

Digital Rights Management und Zwangslizenz

Bernd Juraschko

Einleitung

In den letzten Jahrzehnten ließ sich eine zunehmende Verbesserung der Kopier-technik beobachten. Während analoge Kopien noch Qualitätsunterschiede zum Original aufwiesen, sind digitale Kopien und digitales Original ununterscheidbar geworden. Mitte der 1990er Jahre wurde diese Entwicklung erstmals zu einem ernstem Problem für die Musikindustrie. Zu diesem Zeitpunkt wurden die CD-Brenner für Endverbraucher erschwinglich. Ende der 1990er Jahre erfuhren außerdem die so genannten Internet-Tauschbörsen immer stärkeren Zulauf, da Internet-Benutzer dort kostenlos Dateien von der Festplatte anderer Benutzer kopieren können. Meist handelt es sich dabei um urheberrechtlich geschützte Musik, Filme oder Software. Dies führte zu einem immensen Anstieg privater Vervielfältigungen. Gleichzeitig geht der Bedarf an gewerblich hergestellten Kopien stärker zurück. Damit verlagert sich insgesamt der Schwerpunkt des Vervielfältigungsvorgangs aus dem gewerblichen in den dezentralen privaten Sektor.

1. Digital Right Management

Die Antwort auf die leichte Kopiermöglichkeiten ohne nennenswerte Qualitätsverluste war die Entwicklung und der Einsatz von Digital-Rights-Management-Systemen (DRMS). Das Digital Rights Management (DRM) ist ein Verfahren, mit dem Urheber- und Vermarktungsrechte an geistigem Eigentum, vor allem an Film- und Tonaufnahmen, aber auch an Software oder elektronischen Büchern gewährt sowie Abrechnungsmöglichkeiten für Lizenzen und Rechte geschaffen werden.

1.1 Technische Umsetzung des Schutzes

Es existiert derzeit keine einheitliche Definition zu Digital-Rights-Management-Systemen (DRMS).¹ Im Allgemeinen bezeichnet man eine Bandbreite von Technologien mit dem Begriff „Digital Rights Management“. Mittlerweile finden DRMS auch in vielen Bereichen Anwendung, z.B. Schutz an Bild-, Ton- und Videoaufnahmen in Unternehmen, um Dokumente zu schützen. Damit ermöglichen Digital-Rights-Management-Systeme den Inhabern von Urheberrechten, im digitalen Bereich Werknutzungen zu kontrollieren bzw. zu unterbinden. Kernpunkt dieser Kontrollsysteme ist insbesondere der Kopierschutz, durch dessen Einsatz etwa dem Eigentümer einer CD entweder gar keine oder nur eine begrenzte Anzahl von

¹ Vgl. auch die Einteilung bei wikipedia. Dort wird eine Grobstrukturierung in eine Definition mit enger und eine mit weiter Auffassung vorgenommen.

Vervielfältigungen ermöglicht werden. Das Ziel von DRMS ist die Erfassung des individuellen Nutzungsvorgangs eines urheberrechtlich geschützten Werks und die darauf gestützte Individualabrechnung zwischen Urheber und Benutzer mit Hilfe der Technik. Es stellt damit das Gegenstück zu den kollektiven und pauschalierenden Abrechnungssystemen der Verwertungsgesellschaften dar. Die Entwicklung solcher Systeme wurde insbesondere mit dem Internet möglich. DRMS setzen dabei grundsätzlich drei Komponenten voraus: Identifizierung, Integritätsschutz und Authentifizierung.² Die Architektur eines DRMS verwirklicht die Idee der Zugriffskontrolle digitaler Inhalte mit Hilfe von kryptografischen Verfahren. Realisiert wird dies, indem ein beliebiger digitaler Inhalt durch Verschlüsselung eindeutig an eine Lizenz gebunden wird. Ohne die zum digitalen Inhalt gehörige gültige Lizenz kann der Benutzer zwar das Gerät oder den Datenträger erwerben, nicht jedoch auf den Inhalt zugreifen. Der Inthalteserver verwaltet die zu schützenden digitalen Inhalte und verschlüsselt diese mit Hilfe des DRM-Verpackers zur Verwendung in einem DRMS, wodurch die Inhalte vorerst unlesbar werden. Der Lizenzserver erzeugt auf Anforderung die erforderlichen Lizenzen zusammen mit den zugehörigen Schlüsseln für die Benutzerauthentifizierung und Inhalteentschlüsselung, welche aus den entsprechenden Kennungen (Benutzer- oder Gerätekennung, Inhaltekennung) und den Beschreibungen der Rechte berechnet werden. Möchte der Benutzer auf einen per DRM geschützten Inhalt zugreifen, fordert die DRM-Steuerung vom Lizenzserver die zur Wiedergabe notwendige Lizenz an. Werden Authentizität und Integrität des Wiedergabeprogramms verifiziert, werden die Inhalte mit dem in der Lizenz enthaltenen Schlüssel entschlüsselt, auf diese Weise wieder lesbar gemacht und an das Wiedergabeprogramm weitergegeben.

1.2 Folgeprobleme durch DRM

Kritiker³ interpretieren die Abkürzung DRM gern als „Digital Restrictions Management“, da die Rechte der Benutzer erheblich eingeschränkt werden können, ohne dass daraus für den Benutzer ein direkter Nutzen entsteht. Die Folgen von DRM sind vielseitig und reichen von Problemen mit dem Datenschutz, über eine enge Kundenbindung bis hin zu Auswirkungen auf das Urheberrecht. Die Befürworter sehen in den DRMS einen notwendigen Eigentumsschutz und die Möglichkeit einer einzelfallgerechten Abrechnungsmöglichkeit gegenüber der Pauschalvergütung durch Verwertungsgesellschaften. Aus diesem großen Feld sollen die urheberrechtlichen Auswirkungen näher betrachtet werden.

2 Wandtke/Bullinger: UrhG, § 95a Rn 3

3 http://en.wikipedia.org/wiki/Digital_rights_management

1.2.1 Interessenlagen im Urheberrecht

Das Werk und die darin verkörperte Leistung unterfällt als geistiges Eigentum dem Eigentumsbegriff des Art. 14 Abs. 1 GG. Für den Urheber bedeutet es weiterhin die Grundlage für die Bestreitung seines Lebensunterhalts. Aus seiner Sicht hat das Urheberrecht beides⁴ zu schützen. Für die Allgemeinheit stellt die Schaffung eines Werkes einen geistigen und kulturellen Fortschritt dar. Ein solcher tritt aber nur ein, wenn das Werk von möglichst vielen zur Kenntnis genommen werden kann. Daher erwartet die Allgemeinheit einen ungehinderten Zugang zu den Werken. In diesem Sinne wirkt sich auch die Sozialbindung des Eigentums aus Art. 14 Abs. 2 GG aus. In diesem Zielkonflikt zwischen Urheber- und Allgemeininteressen gewährt das Urheberrecht den Urhebern ausschließliche Verwertungsrechte, die jedoch in ihrer Reichweite z.T. beschränkt sind. Im deutschen Urheberrecht vor 1965 wurde zwischen den Interessen des Urhebers und denen der Allgemeinheit grundsätzlich⁵ scharf getrennt. Entweder stand dem Urheber das ausschließliche Verwertungsrecht zu oder das Werk war zur Nutzung durch Dritte ganz freigegeben.⁶ Im Laufe der Zeit entstand ein System von Mischlösungen. Ein Beispiel dafür sind die §§ 44a ff. UrhG.

1.2.2 Digital Right Management Systeme in der juristischen Diskussion

Sowohl Befürworter als auch Gegner von DRMS halten dem Gesetzgeber vor, jeweils die andere Seite zu begünstigen. Dabei ist der Interessengegensatz grundlegender Art und geht weit über den konkreten Standpunkt, wie der Urheber für die Nutzung seines Werkes zu entlohnen ist, hinaus. Kernpunkt ist die Frage, wie stark die gesellschaftliche und wie mächtig die individualrechtliche Komponente der Rechte zum Schutz des geistigen Eigentums sein soll.⁷ Dabei beeinflussen sich die Komponenten Ausgestaltung der rechtlichen Befugnisse und konkrete Wahrnehmung wechselseitig. Je komplexer die rechtlichen Befugnisse geregelt sind und je schwerer die einzelnen Befugnisse von einander abzugrenzen sind, desto mehr spricht für eine kollektive Rechtswahrnehmung. Ein Recht, das nicht tatsächlich verwirklicht werden kann, verliert an Bedeutung. Umgekehrt spricht eine klare Rechtslage jedoch nicht notwendig für eine individuelle Rechtswahrnehmung. Rechte können individuell oder kollektiv wahrgenommen werden. Die

4 Dem weiteren Grund, dem Schutz des Urheberpersönlichkeitsrechts, wird hier nicht weiter nachgegangen, da es im Folgenden nur um die Verwertungsrechte geht.

5 Eine Ausnahme bildete die 1910 eingefügte Zwangslizenz für Tonträger gem. § 22 LUG

6 Nordemann, Wilhelm: Nutzungsrechte oder Vergütungsansprüche?, GRUR 1979, 280–283

7 In diesem Sinne wohl auch Grassmuck, Volker in seinem am 09.11.2004 in Lüneburg gehaltenem Vortrag: „State of the Digital Commons“

individuelle Rechtswahrnehmung erfolgt normalerweise über Vertragslizenzen. Dabei kann es sich um ausschließliche oder nicht ausschließliche Lizenzen für eine oder für alle Nutzungsarten handeln. Vergütungsansprüche werden gewöhnlich durch Verwertungsgesellschaften wahrgenommen, die als Treuhänder der Rechteinhaber fungieren.

Der Schutz der DRMS erfolgt mit § 95a UrhG auf der zivilrechtlichen und mit § 108b UrhG auf der strafrechtlichen Ebene. Wie auch sonst im Urheberrecht, so bleibt auch hier die Strafnorm hinter dem Regelungsumfang der Zivilvorschrift zurück.⁸ Mit dem Umfang und der Ausführlichkeit mit welcher der Gesetzgeber zum Schutz der Schutzmaßnahme vorgegangen ist, lässt er das Werk als eigentliches Rechtsgut verblassen.⁹ Dennoch handelt es sich bei dem Umgehungsschutz um kein neues Leistungsschutzrecht, sondern um flankierendes Recht. § 95a UrhG soll sowohl vor der Umgehung selbst als auch vor bestimmten Vorbereitungsmaßnahmen schützen. Nach § 95a Abs. 2 UrhG soll sichergestellt werden, dass die technischen Schutzmaßnahmen den Betrieb der Geräte und deren Entwicklung nicht behindern. „Der Rechtsschutz stellt aber keine Verpflichtung für die Gerätehersteller oder Dienstleistungsanbieter dar, ihre Geräte oder Dienstleistungen so zu konzipieren, dass sie den technischen Maßnahmen entsprechen.“¹⁰

Der Gesetzgeber hat ebenfalls die Erbringung von Dienstleistungen, die auf Umgehung technischer Schutzmaßnahmen gerichtet sind, verboten.¹¹ Eine Privilegierung von Bibliotheken durch § 95a Abs. 4 UrhG gibt es nicht. Es werden nur öffentliche Stellen, die im Rahmen der öffentlichen Sicherheit tätig werden, davon betroffen. Somit ist es einer Bibliothek nicht gestattet, Rip-Software ggf. mit einem entsprechenden PC-Arbeitsplatz als Dienstleistungsangebot zur Verfügung zu stellen, damit geschützte Filme bearbeitet werden können.

In § 95b Abs. 1 UrhG wird ein Kernbereich von Schranken festgelegt, die nicht durch DRMS beeinträchtigt werden dürfen. In § 95b Abs. 2 UrhG wird dem Nutzer erstmals in der Geschichte des deutschen Urheberrechts ein Anspruch zugestanden, die Beeinträchtigung der Schrankenregelung im Wege der Klage zu beseitigen. Wie wirksam und praxisgerecht diese Norm ist, wird sich noch erweisen müssen.

8 Dennoch ist es ratsam, die strafrechtliche Entwicklung nicht ganz aus den Augen zu verlieren. Die massive Strafanzeigen- und Verfahrenswelle wegen dem „Earth 2160“ im Herbst 2005 (mehr als 20.000 Strafanträge bis Dezember 2005!) und „eDonkey“ im Mai 2006 dürften erst der Anfang der rechtspraktischen Entwicklung des Urheberstrafrechts sein.

9 Wandtke/Bullinger: UrhG, § 95a Rn 3; Berger, ZUM 2004, 257, 261

10 Ohst in Wandtke/Bullinger: UrhG, § 95a Rn 10; Reinbothe, GRUR Int. 2001, 733, 741

11 Ohst in Wandtke/Bullinger: UrhG, § 95a Rn 79

1.2.3 Vereinbarkeit der DRMS mit geltendem Recht

Der gesetzliche Schutz von DRMS gegen Umgehungsversuche bedeutet nicht automatisch, dass DRMS ansonsten rechtmäßig sind. Neben dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers dürften die DRMS nicht gegen sonstiges Urheberrecht verstoßen.

(1) In Betracht kommt ein Verstoß gegen den Erschöpfungsgrundsatz. Das Verbreitungsrecht erfährt in § 17 Abs. 2 UrhG eine wichtige Einschränkung: Wurden das Original oder Vervielfältigungsstücke des Werks mit Zustimmung des zur Verbreitung Berechtigten in den Rechtsverkehr eingebracht, so ist die weitere Verbreitung dieses körperlichen Gegenstandes auch ohne Zustimmung des Urhebers möglich. Nach ständiger Rechtsprechung¹² ist der Erschöpfungsgrundsatz eine allgemeine Rechtsregel, die im gesamten gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht Anwendung findet. Durch eigene Benutzungshandlungen nutze der Rechtsinhaber sein ausschließliches Verwertungsrecht aus und verbrauche es damit, so dass bestimmte weitere Verwertungshandlungen nicht mehr vom Schutzrecht erfasst werden. Die Begründung der Erschöpfung ist umstritten. Nach der sog. Verkehrssicherungstheorie hat der Rechtsverkehr ein Interesse an klaren und übersichtlichen Marktverhältnissen. Daher darf die Weiterverbreitung bereits in den Verkehr gelangter Exemplare nicht unzumutbar behindert werden. Ansonsten könnte der Urheber jeden weiteren Veräußerungsvorgang nach Gutdünken gestatten oder verbieten, so dass das Vervielfältigungsstück nicht sinnvoll genutzt werden kann.¹³ Im Falle der Verbreitung körperlicher Werkexemplare wird das Verwertungsrecht des Urhebers also beschnitten, um die Verkehrsfähigkeit eines anderen Rechtsguts, nämlich des Eigentums am Werkstück, herzustellen¹⁴. Hier setzen die DRMS an. Mit ihrer Hilfe wird die Verbreitung körperlicher Werkexemplare von vornherein erschwert. Damit verhindern DRMS eine Erschöpfung des Werkes. Nach anderer Ansicht tritt die Erschöpfung ein, weil der Urheber bei der ersten Veräußerung des Werkstücks die Möglichkeit habe, eine Belohnung für seine schöpferische Leistung zu erhalten (sog. Belohnungstheorie)¹⁵. Dadurch sei der Zweck des Verbreitungsrechts erfüllt. Ein DRMS verhindert eine uneingeschränkte Nutzung des Werkes. Damit ist der Erwerber eines mit DRMS geschützten Werkes gehalten, für eine weitergehende Nutzung jedes Mal beim

12 BGHZ 79, 350, 357 f. (Kabelfernsehen); BGH GRUR Int. 1981, 562, 563 – Schallplattenimport; BGH GRUR 1984, 545, 547 (Schamotte-Einsätze); BGH GRUR 1986, 736, 737 (Schallplattenvermietung); BGH GRUR 1988, 373, 374 (Schallplattenimport III)

13 Reimer GRUR Int. 1972, 221, 222; Bercovitz, GRUR Int. 1996, 1014; Loewenheim: UrhR, § 17 Rn. 16

14 Joos: Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht, S. 80

15 Loewenheim in: Schricker § 17 Rnr. 16; Reimer, GRUR Int. 1972, 225; Bercovitz, GRUR Int. 1996, 1014.

Rechteinhaber nachzufragen. Auf diese Art und Weise hat der Rechteinhaber weitere Möglichkeiten, eine Belohnung zu fordern. Daher tritt eine Erschöpfung auch bei Anwendung der Belohnungstheorie nicht ein. Beide Ansichten kommen damit zu dem Ergebnis, dass das DRM die Erschöpfung des Werkes verhindern will. Die Einschränkung des Erschöpfungsgrundsatzes müsste ferner rechtmäßig sein. Zunächst ist festzustellen, dass der Erschöpfungsgrundsatz nicht unbeschränkt gilt. So sieht auch das Gesetz Sonderregeln bis zur Durchbrechung des Erschöpfungsgrundsatzes vor: die Vermietung gem. § 17 Abs. 2, Abs. 3 UrhG, das Folgerecht gem. § 26 UrhG und der Bibliotheksgroschen gem. § 27 UrhG. Dabei handelt es sich um besonders intensive Formen der Werknutzungen, bei denen der Umfang der Nutzung nicht absehbar ist. Damit hat der Urheber keine Möglichkeit selbst ein angemessenes Entgelt für seine Leistungen zu erhalten. Aus diesem Grunde hat sich der Gesetzgeber zur Einrichtung einer kollektiven Form der Rechtewahrung durch Verwertungsgesellschaften entschlossen.

Die Durchbrechung des Erschöpfungsgrundsatzes dient demnach dazu, dass der Urheber für alle bekannten Verwertungsarten eine angemessene Vergütung erhält. Bei einer digitalen Übertragung ist die spätere Nutzung des Vervielfältigungsexemplars dagegen überhaupt nicht abschätzbar, da es ohne Probleme vervielfältigt und weltweit übertragen werden kann (Multiplikationseffekt). Dann ist es dem Urheber aber auch nicht möglich, bei der ersten Veräußerung des Werks eine angemessene Vergütung zu erhalten¹⁶. Damit besteht die gleiche Problematik wie bei §§ 17 Abs. 2, Abs. 3, 26, 27 UrhG. Dem Rechtsgedanken nach spricht dies für eine zulässige Einschränkung des Erschöpfungsgrundsatzes durch DRMS. Bemerkenswert ist, dass der Gesetzgeber die Einschränkung des Erschöpfungsgrundsatzes durch die DRMS nur durch einen Umgehungsschutz in den §§ 95a, 108b UrhG und nicht als ausdrückliche Ausnahme vom Erschöpfungsgrundsatz geregelt hat. Jedoch setzt die Regelung eines Umgehungsschutzes die Akzeptanz der DRMS als Einschränkung des Erschöpfungsgrundsatzes voraus. Daher wäre es zu weit gehend einen Verstoß gegen das allgemeine Analogieverbot von Ausnahmen zu sehen. DRMS beschränken demnach in zulässiger Weise die Erschöpfung eines Werkes.

(2) DRMS könnten gegen § 53 Abs. 1 UrhG verstoßen. Nach § 53 Abs. 1 UrhG ist es natürlichen Personen gestattet, einzelne Vervielfältigungen von urheberrechtlich geschützten Werken zum privaten Gebrauch anzufertigen. Jedoch handelt es sich bei § 53 Abs. 1 UrhG nicht um ein Recht im Sinne eines Anspruchs, sondern um eine Duldung. Daran ändert auch § 95b UrhG nichts. § 95b Abs. 2 UrhG gewährt einen Anspruch auf die Beseitigung nicht gerechtfertigter Schutzmechanismen. Er gewährt keinen Anspruch auf eine Privatkopie. Grund für die Einführung des heutigen § 53 UrhG war, dass ein Verbot der Vervielfältigung und eine Vergü-

16 Joos: Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht, S. 81

tungspflicht der Endbenutzer im privaten Bereich praktisch kaum durchgesetzt werden konnte¹⁷. Ein Verstoß gegen § 53 Abs. 1 UrhG liegt daher nicht vor.

(3) Ferner könnten DRMS gegen § 55a UrhG verstoßen. § 55a UrhG stellt (in einer umständlichen Weise) klar, dass der „Endverbraucher“ eines Datenbankwerkes dieses in einer üblichen Weise benutzen kann.¹⁸ Was eine „übliche Benutzungsweise“ ist, ist umstritten und kann nur im Einzelfall entschieden werden.¹⁹ Je nach Ausgestaltung von der einzelnen DRMS können diese die übliche Benutzungsweise einschränken und damit gegen die Befugnisse des rechtmäßigen Benutzers verstoßen. Soweit in unzulässige Einschränkung vorliegt, steht dem rechtmäßigen Benutzer ein Anspruch auf eine „übliche Nutzungsmöglichkeit“ zu, die er ggf. im Klageverfahren geltend machen kann. Wegen der Relativität der Schuldverhältnisse und der großen begrifflichen Weite der gesetzlichen Formulierung „übliche Benutzung“ lässt sich aus § 55a UrhG kein allgemeines Verbot für DRMS herleiten. Im Ergebnis verstoßen DRMS nicht pauschal gegen geltendes Urheberrecht.

1.3 Bewertung des Status quo und Entwicklungstendenzen

Die Gesamtschau des geltenden Urheberrechts zeigt, dass ein Nebeneinander von verschiedenen Systemen zur Wahrnehmung der Interessen der Urheber besteht. Auf der einen Seite steht die Rechtswahrnehmung über die Verwertungsgesellschaften, andererseits werden DRMS durch zivilrechtliche und strafrechtliche Vorschriften vor einer Umgehung geschützt. Nach Ansicht der Bundesregierung wird der Wettbewerb der Entgeltsysteme auch vorerst fortbestehen.²⁰ Ebenfalls offen für eine künftige Entwicklung ist die Kommission der Europäischen Gemeinschaft.²¹ Sie sieht gemeinschaftsweit ebenfalls eine Zweispurigkeit der Vergütungssysteme – der individuellen Lösung z.B. durch DRMS und der kollektiven durch Verwertungsgesellschaften. Damit werden DRMS grundsätzlich nicht als

17 Amtl. Begründung zum UrhG 1965, BT-Drucks. IV/270 S. 71. Versuche der GEMA, dies zu ändern, indem z.B. der Verkauf von Tonbandgeräten nur noch gegen Vorlage des Personalausweises des Käufers zulässig sein sollte, scheiterten, vgl. BGHZ 42, 118 (Personalausweise beim Tonbandgeräteverkauf).

18 Fromm/Nordemann: UrhG, § 55a Rn 2

19 Fromm/Nordemann: UrhG, § 55a Rn 2

20 Standpunkt der Bundesregierung <http://www.kopien-brauchen-originale.de/enid/faq>

21 Mitteilung der Kommission KOM (2004) 261 vom 16.04.2004 – Die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten im Binnenmarkt (http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/de/com/2004/com2004_0261de01.doc)

Einschränkung für den Binnenmarkt gewertet.²² Daher sieht die Kommission derzeit keinen weiteren Handlungsbedarf.²³

Rechtsdogmatisch ist eine weitere Einschränkung des Erschöpfungsgrundsatzes zu erwarten. Nach Art. 1 Nr. 3, Nr. 4 UrhG GE soll § 31 Abs. 4 UrhG durch § 31a UrhG GE ersetzt werden. Danach kann der Urheber wirksam über noch nicht bekannte Nutzungsarten seines Werkes verfügen. Da der Umfang der künftigen Werknutzung mittels einer unbekanntem Nutzungsart schon aus der Sache heraus nicht bekannt sein kann, findet der Erschöpfungsgrundsatz hierauf keine Anwendung. Auch auf diese Art wird die Position des Rechteinhabers gestärkt.

Es wird zu erwarten sein, dass der Einsatz von DRMS künftig zunehmen wird. Dennoch wird es in absehbarer Zukunft nicht zu einer völligen Abschaffung des pauschalen Vergütungssystems kommen, denn viele Werke sind nicht kopiergeschützt. Ohne ein pauschales Abrechnungssystem würden daher jene Autoren keine angemessene Vergütung erhalten. Zudem hat sich der Kopierschutz noch nicht auf dem Markt völlig durchgesetzt.²⁴ Für das künftige Nebeneinander von verschiedenen Rechtswahrnehmungssystemen spricht auch das Vermarktungsinteresse der Musik- und Filmindustrie. Den Umsatzverlusten durch Raubkopien stehen hohe Kosten zur Entwicklung und Unterhaltung von DRMS gegenüber. Für den Urheber wird daher die komfortable Stellung der Wahl einer (auch) kollektiven Abrechnungsmöglichkeit über die Verwertungsgesellschaften als auch die rein individuelle durch den Einsatz von DRMS erhalten bleiben. Dagegen wird sich der Arbeitsaufwand bei Informationsvermittlern wie Bibliotheken erhöhen, da künftig mehr Individualvereinbarungen getroffen werden müssen.

2. Zwangslizenzen

Auch das Urheberrecht gilt nicht schrankenlos. Damit kann der zulässige Einsatz von DRMS beschnitten werden. Eine Art der Beschränkung sind Zwangslizenzen. Daher wird im Folgenden zu untersuchen sein, welche Arten von Zwangslizenzen in Betracht kommen und welche Anforderungen sie beinhalten. Dabei geht es hier weniger um die Auslegung im Detail, sondern um einen umfassenden Überblick.

22 Mitteilung der Kommission KOM (2004) 261 vom 16.04.2004 – Die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten im Binnenmarkt (http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/de/com/2004/com2004_0261de01.doc)

23 Mitteilung der Kommission KOM (2004) 261 vom 16.04.2004 – Die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten im Binnenmarkt (http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/de/com/2004/com2004_0261de01.doc)

24 Standpunkt des Bundesjustizministeriums wiedergegeben auf der Seite: <http://www.kopien-brauchen-originale.de> (Recherchestand 26.03.2006)

2.1 Zwangslizenzen im Urhebergesetz

Die absoluten Verwertungsrechte der §§ 15ff. UrhG werden in §§ 44a ff. UrhG eingeschränkt. Dem Gesetzgeber stehen aus gesetzestechnischer Sicht dafür vier Wege zur Verfügung²⁵: Zum einen wird das ausschließliche Verwertungsrecht vollständig aufgehoben z.B. in §§ 45, 50, 55, 56, 59, 60 UrhG. Für weitere Fälle wird eine gesetzliche Lizenz eingeführt, bei der die Nutzung des Werks nur gegen Vergütung, jedoch ohne die Einwilligung des Berechtigten zulässig ist z.B. in §§ 46, 49, 52 UrhG. Das Ausschließlichkeitsrecht wird damit verwertungsgesellschaftspflichtig gemacht²⁶. Ebenso wird eine ausdrücklich als solche bezeichnete Zwangslizenz in § 42a UrhG²⁷ vorgesehen, bei der zwar die Einwilligung des Urhebers eingeholt werden muss, dieser aber zum Abschluss eines entsprechenden Nutzungsvertrags verpflichtet ist. Durch die unterschiedliche Schärfe dieser Beschränkungen steht dem Gesetzgeber daher ein differenziertes Instrumentarium zur Verfügung, um angemessen auf einzelne Sachlagen reagieren zu können. M. E. nach ist es nicht zutreffend nur § 42a UrhG als urheberrechtliche Zwangslizenz zu benennen. Zumindest missverständlich sind jene Ansichten²⁸, die bei einer Zwangslizenz zwar von dem Abschluss eines Lizenzvertrages ohne oder gegen den Willen des Rechteinhabers sprechen, sich im Folgenden aber nur auf §§ 24 PatentG, 20 GbrMG und 42a UrhG beziehen. Bei der Betrachtung der Normen ist nicht an der Gesetzesüberschrift stehen zu bleiben, sondern auch auf deren Inhalt zu achten. Eine Zwangslizenz ist ein von Dritter Seite auferlegter Vertrag über ein Nutzungsrecht. Ob eine Zustimmung erforderlich ist und tatsächlich gegeben oder fingiert wird bzw. gerichtlich erzwungen werden kann, ist eine Frage der Vorgehensmodalitäten. Diese ändern aber nichts am Ergebnis. Daher ist es m. E. nach zutreffend, auch in den §§ 46, 49, 52 UrhG sowie künftig § 52b UrhG GE und nicht nur in § 42a UrhG eine Zwangslizenz zu sehen. § 46 UrhG begünstigt die Sammlungen für den Kirchen- Schul- oder Unterrichtsgebrauch. In § 49 UrhG wird die Veröffentlichungsbefugnis von Zeitungsartikel und Rundfunkkommentaren in den Medien anderer Verleger normiert. § 52 UrhG regelt die öffentliche Wiedergabe. § 52b UrhG GE wird Zwangslizenzen ermöglichen, die es Bibliotheken, Museen und Archiven gestatten, Werke an elektronischen Leseplätzen wiederzugeben.

Der rechtliche Hintergrund für die Beschränkung von Urheberrechten liegt darin, dass das Werk und die darin verkörperte Leistung als geistiges Eigentum dem Eigentumsbegriff des Art. 14 Abs. 1 GG unterfällt²⁹. Damit unterliegt es aber

25 Melichar in: Schricker: UrhR, vor §§ 45 ff. Rn. 6.

26 Folge ist ein Abschlusszwang nach § 11 WahrnG

27 entspricht § 61 UrhG a.F.

28 Creifelds: Rechtswörterbuch, 16. Aufl., Stichwort Zwangslizenz

29 BVerfGE 31, 229, 239 (Kirchen- und Schulgebrauch); BVerfGE 49, 382, 392 (Kirchenmusik)

auch der Sozialbindung i.S. des Art. 14 Abs. 2 GG. Im Interesse der Allgemeinheit kann daher für bestimmte Bereiche das ausschließliche Verwertungsrecht eingeschränkt werden.³⁰

2.2 Wettbewerbsrechtlich begründete Zwangslizenzen

Immaterialgüterrechte besitzen auch eine wettbewerbsrechtliche Relevanz. Das durch Immaterialgüterrechte vermittelte Ausschließlichkeitsrecht schützt den Inhaber vor Wettbewerb. Immaterialgüterrechte sind gesetzlich legitimierte, formale Wettbewerbsbeschränkungen. Wettbewerbsrechtliche Rechtfertigung des Verwertungsmonopols ist die bezweckte Autorenförderung. Dem Urheber soll ein Gewinn ermöglicht werden, durch den er die für die Schaffung des Werkes aufgewendete Zeit amortisieren kann. Verweigert der Schutzrechtsinhaber selbst die Verwertung oder versucht er, Dritte von der Verwendung des Werkes fern zu halten, behindert er jedoch die kulturelle und wissenschaftliche Entwicklung. In diesem Fall besteht ein Spannungsverhältnis zwischen der Autorenförderung und dem Wettbewerbsschutz.

In jüngster Zeit erhielt das Spannungsverhältnis³¹ von immaterialgüterrechtlichem Schutz vor Wettbewerb und kartellrechtlichem Schutz des Wettbewerbs besondere Brisanz. Gegenstand mehrerer Entscheidungen von Kommission, EuG und EuGH war, ob und unter welchen Voraussetzungen die Anwendung des Kartellrechts einen Zugangsanspruch zu gewerblichen Schutzrechten oder Urheberrechten begründen kann. Spätestens seit dem Fall Magill³² ist klar, dass Inhaber solcher Schutzrechte auf der Grundlage des Kartellrechts gegen eine angemessene Lizenzgebühr verpflichtet werden können, Dritten ein Nutzungsrecht einzuräumen. Der Schutz der Immaterialgüterrechte wird durch das Kartellrecht beschränkt, wenn der Inhaber den ihm eingeräumten Wettbewerbsvorsprung missbraucht.³³ Nachdem dies vom EuGH im Grundsatz anerkannt worden ist, ist in der wettbewerbsrechtlichen und -politischen Diskussion stark umstritten, unter welchen Umständen Immaterialgüterrechte missbräuchlich ausgeübt werden. Gemäß dem Wettbewerbskonzept des „workable competition“ bzw. funktionsfähigen Wettbewerbs, das dem EG-Kartellrecht zu Grunde liegt, lässt sich Wettbewerbsbeschränkungen und Marktversagen nicht nur durch Untersagungen, sondern auch durch positiv gestaltende, regulierende Eingriffe entgegentreten. Betrachtet man also die Zwangslizenzen im Urheberrecht, so sind die wettbe-

30 BVerfGE 31, 229 (Kirchen- und Schulgebrauch); BVerfGE 31, 270, 271 (Schulfunksendungen); BVerfGE 49, 382, 384 (Kirchenmusik)

31 Gitter, *American Business Law Journal* Vol. 40, 217, 218 ff.

32 EuGH, Slg. 1995, I-743 (Magill)

33 EuGH, Slg. 1995, I-743 (Magill)

werksrechtlichen Aspekte mit zu berücksichtigen. Ihre besondere Bedeutung bekommen sie in jenen Fällen, in denen die Sonderregelungen des Urheberrechts nicht anwendbar sind.

2.2.1 Immaterialgüterrechte und das Missbrauchsverbot im EG-Kartellrecht

Der Schutz der Immaterialgüterrechte richtet sich grundsätzlich nach nationalem Recht. Sich hieraus ergebende Handelshemmnisse akzeptiert das Europarecht gem. Art. 30 EGV. Der durch Art. 30, 295 EGV vermittelte Bestandsschutz verhindert jedoch nicht die Kontrolle und Einschränkung der Ausübung dieser Rechte durch das europäische Wettbewerbsrecht.³⁴ Der EuGH hat anerkannt, dass das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens nicht dadurch der Beurteilung nach Art. 82 EGV entzogen ist, dass es Teil der Ausübung eines Rechts ist, das vom nationalen Recht als Immaterialgüterrecht geschützt wird.³⁵ Viele Fallgestaltungen sind grenzüberschreitend. Ein Beispiel wäre ein Streit zwischen einer deutschen Bibliothek und einem großen niederländischen Wissenschaftsverlages über einen Belieferungsstopp. Aus diesem Grunde ist auf die gemeinschaftsrechtlichen Einflüsse einzugehen.

2.2.2 Fall Magill und IMS

In dem für den Zugang zu Informationen als „wesentlicher Einrichtung“ zentralen Magill-Fall³⁶ weigerten sich irische und britische Fernsehanstalten, die ein faktisches Monopol für Grundinformationen zu Sendedaten inne hatten, unter Berufung auf ihr Urheberrecht, dem Unternehmen Magill zur Herausgabe einer Fernsehwochenzeitschrift Programminformationen zur Verfügung zu stellen.³⁷ Während das Gericht erster Instanz noch in unzutreffender Weise eine marktbeherrschende Stellung allein mit dem bestehenden Urheberrecht begründet hatte, betonte der EuGH, dass die Marktbeherrschung nicht aus dem Immaterialgüterrecht selbst, sondern aus dem faktischen Monopol der Fernsehanstalten an den Informationen resultiere, die für die Zusammenstellung der Programmvor-schauen erforderlich seien.³⁸ Der EuGH betonte sodann, dass die Ausübung eines ausschließlichen Rechts durch dessen Inhaber nur unter „außergewöhnlichen

34 Emmerich, Kartellrecht, 8. Aufl. 1999, S. 459 m.w.N.

35 Vgl. nur EuGH, Slg. 1966, 321, 393 f.(Grundig); EuGH, Slg. 1995, I-743, Rn. 48 ff. (Magill); vgl. auch Schlussanhänge GA Mischo, Slg. 1988, 6224, 6229, Rn. 31 – (Volvo)/

36 (EuGH, Slg. 1995, I-743 (Magill), EuZW 1995, 563 ff.; Götting, JZ 1996, 307 ff.; Jehoram/Mortelmans, GRUR Int. 1997, 11 ff.; Jestaedt, WuW 1995, 483 ff.; Mennicke, ZHR 160 (1996), 626

37 EuGH, Slg. 1995, I-743, 822 ff., 829 ff. (Magill)

38 EuGH, a.a.O., Rn. 46

Umständen“ ein missbräuchliches Verhalten darstellen könne.³⁹ Diese seien bei der Lizenzverweigerung im Fall Magill gegeben. Ohne die „Lieferung“ der urheberrechtlich geschützten Informationen sei Magill die beabsichtigte Herausgabe einer Programmzeitschrift, die ein neues, bisher noch nicht auf dem Markt vorhandenes Erzeugnis darstelle, nicht möglich. Der Zugang zu den geschützten Informationen sei danach unverzichtbar. Nach dem neuen Erzeugnis bestehe auch eine potenzielle Nachfrage der Verbraucher. Es lägen keine sachlichen Gründe im Zusammenhang mit der gewerblichen Tätigkeit der Schutzrechtsinhaber vor, die die Verweigerung des Zugangs zu den Informationen gerechtfertigt hätten. Schließlich werde auf einem abgeleiteten Markt, nämlich dem der Programmführer, jeglicher Wettbewerb ausgeschlossen. Ohne in seinem Urteil auf die essential-facilities-Doktrin Bezug zu nehmen, sah der EuGH damit erstmals in einer Lizenzverweigerung den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und beschränkte durch eine auf Art. 82 EGV gestützte Zwangslizenz das Urheberrecht der Sendeanstalten.

In dem vor dem LG Frankfurt in Sachen IMS ./NDC anhängigen Verfahren legte das LG Frankfurt dem EuGH mehrere Fragen zur Vorabentscheidung vor, über die der EuGH mit Urteil vom 29.04.2004 entschieden hat⁴⁰. Der Gerichtshof stellte fest, dass die Lizenzverweigerung eines marktbeherrschenden Inhabers eines Schutzrechts einen Missbrauch im Sinne von Art. 82 EGV darstellt, wenn:

1. das Unternehmen, das ihn um die Lizenz ersucht hat, beabsichtigt, auf dem nachgelagerten Markt neue Erzeugnisse oder Dienstleistungen anzubieten, die der Inhaber des Immaterialgüterrechts nicht anbietet und für die eine potentielle Nachfrage der Verbraucher besteht; 2. die Weigerung nicht aus sachlichen Gründen gerechtfertigt ist; 3. die Weigerung geeignet ist, dem Inhaber des Immaterialgüterrechts den nachgelagerten Markt vorzubehalten, indem jeglicher Wettbewerb auf diesem Markt ausgeschlossen wird.

2.2.3 Marktbeherrschende Stellung

Allein die Inhaberschaft eines Immaterialgüterrechts auf dem Primärmarkt begründet noch keine beherrschende Stellung.⁴¹ Es ist daher nach allgemeinen kartellrechtlichen Kriterien festzustellen, ob neben dem durch das Ausschließlichkeitsrecht vermittelten rechtlichen Monopol auch eine beherrschende Stellung des Inhabers auf dem primären oder dem abgeleiteten Markt, auf dem der Wettbewerber mittels der Zwangslizenz tätig werden will, vorliegt. Der Primärmarkt der wesentlichen Einrichtung ist nach dem Bedarfsmarktkonzept im Einzelfall

39 EuGH, a.a.O., Rn. 49 f

40 EuGH, GRUR Int. 2002, 852.

41 EuGH, Slg. 1995, I-743, Tz. 46 (Magill)

festzustellen. Ist die begehrte wesentliche Einrichtung ein Immaterialgüterrecht, so umfasst der zugehörige Markt diejenigen Produkte, die maßgeblich aus dem Schutzrecht entwickelt wurden, deren Angebot also inhaltlich unmittelbar von der Reichweite des Schutzrechts umfasst wird. Der von dem Primärmarkt abgeleitete Markt besteht dagegen für weitere Produkte, die aus dem Schutzrecht selbst bzw. dem hieraus entwickelten Produkt abgeleitet sind. Die Abgrenzung zwischen Primär- und Sekundärmarkt ist nicht immer einfach. Verfehlt ist es jedoch, einen Markt für die Vergabe von Lizenzen für das betreffende Schutzrecht als Primärmarkt zu fingieren. In diesem Fall bestünden stets ein Primär- und ein Sekundärmarkt.⁴² Soweit hier von einer Marktqualifikation gesprochen wird, stellt sich die Frage, wie dies aus bibliothekarischer Sicht zu bewerten ist. Dabei ist eine produktspezifische Betrachtungsweise geboten. Aus diesem Grunde können hier nur Beispiele genannt werden: So findet beispielsweise der Zeitungs- und Zeitschriftenmarkt sowohl auf nationaler Ebene, im europäischen Binnenmarkt als auch auf internationaler Ebene statt. Auch bei der Einteilung in gleiche und nachgelagerte Märkte ist eine Bibliothek gleichermaßen betroffen. So liegt ein Zusammentreffen auf einem gleichen Markt vor, wenn ein Verlag eine Datenbank sowohl Bibliotheken als auch (potentiellen) Bibliotheksbenutzern anbietet und gleichzeitig die Datenbank unverändert von den Bibliotheken an deren Kunden angeboten wird. Ein Beispiel für nachgelagerte Märkte ist die Bibliothekssoftware z.B. für Verbuchungssystem, Katalogisierung usw.. Hier liegen die Angebote der Bibliotheken an ihre Kunden auf dem nachgelagerten Markt.

2.2.4 Wesentlichkeit

Die Anforderungen an das Kriterium der Wesentlichkeit wurden im Fall Bronner vom EuGH dahingehend konkretisiert, dass es technische, rechtliche oder wirtschaftliche Hindernisse dem nachfragenden Wettbewerber objektiv unmöglich machen oder zumindest unzumutbar erschweren müssen, ohne Zugang zu der geschützten Leistung tätig zu werden. Es darf daher nach objektiven Maßstäben nicht möglich sein, das betreffende Schutzrecht zu substituieren.⁴³

42 Rs. C-418/01, Schlussanträge vom 02.10.2003; Rn. 60 – IMS; EuGH (a.a.O.) Tz. 40 ff.

43 In den Fällen, in denen der Schutzrechtsinhaber auch auf dem nachgelagerten Markt tätig ist, kann trotz Wesentlichkeit des nachgefragten Schutzrechts die Verpflichtung des Marktbeherrschers zur Belieferung des nachfragenden Wettbewerbers gleichermaßen geeignet sein, der Wettbewerbsbeschränkung zu begegnen.

2.2.5 Keine objektive Rechtfertigung

Für die objektive Rechtfertigung einer Lizenzverweigerung kommt es auf eine Abwägung der widerstreitenden Interessen im Einzelfall an. Dabei sind sowohl das Ausmaß der Wettbewerbsbeeinträchtigung durch die Lizenzverweigerung, die Höhe der Investitionskosten des Schutzrechtsinhabers sowie die zu erwartenden Lizenzeinnahmen zu berücksichtigen, als auch die Vergabe von Lizenzen an andere Unternehmen durch den Schutzrechtsinhaber und eine frühere Lizenzerteilung an das die Lizenz begehrende Unternehmen.⁷⁰ Nicht gerechtfertigt ist beispielsweise eine Lizenzverweigerung, weil zwischen dem Chefredakteur eines Verlages und einem Bibliotheksdirektor ein rein persönlicher Streit herrscht.

2.3 Lizenzverweigerung auf dem Primärmarkt

Im Folgenden geht es um die Lizenzverweigerung als Wettbewerbsbeschränkung auf dem Primärmarkt. Die Anwendung der essential-facilities-Doktrin setzt das Bestehen eines abgeleiteten Marktes voraus. Existiert ein solcher nicht und begehrt ein Wettbewerber lediglich Zugang zu dem Immaterialgüterrecht des marktbeherrschenden Anbieters, um auf demselben Markt tätig zu werden, kann eine wettbewerbsrechtliche Zwangslizenz allenfalls auf den allgemeinen Missbrauchstatbestand des Art. 82 EGV gestützt werden.

Nach der essential-facilities-Doktrin und nach § 42a UrhG kann eine Zwangslizenz grundsätzlich unabhängig davon erteilt werden, ob der Inhaber der wesentlichen Einrichtung diese Dritten bereits zur Verfügung gestellt hat. Dagegen unterstehen marktbeherrschende Unternehmen der allgemeinen kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht und dem Diskriminierungsverbot nur dann, wenn sie ihr Schutzrecht bereits verwertet haben und an dem Wettbewerb auf dem betreffenden Markt teilnehmen. Das Kartellrecht ermöglicht es zur Herstellung funktionsfähigen Wettbewerbs daher nur im Anwendungsbereich der essential-facilities-Doktrin, durch eine Zwangslizenz den Wettbewerb auf dem (Sekundär-)Markt überhaupt erst zu eröffnen. Hat der marktbeherrschende Schutzrechtsinhaber aber z.B. Wettbewerbern Lizenzen erteilt, unterliegt er gemäß Art. 82 S. 2 lit. c) EGV grundsätzlich dem Diskriminierungsverbot und hat nach Auffassung des EuGHs anderen nachfragenden Wettbewerbern zu vergleichbaren Konditionen eine Lizenz gewähren.⁴⁴ Hierzu kann er im Wege der kartellrechtlichen Zwangslizenz verpflichtet werden. Dabei kommt es auf das Argumentationsgeschick an, wie und wer als gleichrangiger Wettbewerber vom Monopolisten ungerechtfertigt besser behandelt wird. Auf Grund der sich ständig verändernden Marktverhältnisse gibt es hier keine einmal gefundene Antwort.

44 Vgl. EuG, Slg. 1997, II-923, Rn 124, 133 (Ladbroke)

2.4 Die Kartellrechtliche Zwangslizenz nach deutschem Recht

Der nationale Gesetzgeber hat die Immaterialgüterrechte ausdrücklich dem Anwendungsbereich des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB entzogen. Die Lizenzverweigerung auch des marktbeherrschenden Inhabers eines gewerblichen Schutzrechts ist grundsätzlich zulässig und bedarf gerade keiner sachlichen Rechtfertigung. Vielmehr müssen besondere Umstände gegeben sein, um dies als missbräuchlich zu werten. Dem trägt der Gesetzgeber in § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB Rechnung, indem durch den Ausschluss von Immaterialgüterrechten klargestellt wird, dass es nicht zur Begründung einer Zwangslizenz ausreicht, dass das begehrte gewerbliche Schutzrecht eine wesentliche Einrichtung zur Schaffung von Wettbewerb ist. Aus der Unanwendbarkeit des Beispielstatbestands des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB folgt aber nicht, dass die Ausübung von gewerblichen Schutzrechten nach deutschem Kartellrecht jeglicher wettbewerbsrechtlichen Kontrolle entzogen wäre. Insbesondere sind die Vorschriften zur Zwangslizenzierung in §§ 24 PatentG, 20 GbrMG und 42a UrhG keine abschließenden Sonderregelungen.⁴⁵ Unter außergewöhnlichen Umständen kann eine Lizenzverweigerung gegen die Generalklausel des § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 Nr. 1 GWB verstoßen. Daher kann über den allgemeinen Missbrauchstatbestand dann, wenn das begehrte Schutzrecht den Zugang zu einem abgeleiteten Markt verhindert, auch im deutschen Recht eine Lizenzverteilungspflicht bestehen. Dabei darf die gesetzgeberische Wertung des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB nicht pauschal umgangen werden.⁴⁶ Daher ist auch zur Begründung einer Zwangslizenz auf Grund § 19 Abs. 1 GWB das Vorliegen außergewöhnlicher Umstände zu verlangen.⁴⁷

2.5 Bewertung der wettbewerbsrechtlichen Zwangslizenzen und deren Durchsetzung

Das europäische Kartellrecht bietet bessere Chancen eine Zwangslizenz zu erhalten als das nationale Recht. Weiterhin sind die Möglichkeiten eine wettbewerbsrechtlich begründete Zwangslizenz zu erlangen auf dem nachgelagerten Markt einfacher als auf dem Primärmarkt. Begehrt demnach eine Bibliothek eine wettbewerbsrechtlich begründete Zwangslizenz, so sollte sie bestrebt sein, das gewollte Immaterialgut z.B. eine Datenbanklizenz so in den Servicebetrieb einzubinden, dass hieraus für den objektiven Betrachter eine neue Gesamtleistung entsteht. Sofern die Lizenzverweigerung missbräuchlich ist und gegen Artikel

45 OLG Düsseldorf, InstGE 2, 168 Rn. 22 (Spundfass); Kühnen in: FS Tilmann, 2003, 513, 515; Möschel in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. 2001, § 19 Rn 218.

46 Möschel in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. 2001, § 19 Rn 218

47 Vgl. zu darüber hinaus bestehenden Ansprüchen z.B. wegen unbilliger Behinderung BGH vom 10. 02. 2004, KZR 33/02

82 EGV verstößt, löst dies einen unmittelbaren Anspruch des die Lizenz begehrenden Unternehmens auf Lizenzerteilung aus. Dies ergibt sich aus § 33 GWB. Eine gegen die Missbrauchsverbote des deutschen Kartellrechts verstoßende Lizenzverweigerung löst einen Anspruch auf Lizenzerteilung gemäß § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1, 33 GWB aus. Der Anspruch auf Lizenzerteilung kann im Klageweg geltend gemacht werden. Aus verschiedenen Gründen ist die Klagefreudigkeit von BibliothekarInnen wenig ausgeprägt. Daher stellt sich die Frage, ob auch die umgekehrte Konstellation Aussicht auf Erfolg hat. Kann also ein Vertreter des verklagten Trägers der Bibliothek im Urheberverletzungsprozess erfolgreich einwenden, er habe einen Anspruch auf Lizenzerteilung. Das OLG Düsseldorf hat dies im sog. Spundfass-Urteil⁴⁸ davon abhängig gemacht, dass dem Beklagten entweder eine Lizenz tatsächlich erteilt worden oder von der zuständigen Kartellbehörde oder durch ein Kartellgericht ein Anspruch auf Lizenzerteilung zuvor ausgesprochen worden ist. Damit wäre der Einwand, der Beklagte besitze einen Anspruch auf Lizenzerteilung, auf die seltenen Fälle beschränkt, in denen der Beklagte eine Entscheidung einer Kartellbehörde oder eines Kartellgerichts erreicht, bevor es zur Entscheidung über die Urheberrechtsverletzungsklage kommt. Seine restriktive Haltung begründet das OLG Düsseldorf damit, dass es dem Beklagten des Verletzungsverfahrens nicht gestattet werden dürfe, das Recht in die eigenen Hände zu nehmen und seinen vermeintlichen Lizenzerteilungsanspruch im Wege der unerlaubten Selbsthilfe durchzusetzen. Dem sind Stimmen aus der Literatur unter dem Hinweis entgegengetreten, Grundlage der Einwands sei nicht § 229 BGB, sondern § 242 BGB.⁴⁹ Der Kläger der Urheberverletzungsklage verlange die Unterlassung der Nutzung des Werkes, obwohl er auf Grund des Lizenzerteilungsanspruchs diese Nutzung gerade gestatten müsse. Damit verstoße der Urheberrechtsverletzungskläger gegen den aus Treu und Glauben abgeleiteten Grundsatz, dass niemand von einem Anderen etwas soll verlangen können, was dieser sogleich wieder zurückverlangen könnte (*dolo petit qui petit quod statim redditurus est*).⁵⁰ Dieser Auffassung ist entgegengehalten worden, dass das für die Urheberverletzungsklage zuständige Gericht nicht das rechte Forum für die Prüfung eines kartellrechtlich begründeten Gegenanspruchs auf Lizenzerteilung sei und der Beklagte daher auf (ggf. einstweiligen) Rechtsschutz vor einem Kartellgericht oder vor einer Kartellbehörde verwiesen werden müsse.⁵¹ Ferner bestehe für den Urheberverletzungskläger kein unmittelbarer Kontrahierungszwang, sondern nur eine Pflicht zur Aufnahme ernsthafter Vertragsverhandlungen. Daher verbleibe dem Rechteinhaber ein erheblicher Handlungsspielraum. Es sei daher

48 OLG Düsseldorf, Urteil vom 28. Juni 2002, InstGE 2, 168.

49 Kühnen, FS Tilmann, 2003, 513, 514

50 Kühnen, FS Tilmann, 2003, 513, 514

51 von Merveldt, WuW 2004, 20

verfehlt, davon auszugehen, dass der Rechteinhaber etwas verlange, was er so gleich wieder zurückgewähren müsste.⁵² Das letztgenannte Argument ist bereits deswegen zurückzuweisen, weil sich ein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot nach ständiger Rechtsprechung des BGH sehr wohl zu einem Kontrahierungszwang verdichten kann. Im Übrigen hat es der Patentinhaber in der Hand, den Missbrauchsvorwurf und damit den „dolo“ petit-Einwand durch das Angebot eines rechtmäßigen, aber im Übrigen auch seine Interessen berücksichtigenden Lizenzvertrags abzuwenden. Im Hinblick auf den angeblichen Vorrang eines kartell-behördlichen Verfahrens ist zunächst festzustellen, dass der Betroffene nach deutschem wie auch nach EG-Kartellrecht keinen Anspruch auf die Einleitung und Durchführung eines kartellbehördlichen Verfahrens hat.⁵³ Hintergrund der Rechtsprechung im „Spundfass-Urteil“ dürfte sein, dass das Gericht wegen des enormen Aufwandes eine inzidente Kartellkontrolle vermeiden möchte. Auch § 95b Abs. 2 UrhG schließt den „dolo petit“-Einwand nicht dogmatisch aus. Jedoch ist anzuerkennen, dass die Anspruchsregelung und die Vermutung in § 95b Abs. 2 UrhG und die Vermutungsregelung für den „dolo petit“-Einwand faktisch keinen Spielraum mehr lassen. Es bleibt der daher nur der Weg der Klage bzw. der Widerklage, sofern ein Anspruch auf eine Zwangslizenz begründet werden kann.

2.6 Künftige Entwicklung des Zwangslizenzrechts

Auf Grund des zunehmenden Einsatzes von DRMS und deren rechtliche Absicherung z.B. durch § 95a, § 108b UrhG wird es künftig leichter sein, eine Monopolbildung und eines Missbrauchs desselben zu begründen. Daher ist als Gegenreaktion eine stärkere Entwicklung des Zwangslizenzrechtes zu erwarten.⁵⁴ Als Anzeichen dafür ist § 52b UrhG GE zu werten. Trotz der Verschiedenheit des deutschen Urheberrechts und des US-amerikanischen Copyright wird dieser Prozess, eventuell auch das Ergebnis, stark von US-amerikanischen Recht geprägt werden. Denn das US-Copyright Law kennt schon seit 1978 ein besonders weitgehendes System von Zwangslizenzen.⁵⁵

⁵² von Merveldt, WuW 2004, 22 ff

⁵³ Köhler, GRUR 2004, 101; vgl. EuG, Slg. 1992, II-2223, 2275 ff. (Automec II); BGH, WuW/E BGH 2058, 2059 f. (Internord); Bornkamm in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Aufl. 2001, § 32 Rn. 9 f.

⁵⁴ Zunächst über die Rechtsprechung, dann ggf. durch den Gesetzgeber

⁵⁵ Vgl. §§ 115, 118; Text UFITA 82, 317 ff.

Literaturverzeichnis

Emmerich, Volker: Kartellrecht, 8. Aufl., C.H. Beck, München 1999

Friedrich, Fromm; Nordemann, Wilhelm: Urheberrecht, 9. Aufl., Kohlhammer, Stuttgart 1998

Joos, Ulrich: Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht – eine Untersuchung zu Rechtsinhalt und Aufspaltbarkeit des Urheberrechts mit vergleichenden Hinweisen auf Warenzeichenrecht, Patentrecht und Sortenschutz, München, C.H. Beck, 1991

Langen, Eugen; Bunte, Hermann: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Berlin 1999

Loewenheim, Ulrich; Becker, Bernhard v.: Handbuch des Urheberrechts, C.H. Beck, München 2003

Schricker, Gerhard; Dietz, Adolf: Urheberrecht, 2. Aufl., C.H. Beck, München 1999

Wandtke, Artur-Axel [Hrsg.]; Block, Ulrich [Bearb.]; Bullinger, Winfried: Praxiskommentar zum Urheberrecht; 2. Aufl.; München; C.H. Beck 2006

Bercovitz, GRUR Int. 1996, 1014

Gitter, American Business Law Journal Vol. 40, 217, 218 ff.

Jehoram/Mortelmans, GRUR Int. 1997, 11 ff.

Jestaedt, WuW 1995, 483 ff.

Köhler, GRUR 2004, 101

Kühnen in: FS Tilmann, 2003, 513, 515

Mennicke, ZHR 160 (1996), 626

von Merveldt, WuW 2004, 20

Nordemann, Wilhelm, GRUR 1979, 280–283

Reimer, GRUR Int. 1972, 221, 222

<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/de/com/2004>

[/com2004_0261de01.doc](http://com2004_0261de01.doc)

<http://www.kopien-brauchen-originale.de>

http://en.wikipedia.org/wiki/Digital_rights_management

