 2010, 395, 421; differenzierend *Maume*, ZGE 2012, 216, 230 („Das vom BGH in der Urteilsbegründung eingeschobene ‚grundsätzlich' lässt zumindest eine Hintertür für eine näher an den allgemeinen Beweisregeln für § 315 III BGB orientierte Anwendung erahnen").

2585 *Körber*, Standardessentielle Patente, FRAND-Verpflichtungen und Kartellrecht, S. 117; *ders.*, NZKart 2013, 87, 90; dahingehend auch *Maume*, ZGE 2012, 216, 230.

2586 *Körber*, Standardessentielle Patente, FRAND-Verpflichtungen und Kartellrecht, S. 117; *ders.*, NZKart 2013, 87, 90.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ge,[2587] ist erst recht abzulehnen. Das Argument, dass die Billigkeitskontrolle zu einem systemfremden „Vertragsdiktat" führe,[2588] ist nicht stichhaltig. Zum einen werden, wenn der Rechtsinhaber seinen Ermessenspielraum bis zur Grenze der Billigkeit ausschöpft, die Lizenzgebühren nicht „diktiert".[2589] Zum anderen droht als ultima ratio kein „Vertragsdiktat", sondern lediglich die Bestimmung der angemessenen Gegenleistung; diese ist aber alles andere als systemfremd, sondern dem Bestimmungsrecht nach § 315 Abs. 1 BGB und dem Kontrahierungszwang immanent. Dennoch ist der Gegenansicht zumindest insoweit beizupflichten, als „Orange-Book-Standard" an dieser Stelle unklar bleibt.[2590]

bb) Hinterlegung der Lizenzgebühr

Der Beklagte darf nicht nur seinen vertraglichen Rechten, sondern muss auch seinen vertraglichen Pflichten „vorgreifen".[2591] Dazu muss er zu den Bedingungen des abzuschließenden Vertrages über den Umfang seine Nutzungshandlungen abrechnen und seinen sich aus der Abrechnung ergebenden Zahlungspflichten nachkommen.[2592] Allerdings muss der Beklagte nicht an den Rechtsinhaber zahlen, sondern kann in entsprechender Anwendung des § 372 S. 1 i.V.m. §§ 293, 298 BGB die Lizenzgebühren unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme hinterlegen.[2593] Dass die Höhe des geschuldeten Betrages noch nicht feststeht, d.h. von der Leistungsbestimmung nach § 315 BGB abhängt, steht dem entsprechend § 37 VGG nicht entgegen.[2594] Ist ein jedenfalls ausreichender Betrag hinterlegt, kann sich das Gericht, wenn auch die übrigen Voraussetzungen des Zwangslizenzeinwands vorliegen, mit der Feststellung begnügen, dass der Rechtsinhaber zur Annahme des Lizenzvertragsangebots und zur Bestimmung der Lizenzgebühr nach billigem Ermessen verpflichtet ist.[2595] Da das Verlet-

2587 *Hötte*, S. 195 ff.
2588 *Hötte*, S. 197.
2589 Vgl. auch *Jestaedt*, GRUR 2009, 801, 803.
2590 So *Körber*, Standardessentielle Patente, FRAND-Verpflichtungen und Kartellrecht, S. 116; *ders.*, NZKart 2013, 87, 89.
2591 BGH GRUR 2009, 694, 697, Rdnr. 33 – „Orange-Book-Standard".
2592 BGH GRUR 2009, 694, 697, Rdnr. 36 – „Orange-Book-Standard".
2593 BGH GRUR 2009, 694, 697, Rdnr. 36 – „Orange-Book-Standard".
2594 BGH GRUR 2009, 694, 697, Rdnr. 40 – „Orange-Book-Standard".
2595 BGH GRUR 2009, 694, 697, Rdnr. 40 – „Orange-Book-Standard".

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zungsverfahren von der aufwändigen Bestimmung einer angemessenen Lizenzgebühr befreit werden soll, kann die Überprüfung der Höhe des hinterlegten Betrages nur einen summarischen Charakter haben.[2596] In der Praxis wird der Beklagte seinem eigenen angemessenen Angebot einen Sicherheitszuschlag hinzufügen oder gleich den vom Rechtsinhaber geforderten Betrag hinterlegen.[2597] Ansonsten besteht das Risiko, dass das Gericht den Betrag als zu niedrig ansieht und den Zwangslizenzeinwand zurückweist.[2598]

b) Voraussetzungen nach „Huawei“

In „Huawei“[2599] ist der EuGH von den „Orange-Book-Standard“-Kriterien des BGH abgewichen. Anders als der „Orange-Book-Standard“ hatte sich die standardessentielle Technologie von Huawei nicht im Wettbewerb, sondern in einem Normierungsverfahren durchgesetzt (sog. De-jure-Standard). Huawei hatte sich gegenüber der Normierungsorganisation verpflichtet, die Technologie jedermann zu FRAND-Bedingungen zu lizenzieren. Als ZTE die Technologie ohne Lizenz benutzte, klagte Huawei auf Unterlassung. Zusätzlich zu dem materiellrechtlichen Anspruch auf eine Zwangslizenz,[2600] war fraglich, ob ZTE einen solchen Anspruch der Unterlassungsklage als Einwand entgegenhalten konnte. Der EuGH entschied, dass (auch) die Unterlassungsklage in Fällen standardessentieller Patente, in denen sich der Rechtsinhaber zur Lizenzierung verpflichtet hat, grundsätzlich missbräuchlich sei.[2601] Anders als der BGH, der in „Orange-Book-Standard“ nur den Lizenzsucher in die Pflicht nahm, trägt der EuGH daher beiden Parteien ein Pflichtenprogramm auf. Die Voraussetzungen des Zwangslizenzeinwands liegen vor, wenn entweder der Lizenzsucher seine Pflichten erfüllt oder der Rechtsinhaber seine Pflichten nicht erfüllt. Der Rechtsinhaber muss den Lizenzsucher auf die Rechtsverletzung hin-

2596 *Höppner*, ZWeR 2010, 395, 424; *Körber*, NZKart 2013, 87, 91; *Maume*, ZGE 2012, 216, 228.
2597 Vgl. *Körber*, Standardessentielle Patente, FRAND-Verpflichtungen und Kartellrecht, S. 152; *Kühnen*, S. 220; *Heusch*, GRUR 2014, 745, 748; *Maume*, ZGE 2012, 216, 229 f.; *Maume/Tapia*, GRUR Int. 2010, 923, 926.
2598 *Kühnen*, S. 220.
2599 EuGH GRUR 2015, 764 – „Huawei“.
2600 Siehe bereits 2. Kapitel A. II. 5. b) aa) (6) (a).
2601 EuGH GRUR 2015, 764, 767, Rdnr. 54 – „Huawei“.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

weisen[2602] und ein Lizenzangebot zu FRAND-Bedingungen (einschließlich der Lizenzgebühr) abgeben.[2603] Der Lizenzsucher muss seine Vertragsbereitschaft erklären,[2604] das Lizenzangebot annehmen[2605] oder ein Gegenangebot zu FRAND-Bedingungen unterbreiten[2606] und – kommt kein Lizenzvertrag zustande – für die Benutzung des standardessentiellen Patents Sicherheit leisten (durch Hinterlegung oder Bankbürgschaft).[2607] Auf den ersten Blick weichen beide Urteile erheblich voneinander ab: Nach „Orange-Book-Standard" muss der Lizenzinteressent, nach „Huawei" der Rechtsinhaber das Angebot formulieren. Dem BGH kam es offenkundig darauf an, die Rechtsfigur des Zwangslizenzeinwands in das deutsche Zivilrecht einzupassen – nach den Regeln des allgemeinen Kontrahierungszwangs obliegt es dem Vertragsinteressenten, ein konkretes Angebot abzugeben.[2608] Braucht man dagegen, wie der EuGH in „Huawei", auf die Dogmatik des deutschen Zivilrechts keine Rücksicht nehmen, macht es in der Tat Sinn, den Rechtsinhaber zur Abgabe des Angebots zu verpflichten. Nicht nur hat dieser bereits zugesagt, die standardessentielle Technologie zu lizenzieren; vor allem weiß er am besten, welche Lizenzsätze andere Lizenznehmer zahlen, was also ein nichtdiskriminierender Lizenzsatz ist.[2609] Freilich führt die Lösung des BGH zu kaum einem anderen Ergebnis, da der Vertragsinteressent die Gegenleistung in das billige Ermessen des Kontrahierungspflichtigen[2610] bzw. Rechtsinhabers[2611] stellen kann (§§ 316, 315 Abs. 1 BGB). Ein erheblicher Unterschied bleibt insoweit, als der Lizenzsucher nach „Orange-Book-Standard" ein unbedingtes Angebot abgeben muss,[2612] während er nach „Huawei" sein Angebot unter den Vorbehalt stellen darf, dass das Patent rechtsbeständig ist und er es tatsächlich benutzt.[2613]

2602 EuGH GRUR 2015, 764, 767, Rdnr. 61 – „Huawei".
2603 EuGH GRUR 2015, 764, 767, Rdnr. 63 – „Huawei".
2604 EuGH GRUR 2015, 764, 767, Rdnr. 63 – „Huawei".
2605 EuGH GRUR 2015, 764, 767, Rdnr. 65 – „Huawei".
2606 EuGH GRUR 2015, 764, 767, Rdnr. 66 – „Huawei".
2607 EuGH GRUR 2015, 764, 767, Rdnr. 67 – „Huawei".
2608 Siehe bereits 3. Kapitel B. I. 1. b) aa).
2609 EuGH GRUR 2015, 764, 767, Rdnr. 64 – „Huawei".
2610 Siehe 3. Kapitel B. I. 1. b) bb).
2611 Siehe 3. Kapitel B. IV. 2. a) aa).
2612 Siehe 3. Kapitel B. IV. 2. a) aa).
2613 EuGH GRUR 2015, 764, 767, Rdnr. 69 – „Huawei".

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Für die urheberrechtliche Zwangslizenz dürfte das „Huawei"-Urteil keine unmittelbare Bedeutung erlangen. Zunächst gilt es nach herrschender Ansicht[2614] nur für Fälle standardessentieller Patente, also Fälle, in denen eine Standardisierungsorganisation das Immaterialgut als (De-jure-)Standard normiert und sich der Rechtsinhaber als Gegenleistung zur Lizenzerteilung verpflichtet. Für den Bereich des Urheberrechts sind solche Fälle allenfalls bei Computerprogrammen denkbar. Weiter wurzelt „Huawei" in dem Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV), das in *urheber*rechtlichen Zwangslizenzfällen gerade nicht zur Anwendung gelangt. Zu guter Letzt dürfte der BGH für den urheberrechtlichen Zwangslizenzeinwand an den Vorgaben aus „Orange-Book-Standard" und „Internet-Videorekorder II" festhalten, weil sie sich nahtlos in die Dogmatik des allgemeinen Kontrahierungszwangs einfügen.

3. Zwischenergebnis

Der auf § 242 BGB gestützte Zwangslizenzeinwand ist ein Verteidigungsmittel gegen eine Verletzungsklage des Rechtsinhabers, mit dem der Anspruch auf Lizenzerteilung passiv durchgesetzt wird. Seit der „Orange-Book-Standard"- bzw. „Internet Videorekorder II"-Entscheidung sind die Voraussetzungen höchstrichterlich weitgehend geklärt: Zum einen muss der Rechtsinhaber zum Abschluss eines Lizenzvertrages verpflichtet sein. Zum anderen muss der Beklagte dem Rechtsinhaber ein unbedingtes Angebot auf Abschluss eines solchen Vertrages gemacht haben und diejenigen Verpflichtungen erfüllen, die der abzuschließende Lizenzvertrag an die Benutzung des lizenzierten Gegenstandes knüpft. Es genügt, wenn das Angebot auf eine vom Rechtsinhaber nach billigem Ermessen zu bestimmende Lizenzgebühr gerichtet ist (entsprechend § 315 BGB) und der Beklagte einen jedenfalls ausreichenden Betrag hinterlegt (entsprechend § 37

2614 *Franz/Podszun*, ZWeR 2017, 205, 214; *Palzer*, EuZW 2015, 702, 705; *Maume*, QMJIP 6 (2016), 207, 224; in diese Richtung auch *Batista/Mazutti*, IIC 2016, 244, 252; ebenso *Heinemann*, GRUR 2015, 855, 859, und *Stender*, WuW 2015, 1188, 1194, die aber eine Übertragung von „Huawei" auf De-facto-Standards befürworten; *Hauck*, NJW 2015, 2767, 2770, hält es für möglich, dass „Huawei" auch auf De-facto-Standards Anwendung findet. Soweit ersichtlich haben die Instanzgerichte die „Huawei"-Kriterien bislang aber nur auf De-jure-Standards mit FRAND-Verpflichtungserklärung angewendet, *Block*, GRUR 2017, 121, 122.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

VGG). Dieser Lösungsweg ähnelt stark den zum allgemeinen Kontrahierungszwang beschriebenen Grundsätzen bzw. dem „Hinterlegungsmodell".

V. Zwischenergebnis

Durch die Darstellung des allgemeinen Kontrahierungszwangs, der urheberrechtlichen Zwangslizenzen de lege lata, der patentrechtlichen Zwangslizenzen und des Zwangslizenzeinwands wurden die dogmatischen Konturen der urheberrechtlichen Zwangslizenz herausgearbeitet. Während das französische Urheberrecht unmittelbar keine Zwangslizenzen regelt – Zwangslizenzen können nur, aber immerhin, auf das allgemeine und spezialgesetzliche Verbot des *abus de droit* gestützt werden – und diese wie die patentrechtlichen Zwangslizenzen den Charakter eines diktierten Vertrages haben – ein „echter", unmittelbarer Kontrahierungszwang ist dem französischen Recht fremd –, bilden die vier Zwangslizenzen des deutschen Urheberrechts eine besondere Art des Kontrahierungszwangs, mit dem eine Quasi-Monopolisierung bzw. Unternutzung bestimmter Werke verhindert werden soll. Anspruchsberechtigt sind entweder produktive Nutzer (Verleger, Tonträgerhersteller, Kabelunternehmen) oder jeder beliebige Nutzer, der Anspruch kann unter bestimmten Voraussetzungen (u.a. „sachlich rechtfertigender Grund") ausgeschlossen sein. Inhalt des Zielvertrages ist stets die Einräumung eines einfachen, territorial auf die Bundesrepublik Deutschland beschränkten Nutzungsrechts zu angemessenen Bedingungen, also insbesondere einer angemessenen Lizenzgebühr. Einigen sich die Parteien nicht, hat das Gericht die Gegenleistung nach billigem Ermessen festzusetzen. Anerkennt der Rechtsinhaber dagegen den Anspruch des Lizenzsuchers und bestimmt eine Lizenzgebühr, gilt dasselbe wie beim allgemeinen Kontrahierungszwang, d.h. das Gericht darf die Gegenleistungsbestimmung des Rechtsinhabers nur auf Ermessensfehler überprüfen und eine Ersatzbestimmung nur bei Ermessensfehlgebrauch treffen (§ 315 Abs. 3 S. 2 BGB entsprechend). Angemessen ist regelmäßig der Betrag, den der Rechtsinhaber bei der erstmaligen Lizenzierung desselben Werkes oder der Lizenzierung vergleichbarer Werke erzielt hat. Im Übrigen kann auf die entsprechenden Tarife der Verwertungsgesellschaften und die umfangreiche Judikatur zu § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG sowie – in Anlehnung an die patentrechtliche Zwangslizenz, bei der die Gegenleistung (auch) entsprechend § 139 Abs. 2 S. 3 PatG (Lizenzanalogie) be-

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

stimmt wird – § 97 Abs. 2 S. 3 UrhG zurückgegriffen werden. Ist der Klage ein Schiedsstellenverfahren vorgeschaltet, kann sich das Gericht zudem am Einigungsvorschlag der Schiedsstelle orientieren. Durchgesetzt wird der Anspruch – entsprechend den Grundsätzen zum allgemeinen Kontrahierungszwang – mit einer Klage auf Vertragsschluss und Leistung zu der vom Gericht festzusetzenden Gegenleistung, d.h. die Lizenzgebühr muss im Klageantrag nicht beziffert werden. Mit Rechtskraft des Urteils wird das Zustandekommen des Lizenzvertrages fingert (§ 894 ZPO). Durch das „Hinterlegungsmodell" und/oder das „Verfügungsmodell" sind die urheberrechtlichen Zwangslizenzen effektiv ausgestaltet. Soweit sich die Parteien nur über die Höhe der Lizenzgebühr streiten, kann der Lizenzsucher die vom Rechtsinhaber bestimmte Vergütung hinterlegen und mit der Nutzung beginnen („Hinterlegungsmodell" bei §§ 34 Abs. 1, 37 VGG). Im Übrigen kann er eine Leistungsverfügung erwirken, ohne die (besondere) Dringlichkeit glaubhaft machen zu müssen – richtigerweise wird diese unwiderleglich vermutet –; es muss lediglich eine hohe Wahrscheinlichkeit des Erfolgs in der Hauptsache bestehen („Verfügungsmodell"). Die Höhe der Lizenzgebühr wird erst in der Entscheidung in der Hauptsache bestimmt.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-378, am 12.10.2024, 09:31:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb