4. Kapitel: Ausgestaltung der urheberrechtlichen Zwangslizenz de lege ferenda

Das 1. und 2. Kapitel haben zu der Erkenntnis geführt, dass in den folgenden Fallgruppen das urheberrechtliche Ausschließlichkeitsrecht vorbehaltlich berechtigter ideeller Interessen durch eine urheberrechtliche Zwangslizenz zu beschränken ist:

1. Das Werk wird seit zwei Jahren nicht mehr verwertet.[2615]
2. Das Werk wird nicht auf eine neue Art verwertet und die bisherige Nutzung wird nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt.[2616]
3. Das Werk wird nicht auf eine neue, etablierte Art verwertet.[2617]
4. Das Werk wird von einer Person, die nicht der Urheber ist, zu unangemessenen Preisen verwertet.[2618]
5. Das Ausschließlichkeitsrecht schützt einen wissenschaftlichen Aufsatz[2619] oder eine Sole-source-Datenbank[2620].

Zudem sind die Zwangslizenz nach § 87 Abs. 5 UrhG und die Verwertungsgesellschaftspflicht nach § 20b Abs. 1 UrhG technologieneutral zu fassen.[2621]

Im 3. Kapitel wurden der konventions-, unions- und verfassungsrechtliche Rahmen bestimmt, den keine urheberrechtliche Zwangslizenz überschreiten darf,[2622] und die dogmatischen Konturen herausgearbeitet.[2623] Nun wird eine konkrete Ausgestaltung der urheberrechtlichen Zwangslizenz de lege ferenda erörtert (unten A.) und auf ihre Vereinbarkeit mit Konventions- und höherrangigem Recht geprüft (unten B.).

2615 Siehe 2. Kapitel B. I.
2616 Siehe 2. Kapitel B. II. 1.
2617 Siehe 2. Kapitel B. II. 2.
2618 Siehe 2. Kapitel B. III.
2619 Siehe 2. Kapitel B. IV. 1.
2620 Siehe 2. Kapitel B. IV. 3.
2621 Siehe 2. Kapitel B. II. 1. a.).
2622 Siehe 3. Kapitel A.
2623 Siehe 3. Kapitel B.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:47
Open Access – (cc) BY - https://www.nomos-elibrary.de/agb

A. Gesetzgebungsvorschlag

Vorgeschlagen werden eine Zwangslizenz an nicht, nicht neuartig oder zu unangemessenen Preisen verwerteten Werken (unten I.), eine Zwangslizenz an wissenschaftlichen Aufsätzen (unten II.), eine technologieneutrale Fassung der Zwangslizenz nach § 87 Abs. 5 UrhG und der Verwertungsgesellschaftspflicht nach § 20b Abs. 1 UrhG (unten III.) sowie eine Zwangslizenz an Sole-source-Datenbanken (unten IV.).

I. Zwangslizenz an nicht, nicht neuartig oder zu unangemessenen Preisen verwerteten Werken

1. Formulierungsvorschlag

Die Zwangslizenz an nicht, nicht neuartig oder zu unangemessenen Preisen verwerteten Werken könnte als § 42b UrhG wie folgt formuliert werden:

„*§ 42b Zwangslizenz an nicht, nicht neuartig oder zu unangemessenen Preisen verwerteten Werken.* (1) [1] Der Rechtsinhaber ist verpflichtet, jedermann die Nutzung eines Werkes zu angemessenen Bedingungen zu erlauben, wenn eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt ist:
Das Werk wird seit zwei Jahren nicht mehr verwertet.
Das Werk wird nicht auf eine neue Art verwertet und die bisherige Nutzung wird nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt.
Das Werk wird nicht auf eine neue, etablierte Art verwertet.
Das Werk wird von einer Person, die nicht der Urheber ist, zu unangemessenen Preisen verwertet.
[2] Satz 1 gilt nicht, wenn die Lizenzverweigerung sachlich gerechtfertigt ist. [3] Die §§ 34, 35 bleiben unberührt.
(2) [1] Kommt keine Einigung über die Höhe der Vergütung zustande, bestimmt der Rechtsinhaber die Lizenzgebühr nach billigem Ermessen; § 315 des Bürgerlichen Gesetzbuches findet entsprechende Anwendung. [2] In diesem Fall gilt das Nutzungsrecht als eingeräumt, wenn die Vergütung in Höhe des vom Lizenzsucher anerkannten Betrages an den Rechtsinhaber gezahlt und in Höhe der darüber hinausgehenden Forderung unter Vorbehalt an den Rechtsinhaber gezahlt oder zu seinen Gunsten hinterlegt worden ist.
(3) Die §§ 42a Abs. 3 und 6 sowie 63 finden entsprechende Anwendung.
(4) Die vorstehenden Bestimmungen gelten nicht für Datenbankwerke, das Satellitensenderecht, das Vermietrecht, das Bearbeitungsrecht einschließlich des Filmherstellungs- und Übersetzungsrechts, das Aufführungs-, Vortrags- und Filmvorführungsrecht, das Filmverbreitungsrecht sowie das Recht der öf-

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:47
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

> fentlichen Übertragung von Aufführungen, Vorträgen und Filmwerken ausschließlich des Rechts der drahtlosen Erstsendung und der Weitersendung."

Die §§ 71 Abs. 1 S. 3, 79 Abs. 2 S. 2, 85 Abs. 2 S. 3, 87 Abs. 2 S. 2, 87g Abs. 1 S. 2 und 94 Abs. 2 S. 3 UrhG wären um einen Verweis auf § 42b UrhG de lege ferenda zu ergänzen, um auch die Leistungsschutzrechte an nachgelassenen Werken, Darbietungen, Tonaufnahmen, Sendungen, Presseerzeugnissen bzw. Filmaufnahmen zu erfassen. Außerdem sollte § 92 Abs. 2 VGG wie folgt neugefasst werden:

> „*§ 92 Zuständigkeit für Streitfälle nach dem Urheberrechtsgesetz und für Gesamtverträge.* […] (2) Die Schiedsstelle kann von jedem Beteiligten auch bei einem Streitfall angerufen werden,
> an dem ein Sendeunternehmen und ein Kabelunternehmen beteiligt sind, wenn der Streit die Verpflichtung zum Abschluss eines Vertrages über die Kabelweitersendung betrifft (§ 87 Absatz 5 des Urheberrechtsgesetzes),
> der die Verpflichtung zum Abschluss eines Vertrages nach den §§ 38a und 42b des Urheberrechtsgesetzes betrifft."

2. Erläuterungen

a) Tatbestand

In Anlehnung an § 34 Abs. 1 S. 1 VGG und § 24 PatG ist *jeder* Lizenzsucher („jedermann") anspruchsberechtigt. Dahinter steht die Überlegung, dass (genau) diejenige Person anspruchsberechtigt sein muss, die das jeweils nicht (Abs. 1 S. 1 Nr. 1), nicht neuartig (Abs. 1 S. 1 Nr. 2 u. 3) oder zu unangemessenen Preisen (Abs. 1 S. 1 Nr. 4) verwertete Werk normativ effizient nutzen kann und will: die „unbekannte Person".[2624] Ihr Anspruch auf Lizenzerteilung kann nur dadurch gesichert werden, dass *jedermann* einen Anspruch erhält.[2625] Anspruchsberechtigt sind also nicht nur etwa Verleger und Tonträgerhersteller, sondern ebenso Suchmaschinenbetreiber

2624 Zur „unbekannten Person" siehe bereits 1. Kapitel A. II. 2. a) bb) (3) (a), (b) u. (c).

2625 Vgl. *v. Hayek*, Die Verfassung der Freiheit, S. 42 („Das Wesentliche ist nicht, welche Freiheit ich persönlich ausüben möchte, sondern welche Freiheit irgend jemand braucht, um für die Gesellschaft nützliche Dinge zu tun. Diese Freiheit können wir für die unbekannte Person nur dadurch sichern, daß wir sie allen geben").

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:47
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

und alle anderen Personen, die das betreffende Werk in den Fällen des Abs. 1 Nr. 1 bis 4 gegen eine angemessene Lizenzgebühr nutzen wollen.

Verpflichtet ist der „Rechtsinhaber", also sowohl der Urheber, als auch der sonstige Inhaber des ausschließlichen Nutzungsrechts. Damit entfällt die unnötige Unterscheidung in Urheber und einen „Dritten" oder „Anderen", der Inhaber des ausschließlichen Nutzungsrechts ist (vgl. §§ 5 Abs. 3 S. 2 u. 3, 42a Abs. 1 u. 4 UrhG), und ist die Regelung insgesamt übersichtlicher.

Der Tatbestand in § 42b Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 2, 3 und 4 UrhG de lege ferenda ist das Ergebnis der Problemanalyse.[2626] Das Tatbestandsmerkmal der „neuen Verwertungsart" (Nr. 2 u. 3) meint – in Anlehnung an den Begriff der unbekannten Nutzungsart i.S.v. §§ 31a, 32c und 137l UrhG – eine nach der Verkehrsauffassung als solche hinreichend klar abgrenzbare, wirtschaftlich-technisch als einheitlich und selbständig erscheinende Nutzungsart.[2627] Die neue Verwertungsart ist „etabliert" (Nr. 3), wenn ihr Umsatzanteil so groß ist, dass der Verwerter den Deckungsbeitrag erwirtschaften kann.[2628] Das Tatbestandsmerkmal „zu unangemessenen Preisen" (Nr. 4) ist ebenso auszulegen wie „unangemessene Verkaufspreise" in Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV oder „Entgelte, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden" in § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB, also mithilfe des Vergleichsmarktkonzepts[2629] (z.B. Vergleich der Preise desselben Computerprogramms in Deutschland und Frankreich) und des Konzepts der Gewinnbegrenzung[2630] (d.h. orientiert an den Fix- und variablen Herstellungskosten des Computerprogramms).

Der Anspruchsausschluss in § 42b Abs. 1 S. 2 UrhG de lege ferenda entspricht § 87 Abs. 5 S. 1 Hs. 1 a.E. UrhG („sofern nicht ein die Ablehnung des Vertragsabschlusses sachlich rechtfertigender Grund besteht")[2631] bzw. der Rspr. zu § 34 Abs. 1 VGG („sachlich gerechtfertigter Grund")[2632]. Er gilt in erster Linie für berechtigte materielle Interessen, et-

2626 Siehe 1. Kapitel B. II (für Nr. 1), B. II 1. (für Nr. 2), B. II 2. (für Nr. 3) und B. III a.A. (für Nr. 4).
2627 Siehe bereits 1. Kapitel B. II. a.A.
2628 Siehe bereits 2. Kapitel B. II. 2. b).
2629 Siehe bereits 2. Kapitel A. II. 4. b) aa).
2630 Siehe bereits 2. Kapitel A. II. 4. b) bb).
2631 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. c) bb) (3).
2632 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. d) bb).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:47
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wa berechtigte Zweifel an der Vertrags- oder Rechtstreue des Lizenzsuchers[2633] oder dessen Insolvenz[2634]. Die Zwangslizenz ist damit hinreichend flexibel und einzelfallgerecht. Aus dem Wortlaut („Satz 1 gilt nicht, wenn") ersichtlich geht § 42b Abs. 1 S. 2 UrhG de lege ferenda für den Regelfall aber vom *Fehlen* eines Ablehnungsgrundes aus. Ebenso wie bei § 87 Abs. 5 S. 1 Hs. 1 a.E. UrhG[2635] trifft die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines sachlich rechtfertigenden Grundes deshalb den Rechtsinhaber.

Für die berechtigten ideellen Interessen des Urhebers stellt § 42b Abs. 1 S. 3 UrhG de lege ferenda klar, dass die allgemeinen Regeln der §§ 34, 35 UrhG unberührt bleiben, d.h. die Einräumung des Nutzungsrechts ist grundsätzlich an die Zustimmung des Urhebers geknüpft. Zwar kann der Urheber dem ausschließlich Nutzungsberechtigten bereits bei der Einräumung des Nutzungsrechts das Recht zur Übertragung dieses Nutzungsrechts (§ 34 Abs. 1 UrhG) oder zur Gewährung von Unterlizenzen (§ 35 Abs. 1 S. 1 UrhG) eingeräumt haben (§ 34 Abs. 5 S. 2 UrhG); die Zwangslizenz kann dann ohne Zustimmung des Urhebers erteilt werden.[2636] Allerdings ist das Rückrufsrecht unverzichtbar (§ 34 Abs. 5 S. 1 UrhG). Ebenso wie bei der Zwangslizenz nach § 42a Abs. 1 S. 1 Hs. 2 UrhG[2637] kann es stets der Lizenzerteilung entgegengehalten werden. Damit wird der individualistische Vorbehalt eines „gerechten" Urheberpersönlichkeitsschutzes[2638] umgesetzt.

Zu guter Letzt nimmt § 42b Abs. 4 UrhG de lege ferenda Datenbankwerke und Ausschließlichkeitsrechte, die unions- oder konventionsrechtlich keiner urheberrechtlichen Zwangslizenz zugänglich sind, vom Anwendungsbereich aus. Datenbankwerke sind ausgenommen, weil insoweit die engen Voraussetzungen einer urheberrechtlichen Zwangslizenz (Art. 6 Datenbanken-RL)[2639] nicht vorliegen: § 42b Abs. 1 UrhG de lege ferenda ist nicht auf Nutzungshandlungen zu privaten Zwecken[2640], zu Unter-

---

2633 Vgl. 3. Kapitel B. II. 1. c) bb) (3) (zu § 87 Abs. 5 Hs. 1 a.E. UrhG.).
2634 Vgl. 3. Kapitel B. II. 1. d) bb) (zu § 34 Abs. 1 S. 1 VGG).
2635 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. c) bb) (3).
2636 Vgl. BGH GRUR 2011, 59, 60, Rdnr. 19 – „Lärmschutzwand".
2637 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. a) cc) (4).
2638 Zur Berücksichtigung individualistischer Zielvorstellungen siehe 1. Kapitel A. III. a.E.
2639 Siehe bereits 3. Kapitel A. II. 5.
2640 Vgl. Art. 6 Abs. 2 lit. a Datenbanken-RL.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:47
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

richts- oder wissenschaftlichen Zwecken[2641], zu Zwecken der öffentlichen Sicherheit oder eines Verwaltungs- oder Gerichtsverfahrens[2642] beschränkt und gilt nicht in Fällen, in denen die Mitgliedstaaten das Urheberrecht traditionell einschränken.[2643] Aus demselben Grund[2644] sind die Voraussetzungen einer leistungsschutzrechtlichen Zwangslizenz an sui-generis-geschützten Datenbanken (Art. 9 Datenbanken-RL)[2645] nicht erfüllt und wird in den §§ 87a ff. UrhG nicht auf § 42b UrhG de lege ferenda verwiesen. Ausgenommen ist weiter das Satellitensenderecht, weil es nach der Satelliten- u. Kabel-RL nur mit der erweiterten kollektiven Lizenz *mit* Widerspruchsrecht, nicht mit der (strengeren) Zwangslizenz beschränkt werden darf.[2646] Das Vermietrecht ist vom Anwendungsbereich ausgenommen, weil es nach der Vermiet- u. Verleih-RL ohne Vorbehalt gewährt wird, also keineswegs beschränkt werden darf.[2647] Schließlich sind das Bearbeitungsrecht einschließlich des Filmherstellungs- und Übersetzungsrechts, das Aufführungs-, Vortrags- und Filmvorführungsrecht, das Filmverbreitungsrecht sowie das Recht der öffentlichen Übertragung von Aufführungen, Vorträgen und Filmwerken ausschließlich des Rechts der drahtlosen Erstsendung und der Weitersendung ausgenommen, weil diese Rechte nach der RBÜ vorbehaltlos zu gewähren sind.[2648]

b) Rechtsfolge

In Anlehnung an die Zwangslizenzen de lege lata[2649] ist Rechtsfolge des § 42b Abs. 1 S. 1 UrhG de lege ferenda der Anspruch auf Abschluss eines Lizenzvertrages. Ebenso wie in den §§ 5 Abs. 3 S. 2 u. 3, 42a 1 S. 1 UrhG wird der Einfachheit halber auf eine Formulierung entsprechend § 87 Abs. 5 S. 1 („verpflichtet, einen Vertrag… abzuschließen“) verzichtet. Wer

2641 Vgl. Art. 6 Abs. 2 lit. b Datenbanken-RL.
2642 Vgl. Art. 6 Abs. 2 lit. c Datenbanken-RL.
2643 Vgl. Art. 6 Abs. 2 lit. d Datenbanken-RL.
2644 Art. 9 lit. a, b und c entsprechen Art. 6 Abs. 2 lit. a, b und c Datenbanken-RL.
2645 Siehe bereits 3. Kapitel A. II. 5.
2646 Siehe bereits 3. Kapitel A. II. 2.
2647 Siehe bereits 3. Kapitel A. II. 3.
2648 Siehe bereits 3. Kapitel A. I. 1. a).
2649 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. a) dd) (zu § 42a UrhG), B. II. 1. b) dd) (zu § 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG), B. II. 1. c) cc) (zu § 87 Abs. 5 UrhG), B. II. 1. cc) (zu § 34 Abs. 1 VGG) und B. III. 1. a) bb) (zu § 24 Abs. 1 PatG).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:47
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

verpflichtet ist, die Nutzung des Werkes zu angemessenen Bedingungen zu erlauben, kann als Bedingung eine Gegenleistung verlangen, sodass der Anspruch eben (nur) auf Vertragsschluss gerichtet ist.

aa) Leistung

Gegenstand des Zielvertrages ist – erneut in Anlehnung an die Zwangslizenzen de lege lata[2650] – ein *einfaches* Nutzungsrecht. Dies folgt – wie bei § 34 Abs. 1 S. 1 VGG[2651] – dem Wortlaut nach daraus, dass der Rechtsinhaber auch anderen Lizenzsuchern gegenüber kontrahierungspflichtig ist („jedermann"). Aufgrund des Territorialitätsprinzips ist die Zwangslizenz auf das *Inland* beschränkt,[2652] was durch den Verweis auf § 42a Abs. 3 UrhG[2653] in § 42b Abs. 3 UrhG de lege ferenda klargestellt wird. Deshalb muss der Lizenzsucher, wenn er nur für das Inland eine Lizenz erwirbt/erhält, die öffentliche Zugänglichmachung des Werkes auf Deutschland beschränken, was technisch ohne weiteres möglich ist (sog. Geolocation);[2654] so sind die Livestreams der ARD aus urheberrechtlichen Gründen mittels Geolocation häufig nur in Deutschland verfügbar.[2655]

bb) Gegenleistung

In Anlehnung an die Zwangslizenzen de lege lata[2656] ist die Lizenz nach § 42b Abs. 1 S. 1 UrhG de lege ferenda „zu angemessenen Bedingungen" zu erteilen, was insbesondere die Zahlung einer angemessenen Lizenzge-

---

2650 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. a) dd) (1) (zu § 42a UrhG), B. II. 1. b) dd) (1) (zu § 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG), B. II. 1. c) cc) (1) (zu § 87 Abs. 5 UrhG), B. II. 1. cc) (1) (zu § 34 Abs. 1 VGG) und B. III. 1. a) bb) (1) (zu § 24 Abs. 1 PatG).

2651 Siehe 3. Kapitel B. II. 1. d) cc) (1).

2652 Erneut in Anlehnung an die Zwangslizenzen de lege lata, vgl. 3. Kapitel B. II. 1. a) dd) (1) (zu § 42a UrhG), B. II. 1. b) dd) (1) (für § 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG), B. II. 1. c) cc) (1) (für § 87 Abs. 5 UrhG) und B. III. 1. a) bb) (1) (für § 24 Abs. 1 PatG).

2653 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. a) dd) (1).

2654 Eingehend zur Geolocation *Ortag/Schmidt*, HMD 276 (2010), 19-28.

2655 Vgl. http://www.daserste.de/specials/service/faq-das-erste-livestream-100.html (zuletzt besucht am 20.12.2015).

2656 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. a) dd) (2) (zu § 42a UrhG), B. II. 1. b) dd) (2) (zu § 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG), B. II. 1. c) cc) (2) (zu § 87 Abs. 5 UrhG), B. II. 1.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:47
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bühr bedeutet. Die Bestimmung der Angemessenheit mag im Einzelfall (sehr) schwierig sein. Allerdings ist das Problem zu relativieren: Regelmäßig wird das Problem gar nicht auftreten, weil die Zwangslizenz als eine „fleet in being" wirkt (unten (1)) oder sich die Beteiligten außergerichtlich einigen (unten (2)). In den Fällen, in denen (ausnahmsweise) doch die Angemessenheit bestimmt werden muss, kann sich das Gericht am Einigungsvorschlag der Schiedsstelle orientieren (unten (3)) und handelt es sich um kein spezifisches Problem der Zwangslizenz (unten (4)).

(1) Problem relativiert, weil „fleet in being"

In erster Linie ist die Zwangslizenz de lege ferenda als eine „fleet in being" konzipiert, die den Rechtsinhaber dazu anhält, das Werk auf eine neue, etablierte Art (z.B. als E-Book) und zu angemessenen Preisen zu verwerten. Wird sie diesem Zweck gerecht – weil sie effektiv ausgestaltet ist (unten cc)) –, d.h. ist der „Markt" für das jeweilige Werk „contestable",[2657] bedarf es keiner Zwangslizenz und wird auch keine Lizenz angefragt; denn in diesem Fall wird die Nachfrage nach dem neuen Produkt bereits befriedigt bzw. verlangt der Rechtsinhaber keine „Monopolpreise",[2658] sodass die „unbekannte Person" keinen Anreiz verspürt, selbst in den „Markt" einzusteigen – kurzum: das Werk wird normativ effizient verwertet (und die Voraussetzungen des § 42b Abs. 1 S. 1 Nr. *3* u. *4* UrhG de lege ferenda sind nicht erfüllt). Zwar gibt es Fälle, in denen es tatsächlich auf eine Zwangslizenz ankommt, etwa weil der Rechtsinhaber das Werk überhaupt nicht (§ 42b Abs. 1 S. 1 Nr. *1* UrhG de lege ferenda) oder nicht auf eine neue Art, die die bisherige Nutzung nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt (§ 42b Abs. 1 S. 1 Nr. *2* UrhG de lege ferenda) profitabel verwerten kann – so wird ein kleiner Verleger mit einer Büchersuchmaschine à la Google Books Snippet View kein Geld verdienen können; dann aber wird der Rechtsinhaber eher geneigt sein, sich über eine angemessene Vergütung zu einigen.

---

d) cc) (2) (zu § 34 Abs. 1 VGG), B. III. 1 a) bb) (2) (zu § 24 Abs. 1 PatG) und B. III. 1 b) bb) (zu § 24 Abs. 2 PatG).

2657 Siehe bereits 2. Kapitel A. I. 3. d) ee).

2658 Vgl. bereits 2. Kapitel A. I. 3. d) ee).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:47
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(2) Problem relativiert, weil außergerichtliche Einigung

Hier kommen nun § 41b Abs. 2 S. 1 UrhG de lege ferenda und § 92 Abs. 2 Nr. 1 VGG de lege ferenda ins Spiel, die beide auf eine außergerichtliche Einigung hinwirken.

(a) § 41b Abs. 2 S. 1 UrhG de lege ferenda

§ 42b Abs. 2 S. 1 UrhG de lege ferenda regelt, dass bei Ausbleiben einer Einigung über die Höhe der Vergütung der Rechtsinhaber die Lizenzgebühr nach *billigem* Ermessen bestimmt *und* § 315 BGB entsprechende Anwendung findet. Der Verweis auf § 315 BGB entspricht nicht nur den Grundsätzen des allgemeinen Kontrahierungszwangs[2659] und Zwangslizenzeinwands[2660], sondern hält den Rechtsinhaber mit einem positiven und einem negativen Anreiz dazu an, dem Lizenzsucher entgegenzukommen. Der positive Anreiz besteht darin, dass – wenn der Rechtsinhaber eine Lizenzgebühr bestimmt und den Vertragsschluss nicht total verweigert – diese Bestimmung nur auf Ermessensfehler überprüft wird (vgl. § 315 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BGB),[2661] ihm also ein gewisser Ermessensspielraum zugestanden wird, den er vollständig zu seinen Gunsten ausschöpfen kann (vgl. 315 Abs. 3 S. 1 BGB).[2662] Der negative Anreiz kommt zum Tragen, wenn er die Grenzen seines Ermessensspielraums überschreitet oder überhaupt keine Lizenzgebühr bestimmt, weil dann das Gericht an seiner statt die Vergütung bestimmt, sich dabei aber „in der Mitte“ halten muss (§ 315 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 bzw. 2 BGB).[2663] Wenn etwa nur die Höhe der Vergütung streitig und eine Lizenzgebühr in Höhe von 8.000 bis 12.000 Euro angemessen ist, weil zu diesem Betrag vergleichbare Werke lizenziert werden oder der Rechtsinhaber damit seine Fixkosten amorti-

2659 Siehe bereits 3. Kapitel B. I. 1. b) bb).

2660 Siehe bereits 3. Kapitel B. IV. 2. a).

2661 *Rieble*, in: *Staudinger*, BGB[2009], Buch 2, § 315, Rdnr. 323 ff.; *Grüneberg*, in: *Palandt*, BGB[75], § 315, Rdnr. 16; siehe bereits 3. Kapitel B. I. 1. b) bb).

2662 *Würdinger*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 2, § 315, Rdnr. 30; *Grüneberg*, in: *Palandt*, BGB[75], § 315, Rdnr. 10; siehe bereits 3. Kapitel B. I. 1. b) bb).

2663 *Grüneberg*, in: *Palandt*, BGB[75], § 315, Rdnr. 19; *Würdinger*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 2, § 315, Rdnr. 30; siehe bereits 3. Kapitel B. I. 1. b) bb).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:47
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sieren und eine angemessenen Gewinn erzielen kann – was angemessen ist, weiß der Rechtsinhaber selbst am besten, er legt die Angemessenheit nur nicht offen –, wird er sich angesichts § 42b Abs. 2 S. 1 Hs. 2 UrhG de lege ferenda gut überlegen, ob er die Vergütung auf 20.000 Euro festsetzt. Denn das Gericht wird sich für die Beurteilung der Billigkeit am Einigungsvorschlag der Schiedsstelle orientieren (unten (bb)), der irgendwo zwischen oder nahe den 8.000 bis 12.000 Euro liegen wird. Je näher der vom Rechtsinhaber bestimmte und der (später) von der Schiedsstelle vorgeschlagene Betrag beieinanderliegen, desto höher ist die Chance, dass das Gericht den vom Rechtsinhaber bestimmten Preis billigt und sein kooperatives Verhalten „belohnt". Verlangt der Rechtsinhaber dagegen eine Lizenzgebühr, die vom (späteren) Einigungsvorschlag wesentlich abweicht, besteht das Risiko, dass das Gericht eine Gebühr bestimmt, die weit unter dem Betrag liegt, den er bei einer Bestimmung nach billigem Ermessen hätte verlangen können. Im Ergebnis wird der Rechtsinhaber also „pokern" wollen, aber nur soweit, wie er glaubt, dass das Gericht die Lizenzgebühr als (gerade) noch angemessen erachtet, weil sie nicht zu stark vom (späteren) Einigungsvorschlag abweicht. Die Folge ist, dass er dem Lizenzsucher bis zu einem gewissen Grade „freiwillig" entgegenkommt. Dann aber steigt die Wahrscheinlichkeit, dass auch der Lizenzsucher dem Rechtsinhaber entgegenkommt und sich beide außergerichtlich einigen. Nichts anderes gilt für den Fall, dass das Bestehen des Anspruchs auf Lizenzerteilung unklar ist. Auch hier besteht ein Anreiz für den Rechtsinhaber, den Anspruch des Lizenzsuchers anzuerkennen, um selbst die Höhe der Vergütung bestimmen zu können. Damit wird ebenfalls eine außergerichtliche Einigung begünstigt.

(b) § 92 Abs. 2 Nr. 2 VGG de lege ferenda

Kommt es gleichwohl zu keiner Einigung, findet § 92 Abs. 2 Nr. 2 VGG de lege ferenda i.V.m. § 128 Abs. 1 VGG Anwendung, d.h. in Anlehnung an die Zwangslizenzen nach § 87 Abs. 5 UrhG[2664] und § 34 Abs. 1 VGG[2665] muss der Lizenzsucher vor Klageerhebung die Schiedsstelle des DPMA anrufen. Die Schiedsstelle hat auf eine gütliche Beilegung des

2664 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. c) dd).
2665 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. d) dd) a.A.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:47
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Streitfalls hinzuwirken und den Parteien binnen einen Jahres einen Einigungsvorschlag zu unterbreiten (§§ 102 Abs. 1, 105 Abs. 1 S. 1 VGG), der – wenn ihm nicht binnen eines Monats widersprochen wird – als angenommen gilt (§ 102 Abs. 3 S. 1 VGG). Das Schiedsstellenverfahren stellt eine Verfahrenslösung zur Bestimmung der Angemessenheit dar.[2666] Die Schiedsstelle erleichtert mit der fachlichen Autorität, die ihre spezielle Sachkunde erwarten lässt, eine außergerichtliche Einigung.[2667] Nicht ohne Grund hat der Gesetzgeber ihren Zuständigkeitsbereich kontinuierlich erweitert.[2668] Die Erfahrungen zeigen, dass das Schiedsstellenverfahren fast immer zu einer gütlichen Einigung führt.[2669]

(3) Problem relativiert, weil Einigungsvorschlag der Schiedsstelle

In den (wenigen) Fällen, in denen trotz § 41b Abs. 2 S. 1 UrhG de lege ferenda und § 92 Abs. 2 Nr. 2 VGG de lege ferenda eine Einigung ausbleibt, dient der Einigungsvorschlag dem später entscheidenden Gericht als eine Orientierungshilfe.[2670]

(4) Problem relativiert, weil kein spezifisches Problem der Zwangslizenz

Im Übrigen ist das Problem der Bestimmung der angemessenen Lizenzgebühr kein spezifisches Problem der Zwangslizenz, sondern stellt sich ebenso bei der Bestimmung der „angemessenen Vergütung“ nach § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG und vor allem bei der Berechnung des Schadensersatzes

---

2666 *Weisser/Höppener*, ZUM 2003, 597, 597; siehe bereits 3. Kapitel B. 1. c) dd).

2667 *W. Nordemann/Wirtz*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], §§ 14-16 UrhWG, Rdnr. 1; vgl. auch Gesetzentwurf v. 22.12.1983, BT-Drs. 10/837, S. 24 („Um die Sachkunde der Schiedsstelle in möglichst großem Umfang nutzbar zu machen und die Gerichte soweit wie möglich zu entlasten, bestimmt Absatz 1, daß bei Streitfällen, bei denen nach § 14 des Entwurfs die Schiedsstelle angerufen werden kann, die Durchführung des Schiedsverfahrens eine von Amts wegen zu berücksichtigende Prozeßvoraussetzung für die gerichtliche Geltendmachung darstellt“); siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. c) dd).

2668 *Reinbothe*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], vor §§ 14 ff. UrhWG, Rdnr. 7.

2669 *W. Nordemann/Wirtz*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], §§ 14-16 UrhWG, Rdnr. 1; siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. c) dd).

2670 *W. Nordemann/Wirtz*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], §§ 14-16 UrhWG, Rdnr. 1; siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. c) dd).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:47
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

in Form der Lizenzanalogie („angemessene Vergütung") nach § 97 Abs. 2 S. 3 UrhG bzw. § 139 Abs. 2 S. 3 PatG. Den Gerichten ist das Problem wohlvertraut, sie wissen damit umzugehen. In Anlehnung an die Zwangslizenzen de lega lata kann es zunächst auf den Betrag abstellen, den der Rechtsinhaber bei einer etwaigen vorherigen Lizenzierung desselben Werkes oder der Lizenzierung vergleichbarer Werke erzielt hat.[2671] Im Übrigen kann es auf die entsprechenden Tarife der Verwertungsgesellschaften[2672], die umfangreiche Judikatur zu §§ 32 Abs. 2 S. 2[2673], 97 Abs. 2 S. 3 UrhG bzw. 139 Abs. 2 S. 3 PatG[2674] und die weiteren Preisbestimmungskriterien[2675] der Zwangslizenzen de lege lata zurückgreifen.

c) Durchsetzung

In Anlehnung an die Zwangslizenzen de lege lata verleiht § 42b Abs. 1 UrhG de lege ferenda nur den Anspruch auf Abschluss eines Lizenzvertrages, nicht die Lizenz selbst.[2676] Schließen die Beteiligten keinen Lizenzvertrag, ist zu unterscheiden: Entweder streiten sie sich nur über die angemessenen Bedingungen des Vertrages, also insbesondere die Höhe der Lizenzgebühr, nicht aber über die Erteilung einer Nutzungserlaubnis als solche, oder bereits über das Bestehen des Anspruchs auf Abschluss eines Lizenzvertrages. Je nachdem gilt entweder das „Hinterlegungsmodell" (unten aa)) oder das „Verfügungsmodell" (unten bb)).

2671 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. a) dd) (2) (zu § 42a UrhG) und B. II. 1. c) cc) (2) (zu § 87 Abs. 5 UrhG).
2672 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. a) dd) (2) (für § 42a UrhG), B. II. 1. b) dd) (2) (für § 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG) und B. II. 1. c) cc) (2) (für § 87 Abs. 5 UrhG).
2673 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. b) dd) (2) (für § 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG).
2674 Siehe bereits 3. Kapitel B. III. 1 b) bb) (für § 24 Abs. 1 PatG).
2675 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. a) dd) (2) (für § 42a UrhG), B. II. 1. b) dd) (2) (für § 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG), B. II. 1. c) cc) (2) (für § 87 Abs. 5 UrhG), B. II. 1. d) cc) (2) (für § 34 Abs. 1 VGG) und B. III. 1 b) bb) (für § 24 Abs. 1 PatG).
2676 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. a) ee) (zu § 42a UrhG), B. II. 1. b) ee) (zu § 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG), B. II. 1. c) dd) (zu § 87 Abs. 5 UrhG) und B. II. 1. d) dd) (zu § 34 Abs. 1 VGG).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:47
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aa) „Hinterlegungsmodell“

In der ersten Alternative verlangt der Rechtsinhaber regelmäßig eine Lizenzgebühr, die den Vorstellungen des Lizenzsuchers nicht entspricht. Hier gilt – in Anlehnung an die Zwangslizenz nach §§ 34 Abs. 1, 37 VGG[2677] und den Zwangslizenzeinwand[2678] – das „Hinterlegungsmodell“, d.h. das Nutzungsrecht gilt als eingeräumt, wenn die Vergütung in Höhe des vom Lizenzsucher anerkannten Betrages an den Rechtsinhaber gezahlt und in Höhe der darüber hinausgehenden Forderung unter Vorbehalt an den Rechtsinhaber gezahlt oder zu seinen Gunsten hinterlegt worden ist (§ 42b Abs. 2 S. 2 UrhG de lege ferenda). Die Folge ist, dass der Lizenzsucher das Werk sofort, also auch vor Anrufung der Schiedsstelle, nutzen kann. Damit der Rechtsinhaber keinen völlig überzogenen Preis verlangt und das „Hinterlegungsmodell“ faktisch ausschaltet, wird er „belohnt“, wenn er eine Summe verlangt, die aus seiner Sicht vor dem Gericht Bestand haben wird, und „bestraft“, wenn er die Lizenzgebühr nicht nach billigem Ermessen bestimmt (§ 42b Abs. 2 S. 1 UrhG de lege ferenda i.V.m. § 315 BGB).[2679]

Nach Abschluss des Schiedsstellenverfahrens kann der Lizenzsucher die Billigkeit der Bestimmung gerichtlich überprüfen lassen, indem er – erneut in Anlehnung an die Zwangslizenzen de lege lata[2680] – auf Vertragsschluss zu einer vom Gericht festzusetzenden Lizenzgebühr klagt (§ 42b Abs. 2 S. 1 Hs. 2 UrhG de lege ferenda i.V.m. § 315 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BGB). Die Zuständigkeit richtet sich nach allgemeinen Regeln (§§ 1 ff. ZPO, 105 UrhG),[2681] weil § 129 VGG unverändert bleibt; für eine ausschließliche Zuständigkeit des OLG München besteht kein Bedürfnis.

Das Gericht überprüft zunächst die Billigkeit der Bestimmung des Rechtsinhabers. Dabei trägt der Rechtsinhaber die Darlegungs- und Beweislast.[2682] Ist die vom Rechtsinhaber geforderte Lizenzgebühr angemes-

---

2677 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. dd) (1).

2678 Siehe bereits 3. Kapitel B. IV. 2. b).

2679 Siehe bereits 4. Kapitel A. I. 2. b) bb) (a).

2680 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. a) ee) (zu § 42a UrhG), B. II. 1. b) ee) (zu § 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG), B. II. 1. c) dd) (zu § 87 Abs. 5 UrhG) und B. II. 1. d) dd) (zu § 34 Abs. 1 VGG).

2681 In Anlehnung an die Zwangslizenzen nach § 42a UrhG und § 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG, siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. a) ee) bzw. B. II. 1. b) ee).

2682 BGH GRUR 1964, 515, 517 – „Werkmilchabzug“; NJW 2003, 3131, 3132 – „billige Entgeltbestimmung“; NJW-RR 2006, 915, 916, Rdnr. 19 – „Stromnut-

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:47
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sen, wird die Klage abgewiesen: der Lizenzsucher schließt dann entweder einen Lizenzvertrag zu der vom Rechtsinhaber verlangten Lizenzgebühr oder nimmt vom Vertragsschluss Abstand. Andernfalls verurteilt das Gericht den Rechtsinhaber zur Abgabe einer Willenserklärung (§ 894 ZPO), die eine *angemessene*, nämlich die vom Gericht nach billigem Ermessen festgesetzte Lizenzgebühr zum Inhalt hat (§ 42b Abs. 2 S. 1 Hs. 2 UrhG de lege ferenda i.V.m. § 315 Abs. 3 S. 2 Hs. *1* BGB), sodass der Lizenzvertrag mit diesem Inhalt zustande kommt. Insoweit, also allein bzgl. der ersatzweisen Bestimmung der Lizenzgebühr, gibt es keine Darlegungs- und Beweislast im eigentlichen Sinne; vielmehr ist jede Partei mittelbar gehalten, die für ihre Position sprechenden Umstände vorzutragen, weil das Gericht bei seiner Ermessensentscheidung nur das ihm Bekannte in die Abwägung einstellen kann.[2683] Fehlt ein erschöpfender Parteivortrag, kann es die Gegenleistung in entsprechender Anwendung von § 287 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 1 ZPO durch Schätzung bestimmen.[2684]

Entfallen die Umstände, die der Lizenzerteilung zugrunde lagen – weil nunmehr der Lizenznehmer das Werk überhaupt, auf eine neue Art bzw. zu angemessenen Preisen verwertet – und ist ihr Wiedereintritt unwahrscheinlich – weil nun auch der Rechtsinhaber das Werk überhaupt, auf die neue Art bzw. zu angemessenen Preisen verwertet oder die *ernsthafte* Absicht hat, dies zu tun – kann der Rechtsinhaber entsprechend § 24 Abs. 6 S. 6 PatG die Aufhebung des Lizenzvertrages verlangen.[2685] Allerdings hat das Gericht insoweit schutzwürdige Interessen des Lizenznehmers zu berücksichtigen, insbesondere sein Interesse an der Amortisation der Investitionskosten im berechtigten Vertrauen auf den Bestand der Zwangslizenz.[2686] Praktisch wird er also eine *sofortige* Aufhebung des Lizenzvertrages nicht erreichen können. Freilich kann er das Werk jederzeit selbst verwerten, da er ja nur zur Erteilung eines einfachen Nutzungsrechts ver-

---

zungsentgelt II"; *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 261; *Würdinger*, in: *Säcker/Rixecker*, MünchKommBGB[7], Bd. 2, § 315, Rdnr. 54; *Rieble*, in: *Staudinger*, BGB[2009], Buch 2, § 315, Rdnr. 394; *Grüneberg*, in: *Palandt*, BGB[75], § 315, Rdnr. 20; siehe bereits 3. Kapitel B. I. 1. b) bb).

2683 *Rieble*, in: *Staudinger*, BGB[2009], Buch 2, § 315, Rdnr. 397; siehe bereits 3. Kapitel B. I. 1. b) bb).

2684 In Anlehnung an den allgemeinen Kontrahierungszwang und die Zwangslizenzen nach § 42a UrhG und § 24 Abs. 1 PatG, siehe bereits 3. Kapitel B. I. 1. b) bb), B. II. 1. a) dd) (2) bzw. B. III. 1. a) bb) (2).

2685 Siehe bereits 3. Kapitel B. III. 1. a) cc) a.E.

2686 Siehe bereits 3. Kapitel B. III. 1. a) cc) a.E.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:47
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

pflichtet ist. Weiter kann jeder Beteiligte eine Anpassung der Lizenzgebühr verlangen, wenn sich die für die Höhe der Vergütung maßgebenden Verhältnisse wesentlich ändern (entsprechend § 24 Abs. 6 S. 5 PatG).[2687] Beide Ansprüche sind wie bei der patentrechtlichen Zwangslizenz durch Abänderungsklage entsprechend § 323 ZPO durchzusetzen.[2688]

bb) „Verfügungsmodell"

In der zweiten Alternative verweigert der Rechtsinhaber den Vertragsschluss völlig bzw. weigert sich, eine Lizenzgebühr nach billigem Ermessen zu bestimmen. Hier kann der Lizenzsucher nicht einfach mit der Nutzung beginnen. Nutzt er das Werk ohne Erlaubnis des Rechtsinhabers, begeht er eine Rechtsverletzung. Zwar kann er einer Verletzungsklage den Zwangslizenzeinwand entgegenhalten. Allerdings setzt auch dieser das Bestehen eines Lizenzerteilungsanspruchs voraus.[2689] Der Weg des Zwangslizenzeinwands ist also allenfalls dann sinnvoll, wenn sich der Lizenzsucher seines Anspruchs sicher ist. Dann aber bleibt das Risiko bzgl. des „ausreichenden Betrages", den er im Hinblick auf die vom Rechtsinhaber nach billigem Ermessen zu bestimmende Lizenzgebühr hinterlegen muss und der vom Gericht summarisch geprüft wird.[2690] Hinterlegt er einen zu geringen Betrag, läuft der Zwangslizenzeinwand leer und der Lizenzsucher wird – trotz des an sich bestehenden Lizenzerteilungsanspruchs – verurteilt. Zwar kann er sicherheitshalber einen erhöhten Betrag hinterlegen.[2691] Aber auch dann bleibt das Risiko, dass er seinen Anspruch auf Lizenzerteilung falsch einschätzt. Hier hilft ihm das „Verfügungsmodell" nach § 42b Abs. 3 UrhG de lege ferenda i.V.m. § 42a Abs. 6 UrhG. Der Verfügungsgrund, d.h. die *besondere* Dringlichkeit einer Leistungsverfügung, wird – richtigerweise unwiderleglich – vermutet.[2692] Der Rechtsinhaber muss lediglich den Verfügungsanspruch glaubhaft machen, also das Gericht davon überzeugen, dass die Tatbestandsvoraussetzungen

2687 Siehe bereits 3. Kapitel B. III. 1. a) cc) a.E.
2688 Siehe bereits 3. Kapitel B. III. 1. a) cc) a.E.
2689 Siehe bereits 3. Kapitel B. IV. 2. a.A.
2690 Siehe bereits 3. Kapitel B. IV. 2. b).
2691 Siehe bereits 3. Kapitel B. IV. 2. b).
2692 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. a) dd).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:47
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mit *hoher* Wahrscheinlichkeit vorliegen.[2693] Dann kann er gegen Sicherheitsleistung, die vom Gericht bestimmt wird (§ 921 S. 2 i.V.m. § 936 ZPO), eine einstweilige Zwangslizenz erhalten und alsbald mit der Nutzung beginnen; die Höhe der Lizenzgebühr wird erst in der Hauptsache bestimmt.[2694] Obsiegt der Lizenzsucher in der Hauptsache, wird der Rechtsinhaber zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt (§ 894 ZPO),[2695] die eine vom Gericht nach billigem Ermessen festgesetzte angemessene Lizenzgebühr zum Inhalt hat (§ 42b Abs. 2 S. 1 Hs. 2 UrhG de lege ferenda i.V.m. § 315 Abs. 3 S. 2 Hs. *2* BGB),[2696] sodass der Lizenzvertrag mit diesem Inhalt zustande kommt. Unterliegt er, ist er zum Schadensersatz verpflichtet (§ 945 ZPO). Allerdings ist dieser Fall eher unwahrscheinlich, weil er eine einstweilige Zwangslizenz nur dann zugesprochen bekommt, wenn das Obsiegen in der Hauptsache in *hohem* Maße wahrscheinlich ist.[2697]

Für die Abänderung des Lizenzvertrages wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.[2698]

cc) Zwischenergebnis

Die Zwangslizenz nach § 42b UrhG de lege ferenda ist mit dem „Hinterlegungs-" und „Verfügungsmodell" hinreichend effektiv ausgestaltet. Erkennt der Rechtsinhaber den Anspruch auf Lizenzerteilung an, kann der Lizenzsucher den vom Rechtsinhaber nach billigem Ermessen bestimmten Betrag hinterlegen und *sofort* mit der Nutzung beginnen. Verweigert der Rechtsinhaber den Vertragsschluss völlig, obwohl eine hohe Wahrscheinlichkeit für das Bestehen des Anspruchs besteht, kann der Lizenzsucher eine einstweilige Zwangslizenz beantragen und *alsbald* mit der Nutzung beginnen. Einzig in dem Fall, dass das Obsiegen in der Hauptsache wenig

---

2693 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. a) dd).
2694 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. a) dd).
2695 In Anlehnung an den allgemeinen Kontrahierungszwang und die Zwangslizenzen nach §§ 42a und 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG, siehe bereits 3. Kapitel B. I. 1. c), B. II. 1. a) ee) bzw. B. II. 1. b) ee).
2696 In Anlehnung an den allgemeinen Kontrahierungszwang und die Zwangslizenzen nach §§ 42a, 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 und 87 Abs. 5 UrhG, siehe bereits 3. Kapitel B. I. 1. c), B. II. 1. a) ee), B. II. 1. b) ee) bzw. B. II. 1. c) dd).
2697 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. a) ee).
2698 Siehe bereits 4. Kapitel A. I. 2. c) aa) a.E.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:47
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bis (nur) überwiegend wahrscheinlich ist, kann der Lizenzsucher mit keiner einstweiligen Zwangslizenz rechnen, sondern muss die Entscheidung in der Hauptsache abwarten. Die Beurteilung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache hängt maßgeblich von dem Grad an formeller Realisierbarkeit[2699] der Tatbestandsvoraussetzungen ab. Je leichter, sicherer und eindeutiger sich der Tatbestand auf den konkreten Sachverhalt anwenden lässt, desto wahrscheinlicher ist ein Obsiegen in der Hauptsache. So sind § 42b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UrhG de lege ferenda („Werk", „zwei Jahre", „nicht mehr verwertet") in hohem Maße und § 42b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 u. 3 UrhG de lege ferenda in zumindest höherem Maße formell realisierbar, da der Begriff „neue Nutzungsart" richterrechtlich hinreichend konkretisiert ist und lediglich die Tatbestandsmerkmale „etabliert" sowie „nicht oder nicht unwesentlich beeinträchtigt" von den Gerichten näher konkretisiert werden müssen. Allein § 42b Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UrhG de lege ferenda („Verwertung zu unangemessenen Preisen") ist in hohem Maße materiell realisierbar[2700] und damit *weniger* effektiv.[2701] Hier dürfte weder der Rechtsinhaber den angeblichen Anspruch auf Lizenzerteilung dem Grunde nach anerkennen („Hinterlegungsmodell"), noch das Gericht ein Obsiegen in der Hauptsache für in *hohem* Maße wahrscheinlich halten („Verfügungsmodell"). Alles andere wäre aber auch wenig überzeugend, weil sich dann kein Rechtsinhaber mehr sicher sein könnte, sein Werk ausschließlich verwerten zu dürfen.

2699 Zum Begriff der formellen Realisierbarkeit siehe bereits 2. Kapitel A. I. 3. d) aa).

2700 Zum Begriff der materiellen Realisierbarkeit siehe bereits 2. Kapitel A. I. 3. d) bb).

2701 Sie ist aber keineswegs ineffektiv oder gar zwecklos, siehe bereits 2. Kapitel B. III.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:47
Open Access – (cc) BY - https://www.nomos-elibrary.de/agb

II. Zwangslizenz an wissenschaftlichen Aufsätzen

1. Formulierungsvorschlag

Die Zwangslizenz an wissenschaftlichen Aufsätzen könnte als § 38a UrhG[2702] wie folgt formuliert werden:

> „*§ 38a Zwangslizenz an wissenschaftlichen Aufsätzen.* (1) [1] Der Rechtsinhaber ist verpflichtet, jedermann die Vervielfältigung, öffentliche Zugänglichmachung und Verbreitung eines in oder als Teil einer Zeitschrift veröffentlichten wissenschaftlichen Werkes zu angemessenen Bedingungen zu erlauben. [2] Satz 1 gilt nicht, soweit die Lizenzverweigerung sachlich gerechtfertigt ist. [3] Die §§ 34, 35 bleiben unberührt.
> (2) Die §§ 42a Abs. 3 und 6, 42b Abs. 2 sowie 63 finden entsprechende Anwendung."

2. Erläuterungen

Für den Tatbestand, insbesondere die Tatbestandsmerkmale „Rechtsinhaber" und „jedermann"[2703] in S. 1, den Anspruchsausschluss in S. 2 sowie den Zustimmungsvorbehalt in S. 3 kann auf die Ausführungen zu § 42b UrhG de lege ferenda verwiesen werden;[2704] insoweit besteht kein Unterschied.

In Anlehnung an die Zwangslizenzen de lege lata[2705] ist die Rechtsfolge auch hier der Anspruch auf Abschluss eines Lizenzvertrages, der ein einfaches[2706] (arg. „jedermann")[2707], territorial beschränktes[2708] (§ 38a Abs. 2 UrhG de lege ferenda i.V.m. § 42a Abs. 3 UrhG) Recht zur Vervielfälti-

---

2702 Ebenso *Krujatz*, S. 280.
2703 Ebenso *Hansen*, GRUR Int. 2005, 378, 383; a.A. *Krujatz*, S. 280 („jeder andere Intermediär").
2704 Siehe 4. Kapitel A. I. 2. a).
2705 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. a) dd) (zu § 42a UrhG), B. II. 1. b) dd) (zu § 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG), B. II. 1. c) cc) (zu § 87 Abs. 5 UrhG), B. II. 1. d) cc) (zu § 34 Abs. 1 VGG) und B. III. 1. a) bb) (zu § 24 Abs. 1 PatG).
2706 Ebenso *Krujatz*, S. 280.
2707 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. d) cc) (1) (zu § 34 Abs. 1 S. 1 VGG).
2708 Erneut in Anlehnung an die Zwangslizenzen de lege lata, vgl. 3. Kapitel B. II. 1. a) dd) (1) (zu § 42a UrhG), B. II. 1. b) dd) (1) (für § 5 Abs. 3 S. 2 u. 3 UrhG), B. II. 1. c) cc) (1) (für § 87 Abs. 5 UrhG) und B. III. 1. a) bb) (1) (für § 24 Abs. 1 PatG).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:47
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gung, öffentlichen Zugänglichmachung und Verbreitung[2709] eines in oder als Teil einer Zeitschrift veröffentlichten wissenschaftlichen Werkes zum Gegenstand hat. Erfasst wird also die Zweitverwertung von wissenschaftlichen Aufsätzen, gleich, ob diese in einem Print- bzw. *e-only*-Journal oder „als Teil" einer Zeitschrift in einer Datenbank erstveröffentlicht worden sind.[2710]

Ebenso spielt es – im Gegensatz zu § 38 Abs. 4 S. 1 UrhG – keine Rolle, ob der betreffende Aufsatz im Rahmen einer mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit entstanden ist.[2711] Die quasi-monopolistische Preissetzungsmacht der Wissenschaftsverleger[2712] besteht unabhängig davon, ob die Forschungstätigkeit öffentlich oder privat finanziert oder gar gewerblich veranlasst ist. Zudem ist eine Abgrenzung nach der Finanzierungsquelle in der Praxis alles andere als leicht zu vollziehen und erscheint es willkürlich, wissenschaftliche Aufsätze, die etwa mithilfe staatlicher Stipendien entstanden sind, anders zu behandeln als solche, die von privaten Stiftungen gefördert wurden.[2713]

Anders als das Zweitveröffentlichungsrecht nach § 38 Abs. 4 S. 1 UrhG unterliegt die Zwangslizenz nach § 38a UrhG de lege ferenda grundsätzlich auch keiner Wartefrist.[2714] Zunächst ist eine solche hier nicht zwingend erforderlich, weil bei der Zwangslizenz die Nutzungserlaubnis angemessen vergütet wird, während beim Zweitveröffentlichungsrecht der Urheber das Werk zweitveröffentlichen darf, ohne den Verleger zu entschädigen.[2715] Im Gegenteil sind Wartefristen mitursächlich dafür, dass Artikel in Subskriptionszeitschriften eigene, atomistische „Märkte" bilden und dem Rechtsinhaber die quasi-monopolistische Preissetzungsmacht ver-

---

2709 Ebenso *Krujatz*, S. 280.

2710 So wohl auch *Krujatz*, S. 280 („Erstveröffentlichung in Periodika oder periodikaähnlichen Publikationsformen").

2711 Ebenso *Krujatz*, S. 280, der sich mit dieser Frage nicht einmal befasst; a.A. *Hansen*, GRUR Int. 2005, 378, 383.

2712 Siehe bereits 1. Kapitel B. III. 1.

2713 *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 12, für das Zeitveröffentlichungsrecht; ähnlich *Kunz-Hallstein/Loschelder*, GRUR 2013, 480, 482; *Klass*, GRUR Int. 2013, 881, 893, jeweils für das Zweitveröffentlichungsrecht.

2714 Gegen eine Wartefrist bei einer urheberrechtlichen Zwangslizenz an wissenschaftlichen Aufsätzen de lege ferenda auch *Hilty/Klass*, S. 20; *Krujatz*, S. 280, der sie nur im Rahmen der „angemessenen Bedingungen" berücksichtigt; a.A. *Hansen*, GRUR Int. 2005, 378, 383, ohne Begründung, mit bloßem Verweis auf das von ihm vorgeschlagene Zweitveröffentlichungsrecht.

2715 Siehe bereits 2. Kapitel A. II. 3. a).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:47
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schaffen: zeitlich verzögerte Open-Access-Zweitveröffentlichungen können die Erstveröffentlichungen in Subskriptionszeitschriften nur sehr bedingt substituieren.[2716] Derselbe Effekt träte ein, wenn der Erstverleger den Aufsatz erst nach einer Wartefrist an einen Zweitverwerter lizenzieren müsste. Nicht ohne Grund erlauben knapp zwei Drittel der größten Verlage von sich aus Open-Access-Zweitveröffentlichungen nach einer Wartefrist – ganz offensichtlich fürchten sie keine „Konkurrenz".[2717] Soweit im Einzelfall eine Wartefrist doch einmal erforderlich sein sollte, ist der Anspruch nach § 38a Abs. 1 S. 2 UrhG de lege ferenda für *diesen* Zeitraum („soweit") ausgeschlossen.[2718] Die Darlegungs- und Beweislast für einen solchen Ausnahmefall trägt der Rechtsinhaber („Satz 1 gilt *nicht*, *soweit*").[2719]

Nach § 38a Abs. 2 UrhG de lege ferenda i.V.m. § 63 UrhG hat der Lizenznehmer die Quelle der Erstveröffentlichung bei der Zweitveröffentlichung anzugeben.[2720] Dieser Verweis entspricht § 42a Abs. 1 S. 2 UrhG sowie § 38 Abs. 4 S. 2 UrhG und dient dem Interesse des Erstverlegers,[2721] weil nur diese Zuordenbarkeit einen langfristigen Reputationsaufbau für den Erstverleger sicherstellt.[2722] Es ist aber auch im (ideellen) Interesse des wissenschaftlichen Autors, wenn darauf hingewiesen wird, dass sich es bei dem Artikel um eine Zweitveröffentlichung handelt und er selbst den Aufsatz in einer anderen, womöglich deutlich renommierteren Zeitschrift (erst-)veröffentlicht hat.

Hinsichtlich der „angemessenen Bedingungen" (§ 38a Abs. 1 S. 1 UrhG de lege ferenda), insbesondere der angemessenen Lizenzgebühr, und der Durchsetzung (§ 38a Abs. 2 UrhG de lege ferenda) kann auf die Ausfüh-

---

2716 Eingehend dazu bereits 1. Kapitel B. III. 1. a) cc) (2) (b).

2717 Siehe bereits 1. Kapitel B. III. 1. a) cc) (2) (c).

2718 *Krujatz*, S. 280, schlägt vor, etwaige Wartefristen im Rahmen der „angemessenen Bedingungen" zu berücksichtigen (wohl auch deshalb, weil er auf eine § 38a Abs. 1 S. 2 UrhG de lege ferenda vergleichbare Ausschlussregel verzichtet). Dann müsste aber der *Lizenzsucher* darlegen und beweisen, dass der Rechtsinhaber auf eine Wartefrist *nicht* angewiesen wird. Aus Gründen der Prozessökonomie erscheint es sinnvoller, dem Rechtsinhaber die Darlegungs- und Beweislast zuzuweisen, zumal Wartefristen – zusätzlich zu einer angemessenen Lizenzgebühr – nur ausnahmsweise angezeigt sein dürften.

2719 In Anlehnung an § 87 Abs. 5 S. 1 Hs. 1 a.E. UrhG, vgl. 3. Kapitel B. II. 1 c) bb) (3).

2720 Ebenso *Krujatz*, S. 280 u. 290.

2721 Gesetzentwurf v. 8.5.2013, BT-Drs. 17/13423, S. 10.

2722 *Krujatz*, S. 290, Fn. 96.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:47
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rungen zur Zwangslizenz nach 42b Abs. 1 S. 1 UrhG de lege ferenda verwiesen werden.[2723]

Mit dem „Hinterlegungs-" und „Verfügungsmodell" ist die Zwangslizenz nach § 38a UrhG de lege ferenda in hohem Maße effektiv ausgestaltet. Die vorgeschlagene Regelung lässt sich leicht, sicher und eindeutig auf den konkreten Sachverhalt anwenden, ist also formell realisierbar.[2724] Eine gewisse Rechtsunsicherheit besteht nur im Hinblick auf den Anspruchsausschluss (§ 38a Abs. 1 S. 2 UrhG de lege ferenda), für den aber wie gezeigt der Rechtsinhaber die Darlegungs- und Beweislastpflicht trägt (s.o.). Wenn dieser keine Umstände darlegen und beweisen kann, die eine Lizenzverweigerung rechtfertigen – das dürfte der Regelfall sein –, wird er den Anspruch auf Lizenzerteilung anerkennen. Der Lizenzsucher kann dann den vom Rechtsinhaber nach billigem Ermessen bestimmten Betrag hinterlegen und sofort mit der Nutzung beginnen („Hinterlegungsmodell").[2725] Im Übrigen wird eine Klage auf Lizenzerteilung im Regelfall mit hoher Wahrscheinlichkeit erfolgreich sein, sodass eine einstweilige Zwangslizenz beantragt und auf diese Weise alsbald mit der Nutzung begonnen werden kann („Verfügungsmodell").[2726] Im Ergebnis dürfte § 38a UrhG de lege ferenda damit das Paradebeispiel für eine „fleet in being" sein.[2727] Allein die Existenz dieser Vorschrift dürfte ausreichen, um die Preise für wissenschaftliche Artikel (und Zeitschriften) hierzulande auf ein angemessenes Niveau zu senken. Denn die Wissenschaftsverleger, die bisher quasi-monopolistische Margen von 30 % erzielen,[2728] müssten befürchten, dass die „unbekannte Person" als Lizenznehmer in den jeweiligen „Markt" eintritt und das Quasi-Monopol angreift.[2729] Anders, wenn sie die wissenschaftlichen Aufsätze zu angemessenen Preisen verwerten. Dann verspürt die „unbekannte Person" keinen Anreiz, „die Flotte auslaufen zu lassen": Die Zwangslizenz wird nicht angewendet, sie bleibt eine „fleet in being"; und das betreffende Werk wird normativ effizient verwertet.

2723 Siehe 4. Kapitel A. I. 2. b) bb) und c).
2724 Zum Begriff der formellen Realisierbarkeit siehe bereits 2. Kapitel A. I. 3. d) aa).
2725 Siehe bereits 4. Kapitel A. I. 2. c) aa).
2726 Siehe bereits 4. Kapitel A. I. 2. c) bb).
2727 Zum Begriff der „fleet in being" siehe bereits 2. Kapitel A. I. 3. d) ee).
2728 Eingehend dazu bereits 1. Kapitel B. III. 1. a) a.A.
2729 Vgl. bereits 2. Kapitel A. I. 3. d) ee).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:47
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Technologieneutrale Fassung der Zwangslizenz nach § 87 Abs. 5 UrhG und der Verwertungsgesellschaftspflicht nach § 20b Abs. 1 UrhG

Zur technologieneutralen Fassung der Zwangslizenz nach § 87 Abs. 5 UrhG und der Verwertungsgesellschaftspflicht nach § 20b Abs. 1 UrhG kommen zwei Möglichkeiten in Betracht: Zunächst ließe sich nur die Legaldefinition des Rechts der Kabelweitersendung (§ 20b Abs. 1 S. 1 UrhG) ändern, also der Wortlaut neu in „Das Recht, ein gesendetes Werk im Rahmen eines zeitgleich, unverändert und vollständig weiterübertragenen Programms durch Kabelsysteme oder Mikrowellensysteme *oder auf sonstige Art und Weise* weiterzusenden (Kabelweitersendung)“ fassen.[2730] Diese im Referentenwurf vorgeschlagene Änderung hat den Vorteil, dass alle übrigen Regelungen zur Kabelweitersendung beibehalten werden könnten; dies gilt insbesondere für die Zwangslizenz nach § 87 Abs. 5 UrhG („Kabelweitersendung *im Sinne des § 20b Abs. 1 Satz 1*“). Allerdings wäre in § 87 Abs. 5 UrhG und § 92 Abs. 2 VGG weiterhin von „*Kabel*unternehmen“ die Rede. Um Redundanzen zu vermeiden und eine vollständige Technologieneutralität des Wortlauts herzustellen, ist es deshalb vorzugswürdig, die Wörter „durch Kabelsysteme oder Mikrowellensysteme“ in § 20b Abs. 1 S. 1 UrhG zu streichen und die Worte „Kabelweitersendung“ sowie „Kabelunternehmen“ in den §§ 20b und 87 Abs. 5 UrhG durch „Weitersendung“ bzw. „Weitersendeunternehmen“ zu ersetzen.[2731] Dasselbe muss konsequenterweise für die Wahrnehmungsfiktion nach § 50 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 VGG und die prozessualen Besonderheiten gem. §§ 92 Abs. 2, 105 Abs. 3 S. 2, 111 VGG gelten.[2732]

2730 So Referentenentwurf des BMJ v. 20.2.2013, S. 4, abrufbar unter: http://blog.die-linke.de/digitalelinke/wp-content/uploads/Ref.Entwurf.pdf (zuletzt besucht am 20.12.2015).

2731 *Kempermann/Pieper*, CR 2013, 661, 666, allerdings mit „Weitersendender“ statt „Weitersendeunternehmen“; *Krogmann*, ZUM 2013, 457, 459, wenn auch ohne „Kabelunternehmen“ zu ersetzen; *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 2, allerdings nur im Hinblick auf die Verwertungsgesellschaftspflicht.

2732 Vgl. *Krogmann*, ZUM 2013, 457, 459; im Hinblick auf die Verwertungsgesellschaftspflicht auch *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 2; dies scheinen *Kempermann/Pieper*, CR 2013, 661, 666, zu übersehen.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:47
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

IV. Zwangslizenz an Sole-source-Datenbanken

Eine Zwangslizenz an Sole-source-Datenbanken muss sekundärrechtlich geregelt werden, weil für urheber- und leistungsschutzrechtliche Zwangslizenzen an Sui-generis-Datenbanken de lege lata die engen Voraussetzungen des Art. 9 Datenbanken-RL gelten,[2733] die (auch) hier nicht vorliegen.[2734] Dabei kann auf die Formulierung zurückgegriffen werden, die die Kommission nach Änderung[2735] ihres ursprünglichen Vorschlags[2736] durch das Europäische Parlament vorgeschlagen hatte,[2737] ehe sie vom Rat vor dem Hintergrund[2738] der „Magill"-Entscheidung gestrichen[2739] wurde:[2740]

> „*Artikel 11 Handlungen betreffend den Inhalt einer Datenbank – unerlaubte Entnahme des Inhalts.* (1) [1] Können die in öffentlich zugänglichen Datenbanken enthaltenen Werke oder Informationen nicht unabhängig von anderen Quellen geschaffen, gesammelt oder beschafft werden, so ist ungeachtet des in Artikel 10 Absatz 2 vorgesehenen Rechts auf Schutz gegen unerlaubte Entnahme und Weiterverwertung des Inhalts einer Datenbank eine Lizenz zu angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen zu erteilen für die Entnahme und Weiterverwertung der Werke oder Informationen oder wesentlicher Teile der Werke oder Informationen aus dieser Datenbank für gewerbliche Zwecke, die nicht lediglich Zeit, Arbeit oder Kosten sparen sollen. [2] Eine Erklärung muß vorgelegt werden, aus der deutlich die Rechtfertigung, die verfolgten gewerblichen Zwecke und die Beantragung einer Lizenz zu ersehen sind.
> (2) […]
> (3) Im Sinne dieses Artikels gelten Datenbanken nicht als öffentlich zugänglich gemacht, solange sie nicht frei befragt werden können.

2733 Siehe bereits 3. Kapitel A. II. 5.
2734 Siehe bereits 4. Kapitel A. I. 2. a).
2735 Vgl. *Kommission*, ABl. C 194 v. 19.7.1993, S. 144, 148 f.
2736 *Kommission*, KOM(92) 24 endg., ABl. C 156 v. 23.6.1992, S. 4, 9 (= Art. 8 RL-Vorschlag 1).
2737 *Kommission*, KOM(93) 464 endg., ABl. C 308 v. 15.11.1993, S. 1, 13 f. (= Art. 11 RL-Vorschlag 2).
2738 Siehe bereits 1. Kapitel B. III. 3. b).
2739 Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 20/95, ABl. C 288 v. 30.10.1995, S. 14, 27.
2740 Ebenso wohl auch *Leistner*, Der Rechtsschutz von Datenbanken, S. 236; *Große Ruse-Khan*, Der europäische Investitionsschutz für Datenbanken, S. 332; letzten Endes wohl auch *Beunen*, S. 258 ff., die ebenfalls auf einen *new product test* verzichten möchte; a.A. *Grützmacher*, S. 382, der den Tatbestand deutlich weiter fasst; *Bartmann*, S. 121, die die Regelung um den *new product test* ergänzen, also enger fassen will.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:47
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(4) Die Mitgliedstaaten sehen geeignete Maßnahmen für eine Schlichtung zwischen den Parteien im Streitfall über derartige Lizenzen vor."

Statt in Art. 11 könnte die Zwangslizenz nunmehr in Art. 9 geregelt werden. Sie gilt für Datenbanken, die „Werke oder Informationen [enthalten, die] nicht unabhängig von anderen Quellen geschaffen, gesammelt oder beschafft werden" können (Abs. 1 S. 1), also Sole-source-Datenbanken.[2741] Mit der Ergänzung um „für gewerbliche Zwecke, die nicht lediglich Zeit, Arbeit oder Kosten sparen sollen" (Abs. 1 S. 1 a.E.) wird klargestellt, dass die betreffende Datenbank wirklich die einzige Quelle sein muss und der Umstand, dass eine anderweitige Informationsbeschaffung wirtschaftlich unrentabel ist, nicht ausreicht, um einen Lizenzanspruch zu begründen.[2742] Vielmehr muss der Datenbankhersteller die Daten selbst generiert oder ausschließlich erworben haben.[2743] Die Sole-source-Datenbank muss „öffentlich zugänglich" sein (Abs. 1 S. 1), darf also „nicht frei befragt werden" können (Abs. 3). Damit wird sichergestellt, dass Abs. 1 S. 1 keine Zwangsveröffentlichung von Know-how und anderen vertraulichen Informationen ermöglicht.[2744] Die Regelung gilt aufgrund ihrer systematischen Stellung im 3. Kapitel des RL-Vorschlags („Schutzrechte sui generis") und des Wortlauts („ungeachtet des in Artikel 10 Absatz 2 vorgesehenen Rechts auf Schutz gegen unerlaubte Entnahme und Weiterverwertung des Inhalts einer Datenbank") nur für Sui-generis-Datenbanken, nicht für Datenbankwerke.[2745] Dies steht im Einklang mit der Problemanalyse, denn ein Informationsmonopol (und eine Verwertung der „nackten" Informationen zu unangemessenen Preisen) droht nur, wenn die in einer einzigen Datenbank enthaltenen Informationen aufgrund des Sui-generis-Schutzrechts nicht in eine konkurrierende Datenbank übernommen werden dürfen,[2746] während das Urheberrecht an einem Datenbankwerk einer Entnahme und Weiterverwendung „nackter" Informationen nicht entgegensteht. Weil auch Datenbankwerke zu unangemessenen Preisen verwertet werden können und § 42b Abs. 1 Nr. 4 UrhG de lege ferenda insoweit

2741 *Beunen*, S. 251; *Bartmann*, S. 118; *Grützmacher*, S. 366; *Bensinger*, S. 254; *Große Ruse-Khan*, Der europäische Investitionsschutz für Datenbanken, S. 332, Fn. 1199.
2742 *Bartmann*, S. 118; *Grützmacher*, S. 366.
2743 Siehe bereits 1. Kapitel B. III. 3. a) aa).
2744 *Grützmacher*, S. 366; siehe auch *Beunen*, S. 253 f.
2745 *Grützmacher*, S. 366 f.; *Beunen*, S. 249.
2746 Siehe bereits 1. Kapitel B. III. 3. a) cc).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:47
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nicht gilt (§ 42b Abs. 4 UrhG de lege ferenda), müsste insoweit eine eigenständige Zwangslizenz sekundärrechtlich geregelt werden. Schließlich schreibt Abs. 4 ein Schlichtungsverfahren vor, was im Einklang mit den Zwangslizenzen de lege lata nach § 87 Abs. 5 UrhG[2747] und § 34 Abs. 1 VGG[2748] sowie § 92 Abs. 2 Nr. 2 VGG de lege ferenda[2749] steht.

B. Vereinbarkeit mit Konventions- und höherrangigem Recht

Die vorgeschlagenen urheberrechtlichen Zwangslizenzen de lege ferenda müssen mit Konventions- und höherrangigem Recht vereinbar sein, also den im 3. Kapitel beschriebenen Vorgaben entsprechen.

I. Zwangslizenz an nicht, nicht neuartig oder zu unangemessenen Preisen verwerteten Werken

1. Konventionsrecht

Je nachdem, welches Ausschließlichkeitsrecht beschränkt wird, unterliegt die urheberrechtliche Zwangslizenz dem Dreistufentest oder sonstigen Vorgaben.[2750]

a) Dreistufentest

Die urheberrechtliche Zwangslizenz ist grundsätzlich schon dann konventionskonform, wenn sie bestimmbar ist und einem besonderen Zweck dient („gewisse Sonderfälle“) und weder die normativ effiziente („normale“) Auswertung beeinträchtigt noch die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers unverhältnismäßig („unzumutbar“) verletzt (Dreistufentest, Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 10 WCT, Art. 16 Abs. 2 WPPT und Art. 13 TRIPS).[2751]

2747 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. c) dd).
2748 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. d) dd) a.A.
2749 Siehe 4. Kapitel A. I. 2. b) bb) (2) (b).
2750 Siehe bereits 3. Kapitel A. I. a.E.
2751 Siehe bereits 3. Kapitel A. I. 3.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:47
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aa) Bestimmbarkeit

Zunächst regelt § 42b UrhG de lege ferenda bestimmbare („gewisse") Fälle (1. Stufe).[2752]

Die Tatbestandsmerkmale „angemessene Bedingungen" (S. 1), „neue Art der Verwertung" (S. 1 Nr. 2 u. 3), „unangemessene Preise" (S. 1 Nr. 4) und „sachlich rechtfertigender Grund" (S. 2) sind bereits richterrechtlich konkretisiert, da sie dem geltenden Recht entlehnt sind – „angemessene Bedingungen" dem Tatbestandsmerkmal der „angemessenen" bzw. „angemessenen geschäftsüblichen Bedingungen" in §§ 42a Abs. 1 S. 1 Hs. 1[2753], 5 Abs. 3 S. 2[2754], 87 Abs. 5 S. 1 Hs. 1 UrhG[2755], § 34 Abs. 1 S. 1 VGG[2756] und § 24 Abs. 1 Nr. 1 PatG[2757]; „neue Art der Verwertung" der „unbekannten Nutzungsart" in §§ 31a, 32c und 137l UrhG;[2758] „unangemessene Preise" den „unangemessenen Verkaufspreisen" in Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV;[2759] und „sachlich rechtfertigender Grund" dem Tatbestandsmerkmal „sachlich rechtfertigender Grund" in § 87 Abs. 5 S. 1 Hs. 1 a.E. UrhG[2760] bzw. der Rspr. zu § 34 Abs. 1 S. 1 VGG („sachlich gerechtfertigter Grund")[2761].

Die neue Nutzungsart ist „etabliert" (S. 1 Nr. 3), wenn ihr Umsatzanteil so groß ist, dass der Verwerter den Deckungsbeitrag erwirtschaften kann; dies ist ebenfalls bestimmbar.[2762]

Im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal „nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt" (S. 1 Nr. 2) kann sich der Rechtsanwender an den Beispielen Büchersuchmaschinen mit Auszugsansicht[2763], Internet-Fernsehen[2764] und Internet-Videorekorder[2765] orientieren.

2752 Zur Bestimmbarkeit („gewisse") siehe bereits 3. Kapitel A. I. 2. b) aa) (1).
2753 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. a) dd) (2).
2754 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. b) dd) (2).
2755 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. c) cc) (2).
2756 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. d) cc) (2).
2757 Siehe bereits 3. Kapitel B. III. 1. a) bb) (2).
2758 Siehe bereits 1. Kapitel B. II. 1. a.A.
2759 Siehe bereits 4. Kapitel A. I. 2. a).
2760 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. c) (3).
2761 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. d) bb).
2762 Siehe bereits 1. Kapitel B. II. 2. b).
2763 Siehe bereits 1. Kapitel B. II. 1. a).
2764 Siehe bereits 1. Kapitel B. II. 1. b).
2765 Siehe bereits 1. Kapitel B. II. 1. c).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:47
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bb) Besonderer Zweck

Schutzbeschränkungen dienen einem besonderen Zweck, sind also „Sonderfälle“ (1. Stufe), wenn besondere Umstände vorliegen, die eine Beschränkung plausibel erscheinen lassen, etwa weil wichtige Belange des Gemeinwohls betroffen sind oder der Markt versagt.[2766] Danach dient § 42b UrhG de lege ferenda einem besonderen Zweck, weil in den normativ ineffizienten Fällen, in denen Werke überhaupt nicht[2767], nicht auf eine neue Art[2768] bzw. zu unangemessenen Preisen („Monopolpreisen“)[2769] verwertet werden, der Markt versagt, und dieses Marktversagen behoben werden soll; der Gesetzgeber verfügt insoweit über einen gewissen Einschätzungsspielraum.[2770]

cc) Keine Beeinträchtigung der normativ effizienten Auswertung

Die normativ effiziente („normale“) Auswertung wird durch § 42b UrhG de lege ferenda nicht beeinträchtigt (2. Stufe).[2771] Im Fall des § 42b Abs. 1 Nr. 1 UrhG de lege ferenda findet schon keine Verwertung statt, die beeinträchtigt werden könnte, zumal eine angemessene Wartefrist von zwei Jahren gilt. In den Fällen des § 42b Abs. 1 Nr. 2, 3 u. 4 UrhG de lege ferenda wird das Werk zwar verwertet, die Verwertung widerspricht aber dem normativen Effizienzziel. Normativ effizient wäre es, wenn der Rechtsinhaber die neuartige Nutzung, die die bisherige Nutzung nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt (z.B. Büchersuchmaschine), selbst vornehmen oder gegen angemessene Vergütung erlauben,[2772] das Werk auf die neue, etablierte Art (z.B. als E-Book) nutzen[2773] bzw. zu angemessenen Preisen statt zu

---

2766 Zum besonderen Zweck („Sonderfall“) siehe bereits 3. Kapitel A. 2. b) aa) (2).
2767 Siehe bereits 1. Kapitel B. I. 2.
2768 Siehe bereits 1. Kapitel B. II. 1. a) bb) (Büchersuchmaschinen), B. II. 1. b) bb) (Internet-Fernsehen), B. II. 1. c) bb) (Internet-Videorekorder) und B. II. 2. b) (neue, etablierte Art der Verwertung).
2769 Siehe bereits 1. Kapitel B. III. a.A.
2770 Siehe bereits 3. Kapitel A. 2. b) aa) (2).
2771 Zur 2. Stufe des Dreistufentests siehe bereits 3. Kapitel A. 2. b) bb).
2772 Siehe bereits 1. Kapitel B. II. 1. a) bb) (Büchersuchmaschinen) und B. II. 1 d) (allgemein).
2773 Siehe bereits 1. Kapitel B. II. 2. b).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:47
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

„Monopolpreisen“ verwerten würde.[2774] Da in diesen Fällen die normativ effiziente Auswertung des Rechtsinhabers nicht stattfindet, kann sie nicht beeinträchtigt werden.

dd) Verhältnismäßigkeit

Schließlich werden die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers nicht unverhältnismäßig („unzumutbar“) verletzt (3. Stufe).[2775] Die Zwangslizenz ist *geeignet*, das Werk einer normativ effizienten Nutzung zuzuführen, weil die „unbekannte Person“ vom Rechtsinhaber eine Lizenz verlangen kann.[2776] Sie ist auch *erforderlich*, weil kein milderes, aber gleich effektives Mittel besteht; so ist etwa die kartellrechtliche Zwangslizenz milder, aber kaum effektiv, während die gesetzliche Lizenz effektiver sein mag, aber zu einschneidend wäre. Insoweit kann auf die detaillierten Ausführungen im 2. Kapitel verwiesen werden.[2777] Zu guter Letzt ist die Zwangslizenz auch *angemessen* (verhältnismäßig im engeren Sinn): Individualistische Gerechtigkeitsvorstellungen, die dem Ziel normativer Effizienz mit zugrunde liegen,[2778] werden berücksichtigt, indem das Erstveröffentlichungsrecht (völlig) unangetastet bleibt und der Urheber selbst sein Werk zu Preisen verwerten kann, die weit über das zur Schöpfung neuer Werke erforderliche Maß hinausgehen; § 42b Abs. 1 Nr. 4 UrhG de lege ferenda gilt insoweit nicht („der nicht der Urheber ist“). Im Hinblick auf materielle Interessen des Rechtsinhabers ist zu unterscheiden: Im Fall des § 42b Abs. 1 Nr. 1 UrhG de lege ferenda hat der Rechtsinhaber gezeigt, dass er kein Interesse an einer Verwertung hat, also keines unbeschränkten Ausschließlichkeitsrechts (mehr) bedarf, während die Allgemeinheit ein Interesse daran hat, dass die „unbekannte Person“ das vergriffene Werk verfügbar macht.[2779] Ist § 42b Abs. 1 Nr. 2 UrhG de lege ferenda einschlägig, fällt die Interessenabwägung ebenfalls zugunsten der

2774 Siehe bereits 1. Kapitel B. III. a.A.
2775 Zur 3. Stufe des Dreistufentests siehe bereits 3. Kapitel A. I. 2. b) cc).
2776 Eingehend zur Eignung der urheberrechtlichen Zwangslizenz als Lösungsansatz siehe bereits 2. Kapitel A. II. 8.
2777 Eingehend zur Gebotenheit der urheberrechtlichen Zwangslizenz als Lösungsansatz siehe bereits 2. Kapitel B. I. (keine Verwertung), II. (keine neuartige Verwertung) und III. (Verwertung zu unangemessenen Preisen).
2778 Siehe bereits 1. Kapitel A. III. a.E.
2779 Siehe bereits 1. Kapitel B. I. 2.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:47
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

„unbekannten Person“ aus, weil die neuartige Nutzung die bisherige Nutzung nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt und eine bloß unwesentliche Beeinträchtigung ohne weiteres durch eine angemessene Lizenzgebühr (mehr als) ausgeglichen werden kann.[2780] In den Fällen des § 42b Abs. 1 Nr. 3 u. 4 UrhG de lege ferenda hat es der Rechtsinhaber schließlich selbst in der Hand, ob die Zwangslizenz zur Anwendung kommt: er kann ohne weiteres das Werk auf die neue, etablierte Art (z.B. als E-Book)[2781] bzw. zu angemessenen Preisen verwerten[2782], um den Anspruch auf Erteilung einer Zwangslizenz tatbestandlich entfallen zu lassen. In allen Fällen erhält der Rechtsinhaber eine angemessene Lizenzgebühr, die er nach billigem Ermessen selbst bestimmen kann (§ 42b Abs. 2 S. 1 UrhG de lege ferenda).[2783] Der Lizenzsucher kann das Werk nur dann sofort bzw. beschleunigt nutzen, wenn der Rechtsinhaber den Lizenzerteilungsanspruch anerkennt („Hinterlegungsmodell“)[2784] bzw. das Bestehen dieses Anspruchs in hohem Maße wahrscheinlich ist („Verfügungsmodell“).[2785] Zu guter Letzt enthält § 42b Abs. 1 S. 2 und S. 3 UrhG de lege ferenda einen Ausnahme- bzw. Zustimmungsvorbehalt: Sollte die Zwangslizenz ausnahmsweise einmal unangemessen sein, findet sie keine Anwendung.

b) Besondere Vorgaben

Besondere Vorgaben gelten für zwei Gruppen von Mindestrechten: Das Bearbeitungsrecht einschließlich des Filmherstellungs- und Übersetzungsrechts, das Aufführungs-, Vortrags- und Filmvorführungsrecht, das Filmverbreitungsrecht sowie das Recht der öffentlichen Übertragung – ohne das Recht der drahtlosen Erstsendung und das Weitersenderecht – von Aufführungen, Vorträgen und Filmwerken (d.i. die erste Gruppe) dürfen nach der RBÜ keinesfalls beschränkt werden;[2786] sie sind deshalb vom Anwendungsbereich ausgenommen (§ 42b Abs. 4 UrhG de lege feren-

2780 Siehe bereits 1. Kapitel B. II. 1. a) bb) (Büchersuchmaschinen), B. II. 1. b) bb) (Internet-Fernsehen) und B. II. 1. c) bb) (Internet-Videorekorder).
2781 Siehe bereits 1. Kapitel B. II. 2. b).
2782 Siehe bereits 1. Kapitel B. III. a.A.
2783 Siehe bereits 4. Kapitel A. I. 2. b) bb) (2) (a).
2784 Siehe bereits 4. Kapitel A. I. 2. c) aa).
2785 Siehe bereits 4. Kapitel A. I. 2. c) bb).
2786 Siehe bereits 3. Kapitel A. I. 1. a).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:47
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

da).[2787] Dagegen dürfen die Mindestrechte des Rom-Abk (d.i. die zweite Gruppe) mit einer leistungsschutzrechtlichen Zwangslizenz nach Art. 15 Abs. 2 S. 1 Rom-Abk beschränkt werden, wenn sie mit einem Ausnahmevorbehalt versehen werden und RBÜ- und WCT-konform ausgestaltet sind, etwa indem sie auf eine konventionskonforme urheberrechtliche Zwangslizenz verweisen.[2788] Danach ist die leistungsschutzrechtliche Zwangslizenz an Darbietungen, Tonaufnahmen und Sendungen, d.h. der Verweis in den §§ 79 Abs. 2 S. 2, 85 Abs. 2 S. 3 bzw. 87 Abs. 2 S. 2 UrhG konventionsrechtlich zulässig, weil § 42b UrhG de lege ferenda, auf den verwiesen wird, einen Ausnahme- bzw. Zustimmungsvorbehalt enthält (§ 42b Abs. 1 S. 2 u. 3 UrhG de lege ferenda) und den Dreistufentest erfüllt,[2789] also RBÜ- und WCT-konform ausgestaltet ist. Der Verweis auf die §§ 71 Abs. 1 S. 3, 87g Abs. 1 S. 2 und 94 Abs. 2 S. 3 UrhG ist schon deshalb konventionsrechtlich zulässig, da die Leistungsschutzrechte an nachgelassenen Werken[2790], Presseerzeugnissen[2791] bzw. Filmaufnahmen[2792] überhaupt nicht konventionsrechtlich geregelt sind.

2. Unionsrecht

Die urheberrechtliche Zwangslizenz ist grundsätzlich unionsrechtskonform, da sie keine „Ausnahme und Beschränkung", sondern eine bloße Ausübungsregelung darstellt, die von der Informationsgesellschafts-RL unberührt bleibt.[2793] Im Übrigen gelten folgende Besonderheiten: Das Urheber- und Leistungsschutzrecht an Datenbank(werk)en sowie das Satellitensende- und Vermietrecht sind vom Anwendungsbereich ausgenommen (§ 42b Abs. 4 UrhG de lege ferenda), weil diese Rechte nur unter den hier nicht erfüllten engen Voraussetzungen der Datenbanken-RL bzw.

2787 Siehe bereits 4. Kapitel A. I. 2. a).
2788 Siehe bereits 3. Kapitel A. I. 1. b).
2789 Siehe bereits 4. Kapitel B. I. 1. a).
2790 *A. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 71, Rdnr. 6.
2791 *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 87f, Rdnr. 1; *Czychowski/Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 87f, Rdnr. 12.
2792 *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 94, Rdnr. 3; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 94, Rdnr. 2; *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 94, Rdnr. 7.
2793 Siehe bereits eingehend 3. Kapitel A. II. 1.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:47
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

überhaupt nicht mit einer Zwangslizenz beschränkt werden dürfen.[2794] Dagegen gilt § 42b UrhG de lege ferenda auch für Computerprogramme, da die Regelung wie gezeigt mit der RBÜ vereinbar ist[2795] und keine von Art. 5 (bestimmungsgemäße Nutzung, Sicherungskopie, Testläufe) und 6 (Dekompilierung) Computerprogramme-RL erfassten Punkte regelt.[2796] Weiter sind die leistungsschutzrechtlichen Zwangslizenzen an Darbietungen, Tonaufnahmen, Sendungen und Filmaufnahmen, d.h. der Verweis in den §§ 79 Abs. 2 S. 2, 85 Abs. 2 S. 3, 87 Abs. 2 S. 2 und 94 Abs. 2 S. 3 UrhG unionsrechtskonform, weil § 42b UrhG de lege ferenda, auf den verwiesen wird, einen Ausnahme- bzw. Zustimmungsvorbehalt enthält (§ 42b Abs. 1 S. 2 u. 3 UrhG de lege ferenda) sowie RBÜ- und WCT-konform ausgestaltet ist.[2797] Der Verweis auf die §§ 71 Abs. 1 S. 3 und 87g Abs. 1 S. 2 UrhG ist schon deshalb unionsrechtlich zulässig, weil das Unionsrecht keine Leistungsschutzrechte an nachgelassenen Werken und Presseerzeugnissen verlangt[2798] bzw. das Leistungsschutzrecht an nachgelassenen Werken nach Art. 4 Schutzdauer-RL den gleichen Umfang hat wie das entsprechende Urheberrecht.[2799]

3. Verfassungsrecht

a) Eigentumsfreiheit

Urheberrechtliche Zwangslizenzen sind mit Art. 14 GG vereinbar, wenn das Urheberrecht im Grundsatz ein Ausschließlichkeitsrecht bleibt und Gründe des Allgemeinwohls nicht nur die Zwangslizenz als solche, sondern auch und gerade den Eingriff in bestehende Rechtspositionen unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes rechtfertigen.[2800]

2794 Siehe bereits 4. Kapitel A. I. 2. a).
2795 Siehe bereits 4. Kapitel B. I. 1.
2796 Zu den Anforderungen der Computerprogramme-RL an eine Zwangslizenz an Computerprogrammen siehe bereits 3. Kapitel A. II. 4.
2797 Zu den Anforderungen der Vermiet- und Verleih-RL an Zwangslizenzen an Darbietungen, Tonaufnahmen, Sendungen und Filmaufnahmen siehe bereits 3. Kapitel A. II. 3.
2798 *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 87f, Rdnr. 1; *Czychowski/Schaefer*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 87f, Rdnr. 10.
2799 *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, Rdnr. 8.4.22.
2800 Siehe bereits 3. Kapitel A. III. 1. a) bb) (4).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:47
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 42b UrhG de lege ferenda ändert nichts am Grundsatz, dass das Urheberrecht ein Ausschließlichkeitsrecht ist (*Institutsgarantie*).[2801] Denn zum einen gilt die Regelung nur in solchen Fällen, in denen das Werk überhaupt nicht, nicht auf eine neue Art bzw. zu unangemessenen Preisen verwertet wird, und zum anderen wird nur ein Teil des positiven Ausschließlichkeitsrechts[2802], nämlich das Recht, eine Lizenz zu verweigern, beschränkt. Das Recht, eine Lizenz zu erteilen, und das negative Ausschließlichkeitsrecht, d.i. das Recht, die Nutzung des Werkes zu verbieten,[2803] bleiben unberührt. Im Ausnahmefall behält der Rechtsinhaber sein Ausschließlichkeitsrecht sogar völlig (§ 42b Abs. 1 S. 2 UrhG de lege ferenda).

Die lex ferenda geht auch nicht weiter, als es das Allgemeinwohl gebietet (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*).[2804] Das Ausschließlichkeitsrecht de lege lata ist in den Fällen des § 42b Abs. 1 Nr. 1 bis 4 UrhG de lege ferenda normativ ineffizient, eine Beschränkung ist durch das Allgemeinwohl geboten.[2805] Die Zwangslizenz ist insoweit eine verhältnismäßige, weil geeignete, erforderliche und angemessene Schutzbeschränkung. Insoweit kann auf die Ausführungen zum Dreistufentest verwiesen werden.[2806]

Zu guter Letzt rechtfertigt das öffentliche Interesse auch den Eingriff in bestehende Rechtspositionen (*Bestandsgarantie*).[2807] In den Fällen des § 42b Abs. 1 Nr. 1 bis 3 UrhG de lege ferenda sind die betroffenen Ausschließlichkeitsrechte typischerweise solche, die vor Jahren oder Jahrzehnten entstanden sind und aus diesem Grund überhaupt nicht mehr oder nicht auf eine neue Art verwertet werden. Praktisch gilt dasselbe für § 42b Abs. 1 Nr. 4 UrhG de lege ferenda, weil nicht nur neu erschienene Werke, sondern auch bestehende Werke zu unangemessenen Preisen verwertet werden können. Der Eingriff in bestehende Ausschließlichkeitsrechte ist auch verhältnismäßig, weil der Rechtsinhaber keines unbeschränkten Aus-

---

2801 Zur Institutsgarantie siehe bereits 3. Kapitel A. III. 1. a) bb) (3) (a).

2802 Zum Begriff des positiven Ausschließlichkeitsrechts siehe bereits 1. Kapitel B. a.A.

2803 Zum Begriff des negativen Ausschließlichkeitsrechts siehe bereits 1. Kapitel B. a.A.

2804 Zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz siehe bereits 3. Kapitel A. III. 1. a) bb) (3) (c).

2805 Siehe bereits 1. Kapitel B. I. 2. (keine Verwertung), B. II. 1 d) (keine neuartige Verwertung) und B. III. a.A. (keine Verwertung zu angemessenen Preisen).

2806 Siehe bereits 4. Kapitel B. I. 1. a).

2807 Zur Bestandsgarantie siehe bereits 3. Kapitel A. III. 1. a) bb) (3) (d).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:47
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schließlichkeitsrechts (mehr) bedarf (§ 42b Abs. 1 Nr. 1 UrhG de lege ferenda),[2808] er das Werk auf die neue, etablierte Art[2809] bzw. zu angemessenen Preisen[2810] verwerten kann, um den Anspruch auf Erteilung einer Zwangslizenz tatbestandlich entfallen zu lassen (§ 42b Abs. 1 Nr. 3 u. 4 UrhG de lege ferenda), bzw. die neuartige Nutzung die bisherige Nutzung allenfalls unwesentlich beeinträchtigt und eine bloß unwesentliche Beeinträchtigung ohne weiteres durch eine angemessene Lizenzgebühr (mehr als) ausgeglichen werden kann (§ 42b Abs. 1 Nr. 2 UrhG de lege ferenda).[2811]

b) Sonstige Grundrechte

Das Urheberpersönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)[2812] bleibt gewahrt, weil das *Erst*veröffentlichungsrecht unangetastet bleibt – die Zwangslizenz gilt nur für veröffentlichte Werke – und der Urheber *nachfolgende* Veröffentlichungen, die seine berechtigten Interessen beeinträchtigen, verbieten kann (§ 42b Abs. 1 S. 3 UrhG de lege ferenda). Zudem wird das ideelle Interesse des Urhebers an einer Angabe des Erstveröffentlichungsortes durch § 42b Abs. 3 UrhG de lege ferenda i.V.m. § 63 UrhG bedient.

Eine Verletzung der Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG)[2813] scheidet aus, weil die Zwangslizenz nur gegen angemessene Vergütung erteilt wird, mithin eine freie künstlerische Betätigung möglich bleibt.[2814]

c) Bestimmtheitsgrundsatz

Schließlich genügt die lex ferenda auch dem Bestimmtheitsgrundsatz, weil eine Norm durchaus Auslegungsprobleme aufwerfen darf, soweit sich die-

---

2808 Siehe bereits 1. Kapitel B. I. 2.
2809 Siehe bereits 1. Kapitel B. II. 2. b).
2810 Siehe bereits 1. Kapitel B. III. a.A.
2811 Siehe bereits 1. Kapitel B. II. 1. a) bb) (Büchersuchmaschinen), B. II. 1. b) bb) (Internet-Fernsehen) und B. II. 1. c) bb) (Internet-Videorekorder).
2812 Zum Urheberpersönlichkeitsrecht siehe bereits 3. Kapitel A. III. 1. a) cc).
2813 Zur Kunstfreiheit siehe bereits 3. Kapitel A. III. 1. a) cc).
2814 Ebenso BVerfG GRUR 1972, 481, 483 – „Kirchen- und Schulgebrauch“ hinsichtlich einer gesetzlichen Lizenz mit Vergütungspflicht (§ 46 UrhG).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:47
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

se mit herkömmlichen juristischen Methoden bewältigen lassen.[2815] Diese Voraussetzung ist erfüllt, da wie gezeigt alle Tatbestandsmerkmale hinreichend bestimmbar sind.[2816]

4. Zwischenergebnis

§ 42b UrhG de lege ferenda ist mit dem Konventions- und höherrangigem Recht vereinbar.

II. Zwangslizenz an wissenschaftlichen Aufsätzen

1. Konventionsrecht

§ 38a UrhG de lege ferenda ist konventionskonform, weil keine nicht einschränkbaren Mindestrechte betroffen sind und die Voraussetzungen des Dreistufentests erfüllt sind: Die Begriffe sind entweder bestimmt oder – wie „angemessene Bedingungen" und „sachlich gerechtfertigt" – richterrechtlich hinreichend konkretisiert,[2817] also *bestimmbar* (1. Stufe).[2818] Die Regelung dient auch einem *besonderen Zweck*,[2819] weil die Quasi-Monopolisierung wissenschaftlicher Aufsätze dem in der Präambel der WCT niedergeschriebenen öffentlichen Interesse an Bildung, Forschung und Zugang zu Informationen zuwiderläuft, der Markt versagt (Zeitschriftenkrise) und dieses Marktversagen behoben werden soll;[2820] der Gesetzgeber verfügt insoweit über einen gewissen Einschätzungsspielraum. Weiter wird die *normativ effiziente Auswertung* nicht beeinträchtigt (2. Stufe),[2821] weil wissenschaftliche Aufsätze im Regelfall nicht normativ effizient, d.h. zu angemessenen Preisen, sondern normativ ineffizient, nämlich zu „Monopolpreisen" verwertet werden.[2822] In dem kaum vorstellbaren Ausnahmefall, dass ein Wettbewerber eine Lizenz begehrt, obwohl der Aufsatz zu

2815 Siehe bereits 3. Kapitel A. III. 1. b).
2816 Siehe bereits 4. Kapitel B. I. 1. a) aa).
2817 Siehe bereits 4. Kapitel B. I. 1. a) aa).
2818 Zur Bestimmbarkeit („gewisse") siehe bereits 3. Kapitel A. I. 2. b) aa) (1).
2819 Zum besonderen Zweck („Sonderfall") siehe bereits 3. Kapitel A. 2. b) aa) (2).
2820 Siehe bereits 1. Kapitel B. III. 1. b).
2821 Zur 2. Stufe des Dreistufentests siehe bereits 3. Kapitel A. 2. b) bb).
2822 Siehe bereits 1. Kapitel B. III. 1. b).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:47
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

angemessenen Preisen vermarktet wird – ein „Markteintritt" macht dann unter Zugrundelegung des ökonomischen Verhaltensmodells wenig Sinn[2823] –, kann der Rechtsinhaber eine Lizenz verweigern (§ 38a Abs. 1 S. 2 UrhG de lege ferenda). Schließlich werden die *berechtigten Interessen des Rechtsinhabers* nicht unverhältnismäßig verletzt (3. Stufe).[2824] Die Zwangslizenz ist *geeignet*, das Werk einer normativ effizienten Nutzung zuzuführen, weil die „unbekannte Person" vom Rechtsinhaber eine Lizenz verlangen kann.[2825] Sie ist auch *erforderlich*, weil kein milderes, aber gleich effektives Mittel besteht; so ist etwa die kartellrechtliche Zwangslizenz milder, aber kaum effektiv, während die gesetzliche Lizenz effektiver sein mag, aber zu einschneidend wäre. Insoweit kann (erneut) auf die detaillierten Ausführungen im 2. Kapitel verwiesen werden.[2826] Zu guter Letzt ist die Zwangslizenz auch *angemessen* (verhältnismäßig im engeren Sinn): Individualistische Gerechtigkeitsvorstellungen, die dem Ziel normativer Effizienz mit zugrunde liegen,[2827] werden berücksichtigt, indem das Erstveröffentlichungsrecht (völlig) unangetastet bleibt und im Interesse des Urhebers darauf hinzuweisen ist, sich es bei dem Artikel um eine Zweitveröffentlichung handelt und er selbst den Aufsatz in einer anderen, womöglich deutlich renommierteren Zeitschrift (erst-)veröffentlicht hat (§ 38a Abs. 2 UrhG de lege ferenda i.V.m. § 63 UrhG). Im Hinblick auf materielle Interessen ist zu berücksichtigen, dass es der Rechtsinhaber bei ökonomischer Betrachtung selbst in der Hand hat, ob die Zwangslizenz zur Anwendung kommt: verwertet er den Aufsatz zu angemessenen Preisen, wird sich kaum eine „unbekannte Person" finden, die in den „Markt" eintritt, weil sich ein „hit and run entry" nur lohnt, soweit die Preise *erheblich* über den Stückkosten liegen.[2828] Im Übrigen erhält er eine angemessene Lizenzgebühr, die er nach billigem Ermessen selbst bestimmen kann (§ 38a Abs. 1 S. 1 UrhG de lege ferenda).[2829] Der Lizenzsucher kann das Werk nur dann sofort bzw. beschleunigt nutzen, wenn der Rechtsinha-

2823 Siehe bereits 2. Kapitel B. IV. 1. a.E.
2824 Zur 3. Stufe des Dreistufentests siehe bereits 3. Kapitel A. I. 2. b) cc).
2825 Eingehend zur Eignung der urheberrechtlichen Zwangslizenz als Lösungsansatz siehe bereits 2. Kapitel A. II. 8.
2826 Eingehend zur Gebotenheit der urheberrechtlichen Zwangslizenz als Lösungsansatz siehe bereits 2. Kapitel B. IV. 1.
2827 Siehe bereits 1. Kapitel A. III. a.E.
2828 Siehe bereits 2. Kapitel B. IV. 1. a.E.
2829 Siehe bereits 4. Kapitel A. I. 2. b) bb) (2) (a).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:47
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ber den Lizenzerteilungsanspruch anerkennt („Hinterlegungsmodell“)[2830] bzw. das Bestehen dieses Anspruchs in hohem Maße wahrscheinlich ist („Verfügungsmodell“).[2831] Schließlich ermöglicht der Ausnahme- und Zustimmungsvorbehalt in (§ 38a Abs. 1 S. 2 u. 3 UrhG de lege ferenda) ein hohes Maß an Einzelfallgerechtigkeit, weil auch (sonstige) berechtigte materielle und ideelle Interessen einer Lizenzerteilung entgegengehalten werden können.

2. Unionsrecht

Die lex ferenda verstößt nicht gegen Unionsrecht, da die urheberrechtliche Zwangslizenz grundsätzlich unionsrechtskonform ist[2832] und für die betroffenen Ausschließlichkeitsrechte (weder Satellitensende-[2833], noch Vermietrecht[2834]) und die betroffene Werkart (keine Datenbank[2835]) auch keine Ausnahme gilt.

3. Verfassungsrecht

a) Eigentumsfreiheit

§ 42b UrhG de lege ferenda verstößt nicht gegen die *Institutsgarantie* (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG),[2836] weil der Grundsatz des Urheberrechts als eines Ausschließlichkeitsrechts unangetastet bleibt. Zum einen gilt die Zwangslizenz nur punktuell für wissenschaftliche Aufsätze, zum anderen wird nur ein Teil des positiven Ausschließlichkeitsrechts[2837], nämlich das Recht, eine Lizenz zu verweigern, beschränkt. Das Recht, eine Lizenz zu erteilen, und das negative Ausschließlichkeitsrecht, d.h. das Recht, die

2830 Siehe bereits 4. Kapitel A. I. 2. c) aa).
2831 Siehe bereits 4. Kapitel A. I. 2. c) bb).
2832 Siehe bereits eingehend 3. Kapitel A. II. 1.
2833 Siehe bereits 3. Kapitel A. II. 2.
2834 Siehe bereits 3. Kapitel A. II. 3.
2835 Siehe bereits 3. Kapitel A. II. 5.
2836 Zur Institutsgarantie siehe bereits 3. Kapitel A. III. 1. a) bb) (3) (a).
2837 Zum Begriff des positiven Ausschließlichkeitsrechts siehe bereits 1. Kapitel B. a.A.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:47
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Nutzung des Werkes zu verbieten,[2838] bleiben unberührt. Im Ausnahmefall behält der Rechtsinhaber sein Ausschließlichkeitsrecht sogar völlig (§ 38a Abs. 1 S. 2 UrhG de lege ferenda).

Die lex ferenda geht auch nicht weiter, als es das Allgemeinwohl gebietet (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*).[2839] Das Ausschließlichkeitsrecht de lege lata an wissenschaftlichen Aufsätzen ist normativ ineffizient und eine Beschränkung durch das Allgemeinwohl geboten.[2840] Die Zwangslizenz ist insoweit eine verhältnismäßige, weil geeignete, erforderliche und angemessene Schutzbeschränkung, wobei auf die Ausführungen zum Dreistufentest verwiesen werden kann.[2841]

Zu guter Letzt rechtfertigt das öffentliche Interesse auch den Eingriff in bestehende Rechtspositionen (*Bestandsgarantie*),[2842] weil nicht nur neu erschienene wissenschaftliche Aufsätze, sondern ebenso „alte" Aufsätze „monopolisiert" werden, und auch in diesen Fällen eine Zwangslizenz verhältnismäßig ist: der Rechtsinhaber muss das Werk nur zu angemessenen Preisen verwerten, um der „unbekannten Person" den Anreiz zu nehmen, eine Lizenz zu verlangen,[2843] und kann im Einzelfall eine Lizenzerteilung verweigern (§ 38a Abs. 1 S. 2 UrhG de lege ferenda).

b) Sonstige Grundrechte

Das Urheberpersönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)[2844] bleibt gewahrt, weil das *Erst*veröffentlichungsrecht unangetastet bleibt – die Zwangslizenz gilt nur für veröffentlichte Aufsätze – und der Urheber *nachfolgende* Veröffentlichungen, die seine berechtigten ideellen Interessen beeinträchtigen, verbieten kann (§ 42b Abs. 1 S. 3 UrhG de lege ferenda). Zudem wird das ideelle Interesse des Urhebers an einer Angabe des Erstveröffentlichungsortes durch § 42b Abs. 3 UrhG de lege ferenda

2838 Zum Begriff des negativen Ausschließlichkeitsrechts siehe bereits 1. Kapitel B. a.A.
2839 Zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz siehe bereits 3. Kapitel A. III. 1. a) bb) (3) (c).
2840 Siehe bereits 1. Kapitel B. III. 1. b).
2841 Siehe 4. Kapitel B. II. 1.
2842 Zur Bestandsgarantie siehe bereits 3. Kapitel A. III. 1. a) bb) (3) (d).
2843 Siehe bereits 2. Kapitel B. IV. 1. a.E.
2844 Zum Urheberpersönlichkeitsrecht siehe bereits 3. Kapitel A. III. 1. a) cc).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:47
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

i.V.m. § 63 UrhG bedient. Aus denselben Gründen scheidet eine Verletzung der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 2 GG)[2845] aus.[2846]

c) Bestimmtheitsgrundsatz

Schließlich genügt die lex ferenda auch dem Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 20 Abs. 3 GG)[2847], weil alle Begriffe entweder bestimmt oder bestimmbar sind. Insoweit wird (erneut) auf die Ausführungen zum Dreistufentest verwiesen.[2848]

4. Zwischenergebnis

§ 38a UrhG de lege ferenda ist mit dem Konventions- und höherrangigem Recht vereinbar.

III. Technologieneutrale Fassung der Zwangslizenz nach § 87 Abs. 5 UrhG und der Verwertungsgesellschaftspflicht nach § 20b Abs. 1 UrhG

1. Konventionsrecht

Die technologieneutrale Ausgestaltung der Zwangslizenz nach § 87 Abs. 5 UrhG und der Verwertungsgesellschaftspflicht nach § 20b Abs. 1 UrhG (sowie der §§ 50 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, 92 Abs. 2, 105 Abs. 3 S. 2, 111 VGG) verstößt nicht gegen das Konventionsrecht.

Im Hinblick auf *gesendete Werke* enthält die RBÜ (auch) für draht*lose* Weitersendungen einen „Ausübungsvorbehalt“ (Art. 11bis Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 Nr. 2 RBÜ),[2849] worunter nicht nur die Verwertungsgesellschaftspflicht nach § 20b Abs. 1 UrhG und die (*urheber*rechtliche) Zwangslizenz

2845 Zur Wissenschaftsfreiheit siehe bereits 3. Kapitel A. III. 1. a) cc).
2846 Ebenso i.E. *Krujatz*, S. 325.
2847 Zum Bestimmtheitsgrundsatz siehe bereits 3. Kapitel A. III. 1. b).
2848 Siehe 4. Kapitel B. II. 1.
2849 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 20b UrhG, Rdnr. 9; *Krogmann*, ZUM 2013, 457, 459; *Weber*, ZUM 2009, 460, 461; *Kempermann/Pieper*, CR 2013, 661, 665.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:48
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nach § 87 Abs. 5 S. 1 Hs. *1* UrhG fallen,[2850] sondern auch die Wahrnehmungsfiktion nach § 50 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 VGG (argumentum a maiore ad minus).[2851]

Im Hinblick auf *Funksendungen* erlaubt Art. 15 Abs. 2 S. 1 Rom-Abk (*leistungsschutz*rechtliche) Zwangslizenzen wie jene des § 87 Abs. 5 S. 1 Hs. *2* i.V.m. Hs. 1 UrhG, wenn diese RBÜ- und WCT-konform ausgestaltet sind.[2852] Die urheberrechtliche Zwangslizenz in Hs. 1, auf die in Hs. 2 verwiesen wird, ist wie soeben festgestellt mit der RBÜ vereinbar.[2853] Die Regelung des § 87 Abs. 5 S. 1 UrhG de lege ferenda ist auch WCT-konform, weil sie RBÜ-konform (Art. 10 Abs. 1 WCT a.A.) und mit dem Dreistufentest vereinbar ist (Art. 10 Abs. 1 u. 2 WCT): Die Tatbestandsmerkmale sind *bestimmbar* (1. Stufe),[2854] weil sie hinsichtlich der *Kabel*weitersendung bereits richterrechtlich konkretisiert sind[2855] und im Übrigen für *alle* Übertragungstechnologien gelten. Die technologieneutrale Neufassung dient einem *besonderen Zweck* (1. Stufe), weil in den normativ ineffizienten[2856] Fällen, in denen Funksendungen nicht auf eine neue Art (Internet-Fernsehen oder -Videorekorder) verwertet werden, der Markt versagt, und dieses Marktversagen behoben werden soll; der Gesetzgeber verfügt insoweit über einen gewissen Einschätzungsspielraum.[2857] Die *normativ effiziente Auswertung* wird schon deshalb nicht beeinträchtigt (2. Stufe),[2858] weil sich das Sendeunternehmen in erster Linie durch Werbeeinnahmen finanziert, die vollständig erhalten bleiben, wenn nicht sogar

2850 *Nordemann/Vinck/Hertin*, Art. 11bis RBÜ, Rdnr. 6; *Dreier*, Kabelweiterleitung und Urheberrecht, S. 59; *Dittrich*, RfR 1982, 25, 35.

2851 Wenn Art. 11bis Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 Nr. 2 RBÜ nach allgemeiner Meinung auch gesetzliche Lizenzen zulässt, *Dreier*, Kabelweiterleitung und Urheberrecht, S. 59; *Ricketson*, The Berne Convention, Rdnr. 9.52; *ders.*, WIPO Study, S. 31; *Ricketson/Ginsburg*, Bd. 1, Rdnr. 13.71; *v. Lewinski*, International Copyright Law and Policy, Rdnr. 5.193; *Dittrich*, RfR 1982, 25, 35, muss dies erst recht für die Wahrnehmungsfiktion als einer Ausübungsregelung gelten.

2852 Siehe bereits 3. Kapitel A. I. 1. b).

2853 Siehe bereits 4. Kapitel B. III. 1. a.A.

2854 Zur Bestimmbarkeit („gewisse“) siehe bereits 3. Kapitel A. I. 2. b) aa) (1).

2855 Siehe bereits 3. Kapitel B. II. 1. c).

2856 Siehe bereits 1. Kapitel B. II. 1. b) bb) (Internet-Fernsehen) und B. II. 1. c) bb) (Internet-Videorekorder).

2857 Zum besonderen Zweck („Sonderfall“) siehe bereits 3. Kapitel A. 2. b) aa) (2).

2858 Zur 2. Stufe des Dreistufentests siehe bereits 3. Kapitel A. 2. b) bb).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:48
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gesteigert werden.[2859] Schließlich werden die *berechtigten Interessen des Rechtsinhabers* nicht unverhältnismäßig verletzt (3. Stufe).[2860] Die technologieneutral ausgestaltete Zwangslizenz ist *geeignet*, die Funksendung einer normativ effizienten Nutzung zuzuführen, weil die „unbekannte Person" vom Rechtsinhaber eine Lizenz verlangen kann.[2861] Sie ist auch *erforderlich*, weil kein milderes, aber gleich effektives Mittel besteht; so ist etwa die kartellrechtliche Zwangslizenz milder, aber kaum effektiv, während die Verwertungsgesellschaftspflicht i.V.m. der Zwangslizenz nach § 34 Abs. 1 VGG effektiver sein mag, aber zu einschneidend wäre. Insoweit kann auf die detaillierten Ausführungen im 2. Kapitel verwiesen werden.[2862] Zu guter Letzt ist die Zwangslizenz auch *angemessen* (verhältnismäßig i.e.S.), da es bei Funksendungen nur auf materielle Interessen ankommt und die Auswertung des Rechtsinhabers nicht oder allenfalls unwesentlich beeinträchtigt wird, weil ihm die Werbeeinnahmen verbleiben.[2863]

2. Unionsrecht

Die Zwangslizenz nach § 87 Abs. 5 UrhG und die Verwertungsgesellschaftspflicht nach § 20b Abs. 1 UrhG können technologieneutral ausgestaltet werden, ohne dass damit gegen Unionsrecht verstoßen wird. In der Literatur werden dazu zwei Begründungen vertreten, die sich gegenseitig ausschließen, aber zum selben Ergebnis gelangen.

Zum Teil wird der Begriff der Kabelweitersendung in den zugrundeliegenden Art. 9 Abs. 1 u. 2, 12 Satelliten- u. Kabel-RL technologieneutral ausgelegt.[2864] Die Übertragungstechniken Kabel- und Mikrosysteme seien

---

2859 Siehe bereits 1. Kapitel B. II. 1. b) bb) (Internet-Fernsehen) und B. II. 1. c) bb) (Internet-Videorekorder).

2860 Zur 3. Stufe des Dreistufentests siehe bereits 3. Kapitel A. 2. b) cc).

2861 Eingehend zur Eignung der urheberrechtlichen Zwangslizenz als Lösungsansatz siehe bereits 2. Kapitel A. II. 8.

2862 Eingehend zur Gebotenheit der urheberrechtlichen Zwangslizenz als Lösungsansatz siehe bereits 2. Kapitel B. II. 1. a.A. u. 1. a).

2863 Siehe bereits 1. Kapitel B. II. 1. b) bb) (Internet-Fernsehen) und B. II. 1. c) bb) (Internet-Videorekorder).

2864 So *Kempermann/Pieper*, CR 2013, 661, 664 f., für die gesamte Satelliten- u. Kabel-RL; *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 3, im Hinblick auf die Verwertungsgesellschaftspflicht.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:48
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nur beispielhaft zu verstehen, weil es sich dabei um die damals einzig bekannten Technologien handelte und die Erwgr. 22 und 23 Satelliten- u. Kabel-RL eine dynamische Auslegung nahelegten.[2865] Zudem seien vom Normzweck auch drahtlose Weitersendungen erfasst und habe der europäische Gesetzgeber die Technologieneutralität in Art. 8 Abs. 1 Unterabs. 2 TK-Rahmen-RL zum Grundsatz erhoben.[2866]

Zum Teil wird vertreten, dass zwar die Satelliten- u. Kabel-RL die drahtlose Weitersendung *nicht* erfasse, der europäische Gesetzgeber den Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten aber insoweit nicht habe einschränken wollen.[2867] Zwar wird dieser Ansicht entgegenhalten, dass „Ausnahmen und Beschränkungen" des Weitersenderechts als Unterfall des Rechts der öffentlichen Wiedergabe (Art. 3 Informationsgesellschafts-RL) im Übrigen nur unter den abschließend geregelten Voraussetzungen des Art. 5 Informationsgesellschafts-RL zulässig seien.[2868] Dieser Einwand läuft aber im Hinblick auf die §§ 20b Abs. 1, 87 Abs. 5 UrhG (sowie die §§ 92 Abs. 2, 105 Abs. 3 S. 2, 111 VGG) leer, weil weder die Verwertungsgesellschaftspflicht noch die urheberrechtliche Zwangslizenz „Ausnahmen und Beschränkungen" im Sinne der Informationsgesellschafts-RL darstellen.[2869] Dem Einwand zufolge müsste also nur § 50 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 VGG unverändert bleiben, weil die Wahrnehmungsfiktion dem Numerus clausus unterfällt.[2870]

Damit kann die Frage, ob die Art. 9 Abs. 1 u. 2, 12 Satelliten- u. Kabel-RL bereits technologieneutral auszulegen sind oder der nationale Gesetz-

---

2865 *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 3; *Kempermann/Pieper*, CR 2013, 661, 664.

2866 *Kempermann/Pieper*, CR 2013, 661, 664 f.

2867 Vgl. *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 20b UrhG, Rdnr. 9; *Krogmann*, ZUM 2013, 457, 459; Stellungnahme des Bundesrats v. 3.5.2013, BR-Drs. 265/13, S. 1 = BT-Drs. 17/13423, S. 21 („Die Richtlinie 93/83/EWG, die insoweit keine Vorgaben enthält, steht einer Modernisierung des Urheberrechtsgesetzes nicht entgegen"); Referentenentwurf des BMJ v. 20.2.2013, S. 13 u. 20 („Die Richtlinie, die insoweit keine Vorgaben enthält, steht der vorgeschlagenen Modernisierung des Urheberrechtsgesetzes nicht entgegen […]. Da die Richtlinie nur eine Mindestharmonisierung vorsieht, ist der nationale Gesetzgeber nicht gehindert, in einzelnen Punkten weiter gehende Regelungen vorzusehen"), abrufbar unter: http://blog.die-linke.de/digitalelinke/wp-content/uploads/Ref.Entwurf.pdf (zuletzt besucht am 20.12.2015).

2868 *v. Ungern-Sternberg*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 20b UrhG, Rdnr. 7a u. 9.

2869 Siehe bereits 2. Kapitel A. II. 2. a) cc) bzw. 3. Kapitel A. II. 1.

2870 Siehe bereits 2. Kapitel A. II. 2. b) cc).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:48
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

geber das Weitersenderecht sonst beschränken kann, für die technologieneutrale Ausgestaltung der Verwertungsgesellschaftspflicht und der Zwangslizenz offen bleiben.

3. Verfassungsrecht

a) Eigentumsfreiheit

Die §§ 20a Abs. 1 und 87 Abs. 5 UrhG (sowie die §§ 50 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, 92 Abs. 2, 105 Abs. 3 S. 2, 111 VGG) de lege ferenda verstoßen nicht gegen die *Institutsgarantie* (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG),[2871] weil es beim Grundsatz bleibt, dass das Urheberrecht ein Ausschließlichkeitsrecht ist. Nach § 20a Abs. 1 UrhG (sowie § 50 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 VGG) de lege ferenda bleibt das Ausschließlichkeitsrecht (weiterhin) völlig erhalten und wird nur die Rechtszuständigkeit geregelt.[2872] § 87 Abs. 5 UrhG de lege ferenda gilt nur punktuell für die Weitersendung von gesendeten Werken und Funksendungen und beschränkt zudem nur einen Teil des *positiven* Ausschließlichkeitsrechts[2873], nämlich das Recht, eine Lizenz zu verweigern; das Recht, eine Lizenz zu erteilen, und das negative Ausschließlichkeitsrecht, d.i. das Recht, die Nutzung des Werkes zu verbieten,[2874] bleiben unberührt. Im Ausnahmefall behält der Rechtsinhaber sein Ausschließlichkeitsrecht sogar völlig (§ 87 Abs. 5 S. 1 letzter Hs. UrhG).

Die technologieneutrale Neufassung geht auch nicht weiter, als es das Allgemeinwohl gebietet (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*).[2875] Das Recht, die neuartige Nutzung durch Internet-Fernsehen oder Internet-Videorekorder zu verbieten und eine entsprechende Lizenz zu verweigern, ist normativ ineffizient und eine Beschränkung durch das Allgemeinwohl geboten.[2876] Die Verwertungsgesellschaftspflicht und die Zwangslizenz sind in-

---

2871 Zur Institutsgarantie siehe bereits 3. Kapitel A. III. 1. a) bb) (3) (a).
2872 Siehe bereits 2. Kapitel A. II. 2. a) aa).
2873 Zum Begriff des positiven Ausschließlichkeitsrechts siehe bereits 1. Kapitel B. a.A.
2874 Zum Begriff des negativen Ausschließlichkeitsrechts siehe bereits 1. Kapitel B. a.A.
2875 Zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz siehe bereits 3. Kapitel A. III. 1. a) bb) (3) (c).
2876 Siehe bereits 1. Kapitel B. II. 1. b) bb) (Internet-Fernsehen) und B. II. 1. c) bb) (Internet-Videorekorder).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:48
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

soweit verhältnismäßig, wobei die Ausführungen zum Dreistufentest entsprechend gelten.[2877]

Zu guter Letzt rechtfertigt das öffentliche Interesse auch den Eingriff in bestehende Rechtspositionen (*Bestandsgarantie*),[2878] weil das Allgemeinwohl eine technologieneutrale Neufassung verlangt, gleich ob die Ausschließlichkeitsrechte an den gesendeten Werken oder Funksendungen vor oder nach der Neuregelung entstanden sind, und der Eingriff in bestehende Ausschließlichkeitsrechte angesichts der allenfalls unwesentlichen Beeinträchtigung der Verwertung und der verbleibenden Werbeeinnahmen auch verhältnismäßig ist.[2879]

b) Urheberpersönlichkeitsrecht, Bestimmtheitsgrundsatz

Das Urheberpersönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)[2880] bleibt gewahrt, weil das Erstveröffentlichungsrecht unangetastet bleibt – die Schutzbeschränkungen gelten nur für gesendete, d.h. veröffentlichte Werke. Schließlich genügt die technologieneutrale Neufassung auch dem Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 20 Abs. 3 GG),[2881] weil alle Tatbestandsmerkmale entweder bestimmt oder bestimmbar sind.[2882]

IV. Zwangslizenz an Sole-source-Datenbanken

Auf sekundärrechtlicher Ebene ist die Regelung einer leistungsschutzrechtlichen Zwangslizenz an Sole-source-Datenbanken ohne weiteres konventionsrechtlich zulässig, weil für den Sui-generis-Datenbankschutz keine internationalen Konventionen bestehen.[2883] Primärrechtlich hat der europäische Gesetzgeber die EGC (Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 EUV), die EMRK (Art. 6 Abs. 3 Alt. 1 EUV) und die sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen ergebenden Grundrechte (Art. 6 Abs. 3 Alt. 2

2877 Siehe bereits 4. Kapitel B. III. 1.
2878 Zur Bestandsgarantie siehe bereits 3. Kapitel A. III. 1. a) bb) (3) (d).
2879 Vgl. bereits 1. Kapitel B. II. 1. b) bb) (Internet-Fernsehen) und B. II. 1. c) bb) (Internet-Videorekorder).
2880 Zum Urheberpersönlichkeitsrecht siehe bereits 3. Kapitel A. III. 1. a) cc).
2881 Zum Bestimmtheitsgrundsatz siehe bereits 3. Kapitel A. III. 1. b).
2882 Siehe bereits 4. Kapitel B. III. 1.
2883 Siehe bereits 3. Kapitel A. I. a.A.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:48
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

EUV) zu beachten. So ist das „geistige Eigentum“ sowohl (ausdrücklich) nach Art. 17 Abs. 2 EGC als auch (als Bestandteil des Eigentums)[2884] nach Art. 1 Abs. 1 S. 1 Zusatzprotokoll zur EMRK geschützt. Gleich, ob die urheberrechtliche Zwangslizenz eine Eigentumsentziehung (Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGC, Art. 1 Abs. 1 S. 2 Zusatzprotokoll zur EMRK) oder eine Nutzungsregelung (Art. 17 Abs. 1 S. 3 EGC, Art. 1 Abs. 2 Zusatzprotokoll zur EMRK) darstellt,[2885] muss sie gesetzlich vorgesehen sein, im öffentlichen bzw. Allgemeininteresse liegen und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen.[2886] Die urheberrechtliche Zwangslizenz de lege ferenda ist, so wie sie von der Kommission nach Stellungnahme des Europäischen Parlaments vorgeschlagen wurde, nicht nur gesetzlich (sekundärrechtlich) vorgesehen, sondern auch im öffentlichen bzw. Allgemeininteresse, weil Informationsmonopole normativ ineffizient sind (und die nach Art. 11 Abs. 1 EGC und Art. 10 Abs. 1 EMRK garantierte Informationsfreiheit beschränken).[2887] Schließlich werden die Interessen der Rechtsinhaber auch nicht unverhältnismäßig verletzt. Die Zwangslizenz ist *geeignet*, die Sole-source-Daten einer normativ effizienten Nutzung zuzuführen, weil die „unbekannte Person“ vom Rechtsinhaber eine Lizenz verlangen kann.[2888] Sie ist auch *erforderlich*, weil kein milderes, aber gleich effektives Mittel besteht; so ist etwa die kartellrechtliche Zwangslizenz milder, aber kaum effektiv, während die gesetzliche Lizenz effektiver sein mag, aber zu einschneidend wäre. Insoweit kann auf die detaillierten Ausführungen im 2. Kapitel verwiesen werden.[2889] Zu guter Letzt ist eine Zwangslizenz an Sole-source-Datenbanken auch *angemessen* (verhältnismäßig i.e.S.), weil einerseits Informationsmonopole erhebliche Effizienznachteile bewirken[2890] und andererseits der Rechtsinhaber seine Investitionskosten auch mittels der angemessenen Lizenzgebühr amortisieren kann – ein Investitionsrisiko ist hier so gut wie ausgeschlossen.[2891]

2884 EGMR GRUR 2007, 696, 698, Rdnr. 72 – „Budweiser“.
2885 Vgl. *Meyer-Ladewig*, Art. 1 Zusatzprotokoll, Rdnr. 4; *Jarass*, Art. 17, Rdnr. 25 ff. u. 31 ff.
2886 *Jarass*, Art. 17, Rdnr. 25 ff. u. 31 ff.; *Meyer-Ladewig*, Art. 1 Zusatzprotokoll, Rdnr. 33 ff. u. 48 ff.
2887 *Jarass*, Art. 17, Rdnr. 25 ff. u. 31 ff.; *Meyer-Ladewig*, Art. 1 Zusatzprotokoll, Rdnr. 33 ff. u. 48 ff.
2888 Siehe bereits 1. Kapitel B. III. 3. b).
2889 Siehe bereits 2. Kapitel B. IV. 3.
2890 Siehe bereits 1. Kapitel B. III. 3. b).
2891 Siehe bereits 1. Kapitel B. III. 3. b).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:48
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

V. Zwischenergebnis

Die vorgeschlagenen urheberrechtlichen Zwangslizenzen de lege ferenda sind mit Konventions- und höherrangigem Recht vereinbar.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-528, am 12.10.2024, 10:03:48
Open Access – (cc) BY - https://www.nomos-elibrary.de/agb