

Christine Godt*

Regulative Einbettung der Immaterialgüterrechte

Der Aufsatz unternimmt das Experiment, konzeptionelle Denkanstöße des „more economic approach“ des Europäischen Wettbewerbsrechts auf das Recht des Geistigen Eigentums zu übertragen. Als entscheidendes Element wird die Orientierung an den Ergebnissen herausgearbeitet, die die getroffene Entscheidung im Markt entfaltet („effect based“). Anhand von vier bekannten Fällen wird diese Reflektion in die Subsumption eingebaut und mit der Begründung der vorliegenden Gerichtsentscheidungen verglichen. Der Aufsatz kommt zu dem Ergebnis, dass durch diese Methodik eine zu enge, der Eigentumsdogmatik verhaftete Subsumption für eine Reflektion der Ergebnisse im Markt geöffnet wird, die der sozialen Eingebettetheit moderner Märkte entspricht. Die Ergebnisse sind vergleichbar mit einer Subsumption, die die verfassungsrechtlich geschützten Freiheiten aller Betroffenen mit in die Argumentation einbezieht.

1. Einführung

Dieser Aufsatz ist angestoßen durch die Fragestellung, welche Auswirkungen die hypothetische Übertragung des *more economic approach* aus dem Europäischen Wettbewerbsrecht als *more technological approach* im Recht des Geistigen Eigentums hätte. Diese Frage hatten Michael Grünberger und Rupprecht Podszus ins Zentrum ihrer Tagung in Bayreuth am 18. Juli 2014 gestellt.¹ Die doppelte Translation zwingt zur kritischen Rückfrage, wie weit die Übertragbarkeit angesichts der Unterschiede *sedes materiae* reichen kann und auf was das Unterfangen konkret abzielt. Zwar wird man grundsätzlich eine Vergleichbarkeit von allgemeinen Wettbewerbsrecht und Immaterialgüterrecht als „besonderem“ Wettbewerbsrecht (*lex specialis*) annehmen können. Auch verfolgen Wettbewerbsrecht und Geistiges Eigentum nach modernem Verständnis das gemeinsame Ziel eines dynamischen Wettbewerbs. Gleichwohl bleiben Zweifel an der Übertragbarkeit.

Dementsprechend vorsichtig nähert sich der Aufsatz der Fragestellung. Er eruiert zunächst, welche Elemente des *more economic approach* im Wettbewerbsrecht sich überhaupt für eine Transposition eignen (2.). Danach ist zu überlegen, welche konzeptionellen „Irritationen“ durch einen *more technological approach*

* Prof. Dr. jur., Carl von Ossietzky Universität Oldenburg, Lehrstuhl für Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht; Direktorin der Hanse Law School.

1 Programm und Konzeptpapier unter <http://www.gkrw.uni-bayreuth.de/>.

im Geistigen Eigentum angestoßen werden (3.). An vier Fällen wird der neue Ansatz getestet (4.). Anschließend wird gefragt, welche „Lernprozesse“ in der rechtswissenschaftlichen Theorie des Geistigen Eigentums zu erwarten wären (5.). Ein Fazit schließt die Übung ab (6.).

Das Unterfangen ist spekulativer Natur, aber als experimenteller Ansatz aus akademischer Sicht reizvoll. Die Arbeitsmethode der „Zukunftswerkstatt“ unternimmt den Versuch, sich von tradierten Denkmustern zu lösen ... ein für Juristen eher ungewohntes Experiment.

2. Umfang der Transponierbarkeit des *more economic approach*

Der *more economic approach* des Europäischen Wettbewerbsrechts wurde als *policy*, ohne Textänderung der Verträge, von der Europäischen Kommission im Weißbuch 1999 angekündigt², und vom Gericht Erster Instanz 2002 in drei Entscheidungen zur Fusionskontrolle gegenüber der Europäischen Kommission durchgesetzt.³ Der Ansatz beruht konzeptionell auf der an Effizienz und Verbrauchernutzen ausgerichteten Post-Chicago-School. Er orientiert die Wettbewerbskontrolle von einem norm-orientierten qualitativ-juristischen Ansatz (Bewegungsfreiheit, Marktzugang) hin zu einer auswirkungsorientierten, quantitativ-ökonomischen Einzelfallanalyse, die das wettbewerbsschädliche Verhalten mit der Wettbewerbsschädlichkeit des regulativen Eingriffs vergleicht. Umstritten ist, ob Ziel und Ergebnis tatsächlich sind, die politisch gesteuerte Industriepolitik zurückzudrängen.⁴ Der wertoffene, methodisch an Zahlen orientierte Ansatz wird von den einen als „stärker durchdachte Rechtsanwendung“ begrüßt;⁵ Kritiker befürchten, dass das Kontrollniveau aufgrund der gewachsenen Beweisanforderungen an die Wettbewerbsbehörden sinkt.⁶ Zusammenfassend sind drei Punkte entscheidend⁷, die die „Irritationen“ des *more economic approach* im Europäischen Wettbewerbsrecht bewirkt haben: (1) Die Entschei-

2 European Commission, White Paper on the Modernization of Competition Law Rules, ABl. EG, C 132 v. 12.5.1999, S. 1.

3 Konzise: R. Podszun, Introduction, in: J. Drexler/W. Kerber/R. Podszun (Hrsg.), Competition Policy and the Economic Approach, Cheltenham, 2011, 1–8 (2).

4 Kritisch zum Anspruch einer rein mathematisch-ökonomischen Entscheidungsphilosophie: J. Drexler, The (a)political character of the economic approach, in: J. Drexler/W. Kerber/R. Podszun (Hrsg.) (2011, supra Fn. 3), S. 312–332.

5 D. Schmidten, Der „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik, WuW v. 11.01.2006, Heft 1, S. 6–17.

6 R. Zäch/A. Künzler, Reining in the ‚more economic approach‘: Some overriding constraints from constitutional law and economics, in: J. Drexler/R. Hilty/L. Boy/C. Godt/B. Remiche (Hrsg.), FS (Contributions in Honour of) Hanns Ullrich – Technology and Competition, Brüssel, 2009, S. 541–555.

7 Eine fundierte Analyse der Diskussion um den „more economic approach“ bieten J. Drexler/W. Kerber/R. Podszun (Hrsg.) (2011, supra Fn. 3).

dungen sind aus ökonomischer Methodik abgeleitet. Das Diktum *more economic* bedeutet: mehr Zahlenmaterial in der Entscheidungsbegründung und ein Prozessdenken auf zwei Achsen (abhängige/unabhängige Variablen). Der Anspruch war, die Einzelfallentscheidung auf die Instrumente derjenigen Disziplin auszurichten, die dem Regelungsobjekt Wettbewerb sachnäher sind. Das Ergebnis ist eine weniger normativ (an Freiheit) ausgerichtete Entscheidungsrationalität, sondern eine an der Optimierung der Effizienz ausgerichtete Entscheidung. (2) Die Entscheidungen sind mehr am Ergebnis als an den einzelnen Akteuren orientiert (*effect based approach*). Dahinter steht die Überlegung, dass ein und dieselbe Rechtsentscheidung unterschiedliche Wirkungen in verschiedenen Sektoren haben kann.⁸ (3) Der *more economic approach* hat eine neue Ausrichtung der Wettbewerbstheorie angestoßen, die neben den idealtypischen zwei Wettbewerbern (Angebotsseite) auch „den“ Verbraucher (Nachfrageseite; „*consumer surplus*“) in den Blick nimmt.

Grünberger/ Podszun stellen in ihrem Konzeptpapier zur Tagung die These auf, dass „streaming“, „embedding“, die Probleme der Providerhaftung und die vielen erfolglosen Klagen im Mobilfunksektor einen *more technological approach* im Immaterialgüterrecht erforderlich machten.⁹ Sie definieren einen solchen als „für die Bedürfnisse der technischen Umwelt aufgeschlossene Analyse des Immaterialgüterrechts“. Davon versprechen sie sich eine vergleichbare „Irritation“ im Immaterialgüterrecht, wie sie der *more economic approach* im Europäischen Wettbewerbsrecht ausgelöst hat.

Es ist indes zweifelhaft, dass sich die drei Konsequenzen „eins zu eins“ auf das Geistige Eigentum übertragen lassen.

Erstens ist „Technik“, anders als die normative Rechtswissenschaft oder die auf Optimierung des Zusammenspiels verschiedener Faktoren ausgerichtete Ökonomie, keine eigene Entscheidungstechnik. Deshalb kann ein „Mehr an Technik“ nicht die Entscheidungsrationalität ändern, anders als der *more economic approach* im Wettbewerbsrecht.

Zweitens beruhte die Umstellung von einer rein normativen auf einen *more economic approach* im Wettbewerbsrecht auf dem Umstand, dass die Ökonomieferne der Entscheidungsfindung als Defizit kritisiert wurde. Besteht aber ein Mangel an Techniknähe im Recht des Geistigen Eigentums? Der Überlegung liegt zugrunde, dass sich die Gegenstände des Urheberrechts und des Patentrechts „vertechnisiert“ hätten. Das Recht sei der technischen Entwicklung nicht nachgekommen. Man müsse den „Bedürfnissen der technischen Umwelt“ näher

⁸ J. Drexel, Vortrag „Vom *more economic approach* zum *more technological approach* – Ein sinnvoller Ansatz? (schriftliche Version des Tagungsbeitrag vom 18.7.2014 erscheint bald in dieser Zeitschrift).

⁹ M. Grünberger/R. Podszun (2014, supra Fn. 1).

kommen. Für das Urheberrecht werden als Beispielfälle *Streaming*¹⁰ (Musik, Videos), *Embedding*¹¹ (Videos) genannt. In beiden Fällen entfällt die individualisierte Bezahlung einer jeden einzelnen Nutzung. Für das Patentrecht wird auf die aktuellen Mobilfunkstreitigkeiten verwiesen. Die Beispiele insinuieren zum einen, dass die aktuelle Rechtsituation die modernen Techniken nicht angemessen behandle, und zum anderen, dass eine technischere Entscheidungsorientierung Abhilfe schaffen könne.

Der Ruf nach „mehr technischem Sachverstand“ ist dem Immaterialgüterrecht vertraut. Er gehört zum Narrativ einer jeden technischen Neuerung, ist deckungsgleich mit dem Anspruch auf Schutzgewähr, bzw. -erweiterung und entzündet sich regelmäßig am Erfindungsbegriff.¹² Insbesondere das Patentrecht ist aber in seiner gesamten Struktur auf einen Expertendiskurs ausgerichtet. Die Anmeldung von Patenten erfolgt durch Naturwissenschaftler („Patentanwälte“), in den Ämtern prüfen Techniker, die Bänke des Patentgerichts sind mehrheitlich mit Technikern besetzt (§ 67 PatG), technischer Sachverstand ist durch die Trennung von Nichtigkeits- und Verletzungsverfahren (§ 65 PatG/§ 143 PatG) und durch das Beweisrecht¹³ gesichert.

Am Beispiel des *Streaming* kann man füglich streiten, ob hier tatsächlich Rechte unzulässig beschnitten werden. Dort verhandeln die Labels mit den Providern um die Frage der Höhe des Preises. Die individuellen Rechte der Urheber sind nicht tangiert. Das Verhandlungsergebnis ist kontingent. Komplizierter ist die Situation beim *Embedding*, weil Anfang der 90er Jahre der Upload/Download als Nutzung definiert wurden, wobei der Rechtsverstoß im Detail in den Jurisdiktionen Europas unterschiedlich konstruiert wird.¹⁴ Wenn beides aus technischen Gründen wegfällt, aber eine „Nutzung“ vorliegt, ist die Definition

10 *Streaming* ist ein Dienst, der Musiksongs im Paket anbietet (eine quantitative *Flat*, die nicht zeitlich definiert ist).

11 *Embedding* heißt der Zugriff auf ein Video auf einer anderen Webpage, und zwar direkt – ohne dass man es auf der eigenen einbaut (ohne eigene Installation, ohne Download und Upload).

12 Zuletzt R. Nack, Der Erfindungsbegriff – eine gesetzgeberische Fehlkonstruktion? GRUR 2014, S. 148–151; für die Biotechnologie C. Godt, Eigentum an Information, Tübingen, 2007, S. 25 ff (siehe aber auch zur Verschiebung zwischen den Tatbeständen: S. 92), für Wissen, Körper und Informationstechnologie H. Zech, Information als Schutzgegenstand, Tübingen, 2012; für die Beispiele der Farbenindustrie, der Virologie und der Genpatente: H. van den Belt, The Nelson/Winter-Dosi Model and the Synthetic Dye Industry, in: W.E. Bijker/T.P. Hughes/T.J. Pinch (Hrsg.), The Social Reconstruction of Technological Systems, Cambridge, 1987, 135–158; H.v.d. Belt, Spirochaetes, Serology, and Salvarsan: Ludwik Fleck and the Construction of Medical Knowledge about Syphilis, Wagingen, 1997.

13 Grundlegend BGHZ 164, 261 – *Seitenspiegel*; zur besonderen Bedeutung des Sachverständigenbeweises im Patentprozess K.-J. Melullis, Zur Auslegung von Patenten, zum Begriff des Fachmanns im Patentrecht und zur Funktion des Sachverständigen im Patentprozess, in: H.-J. Ahrens (Hrsg.), FS E. Ullmann, Saarbrücken, 2006, 503–514.

14 Eins der Ergebnisse des Forschungsprojekts „Boundaries to Information Property“, Publikation in naher Zukunft durch das Herausgeberteam C. Godt/L. Guibault/G.v. Overwalle/D. Beyleveld bei Cambridge Univ. Press.

der digitalen Nutzung anzupassen. Das steht zu erwarten. Dazu bedarf es nicht eines *more technological approach*. In den Streitverfahren der Mobilfunkbranche haben sich die Teilnehmer bislang nicht über die technische Sachkunde der Streitentscheider beschwert.¹⁵ Allerdings gilt für die IT-Branche wie für die Biotechnologie, dass sich die Prüfer häufig mit einer zu geringen Erfindungshöhe zufriedengeben.¹⁶ Dadurch werden die Probleme vertieft, die sich in diesen beiden Branchen aus unterschiedlichen Sachgründen als sog. Patendickichte entwickelt haben (bei gen-bezogenen Patenten ist ein „Drumherumerfinden“ schwer möglich, bei IT-Patenten sind häufig die Anspruchsgrenzen unklar). Im Ergebnis wird man weder im Urheberrecht, noch im Patentrecht oder in den Schwesterrechten (Sortenschutz, Design, Datenbanken) ein mangelndes Technikverständnis als strukturellen Mangel beklagen können (der über etwaige Wissenslücken einzelner hinausgeht). Der Ruf nach „Konstitutionalisierung“ verweist eher umgekehrt auf einen Mangel an normativen Überlegungen im technischen System.¹⁷

Die zweite Konsequenz des *more economic approach* im Europäischen Wettbewerbsrecht ist die Auswirkungsorientierung in der Einzelfallentscheidung.

- 15 Beim jüngsten Verletzungsverfahren um das Patent #100A (EP 1 841 268) vor dem LG Mannheim ging es im Mobilfunk um die technische Lösung eines bevorzugten Netzzuganges von Rettungskräften oder der Polizei im Falle einer Netzüberlastung. Nachdem im Januar 2014 das Europäische Patentamt im Einspruchsverfahren die Einwände von Nokia, HTC, Vodafone, Ericsson und Apple abgewiesen hatte, ging es nun vor dem LG Mannheim um den Anspruch von IPCom gegen Apple auf Schadensersatz iHv über 1,57 Milliarden Euro. Das strittige Patent hatte IPCom zusammen mit hunderten anderen 2007 von Bosch erworben. Das Handelsblatt vom 14.2.2014 berichtet von der mündlichen Verhandlung: „Bei dem dazu gefassten Beschluss handele es sich nach den Worten von Richter Kircher allerdings ‚nicht um lediglich sprachliche und deklaratorische Erweiterungen, sondern um Klarstellungen mit einer inhaltlichen und substanzialen Einschränkung des Klagepatents‘. Er müsse daher der Klägerin ‚etwas Wasser in den Wein gießen‘, sagte der Richter. *Beide traten dann in eine technisch detaillierte Diskussion über die Frage ein* [Hervorhebung CG], ob das Patent für die Zugangssteuerung im Mobilfunknetz lediglich ein einziges Bit vorsehe oder ob der Datenumfang dafür unterschiedlich gestaltet werden könne“. Technischer Sachverstand ist offenbar gegeben.
- 16 Daraus entstand bereits die neue „raising the bar-policy“ der ehemaligen Direktorin des Europäischen Patentamts (dazu I. Schneider, Das Europäische Patentsystem – Wandel von Governance durch Parlamente und Zivilgesellschaft, Frankfurt, 2010, S. 170 und S. 615 ff.); P. Drachos, The Global Governance of Knowledge-Patent Offices and their Clients, Cambridge 2010, S. 295 ff. schlägt zur Institutionalisierung ein ständiges Beratungsgremium vor (External Patent Audit Committee) vor.
- 17 Paradigmatisch erscheint zum einen das Votum des US-Verfassungsrichters *Scalia* in der vielbeachteten (einstimmigen) Entscheidung des US Supreme Courts vom 13.6.2013 um das Patent auf die „Brustkrebsgene“ BRCA1 und BRCA2 (http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-398_1b7d.pdf). Er verfasste ein Sondervotum, in dem er nicht die Entscheidung als solche in Frage stellte, sondern sich von der *technischen* Beurteilung des Sachverhalts freizeichnete, weil er die naturwissenschaftlichen Details der Verhandlung mit seinem juristischen Expertenwissen nicht beurteilen könne. Zum anderen erscheint auch das Europäische Patentsystem (EPÜ-Patente und der zukünftige Europäische Patentgerichtshof) auf eine verfassungsrechtliche Kontrolle hin zu steuern, um einer zu eng an technischen Argumenten orientierten Bewertung der Patenterteilung ein Gegenwicht entgegen zu stellen.

Transponiert als *more technological approach* im Geistigen Eigentum würde dies bedeuten, dass in einer Einzelfallentscheidung prospektiv etwaige Wirkungen auf den technischen Entwicklungsprozess abgeschätzt und in die Entscheidung eingestellt werden. Zu klären ist indes, um wessen Wirkungen *auf was* es gehen soll.

Die Akteursfrage („durch wen“) lässt sich noch leicht beantworten und als vergleichbar bewerten: die Entscheidung wird durch eine Behörde oder ein Gericht getroffen. Bei den verbleibenden Fragen öffnet sich ein breiter Korridor der Unsicherheit.

Bei der Wettbewerbskontrolle (*more economic approach*) geht es um staatliche *ex post* Eingriffe gegen ein wettbewerbssschädliches Verhalten (Absprachen, Missbrauch, Fusionskontrolle) und um gerichtliche Streitentscheidungen. In beiden Fällen geht ein (unternehmerischer) Eingriff in den Wettbewerb voraus. Im Immaterialgüterrecht werden Eigentumsrechte für den dynamischen Wettbewerb *geschaffen*. Sie stellen ihrerseits einen Eingriff in den Wettbewerb dar. Als zeitlich beschränkte Privilegien (Monopole) bilden sie im Wettbewerb eine Ausnahme, legitimiert durch Marktschwächen im Innovations- und Schöpfungsprozess: Sie sollen Anreize schaffen, in Ausnahme zum allgemeinen Wettbewerb, aber unter Ausnutzung der Wettbewerbskräfte. Damit ist die Struktur der Entscheidung bei der Wettbewerbskontrolle und der Patenterteilung unterschiedlich: Im Wettbewerbsrecht wirkt der Eingriff für die Adressaten beschränkend, im Geistigen Eigentum begünstigend. Im Wettbewerbsrecht erfolgt der Eingriff zur Herstellung des Wettbewerbs, im Geistigen Eigentum zu dessen Beseitigung. Dies ist ein wichtiger Strukturunterschied, der Einfluss auf die Interessenskonstellation hat und damit auf die Frage, wer einen *more technological approach* einfordert oder ablehnt.

Welche Auswirkungen („auf was?“) sollen durch den *more technological approach* erfasst werden? Im Wettbewerbsrecht geht es um die Berücksichtigung der Auswirkungen *auf den Wettbewerb*, wenn eine Kartellbehörde ein Verhalten als wettbewerbswidrig untersagen will („markets and the economy“, „the consumer“¹⁸). Es geht um die Berücksichtigung von Komplexität, Verengungen des regulativen Handelns und das Erfassen kognitiver Grenzen. Es soll nicht nur der Wettbewerbseingriff der Unternehmen bewertet werden, sondern auch die Wirkungen des behördlichen Einschreitens auf den Markt. Damit hatte die Auswirkungsorientierung im Wettbewerbsrecht am „consumer surplus“ („Konsumentenwohlfahrt“) zwei zentrale Konsequenzen. In praktischer Hinsicht verschob sich die Entscheidung zum Einzelfall (*effect based approach*) – zu lasten der Vorhersehbarkeit der kartellbehördlichen Entscheidung. In theoretischer Hinsicht führte die Einbeziehung der Nachfrageseite die Wettbewerbstheorie

18 Zur Komplexität des „consumer surplus“ wohltuend differenzierend die Beiträge von G. J. Werden, Consumer Welfare and Competition Law, und von V. J. Vanberg, Consumer Welfare, Total Welfare and Economic Freedom – on the Normative Foundations of Competition Policy, in: Drexler/Kerber/Podszun (Hrsg. 2011, supra Fn. 3), S. 11–43 und S. 44–71).

von einer ausschließlich an den Anbietern orientierten Kartellkontrolle zu einer an der Marktsituation von Angebot und Nachfrage orientierten Kartellkontrolle (Dreieck).

Im Immaterialgüterrecht kann es nicht um die Auswirkungen auf die Immaterialgüterrechte gehen, sondern allein um die Auswirkungen der Rechte auf den Innovationsprozess. Eine technische Entwicklung als Objekt ist aber *ex ante* im Einzelfall nicht vorhersehbar. Deshalb obliegt die Prognose dem Gesetzgeber, der mit generell, allgemeinen Regeln im Immaterialgüterrecht zu steuern versucht. Bei der Auswirkungsorientierung kann es deshalb auch nicht um eine *ex post* Bewertung gehen, sondern nur um eine Berücksichtigung des technischen Umfelds und eine Anpassung der Schutzgewähr an das reale Umfeld. Das technische Umfeld wird geprägt von der sektoralen Organisation, den sozialen Praktiken und deren relevanten Akteure, in zeitlicher Hinsicht der technikspezifische, dynamische Innovationsprozess und das regulative Umfeld.

In der Theorie des Geistigen Eigentums wird der *more technological approach* keine „Dreiecks-“ oder Konsumentenorientierung nach Vorbild des *more economic approach* anstoßen. Es sind aber tiefgreifende Umstellungen durch die Auswirkungsorientierung zu erwarten.

3. Die „Irritation“ der Auswirkungsorientierung

Bislang kennt das Geistige Eigentum eine Auswirkungsorientierung allein bei der Rechtevergabe *ex ante*. Sie obliegt als Entscheidung über die richtige Balance von Anreizmechanismus und Freihaltebedürfnis dem Gesetzgeber. Tatbestandsmerkmale und Schutzdauer spiegeln, der Konzeption nach, die legislative Entscheidung. Eine *ex post* Auswirkungskontrolle ist dem Immaterialgüterrecht des 20. Jhdts. konzeptionsfremd. Denn es ist die Funktion der „geschützten Rechtsposition“, dass sie dem Erfinder Stabilität im inhärent dynamischen Prozess des Wettbewerbs verschafft. In der Sache geht um das Gegenteil von Dynamik, um Rechtssicherheit.¹⁹ Der Richter soll im Verletzungsprozess allein feststellen, „ob ein Verstoß vorliegt“ (ja/nein-Entscheidung). Er soll gerade nicht industriepolitisch wirken. Auch im Nichtigkeitsverfahren ist dem Richter die dynamische Beurteilung der Technikentwicklung durch die strikte Begrenzung der Neuheitsbeurteilung auf den Zeitpunkt der Anmeldung abgeschnitten. Weil es das überragende Ziel der Immaterialgüter ist, Rechtssicherheit zu schaffen, hat sich die Rede vom „Eigentum“ (Art. 17 Abs. 2 EU Grundrechtecharta) gegenüber der Rede vom „Privileg“ durchgesetzt.²⁰ Die konzeptionelle Einfassung als Eigentum

¹⁹ In dessen Zentrum der Eigentumsanspruch steht; zur Unbedingtheit dieses Anspruchs *P. Krusemarck*, Die abhängige Schöpfung im Recht des Geistigen Eigentums, Tübingen, 2013, S. 376.

²⁰ *C. Godt*, supra Fn. 12, S. 505 f.; *P. Kurz*, Weltgeschichte des Erfindungsschutzes, Köln, 2000.

soll sowohl vor den Wettbewerbern als auch vor Eingriffen des Staates schützen. Ein Privileg (ein vom Staat gewährtes Sonderrecht im Wettbewerb) wäre als industriepolitisches Instrument in modernen Demokratien legitim nachträglich veränderlich und inhaltlich abhängig von den Prärogativen der jeweiligen Legislaturperioden.

Mit diesen Argumenten trifft die Auswirkungsorientierung im Geistigen Eigentum auf größere Vorbehalte als im Wettbewerbsrecht. Auch dort haben sich Behörden und Gerichte an den Normtext zu halten und dürfen ihre eigene Abwägung nicht an die Stelle des Rechtssetzers setzen. Der Bewertungsspielraum ist gleichwohl durch das dynamische Bewertungsobjekt im Wettbewerbsrecht ungleich größer.

Die Innenbeschreibung der Rechtswissenschaft des Geistigen Eigentums stößt aber bei den Sozialwissenschaften auf Widerspruch. Große Bedeutung kommt den Forschungen von Henk van den Belt zu, der empirisch zeigt, wie „Erfindungsqualität“ im Gerichtssaal *im Nachhinein* in Streitverfahren ausgehandelt wird. Aus sozialwissenschaftlicher Perspektive stellen die Tatbestandsmerkmale (Erfindung, Neuheit, Erfindungshöhe, Technizität) einen diskursiven Korridor (eine „Sprache“) dar, in dem sich die jeweilige „Community“ über die Schutzwürdigkeit verständigt.²¹ Auf derselben Linie liegen die Beobachtungen von Ingrid Schneider zu Biopatenten.²² Die Autorin hat diesen Gedanken mit der Metapher der „kommunizierenden Röhren“ in die Rechtswissenschaft übertragen.²³

Dass die Tatbestandsmerkmale nicht einen vorgegebenen Status Quo kennzeichnen,²⁴ hat in den vergangenen Jahren das Europäische Patentamt mit der *Policy* „Raising the bar“²⁵ gezeigt. Die damalige Präsidentin des Amtes reagierte damit auf die Kritik, dass das Amt zu viele („schlechte“) Patente erteile und den Innovationsprozess dadurch verlangsame. Die Erteilungsstatistik legt nahe, dass die Zahl erteilter Patente stark von binnenbehördlichen Maßgaben und nicht allein von der Anmelderaktivität abhängig ist.²⁶ Das strengere Prüfen des Amtes ist damit *de facto* ein *more technological approach*. Ebenso war die vorausgehende großzügige Ausgabe technologiepolitisch geprägt. Der Technologiestandort

21 H. Van den Belt für die Beispiele der Farbenindustrie, der Virologie und der Genpatente: H.v.d. Belt, The Nelson-Winter-Dosi Model and the Synthetic Dye Industry, in: W.E. Bijker/T.P. Hughes/T.J. Pinch (Hrsg.), The Social Reconstruction if Technological Systems, Cambridge, 1987, 135–158; H.v.d. Belt, Spirochaetes, Serology, and Salvarsan: Ludwik Fleck and the Construction of Medical Knowledge about Syphilis, Wageningen, 1997.

22 I. Schneider (2010, supra Fn. 16), S. 249 ff; R. M. Hilty, The Role of Patent Quality in Euope, in: J. Drexler/R. Hilty/L. Boy/C. Godt/B. Remiche (2009, supra Fn. 6), 91–120.

23 Godt (2007, supra Fn. 12), S. 132.

24 Der selbstverständlich anstrebt, neue Technologien unter dem Grundsatz der leistungsbezogenen Betrachtung im Erfindungsbegriff und im Begriff der Erfindungshöhe zu erfassen, R. Nack 2014 (supra Fn. 12).

25 Maxime der EPA-Direktorin Brimelow (2007–2010), inklusive eines neuen Bewertungssystems für Ablehnungsentscheidungen, dazu I. Schneider (2010, supra Fn. 16), S. 170 und S. 615 ff.

26 Schneider (2010, supra Fn. 16), S. 159 und S. 631.

Europa sollte „verteidigt“ werden. Das Eigentumsnarrativ rechtfertigte die Arbeit des Amtes und prägte die Auslegungspraxis der Gerichte. Gerichte legten Patente weit aus (Äquivalenz²⁷), die Rechtsfiguren der „umgekehrten Äquivalenz“ und eine *fair-use* Ausnahme wurden nicht anerkannt und im Übrigen hohe Hürden für Zugangsrechte errichtet (vgl. zum kartellrechtlichen Zwangslizenz einwand in Deutschland BGH in *Orange Book Standard*²⁸ und die noch restriktivere Folgerechtsprechung der Instanzgerichte²⁹).

Der moderne Konstitutionalisierungsdiskurs zielt im Kern ebenso auf eine Auswirkungskontrolle ab. Die Forderung richtet sich zum einen auf eine Grundrecht Konkordanz³⁰, zum anderen auf einen Legitimationsdiskurs.³¹ Aber auch der betriebswirtschaftliche Funktionsdiskurs über Patente und deren Management wirft ein Licht auf Schutzdifferenzen und unterschiedliche Auswirkungen in der Praxis.

Angesichts dieser Entwicklungen ist es eher überraschend, dass sich die patentrechtliche Rechtsprechung dieser Ausdifferenzierung noch nicht gestellt hat. Bei Fehlentwicklungen verweisen die Gerichte auf den Gesetzgeber oder überlassen das Nachsteuern den Kartellbehörden. Dass sich Zivilgerichte in der Moderne einer rechtsgestaltenden Funktion in dem Maße, wie sich Gesellschaft verändert, nicht entziehen können, wird seit den 1980er Jahren als Heraus-

27 Wobei der breite Schutzbereich in der Jurisprudenz positiv konnotiert ist mit dem Argument, dass damit Vertragsschlüsse befördert werden (so *Krusemarck* 2013, supra Fn. 19, S. 156).

28 BGH, Urt. v. 6.5.2009 – KZR 39/06 – *Orange Book Standard*, kritisch zum Urteil *H. Ullrich*, Patents and Standards – A Comment on the German Federal Supreme Court decision „Orange Book Standard“, 41 IIC 2010, 337–351.

29 OLG Karlsruhe, GRUR-RR 2012, 12.

30 C. Geiger, „Constitutionalising Intellectual Property Law?“, International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC) 2006, 371–406; C. Godt, Intellectual Property & European Fundamental Rights, in: H. Micklitz (Hrsg.), Constitutionalization of European Private Law, Oxford, 2014, S. 210–235; zuvor C. Godt (2007, supra Fn. 12) zu „Konstitutionalisierung“ durch „Komodifizierung“ statt Ausschluss (S. 555); Inhaltsbestimmung iSv Rückwirkung (S. 560); Konkordanz/Responsivität (S. 646); L. R. Helfer, ‚Towards a Human Rights Framework for Intellectual Property‘, Vanderbilt University Law School Public Law and Legal Theory, Working Paper No. 06–03 (2007); P. Drahos, A Philosophy of Intellectual Property, Dartmouth Publ. (1996) mit dem Diktum der „duty bearing privileges“; A. Peukert, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, Tübingen, 2008, G. van Overwalle, ‚Human Right Limitations in Patent Law‘, in: F. W. Groscheide (Hrsg.), Intellectual Property and Human Rights: A Paradox, Cheltenham, 2010, 236–271.

31 I. Schneider (2010, supra Fn. 16); S. Haunss, Conflicts in the Knowledge Society. The Contentious Politics of Intellectual Property, Cambridge, 2013; S. Haunss, Enforcement vs. access: wrestling with intellectual property on the internet, Internet Policy Review 2013 [http://bit.ly/11UBaTL]; S. Haunss/Philip Leifeld, Political Discourse Networks and the Conflict over Software Patents in Europe, European Journal of Political Research 51(3) (2013), 382–409; B. Gill/B.Brandl/S.Böschel/M. Schneider, Autorisierung. Eine wissenschafts- und wirtschaftssoziologische Perspektive auf geistiges Eigentum, in: Berliner Journal für Soziologie, 2012, Bd. 22/3, S. 407–440.

forderung des Gewaltenteilungsprinzips diskutiert.³² Aufgrund der technischen und institutionellen Besonderheiten im Recht des Geistigen Eigentums kommt auf die Gerichte die Aufgabe, als „Ersatzgesetzgebers“ fungieren, in besonderem Maße zu.³³

Im Folgenden wird der Anspruch eines *more technological approach*, verstanden als Auswirkungsorientierung, an vier Beispielen experimentell erkundet. In methodischer Hinsicht werden zum einen reale, gerichtsanhängige Fälle, zum anderen konstruierte Fälle aus dem rechtsvergleichenden Common Core-Projekt „Boundaries of Information Property“ verwendet.

4. Vier Anschauungsbeispiele

a) Normungsgeschehen mit FRAND-Erklärung

Grünberger / Podszun verweisen in der Konferenzankündigung auf die Vielzahl von Klagen in der Mobilfunk-Branche, um ein Nachdenken über einen *more technological approach* anzustoßen.³⁴ Auf den ersten Blick liegt das rechtstechnische Problem in der Vielzahl überlappender, voneinander abhängiger Patente (Patent Dickicht).³⁵ Ein zweiter Blick offenbart, dass die wenigsten Verfahren sich um einfache Verletzungsfälle drehen, sondern um Verhaltensstandards bei standardessentiellen Patenten (sog. SEPs, standard essential patents). Diese Streitigkeiten werden sowohl als horizontale Streitigkeiten³⁶ zwischen den Beteiligten vor den Zivilgerichten geführt,³⁷ als auch in vertikaler Form als Kartell-

32 G. Brüggemeier, *Judizielle Schutzpolitik de lege lata*, JZ 1986, S. 969–979; A. Colombi Ciacchi/G. Brüggemeier/G. Comandé (Hrsg.), *Fundamental Rights and Private Law in the European Union* (2 Bände), Cambridge, 2010; G. Teubner, *Horizontal Effects Revisited: A Reply to Four Comments*, in: Lyana Francot-Timmermans und Emiliios Christodoulidis (Hrsg.) *Against the „Matrix“*. Rechtsphilosophie und Rechtstheorie 40, 2011, S. 275–285; M. Auer, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit. Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens*, Tübingen 2005; H. Micklitz, *„A Self-Sufficient European Private Law – A Viable Concept?“*, in: H.-W. Micklitz and Y. Svetiev (eds), *A Self-Sufficient European Private Law – A Viable Concept?* EUI Working Papers Law 2012/31 (2012).

33 Schneider (2010, supra Fn. 16), S. 249 f.

34 Supra Fn. 1.

35 F. Müller, Vortrag „Technizität und Erfindungshöhe von Smartphone Patenten“ auf der Tagung „Ein ‚more technological approach‘ für das Immaterialgüterrecht?, Bayreuth, 18.7.2014. Er kritisiert vor allem „die schlechte Qualität“ der Patente, was er am Erfolg der Nichtigkeitsverfahren festmacht und an der Bereitschaft zum Einlenken.

36 Z. B. „Huawei gegen ZTE“, Vorlageentscheidung des LG Düsseldorf an den EuGH v. 21.3.2013 (dazu J. Drexel, *Missbrauch marktbeherrschender Stellung durch Patentinhaber*, Folien v. 26.9.2013, download: http://www.grur.org/uploads/tx_meeting/GRUR_JT13-PPP-Drexel.pdf); K. Blind/T. Pohlmann, *Patente und Standards – Offenlegung, Lizenzierung, Patentstreitigkeiten und rechtspolitische Diskussion*, GRUR 2014, 713–719

37 Wobei die Rechtslage in Europa zerklüftet ist: mit der Leitentscheidung des EuGH wurde der Zugang über das Europäische Kartellrecht grundsätzlich eröffnet, EuGH, C-241/91 und

verfahren – eingekleidet als Vorwurf wettbewerbswidriger Absprachen³⁸ oder als Missbrauch einer beherrschenden Stellung³⁹.

Welche Auswirkungen hätte in diesen Fällen ein *more technological approach*? Bislang werden Argumente auf zwei Ebenen vorgebracht: Patentrechtsimmanent wird argumentiert, dass die Patente nicht die erforderliche Erfindungshöhe erreichten oder nicht „technisch“ seien.⁴⁰ Vertragsrechtlich wird vorgebracht, dass die FRAND-Erklärung⁴¹ den Verzicht auf den Unterlassungsanspruch impliziere.⁴²

Ein *more technological approach* könnte die Besonderheiten der technischen Normung und die im Normungsprozess entwickelten „sozialen Praktiken“ als kollektives Arrangement⁴³ im Rahmen der allgemeinen Subsumption berücksichtigen. Der Normungsprozess verändert die Position des Patentinhabers in zweierlei Hinsicht. Zum einen wechselt der Erfinder selbst das Geschäftsmodell.⁴⁴ Er setzt nicht mehr darauf, dass er selbst Gewinne über den Monopolpreis seines Patents erwirtschaftet, sondern auf Netzwerkeffekte des Normungsprozesses. Mit anderen Worten: er setzt nicht mehr auf kleine Stückzahlen mit hohem Monopolpreis, sondern auf einen Markt mit hohen Stückzahlen, aber niedrigerem Preis. Zum anderen gibt er gegenüber der Normungsorganisation

C-242/91, Entscheidung vom 6.4.1995, Slg. I, 743 – *Magill*; restriktiver ist die deutsche Rechtslage unter dem sog. „kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand“, BGH, Urt. v. 6.5.2009, BGHZ 180, 312 – *Orange Book Standard*; sehr restriktiv ist die Rechtslage in den Niederlanden: *Rechtbank's-Gravenhage*, 17.3.2010, HA ZA 08–2522 en HA ZA 08–2524, *Koninklijke Philips Electronics N. V. tegen SK Kassetten GmbH & Co. KG* – r.o. 6.19–6.25.

- 38 Z. B. EU Kommission gegen Motorola Mobility (inzwischen Google) – eingeleitet nach Beschwerden von Apple und Microsoft – ob Leitlinien über Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit auf Grundlage von Art. 101 AEUV eingehalten sind, wenn Lizenzen verweigert werden. Verfahrenseinleitung 3.4.2012 (IP/10/1702 und MEMO/10/676), Untersuchungsentscheidung 29.4.2014 (IP/14/489).
- 39 EU Kommission gegen Samsung wg. Verstoß gegen Art. 102 AEUV, weil Samsung in Verletzung der FRAND-Verpflichtung Unterlassungsklagen gegen andere Mobilgerätehersteller einreichte. Verfahrenseinleitung am 30.1.2012 (IP/12/89), EU Kommission akzeptiert Angebot von Samsung am 29.4.2014 (IP/14/490).
- 40 Vgl. Vortrag *F. Müller*, *Technizität und Erfindungshöhe von Smartphone-Patenten – Woran scheitern die Verfahren?* Tagung „Eine *more technological approach* für das Immaterialgüterrecht?“, Bayreuth 18.7.2014.
- 41 Verpflichtungserklärung gegenüber der Normungsorganisation zur Lizenzierung zu „fair, reasonable and non-discriminatory terms“.
- 42 Ausführliche Diskussionen dieser Argumentationslinie bei *A. Balitzki*, *Patente und technische Normen: Zugangsmöglichkeiten für Normnutzer*, Marburg, 2013, S. 276–279.
- 43 *H. Schepel*, *The Constitution of Private Governance: Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Oxford, 2005, S. 409: „Private standardization has assimilated the canons of administrative rulemaking to such an extent that it is hard to find a difference between its procedures and the procedures that sanction delegations of regulatory power to public agencies, other than that of a formal link with public power“; konkret zu den *IP-policies* in Normungsorganisationen *A. Balitzki* (2013 *supra* Fn. 42), S. 61–78.
- 44 Dazu bereits *H. Ulrich*, *Patente, Wettbewerb und technische Normen*, GRUR 2007, 817–830.

die sog. FRAND-Erklärung ab. Erst diese verschafft ihm die Möglichkeit, sich am Normungsprozess zu beteiligen.⁴⁵

Im Rahmen eines *more technological approach* ließe sich dieses technische Umfeld als Einrede des *venire contra factum proprium* ins allgemeine Privatrecht transponieren.⁴⁶ Eine Qualifizierung als bloß bilaterale Erklärung gegenüber der Normungsorganisation wird dem regulativen Charakter der Normung als „öffentlich orchestrierte Selbstregulierung“ nicht gerecht. Die quasi öffentlich ausgesprochene FRAND-Erklärung muss gegenüber jedermann wirken und auf dem Recht wie eine Dienstbarkeit lasten, die sich weder bei Verkauf noch bei Insolvenz auflöst. Der Unterlassungsanspruch wird auf einen Vergütungsanspruch zurückgeschnitten. Falls die Parteien sich bilateral nicht auf die Vergütungshöhe einigen können, muss ein Verfahren zur Verfügung gestellt werden, in dem die Gebühr festgesetzt wird. Die Aufgabe der vergütungswertbezogenen Streitschlichtung könnte national den Schiedsstellen für Arbeitnehmererfindungen bei den Patentämtern (§ 29 ArbNErfG) als zusätzliche Aufgabe zugewiesen werden.⁴⁷ M. E. wäre es sachnäher und müsste aus Gründen der Glaubwürdigkeit im Eigeninteresse der Normungsverbände liegen, dass diese die Aufgabe für SEP-bezogene Streitigkeiten selbst übernehmen und ein Streitbeilegungsverfahren aufzubauen.

b) Patendickicht ohne Normung

Während im Maschinen- und Fahrzeugbau, der Telekommunikation und der Elektrotechnik der modernen Normung eine überragende Bedeutung zukommt, spielt sie in anderen Sektoren, wie der Biotechnologie, keine Rolle. Dabei stellen hier Patendickichte das Innovationsgeschehen vor ganz ähnliche Probleme. In den herausragenden, öffentlichkeitswirksamen Fällen wurde das Problem bislang mit der Beschränkung bzw. der Aberkennung der Patente gelöst und damit in der Balance von Anreiz und Innovation zugunsten der Bewegungsfreiheit entschieden. Dieser rechtstechnische Weg dürfte aber für die große Mehrzahl der Fälle nicht gangbar sein.

Somit stellt sich die Frage, wie eine nachträgliche Feinsteuerung über einen *more technological approach* in Sektoren ohne Normung aussehen kann. Gibt es in der Biotechnologie eine Technikspezifität, die sich auf das Verhalten der Ingenieure und Forscher auswirkt, die rechtlich Anerkennung verlangt?

⁴⁵ Wobei die verschiedenen Normungsorganisationen unterschiedliche Verpflichtungen verlangen, A. Balitzki (2013, supra Fn. 42), S. 61–69.

⁴⁶ So auch A. Balitzki (2013 supra Fn. 42), S. 258–264; zu einen law and economics-Ansatz mit gleichem Ergebnis R. C. Bernieri, Ex-Post Liability Rules in Modern Patent Law, Antwerpen/Oxford/Portland, 2010, S. 285.

⁴⁷ Als nationale Regelung etwaig ein neuer Abschnitt zwischen §§ 64 und 65 PatG.

Im Gegensatz zu den durch „Selbstregulierung der Normung“ gekennzeichneten Sektoren, ist der Biotechnologie- Sektor stark reguliert (patentrechtliche Sonderregeln; Gefahrenabwehrrecht). Zudem ist der Sektor eng mit der öffentlich-finanzierten Forschung verwoben, sodass Publikations- bzw. Lizenzierungspflichten berücksichtigt werden müssen.⁴⁸ Zwar wird ein Schutzrecht unabhängig von der späteren Regulierung erteilt (Art. 27 Abs. 2 TRIPS), auch sind die Auswirkungen eines *einheitlichen* Rechts anfänglich einheitlich. Aber in der Praxis treffen die Schutzwirkungen *de facto* auf ein unterschiedliches regulatives Umfeld, das die Wirkungen von Schutzrechten verändert. Ein in der Wurzel gleiches Schutzrecht wirkt in Dänemark anders als in Italien. Die regulativen Vorgaben sind vom entscheidenden (Patent-) Richter zu berücksichtigen und umzusetzen.

Das Forschungsprojekt „Boundaries to Information Property“, das die Autorin unter dem Dach des Common Core of European Private Law zusammen mit der Patentrechtlerin Geertrui van Overwalle aus Leuven, der Urheberrechtlerin Lucie Guibault aus Amsterdam und dem Rechtsphilosophen Deryck Beylveid aus Durham UK durchgeführt hat, hat diese Schutzwirkungsänderung an 14 Fallgestaltungen rechtsvergleichend für 16 Jurisdiktionen erhoben.⁴⁹

Ein Fall ist an den Myriad-Fall angelehnt.⁵⁰ In dem Original-Fall geht es um die Diagnose der erblichen Veranlagung von Brustkrebs. Zwei Patente (von vielen) auf die Gensequenzen BRCA 1 und 2 stehen *pars pro toto* für die Probleme der eingeschränkten Zugänglichkeit zu Diagnostika (sehr hohe Preise) und eine Blockade von Weiterentwicklungen im öffentlichen Sektor. In der Praxis wurde der Streit sowohl in Europa als auch in den USA durch Einschränkung bzw.

48 Vor allem bei EU-geförderter Forschung, vgl. Art. VO 1290/2013 (ABl. EU L 347 v. 20.12.2013, S. 81) – Beteiligungsregeln zum Forschungsrahmenprogramm Horizon 2020; zu Struktur und Vorgängerprogrammen C. Godt, EU-Forschungs-, Wissenschafts- und Technologiepolitik (Kap. N), in: M. A. Dausen (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 23. Ergänzungslieferung, Beck, München 2006; aktueller: C. Godt, Technology Transfer – The Change of European Governance of Research from a Private Law Perspective, in: D. Jansen (Hrsg.), The Changing Governance of Research, Berlin (*im Druck, erscheint 2014*).

49 Methodisch verfolgen alle Projekte unter dem Common Core-Dach die einheitliche Methode der „factual analysis“. Die vergleichende Analyse erfolgt nicht auf Grundlage von Prinzipien, sondern aufgrund von Fällen, getrennt nach drei analytischen Ebenen. Die interessanteste Ebene ist die *policy* Ebene der sogenannten „metalegal formants“. Die Väter dieser Methode sind Rudolf Schlesinger, der mit dieser Methode das Cornell Project der 60er Jahre aufgebaut hat, und Rodolpho Sacco aus Turin, der die Methode konzeptionell weiterentwickelt hat (mehr zur Methode: <http://www.common-core.org/node/9>), zur Publikation des BIP-Projekts supra Fn. 14.

50 Der Fall lautet: „Mary, owner of a small biotech company, was granted a patent on the gene BRAU-7. As a utility, the patent accounts for cardiovascular diseases. Five years after the patent was granted, her competitor John found out that the gene BRAU-7, in conjunction with the gene BLIB-5, is responsible for healing wounds. The proportional relationship to which each gene accounts for the healing process is scientifically unclear. John is also granted a patent on his invention. He sets up a business and starts producing an ointment. Has Mary a claim of injunction against John?“, Kurzdarstellung der Vorbilder bei Godt (2007, supra Fn. 12), S. 196 ff.

Aberkennung der Patente gelöst.⁵¹ Um den Rechtstechniken jenseits der Patentablehnung auf die Spur zu kommen, haben wir den Myriad-Fall für unser Projekt abgewandelt und die Beständigkeit des Patents nicht streitig gestellt. Angesichts der deutschen Besonderheit der Trennung von Verletzung und Nichtigkeitsverfahren musste das Verfahrensrecht in der BIP-Fallgestaltung ausgegrenzt bleiben. Uns ging es um die Frage, wie Jurisdiktionen in Europa mit der Blockadegefahr umgehen, sei es durch Vertragsverweigerung oder überhöhte Preise. Vor allem fragten wir uns, ob es medizinrechtliche Vorstöße gibt.

Von den insgesamt 16 Landesberichten haben 15 diesen Fall beantwortet. 11 Berichtersteller gewähren den Unterlassungsanspruch (teilweise unter deutlicher Kritik an der *lex lata*), 4 versagen ihn. Keine der vier Versagungen stützen sich auf Medizinrecht, dafür aber auf sehr unterschiedliche Gründe innerhalb des Patentrechts. In einem Fall wurde eine Abhängigkeitszwangslizenz erteilt (Belgien, wo es gesetzlich die *public health*-Zwangslizenz gibt). In zwei Fällen wurde der Schutzbereich funktional reduziert (Frankreich, UK: nach Muster der Biotech-RL), in einem Fall wurde die Neuerung als patentrechtlich unabhängig qualifiziert (Italien).

Aufgrund der verfahrensrechtlichen Unterschiede musste in Kauf genommen werden, dass in bestimmten Rechtsordnungen Argumente eingeführt werden, die in deutscher Systematik in das Nichtigkeitsverfahren gehörten. Da es im Europäischen Patent mit einheitlicher Wirkung die Trennung nicht geben wird, sind solche Konstellationen allerdings in der Zukunft denkbar. Auf nationaler Ebene ist dies als gewollter Rechtsunterschied zu respektieren. Obwohl auch jetzt schon *de lege lata* Differenzen zwischen den Einzelpatenten im EPÜ-Bündelpatent bestehen können, wird sich dieses Phänomen verstärken. Dieser Befund überrascht die Europarechtler angesichts des Harmonisierungsanspruchs. Er ist vor allem für das Immaterialgüterrecht ungewohnt, da ein Patent mit dem Anspruch einer einheitlichen Wirkung erteilt wird. *Ein more technological approach* könnte erlauben, dass technologieorientierte Argumente in die Argumentation eingebracht werden und sich dadurch dogmatische Konstruktionen (wie etwa „umgekehrte Äquivalenz“; funktionale Einschränkung) verschieben. Aus deutscher Sicht können die Verschiebungen im Nichtigkeits- oder im Verletzungsprozess erfolgen, die Schutzwirkungen des Patents im Ganzen erfassen (Abhängigkeit) oder nur den Anspruch auf eine territoriale Einschränkung berühren (Zwangslizenz⁵²; auch bei funktionaler Eingrenzung).

⁵¹ Zu der Verfahrensentwicklung in Europa I. Schneider (supra Fn. 16), S. 612 f.; letzte Entscheidung in den USA (US Supreme Court vom 13.6.2013, supra Fn. 16). Aus Perspektive der Konstitutionalisierung mit weiteren Verweisen C. Godt (2014, supra Fn. 30), S. 220 f.

⁵² Zur territorial differenzierten Ausgestaltung der Zwangslizenz C. Godt, Differential Pricing of Patent-Protected Pharmaceuticals for Life-Threatening Infectious Diseases inside Europe – Can Compulsory Licenses be Employed?, in: C. Godt (Hrsg.), Differential Pricing of Pharmaceuticals inside Europe, Baden-Baden, 2010, S. 58 f.; zu den vielfältigen Zielen von Zwangslizen-

c) Endnutzerverhalten („file sharing“)

Ein BIP-Projektfall ist den „file sharing“ Fällen nachgebildet und dreht sich um die Privatkopie. Als Privileg besteht es in den meisten EU-Ländern, nur in drei EU-Mitgliedstaaten ist der Download auch für private Zwecke grundsätzlich verboten.⁵³ Im Übrigen ist die Privatkopie sehr unterschiedlich ausgestaltet. In Slowenien ist sie ganz eng formuliert. In den meisten Ländern ist die Privatkopie erlaubt, wenn die Ursprungskopie aus einer legalen Quelle kommt.⁵⁴ In Deutschland darf die Quelle nicht „offensichtlich rechtswidrig“ sein, § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG. Zwischen Slowenien und Deutschland steht Frankreich. Dort ist die Situation strenger geregelt, aber die Kriterien sind schwer aus dem Fallrecht extrahierbar. Eine breitere Ausnahme für Privatkopien als Deutschland praktizieren die Niederlande⁵⁵ und Polen. Dort ist die Privatkopie stets erlaubt, unabhängig von der Quelle.⁵⁶ Vom Personenkreis her gehören in Frankreich, Deutschland und Polen Familie *und* Freunde zur privilegierten Gruppe. In Belgien gehört nur die Familie dazu. In Tschechien, Irland und Litauen darf eine (privat) gebrannte CD auch innerhalb der Familie oder im Freundeskreis nicht weitergegeben werden.

Was könnte ein *more technological approach* in einer territorial so zerklüfteten Rechtslandschaft bringen? Dieser Fall betrifft weder die Normung, noch nachfolgende Innovationen, sondern kollektive Technologienutzung einer speziellen Nutzergruppe, nämlich von Jugendlichen (eine Bevölkerungsgruppe mit hoher Bedeutung für die Musikindustrie). Die Kriminalisierung dieser Praktiken der Jugendkultur hat das Urheberrecht nachhaltig beschädigt und dem Akzeptanzverlust des Urheberrechts Vorschub geleistet.⁵⁷ Im Kern der *file sharing*-Debatte geht es um das Spannungsverhältnis der Interessen von Schutzrechtsinhaber einerseits und dem Schutz von Familien und der Privatsphäre andererseits.⁵⁸ Ein *more technological approach* könnte hier zu einem differenzierenden Ansatz verhelfen, das Technikverhalten verschiedener Nutzergruppen zu unterscheiden. Das führte zu einem Schulterchluss mit der Konstitutionalisierungsdiskussion, die auf die Konkordanz abhebt. So ließe sich zwischen den (unrechtmäßigen)

zen H. Ulrich, Compulsory Licensing under Patent Law: European Concepts, in: W. A. Kaal/ M. Schmidt/ A. Schwartze (Hrsg.), FS C. Kirchner, Tübingen, 2014, S. 399–422.

53 BIP-Landesberichte Griechenland, Irland und Italien.

54 BIP- Landesberichte Belgien, Dänemark, Estland, Norwegen, Spanien.

55 Wobei die Rechtssituation in den Niederlanden umstritten ist.

56 Ob sich diese Rechtslage angesichts der Entscheidung des EuGH in *ACI Adam* (Entscheidung v. 10.4.2014, C-435/12) halten kann, bleibt abzuwarten. Laut der Entscheidung stehen nationalen Vorschriften Art. 5 RL 2001/29/EG entgegen, die nicht danach unterscheiden, ob die Quelle, auf deren Grundlage eine Vervielfältigung zum privaten Gebrauch angefertigt wurde, rechtmäßig oder unrechtmäßig ist. Ich danke M. Grünberger für den Hinweis.

57 A. Ohly, Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag: Urheberrecht in der Digitalen Welt – Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung? München, S. F 118.

58 Vgl. D. Wielsch, Relationales Urheberrecht, ZGE 2013, 274–311.

mengenmäßig umfangreichen Down- und Uploads halbgewerblicher Nutzer und dem (rechtmäßigen) Austausch Jugendlicher (14–18 Jahre) mit nicht-kommerziellen Interessen differenzieren. Die zweite Gruppe unterscheidet sich von der ersten, abgesehen vom Alter, im Nutzerverhalten. Zwar ist den Jugendlichen das Musikhören vordergründig wichtig, gleichrangig wichtig ist ihnen das Ausprobieren der Technik. Häufig ist die Menge der heruntergeladenen Musikdateien in dem verfügbaren Zeitrahmen überhaupt nicht mehr möglich. Zwar wird das Schicksal des Nicht-Gehört-Werdens auch vielen *gekauften* CDs zuteil. Von diesen unterscheidet sich aber der nicht-gehörte Download durch den Prozess der „eigenen“ Computernutzung. Jugendliche erwerben PC-Kompetenz (auch) durch diesen Musikaustausch. Die Lernkurve ist aufgrund der intrinsischen Motivation steil (im Gegensatz zu einem formal-technischen PC-Untericht). An diesem Erwerb von digitaler Kompetenz besteht ein gesellschaftliches Interesse, weil der Erfolg innovativer Entwicklungen von der Aufnahmekapazität der Bevölkerung abhängig ist. Eine Beschränkung des Unterlassungsanspruchs für diese Bevölkerungsgruppe würde den Eigentumsanspruch beschneiden, ohne ihn pauschal aufzugeben. Der Nutzen besteht in der Innovationsförderung und der Integrität eines abwägenden Urheberrechtssystems. Ein Zivilgericht wäre ohne weiteres nach Tatsachenaufklärung in der Lage, eine wertende Schutzdifferenzierung zwischen Vergütungsinteresse einerseits und dem Familienschutz andererseits vorzunehmen.⁵⁹ Der *more technological approach* gäbe der realen Wirklichkeit ein rechtstechnisches Instrument und entlastete Jugendliche (und deren Familien) vom Vorwurf der Rechtsverletzung. Einer legislativen Rechtsänderung bedürfte es nicht.

d) Öffentliche Datenbanken

Ein weiterer BIP-Fall zu einer öffentlichen Wetterdatenbank modelliert die Streitigkeiten um Google Earth und der Human Genome Bank.⁶⁰ Da sowohl die

⁵⁹ R. C. Bernieri (2010, supra Fn. 46), S. 233 f. sucht diese „Liability-Rule“ im Rahmen eines einheitlichen „Designs“ für vielgestaltige Fallkonstellationen zu greifen und Messlaten für die Berechnung einer etwaigen Gegenleistung (S. 242) aufzustellen.

⁶⁰ Wortlaut: „The Royal Institute of Meteorology of country X (RIM) is a 100 % publicly owned and funded entity whose statutory mission is to gather, organise, and interpret meteorological data. In the course of the last century, the RIM has developed an incredible database, containing all relevant statistics of the meteorological events that occurred during the period in its own country and across Northern Europe. Realising the immense commercial value of the information included in its database, RIM has recently decided to start licensing its use to the public for a substantial fee. The private research company CLIMATE seeks a licence for use. Referring to its sui generis database right, RIM reserves to itself the right to extract and re-utilise substantial and insubstantial parts of her database. CLIMATE objects to this contractual clause, referring to the public financing of the data base and claims both, free and unrestricted access to RIM's data bank. Has RIM a claim for injunction?“

Schutzgewähr für Datenbanken (RL 1996/9/EG⁶¹) als auch die Zugangsrechte zu Datenbanken in öffentlicher Hand (RL 2003/98/EG⁶² – Public Sector Information [PSI]) harmonisiert sind, sollten europaweit die Unterschiede gering sein. Ziel der PSI-Richtlinie war es, den Vorsprung der USA bei der Marktentwicklung digitaler Dienstleistungen zu verringern, die auf Datensätzen in öffentlicher Hand aufbauen.

Die Landesberichte zeigen indes, dass die nationalen Umsetzungen der PSI-Richtlinie sehr unterschiedlich erfolgten und die landesspezifischen historischen und kulturellen Unterschiede im Umgang mit öffentlichen Datenbanken perpetuierten. In den Niederlanden gab es vor Umsetzung der Richtlinie ein uneingeschränktes Zugangsrecht basierend auf dem Verständnis, dass steuerfinanzierte Datenbanken „öffentlich“ seien und ein jeder ein Recht auf Zugang habe. Umgekehrt herrschte in Deutschland ein Verständnis vor, dass Behörden „ihre“ Daten nicht preisgeben hätten. Grundlage für letzteres ist ein in der Kartographie und der Kriegskunst historisch verwurzelt etatistisches Staatsverständnis. Beiden Konzepten setzte die Europäische Kommission ein US-amerikanisches Service-Modell entgegen, wonach öffentliche Datenbanken der Marktentwicklung dienen sollen.⁶³

Ein *more technological approach* würde diese konzeptionellen Unterschiede offen legen und transparent machen, *wie* die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber die technologiepolitischen Vorgaben des Unionsgesetzgebers umsetzen. In diesem Fall würden die drei Staatsmodelle luzide. Die Art und Weise, *wie* die Mitgliedstaaten den verbliebenen Spielraum ausgestalten, ist als Korridor der kulturell geprägten technologiepolitischen Steuerung zu respektieren. Ein *more technological approach* könnte, im Gegensatz zu einem „normativen“ Approach, die Unterschiede gelassen diskutieren und erklären. Alleiniger Maßstab wäre, ob sich die Technologien in dem Korridor unterschiedlicher Regeln entwickeln können. Soweit dies der Fall ist, ist die regulative Vorgabe an die Mitgliedstaaten erfüllt und als selbstgewählte Einschränkungen zu respektieren.

e) Varianz des Zugangs

Im Kern geht es in allen vier Beispielfällen um Zugang zu Informationen, die immaterialgüterrechtlich zugeordnet sind. Die Beispiele zeigen die Bandbreite der Gründe zugleich für den Schutz und als auch für den Zugang. Deutlich wurde, wie schwer sich die Gerichte in der Praxis [a] und die akademischen Juristen an

61 ABl. EG L 77 v. 27.3.1996, S. 20.

62 ABl. EG L 345 v. 31.12.2003, S. 90.

63 Umsetzung erfolgte in Deutschland durch das Informationsweiterverwendungsgesetz (IWG), BGBl. I v. 13.12.2006, S. 291; einen Überblick zur Umsetzung in Europa vermittelt inzwischen das EU-finanzierte LAPSI2.0-Projekt (European Thematic Network on Legal Aspects of Public Sector Information, gefördert durch die EU 2007–2013), <http://www.lapsi-project.eu/>.

Hand der konstruierten Beispielfälle [b-d] mit der Zugangsgewähr tun. Während die Gründe und Grenzen der Schutzrechte über die Differenz der Schutzrechte und deren Tatbestandsmerkmale hinreichend ausdifferenziert sind, sind die Zugangsrechte zum geschützten Eigentum weitgehend undifferenziert als Ausnahme gestaltet. Nach herkömmlichen Verständnis ist „Zugang“ durch „Nichtschutz“ gewährleistet (Gemeinfreiheit, *public domain*). Ein *more technological approach* könnte dazu beitragen, die Zugangsgewährung nach den Gründen ausdifferenzieren und sie in der Wertigkeit für den technologischen Innovationsprozess zu ordnen. In den herausgegriffenen vier Fällen sind Standardessentialität [a], Angewiesenheit auf Ausgangsmaterialien [b], technologische Absorptionskompetenz in der Bevölkerung [c] und Marktentwicklung [d] thematisiert. Die Fälle zeigen, dass es ebenso wie bei der Ausgestaltung der schutzrechtlichen Tatbestandsvoraussetzungen auch bei den Zugangsrechten neben individuellen auch öffentliche technologiepolitische Interessen zu berücksichtigen sind. Die Natur und die Bewertung des Interessenskonflikts von Ausschluss und Zugang sind gespiegelt in den unterschiedlichen Voraussetzungen, unter denen Zugang gewährt werden müsste: gegen frei auszuhandelndes Entgelt [a]; je nach nationaler Ordnungspolitik mit oder ohne Entgelt [b]; grundsätzlich ohne Entgelt [c]; in der Höhe nach bestimmten Parametern begrenztes Entgelt [d].

Basis der Konturenlosigkeit der Zugangsrechte ist der eigentumsrechtliche Diskurs im Immaterialgüterrecht. Er hat zu einer Unterbewertung der Zugangsrechte geführt.⁶⁴ Es fehlt an dogmatisch-konstruktiven Argumentationsregeln und darin aufgehobenen Differenzierungen. Umgekehrt ist der Schutz der Immaterialgüterrechte trotz ihrer Einbettung im dynamischen Prozess des Wettbewerbs bis zum Ablauf der Schutzzeit unveränderlich und steht im uneingeschränkten Belieben der Rechteinhaber. Das experimentelle Ausloten von „Auswirkungen“ in technologischer Hinsicht zeigt, dass der undifferenzierte Eigentumsdiskurs dem modernen Innovationsverständnis nicht gerecht wird und eine einzelfallbezogene Bewertung im Nachhinein eine sachgerechtere Feinsteuerung bewirken kann. Verlangt diese Auswirkungsorientierung im Immaterialgüterrecht eine vergleichbar grundlegende Umorientierung in der Theorie des Geistigen Eigentums wie der *more economic approach* in der Wettbewerbstheorie?

5. Theoriebildung

Im Wettbewerbsrecht bewirkte die Auswirkungsanalyse in der Wettbewerbstheorie einen Perspektivenwechsel vom Wettbewerbsverhältnis hin zur Marktconstellation von Angebot und Nachfrage unter Einbeziehung der Kon-

⁶⁴ D. Wielsch, Zugangsregeln, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008,

sumenten.⁶⁵ Die Herausforderung eines *more technological approach* das Immaterialgüterrecht würde einen vergleichbar tiefgreifenden Perspektivenwechsel vom uneingeschränkten Eigentumsschutz auf die Rahmenbedingungen des Innovationsprozesses verlangen. Im Kern würden zwei immaterialgüterrechtliche Grundannahmen „irritiert“. Zum einen müsste es sich lösen vom statischen Schutz von *Erfindung* und *Werk* und sich einlassen auf ein zeitliches Verständnis eines dynamischen Innovationsprozesses, der nach einer Balance von Eigentum und Zugang verlangt. Techniker wissen um Blockaden durch Patente, um Innovationszyklen und die Bedeutung von Marktdurchdringung und Zweitmärkten, um einer neuen Technik zum Erfolg zu verhelfen. Erst wenn ein Recht „Marktwirkungen“ (nicht nur Rechtswirkungen) entfaltet, werden Gewinne erwirtschaftet. Zum anderen müsste sich das Immaterialgüterrecht auf den Steuerungsdiskurs von Technologieentwicklung einlassen, der im Konzert der Regulierer und der Selbstregulierung der Branchen territorial und sektoral weltweit unterschiedlich aussieht.

Damit stellt der *more technological approach* das Schutzrecht auf dreifache Weise um. Erstens öffnet er den Blick auf neue Akteure. Neben die Immaterialgüterrechtsinhaber und Wettbewerber treten Nutzer und Betroffene. Damit ist der Anspruch an das Schutzrecht formuliert, dass es auf Nutzer reagiert (Responsivität). Zweitens öffnet der *more technological approach* in zeitlicher Hinsicht den Blick auf eine Innovationsentwicklung⁶⁶ (Dynamik), die der Rechtsinhaber entweder selbst anstößt, etwa indem er sich an Normungsprozessen beteiligt, oder denen er ausgesetzt wird. Drittens verlangt der *more technological approach* dem Schutzrechtsinhaber eine technische Kontextanpassung ab. Der Eigentumsanspruch wird „kontextualisiert“. Somit kann im Verletzungsstreit Berücksichtigung finden, dass eine Technologie durch mehrere Hundert Patente verschiedener Rechteinhaber geschützt sein kann: Ein einziges Patent bildet heute selten „die Technologie“ ab (Mobilfunk/IT-Branche). Dadurch könnte thematisiert werden, dass ein Rechtsstreit um die Verletzung „eines“ Patents in der Regel ein Musterprozess ist (Bsp. „Patent 100“ *supra* Fn. 14.). Gestritten wird nicht um das *eine* Patent, sondern um die Branchenordnung und um Verhaltenskodizes. Alle drei Aspekte (Responsivität, Dynamik, Kontextualität) widersprechen im Kern dem eindimensionalen Abwehrrecht des Immaterialgüterrechtsinhabers. Der *more technological approach* würde die Eigentumsdogmatik für die verfassungsrechtlich inspirierten Konzepte der letzten zehn Jahre öffnen. Erkenntnisse der sozialwissenschaftlichen Innovationstheorie könnten in den Diskurs aufgenommen werden. Abstriche am Stabilitätsanspruch sind eine notwendige Konsequenz. Das rechtliche Vehikel dieser Anpassung sind Zugangsrechte, die

⁶⁵ Drexl (2011, *supra* Fn. 4), p. 329.

⁶⁶ Zu diesem Problem bereits H. Ullrich, Adequate Protection, Inadequate Trade, Adequate Competition Policy, 4 Pacific Rim Law & Policy Journal 1995, S. 153–210.

ex post kontextbezogen beansprucht und unter vorhersehbaren, konstitutionell eingebetteten, gerichtlich justiziablen Voraussetzungen gewährt werden. Der Blick auf den regulativen Rahmen verschaffte diesem Prozess Legitimität und Transparenz. Der *more technological approach* würde hierzu den sprachlich-diskursiven Rahmen bereitstellen, der Begründungsanforderungen stellt und Begründungslasten verteilt.

Solche Argumentationsweisen scheinen über eine bloße „Irritation“ hinaus zu gehen und schwer mit der theoretischen Grundlegung des Immaterialgüterrechts vereinbar zu sein. Um die Wende zum 20. Jhd. wurden Sinn und Zweck von Immaterialgütern noch diskutiert als Entweder–Oder zwischen privatem Eigentum und staatlichem Privileg.⁶⁷ Ein Abrücken vom Immaterialgüterrecht als unbedingtem Eigentum erscheint auf den ersten Blick nicht konsistent zu sein mit dem Verständnis von Kommodifizierung von Information, das allein dem Inhaber das Recht zuweist, damit dieses Gegenstand von Verträgen sein kann, um seine Funktion als marktgesteuerter Anreiz im Innovationsprozess zu erfüllen.

Ein zweiter Blick zeigt, dass die Entgegensetzung von Staat und Markt des 20. Jhd. längst einem verfassungsrechtlich informierten Diskurs über Eigentumsrechte Platz gemacht hat. Der *more technological approach* stellt sich aus dieser Perspektive als konzeptionell-dogmatisierende Umsetzung dessen dar, was die beiden Konstitutionalisierungsdiskurse im Geistigen Eigentum um Grundrechtskonkordanz und Legitimationsanspruch („Governance“) seit geraumer Zeit fordern. Diese beiden Strömungen haben bereits den Weg zu einem Markt-konzept geebnet, das Eigentumsschutz und Auswirkungsorientierung in Verhältnis setzt. Der Fokus der Grundrechtskonkordanz lag bei der judiziellen Kontrolle der Auswirkungen von Immaterialgüterrechten auf Rechte Dritte. Der Fokus der Governance-Diskussion liegt auf der Legitimation der immaterialgüterrechtlichen Steuerung. Was bislang fehlt, ist ein theoretisch fundierter Konnex von Immaterialgüterrecht und Techniksteuerungsrecht, der auch justizierbar ist. Dazu könnte der *more technological approach* eine Reflektion anstoßen.

Orientierung kann hier die aktuelle Rezeption von Karl Polanyi bieten.⁶⁸ Karl Polanyi (1886–1964) war Zeitgenosse von Joseph Schumpeter (1883–1950) und Fritz Machlup (1902–1983). Wie diese beiden Vordenker des Immaterialgüterrechts war Polanyi Österreicher (mit ungarischer Abstammung), Jude und Emigrant. 1933 verließ er Österreich, um zunächst in Großbritannien als Lehrer tätig zu sein, und 1940 mit einem Rockefeller Stipendium in die USA zu gehen. 1947 nahm er eine Gast-Professur an der Columbia University in New York an. Wie seine Landsmänner interessierte ihn die Frage, wie sich moderne, industrielle

⁶⁷ Godt (2007, supra Fn. 12), S. 506 f.

⁶⁸ Vgl. C. Joerges/J. Falke (Hrsg.), Karl Polanyi – Globalisation and the Potential of Law in Transnational Markets, Oxford, 2011; G. Resta/M. Catanzariti (Hrsg.), For a New West: Essays 1919–1958 – Karl Polanyi, Cambridge, 2014.

Marktwirtschaften entwickeln. Im Zentrum seines Denken steht – entgegen Adam Smith – der Grundgedanke, dass die moderne Industrialisierung gerade durch eine enge Verbindung von Staat und Markt gekennzeichnet ist. Zwar befasste sich Karl Polanyi nicht mit Immaterialgüterrecht, aber mit der Kommodifizierung. Mit Schumpeter stellte er die zerstörerische Kraft von Marktprozessen ins Zentrum seines Denken. Schumpeter allerdings begriff die Innovation als positiv kreative Zerstörungskraft, die neue Wachstumsimpluse setzt. Demgegenüber beschäftigte Polanyi das destruktive Potential der Kommodifizierung von Arbeit, Boden und Geld, die er als Gefahr für Kultur und Zivilisation begriff. Aus dieser Überlegung heraus fragte Polanyi nach einer Regulierung, die erforderlich ist, um Märkte zu zivilisieren. Ihm ging es nicht um die Abschaffung der Märkte, sondern um deren Einbettung. „*Social Embeddedness*“ wurde zum Zentralbegriff seines Denkens. Heute interessiert die Polanyi-Rezeption vor allem die Frage, welche Art von regulativer Einbettung zivilisierte Märkte verlangen. Diese Frage wird gestellt, weil die klassischen Nationalstaaten diese Einbettung für globalisierte Märkte nicht mehr sicherstellen können.⁶⁹ Die aktuelle Reflektion dreht sich um „*regulatory embeddedness beyond states*“. Es geht um die miteinander verschränkte Wechselbeziehung der „*visible hand of law*“ und der „*invisible hand of markets*“.⁷⁰

Diese Wechselbezüglichkeit von Markt und Staat ist an sich bei Immaterialgüterrechten augenfällig. Die tatbestandliche Struktur der Immaterialgüterrechte ist legislativ vorgegeben, teils werden die Rechte administrativ erteilt.⁷¹ Erst die eigentumsrechtliche Konzeption schneidet den Konnex zum Techniksteuerungsrecht ab. Die Entkopplung findet ihren Niederschlag in Art. 27 Abs. 2 TRIPS („Die Mitglieder können Erfindungen von der Patentierbarkeit ausschließen [...], vorausgesetzt, dass ein solcher Ausschluss nicht nur deshalb vorgenommen wird, weil die Verwertung durch ihr Recht verboten ist.“) Eigentlich zielt die Vorschrift (allein) auf die Entkopplung von Patentschutz und Genehmigungserfordernis. Im Verein mit dem Einheitlichkeitstheorem (Diskriminierungsverbot gemäß Art. 27 Abs. 1 TRIPS) reflektieren die Normen aber ein Konzept der Trennung von einem einheitlichem Schutzrecht in der Welt des Marktes und einem territorial begrenzten Steuerungsanspruch der Staaten. Der *more tech-*

69 G. Teubner/A. Fischer-Lescano, Fragmentierung des Weltrechts: Vernetzung globaler Regimes statt estatistischer Rechtseinheit, in: M. Albert und R. Stichweh (Hrsg.), *Weltstaat und Weltstaatlichkeit: Beobachtungen globaler politischer Strukturbildung*, Wiesbaden 2007, 37–61.

70 Zum Bild des „double movement“ siehe die Beiträge von M. Renner, *The Dialectics of Transnational Economic Constitutionalism* (419, S. 429 ff) und P. Zumbansen, *The Next ‚Great Transformation‘? The Double Movement in Transnational Corporate Governance and Capital Markets* (181), beide in: C. Joerges/J. Falke (Hrsg.), *Karl Polanyi – Globalisation and the Potential of Law in Transnational Markets*, Oxford, 2011.

71 Zur rechtlichen Einordnung der Patentregistereintragung jüngst J. Seiler, *Die patentrechtliche Bedeutung der Patentregistereintragung unter besonderer Berücksichtigung des Patentverletzungsprozesses*, Tübingen, 2013.

nological approach könnte die Reflektion der realen Verschränkung befördern. In der Realität ist die Innovationsentwicklung durch ein Instrumentenmix regulativ *einbettet*. Dieses erhebt keinen Anspruch auf finale Steuerung, verweigert sich aber einer vollständigen Freigabe „an den Markt“. Moderne Demokratien kommen nicht umhin sich *als Marktordnung* „zu steuern“, wobei heute die Eigengesetzlichkeiten der einzelnen rechtlichen und technischen Subsysteme respektiert werden. Es geht um responsive Kopplung dezentralen Wissens.⁷² Aus dieser Perspektive sind Immaterialgüterrechte neben der öffentlich-rechtlichen Regulierung Bestandteil des Instrumentenmixes. Die „Irritation“ des *more technological approach* wäre dann der Diskurs über Zielkongruenz und -differenz im Instrumentenmix und über hybride⁷³ Instrumente der technologischen Steuerung der Wissensgesellschaft.

6. Fazit und Ausblick

Transponierbar ist der *more economic approach* des Europäischen Wettbewerbsrechts als *more technological approach* ins Geistige Eigentum als Anspruch auf eine bessere Auswirkungsreflektion. Als solcher würde er nicht nur neue Anforderungen an die Entscheidungsbegründung stellen. Er könnte die judizielle Gewährung von Zugangsrechten konzeptionell fundieren und zu der Ausdifferenzierung der Gründe und Voraussetzungen beitragen. Die durch den neuen *more technological approach* ausgelösten Irritationen in der Theorie des Geistigen Eigentum betreffen vor allem das Eigentumskonzept. Diese Herausforderungen lassen sich mit Polanyi's Konzept der „Eingebettetheit von Märkten“ und den modernen Diskursen zu Konstitutionalisierung und Governance in theoretischer Hinsicht greifen.

In Teilen gestaltet sich der *more technological approach* als rechtstechnische Umsetzung der Konstitutionalisierungsdiskurse. Er geht aber über die Konstitutionalisierungsforderungen hinaus, indem er eine Öffnung hin zur Reflektion von technologischen Innovationsprozessen befördert. Diese kommen nicht einfach durch die Setzung von Eigentumsrechten in Gang. Es bedarf vielmehr der Steuerung, die die Zeitperspektive der Technikentwicklung durch Weiterentwicklung und Nutzung stabilisiert und dabei zugleich demokratische Akzeptanz und Legitimität generiert. Der Konnex zu den Techniksteuerungsrechten, die territorial unterschiedlich sind und häufig unterschiedliche Ziele verfolgen und aus diesen Gründen von innen heraus den Inhalt der Schutzrechte des Geistigen Eigentums ändern, kann durch den *more technological approach* diskutierbar werden. Der technologische Diskurs mag auf diese Weise Verkrustungen des

72 D. Wielsch, Zugangsregeln. Die Rechtsverfassung der Wissensteilung, Tübingen, 2008, S. 6 ff.

73 Zu „Hybriden“ im modernen Recht K. Tuori, On Legal Hybrids, in: H.-W. Micklitz/Y. Svetiev (Hrsg.), A Self-Sufficient European Private Law – A Viable Concept? EUI Working Papers Law 2012/13 (2012), 67.

Eigentumsdiskurses auflösen und Lösungen naheliegen, die pragmatisch, praxisnah und am Einzelfall orientiert sind.

Summary

The article explores the proposal of a transposition of the *more economic approach* of European competition law as *more technological approach* into the law of intellectual property (IP). By exploring the content and the boundaries of such kind of methodological translation, it carves out that the essence of such an exercise is an effect based approach to legal interpretation in contrast to a legalistic application of law. The article tests the approach on four examples and comes to the conclusion that an effect based approach challenges the conceptual grounds of IP-theory in a similar way as the *more economic approach* did for competition law. It helps to overcome a dogmatic narrowness of a property-focussed perspective and to re-direct legal interpretation towards an approach which respects the social embeddedness of market institutions. The final results are similar to those achieved by a constitutional interpretation of IP-law.

Zeitschrift für Geistiges Eigentum

Intellectual Property Journal

Band 6 (2014), Nr. 3

Die Zeitschrift für Geistiges Eigentum (ZGE) bietet als forschungsorientierte Zeitschrift ein Forum für grundlagenorientierte Abhandlungen zum Patentrecht, Urheberrecht, Kennzeichenrecht und zu verwandten Rechtsgebieten. Dabei stehen nicht nur Fragen des geltenden Rechts im Mittelpunkt, sondern auch die rechtshistorischen, rechtsphilosophischen, methodologischen und – insbesondere – ökonomischen Grundlagen. Da das Recht des geistigen Eigentums wie nur wenige andere Rechtsgebiete vom europäischen Gemeinschaftsrecht geprägt ist, soll die Zeitschrift nicht zuletzt einen Beitrag zur Entstehung einer genuin europäischen Dogmatik leisten.

The Intellectual Property Journal (IPJ) is a research-oriented journal dedicated to patents, copyright, trade marks and related areas of law. It provides a forum for articles which analyze fundamental issues of intellectual property law, including its historical, philosophical, methodological and – in particular – economic foundations. Since intellectual property law has been influenced by European Community law to a greater extent than other areas of private law, the journal will also aim at contributing to the development of a genuinely European doctrine.

Herausgeber/ Michael **Grünberger**, Universität Bayreuth
Editors Maximilian **Haedicke**, Universität Freiburg/Breisgau
Diethelm **Klippel**, Universität Bayreuth
Matthias **Leistner**, Universität Bonn
Karl-Nikolaus **Peifer**, Universität Köln



Mohr Siebeck www.mohr.de



1867-237x(201409)6:3;1-G

Zeitschrift für Geistiges Eigentum

Intellectual Property Journal

3

Band 6
2014

Michael Grünberger/Rupprecht Podszun

Ein *more technological approach* für das
Immaterialgüterrecht? **269–270**

Hannes Federrath

Herausforderungen des technologischen Wandels an das Recht
aus Sicht der Technik **271–278**

Christine Godt

Regulative Einbettung der Immaterialgüterrechte **279–301**

Malte-Christian Gruber

Vermittler, Störer, Rechtsverletzer: Zur Hybridhaftung
im Internet **302–324**

Axel Beater

Die Reflexion technischer Zusammenhänge im Recht –
Vorbild UWG? **325–334**

Jan Felix Hoffmann

Der immaterialgüterrechtliche Vernichtungsanspruch –
Versuch einer Zivilisierung **335–384**

Neue Bücher

Lucie Guibault/ Andreas Wiebe (Hrsg.): Safe to be open:
Study on the protection of research data and recommendations
for access and usage (*Stephan Szalai*) **385–387**

Reinhard Sucker: Der digitale Werkgenuss im Urheberrecht
(*Benjamin Raue*) **387–390**

Thomas Nietsch: Anonymität und die Durchsetzung urheber-
rechtlicher Ansprüche im Internet (*Haimo Schack*) **391–394**



Mohr Siebeck

Zeitschrift für Geistiges Eigentum

Intellectual Property Journal

Herausgegeben von Michael Grünberger, Maximilian Haedicke,
Diethelm Klippel, Matthias Leistner und Karl-Nikolaus Peifer

Manuskripte und redaktionelle Anfragen werden an einen der Herausgeber erbeten:

- Prof. Dr. *Michael Grünberger*, LL.M. (NYU), Universität Bayreuth, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschafts- und Technikrecht, 95440 Bayreuth, michael.gruenberger@uni-bayreuth.de
- Prof. Dr. *Maximilian Haedicke*, Albert-Ludwigs-Universität, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Institut für Wirtschaftsrecht, Abteilung IV: Recht des Geistigen Eigentums, 79085 Freiburg, maximilian.haedicke@jura.uni-freiburg.de
- Prof. Dr. *Diethelm Klippel*, Universität Bayreuth, Bürgerliches Recht und Rechtsgeschichte, 95440 Bayreuth, diethelm.klippel@uni-bayreuth.de
- Prof. Dr. *Matthias Leistner*, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Recht des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht, Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht der Universität Bonn, Adenauerallee 46a, 53113 Bonn, sekretariat.leistner@jura.uni-bonn.de
- Prof. Dr. *Karl-Nikolaus Peifer*, Universität Köln, Institut für Medienrecht und Kommunikationsrecht, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht mit Urheberrecht, Gewerblichen Rechtsschutz, Neue Medien und Wirtschaftsrecht, Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln, kpeifer@uni-koeln.de

Übertragung der Rechte: Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht für die Publikation in gedruckter und elektronischer Form. Weitere Informationen dazu und zu den beim Autor verbleibenden Rechten finden Sie unter www.mohr.de/zge

Ohne Erlaubnis des Verlags ist eine Vervielfältigung oder Verbreitung der ganzen Zeitschrift oder von Teilen daraus in gedruckter oder elektronischer Form nicht gestattet. Bitte wenden Sie sich an rights@mohr.de

Richtlinien für Manuskripte für die ZGE finden Sie unter www.mohr.de/zge

Erscheinungsweise: Bandweise, pro Jahr erscheint ein Band zu 4 Heften mit je etwa 130 Seiten.

Online-Volltext: Im Abonnement für Institutionen und Privatpersonen ist der freie Zugang zum Online-Volltext enthalten. Institutionen mit mehr als 20.000 Nutzern bitten wir um Einholung eines Preisangebots direkt beim Verlag. Kontakt: elke.brixner@mohr.de. Um den Online-Zugang für Institutionen/Bibliotheken einzurichten, gehen Sie bitte zur Seite: www.ingentaconnect.com/register/institutional. Um den Online-Zugang für Privatpersonen einzurichten, gehen Sie bitte zur Seite: www.ingentaconnect.com/register/personal.

Verlag: Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Postfach 2040, 72010 Tübingen.

Vertrieb: erfolgt über den Buchhandel.

© 2014 Mohr Siebeck GmbH & Co. KG Tübingen

Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen einzelnen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany.

Satz: Martin Fischer, Tübingen; *Druck:* Gulde-Druck, Tübingen

ISSN 1867-237X