

# Überforderung des EuGHs im Recht des Geistigen Eigentums?

## Autonome Unionsrechtsauslegung *versus* immaterialgüterrechtsimmanente Prinzipien

*Christine Godt*

### A. Einleitung

Die sachliche Kompetenz des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) als Spruchkörper im Recht des Geistigen Eigentums ist heftig umstritten. Die einen kritisieren die inhaltliche Qualität der Entscheidungen und den mangelnden Respekt vor mitgliedstaatlichen und fachspezifischen Traditionen: Das Gericht sei überfordert. Die anderen begrüßen seine Jurisdiktion als rechtliche Modernisierung und würdigen die Integrationsleistung.

Vergleichbare Kritik gibt es auch in anderen Rechtsgebieten, nur fällt sie im Geistigen Eigentum deutlich schärfer aus und geht über das hinaus, was an anderen internationalen Streitbeilegungsorganen, z. B. der WTO, bemängelt wird.<sup>1</sup> Augenfällig hat sich die Kritik am EuGH bei der Etablierung des Europäischen Patentsystems radikalisiert;<sup>2</sup> die Vertragsstaaten haben das materielle Patentrecht weitgehend dem Zugriff des EuGH entzogen.<sup>3</sup> Dem zugrunde lie-

---

<sup>1</sup> *Gerstetter*, Substance and Style – Judicial Decision Making at the World Trade Organization – „trade and“-cases, Doktorarbeit, vor der Universität Bremen verteidigt am 10.1.2017, Publikation in Vorbereitung.

<sup>2</sup> Das englische Wort „court bashing“ beschreibt die Qualität der Kritik am besten. Kronzeuge der Kritik ist vorzugsweise der englische Richter Judge *Jacobs*: „This is no time for anything other than plain speaking ... I know of no one who is in favour of involvement of the CJEU in patent litigation“ (zitiert nach *Brinkhoff/Ohly*, Towards a Unified Patent Court in Europe, in: *Ohly/Pila* (Hrsg.), The Europeanisation of Intellectual Property Law, 2013, S. 199, 215, Fn. 99). Ähnliche Statements sind von deutschen und niederländischen Richtern der Obergerichte bekannt. *Jaeger* spricht vom Versuch, den EuGH im Europäischen Patentrecht „auszuschalten“, *Jaeger*, *EuZW* 2013, 15, 18. Zur Kritik an zu weitgehender Europäisierung im Vorfeld der endgültigen Verwerfung des EPLA-Vorschlags durch den EuGH im Jahr 2011, *Pagenberg*, *GRUR-Newsletter* 2/2010, 5.

<sup>3</sup> Die VO (EU) 1257/2012 des Parlaments und des Rats v. 17.12.2012 über die Umsetzung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes, *ABl. EU* 2012 L 361, 1 (im folgenden EPV) enthält kaum auslegungsfähige, materielle Regeln. Nicht zuletzt auf Intervention des UK-Premiers Cameron wurden Regeln zu Rechtsumfang und Verletzungshandlungen gestrichen und durch einen Verweis auf das nationale Recht ersetzt, jetzt Artikel 5 sec. 3 EPV, *Schneider*, in: *Rehder/Schneider* (Hrsg.), *Gerichtsverbände, Grundrechte und Politikfelder in Europa*, 2016, 125 (S. 146). Aktuell (2017) stockt der Prozess zur Inkraftsetzung des Regelwerks infolge der Vorlage des deutschen Zustimmungsgesetz zum BVerfG vom 12.6.2017.

gen Streitigkeiten über wettbewerbsrechtliche Grenzsetzungen,<sup>4</sup> biotechnologische Patente,<sup>5</sup> ergänzende Schutzzertifikate<sup>6</sup> und Urheberrecht.<sup>7</sup> Das Argument der materiellen „Unrichtigkeit“ ist gepaart mit dem Argument, dass der EuGH nur strategisch seine eigene institutionelle Kompetenz ausbauen wolle.<sup>8</sup> Bei Vorlagefragen beantworte er nicht die eigentlich gestellte Frage und träte nicht in einen Rechtsdialog<sup>9</sup> mit den nationalen Gerichten ein.<sup>10</sup> Die Diskussion verstrickt mithin eine Diskussion über Eigengesetzlichkeit des Geistigen Eigentums und verfassungsgerichtähnliche Aufsicht über diese Spezialmaterie mit einer Diskussion über das Verhältnis von EU und Mitgliedstaaten.

Der vorliegende Beitrag geht der Frage nach, woran die „Qualität“ eines (nationalen oder europäischen) Urteils im Geistigen Eigentum überhaupt festgemacht wird. Anders formuliert: Wann ist ein Gericht „überfordert“? Der Beitrag ist an der Grenze von sachbezogener und instrumenteller Kritik interessiert. Kann man an den Gründen und der Struktur von Argumenten die Motive von Kritik unterscheiden? Welches sind die Gründe, warum ein Kritiker ein Gericht jenseits von einzelfallbezogener Urteilskritik ablehnt und seine Legitimität als solche in Frage stellt? Bezogen auf den EuGH: Welches sind die Gründe, aus denen die einen die Entscheidungen des EuGH begrüßen, die anderen ablehnen? Kann man speziell im Geistigen Eigentum sachbezogene Argumente von solchen unterscheiden, die die Legitimität grundsätzlich anzweifeln? Gibt es eine Schwelle, wo das Infragestellen von Legitimität problematisch wird?

Zur Klärung dieser Fragen geht der Beitrag wie folgt vor: Zunächst werden die Themen der Kritik identifiziert, ein Set von 33 besonders umstrittenen Fäl-

<sup>4</sup> Beginnend mit der Leitentscheidung EuGH, Rs. C-241/91, Magill, bis zu EuGH, Rs. C-170/13, Huawei. Zur Bedeutung von Magill früh: *Ullrich*, in: Dreyfuss/Zimmerman/First (Hrsg.), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property*, 2001, S. 365; in den Kontext gestellt von *Strowel/Kim*, in: Ohly/Pila (Fn. 2), S. 121, 128.

<sup>5</sup> Kritik zum Brüstle Urteil des EuGH: *Taupitz*, GRUR 2012, 1; *Plomer*, 2 Queen Mary J IP 2012, 110; Gärditz bezeichnet das Urteil als „widersprüchlich“, *Gärditz*, Human Dignity and Research Programmes Using Embryonic Stem Cells: An analysis of the Brüstle/Greenpeace – judgement of the European Court of Justice, expert opinion of 23.11.2011, download: [http://www.1-von-uns.de/typo3/fileadmin/user\\_upload/Report-Bruestle-Judgement\\_final.pdf](http://www.1-von-uns.de/typo3/fileadmin/user_upload/Report-Bruestle-Judgement_final.pdf).

<sup>6</sup> *Kalden*, ABl. EPO 5/2015, 120.

<sup>7</sup> Leitentscheidungen: Beginnend mit Vbd. EuGH, Rs. C-92/92 und C-326/92, *Phil Collins*, mittlere Phase: EuGH Rs. C-275/06, *Promusicae*, jüngste Phase: EuGH, Rs. C-70/10, *Scarlet/SABAM* und C-360/10 *SABAM/Netlog* bis zu EuGH, Rs. C-160/15, *GS Medien* und C-484/14, *McFadden*, zur Entwicklung *Strowel/Kim* (Fn. 4); diskutiert von *Metzger*, ZEUP 2017 (im Erscheinen).

<sup>8</sup> Mit starkem Rückenwind aus dem politikwissenschaftlichen Theoriestreit zwischen Intergouvernementalismus und Neo-Funktionalismus (Supranationalismus), *Favale/Kretschmer/Torremans*, CREATE Working Paper 2015/07, zur Publikation angenommen von *Modern Law Review*.

<sup>9</sup> Ausführlich zum Rechtsdialog zwischen den Gerichten im Mehrebenensystem, *Cafaggi et al.*, „Judicial Interaction Techniques – Their Potential and Use in European Fundamental Rights Adjudication“, *Final Handbook*, 2014, S. 38 *et seq*; *Rheder/Schneider* (Fn. 3).

<sup>10</sup> *Ohly/Pila/Jacob* (Fn. 2), S. 185, 198; *Kalden* (Fn. 6), 120.

len auf Abweichungen des Gerichts von den Schlussanträgen der Generalanwälte untersucht und die Hauptschlagrichtungen der Kritik unterschieden (B.). Das Set umfasst Leitentscheidungen aus allen Schutzrechten, ergänzt um Verfahrensrecht, Wettbewerbsrecht und Erschöpfungsfälle (Warenverkehr). Aufgrund der identifizierten Muster werden in Abschnitt (C.) drei spezifisch immaterialgüterrechtliche Prinzipien anhand von sieben Fällen konkreter daraufhin untersucht, worin genau sich die Argumentationsstruktur des EuGH von den nationalen Fachgerichten unterscheidet. Im Anschluss (D.) wird die sozialwissenschaftliche Literatur zur Legitimität von Gerichtsentscheidungen im Allgemeinen und von Spezialgerichten im Besonderen gesichtet und mit den Befunden verglichen. Ein Schlusskapitel (E.) sucht die eingangs gestellten Fragen zu beantworten.

## B. Bestandsaufnahme: Themen, Urteile und Kritikstruktur

### I. Drei Themen

Die Kritik entzündet sich an drei Themenkomplexen, auch wenn diese häufig überlappend diskutiert werden.

Erstens geht es um das Verhältnis nationaler und internationaler Gerichte in einem komplizierten Geflecht von intergouvernementalen, unionsrechtlichen (nebeneinander vereinheitlichtes und harmonisierendes) sowie nationalen Rechtsmaterien.<sup>11</sup> Der Gerichtshof überprüft die Entstehungsvoraussetzungen der unionsunmittelbaren Rechte (Marken; Sortenschutzrechte nach VO 2100/94, ergänzende Schutzzertifikate für Medizinpatente nach VO 469/2009/EC). Er selbst judiziert aber keine EPÜ-Patente. Die zivilistischen Streitigkeiten über Patente mit europäisch-einheitlichem Effekt werden in Zukunft dem intergouvernementalen Einheitlichen Patentgericht obliegen,<sup>12</sup> das kein genuines EU-Gericht ist.<sup>13</sup> Die Überprüfung der EPÜ-Patente selbst bleibt bei der Europäischen Patentorganisation (EPO).<sup>14</sup> Der EuGH wird für diese

<sup>11</sup> Konzis: *Ohly/Pila/Arnold* (Fn. 2), 25. Integriert: *Kur/Dreier*, *European Intellectual Property Law*, 2013; *Cook*, *EU Intellectual Property Law*, 2010. Zum komplizierten Wechselverhältnis von EPO und EU mit der ungelösten Konkurrenz von Streitkammern und EuGH instruktiv: *Schneider*, *Das Europäische Patentsystem*, 2010, S. 180 ff. Zum Verhältnis des formalen, auf EPÜ-Ebene erteilten Rechtstitels und der Interpretation der Ansprüche in den nationalen Jurisdiktionen, *Metzger*, GRUR 2016, 549.

<sup>12</sup> Deshalb bezeichnet *Schneider* die VO als „hohles Gehäuse“, *Schneider* (Fn. 2), S. 148.

<sup>13</sup> *Jaeger* (Fn. 2); *Geiger*, *Integration by Courts: The Role of the CJEU in the European Patent System: Reconciling the Single Market with Human Rights Concerns?* Präsentation auf dem ESF-Workshop „The future of Patent Governance in Europe“, Hamburg 1./2. Sept. 2014 (<https://www.biogum.uni-hamburg.de/3pdf-med/esf-integration-3.pdf>, letzter Aufruf: 28.2.2017).

<sup>14</sup> Zu dieser „Rechtsmodularisierung“ und deren Auswirkungen auf die Rolle des EuGHs und auf das Unionsrecht insgesamt siehe *Ullrich* in diesem Band.

Patente auch nicht zu einem Berufungsgericht.<sup>15</sup> Jenseits der unionseigenen Rechte, interpretiert der EuGH harmonisierendes Unionsrecht (Biopatent-Richtlinie 98/44/EC; in Zukunft die VO über den einheitlichen Patentschutz 1257/2012), legt vereinheitlichendes Verfahrensrecht aus (Durchsetzungsrichtlinie 2004/48/EC) und überprüft das nationale Recht am Maßstab der Grundlagenverträge (Nichtdiskriminierung,<sup>16</sup> Grundfreiheiten,<sup>17</sup> Wettbewerb<sup>18</sup>). Im Urheberrecht ist die Verschränkung von nationalem und Europäischem Recht anerkannt und wird weitgehend positiv konnotiert.<sup>19</sup> Diese Mehrebenenverschränkung ist spannungsreich. Es ist aber nicht von der Hand zu weisen, dass es eines europäischen Koordinationsinstruments bedarf. Nationale Gerichte verlieren an Herrschaft, gewinnen aber auch mittelbar an Einfluss auf die Rechtsauslegung in anderen Mitgliedstaaten.

Das zweite, tieferliegende Thema ist die Rolle des EuGH in einem sich verändernden Europa.<sup>20</sup> Aus dieser konstitutionellen Frage<sup>21</sup> wird im hiesigen

<sup>15</sup> Der EuGH wird allein auf Vorlage durch nationale Gerichte oder der EPV-Spruchkammern der ersten und zweiten Instanz tätig (dazu vertieft *Ulrich*, EuGH und EPG im europäischen Patentschutzsystem: Wer hat was zu sagen?, in diesem Band). In der Fachliteratur zum Geistigen Eigentum ist dabei vor allem umstritten, ob Art. 5 sec. 3 EPV selbst vom EuGH ausgelegt werden kann (*Haedicke*, GRUR Int 2013, 606, 614): eine „eigenartige Verweisungsnorm“; *Busse/Keukenschrijver*, Patentgesetz, 8. Aufl., 2016, Rn. 51; *Dimopoulos*, in: Pila/Wadlow (Hrsg.), *The Unitary Patent System*, 2015, S. 57; *Geiger* (Fn. 13); *Tilmann*, JIPLP 2013, 78. Vor dem Hintergrund der EuGH-Rechtsprechung zu seiner Auslegungskompetenz für intergouvernementale und gemischte Verträge ist insoweit nicht von einer richterlicher Zurückhaltung des EuGH auszugehen (seit EuGH, Rs. C-22/70, AETR und EuGH, Rs. C-181/73, Haegeman, bis zu den jüngeren Entscheidungen zur Århus-Konvention EuGH, Rs. C-240/09, Slowakischer Braunbär; ECHR-Gutachten 2/13 v. 18.12.2014). Es ist eher wahrscheinlich, dass der EuGH seine Kompetenz aus dem „unitary effect“ ableitet, *Brinkhof/Ohly* (Fn. 2), S. 216 und sich auf Fragen der Kohärenz des unionsrechtlichen und des unionsrechtlich geprägten Immaterialgüterrechts und seine Einbindung in die Grundrechtsverfassung der EU konzentriert, dazu *Ulrich* (ebenda, in diesem Band).

<sup>16</sup> Vbd. EuGH, Rs. C-92/92 und C-326/92, Phil Colins, in den Kontext gestellt bei *Strowel/Kim* (Fn. 4), S. 128.

<sup>17</sup> Grundsatz der gemeinschaftsweiten Erschöpfung, EuGH, Rs. C-15/75, Centrafarm.

<sup>18</sup> Lizenzvertragsrecht (via Gruppenfreistellungsverordnungen nach Art. 101 AEUV) und Missbrauch (Art. 102 AEUV), *Brinkhof/Ohly* (Fn. 2), 215; *Ulrich*, in: Drexler/Lee (Hrsg.), *Pharmaceutical Innovation, Competition and Patent Law – A trilateral perspective*, 2013, S. 241, *Domeij*, in: Drexler/Lee, 2013 (ebenda), S. 273; *Drexler*, in: Drexler/Lee 2013 (ebenda), S. 290.

<sup>19</sup> *Metzger* (Fn. 7); *Roder*, Die Methodik des EuGH im Urheberrecht: die autonome Auslegung des Gerichtshofs der Europäischen Union im Spannungsverhältnis zum nationalen Recht, 2016. Sogar eine Vollharmonisierung wird begrüßt von *Ohly/Pila/Hugenholz* (Fn. 2), S. 57, 73.

<sup>20</sup> Der Frage nach der institutionellen Rolle des EuGHs liegt die konstitutive Frage nach der Leitvorstellung von der Konstitution von Recht in einem geeinten Europa zugrunde: Soll dies ein einheitliches Recht für alle Mitgliedstaaten sein oder reicht ein intergouvernementaler Verbund, der auf gegenseitige Anerkennung angewiesen ist, aus? Zur Vision eines Unionsrechts vgl. Gemeinsame Schlussanträge der GA zum Gutachten 1/09 vom 2.7.2010 und den Beitrag von *Ulrich* in diesem Band.

<sup>21</sup> In der alle Kritiken an der EU aufgehoben sind: expansionistisches Hineinregieren in die Mitgliedstaaten [über die Grundfreiheiten], Demokratiedefizite und Intransparenz, politischer Messianismus, dazu *Weiler*, 9 I-CON 2011, 678.

Kontext eine rechtstechnische Frage, ob das Vereinigte Königreich auch nach dem Brexit ein Vertragsstaat des Patentpakets sein kann.<sup>22</sup> Mit der Wahl des Art. 20 EUV/Art. 326 AEUV als Kompetenztitel für das Patentpaket („Verstärkte Zusammenarbeit“, statt Art. 118 AEUV) war bereits die Verfaserungsdiskussion (nach innen) angestoßen, sie potenziert sich nun aber durch die Integration eines EU-Drittstaats (nach außen).<sup>23</sup> Wird der EuGH den Suprematie-Gedanken des EU-Rechts gegenüber dem intergouvernementalen Prozess stärken?<sup>24</sup> Im Bereich des Geistigen Eigentums werden zwei Diskussionen vor diesem Hintergrund vorangetrieben. Wie ist das moderne Geistige Eigentum in der verfassungsmäßigen Grundstruktur der EU eingebettet? Mit welcher Selbstbeschreibung füllt der EuGH seine Rolle aus, das vereinheitlichte sowie das harmonisierte Recht des Geistigen Eigentums auszulegen: Sucht er die Lücken als Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten offen zu halten<sup>25</sup> oder füllt er sie selbst durch Rechtsfortbildung aus?<sup>26</sup>

Das dritte Sachthema betrifft das Verhältnis von Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit. Die Spezialmaterie des Geistigen Eigentums, vor allem das Patentrecht, hat sich unter der Aufsicht einer spezialisierten Gruppe von Juristen entwickelt,<sup>27</sup> in vielen Staaten unter weitreichendem Einfluss von Naturwissenschaftlern.<sup>28</sup> Die Kritiker des EuGH betonen die Vorzüge der Spezialge-

<sup>22</sup> Ankündigung der Ratifikation des Patentpakets durch die Delegation des Vereinigten Königreichs auf der Sitzung des EU Wettbewerbsrats am 28./29. Nov. 2016, Dok. Nr. 14926/16, S. 8; zur Zulässigkeit der verbleibenden Mitgliedschaft *Ohly/Strein*, GRUR Int. 2017, 1; auch *Gordon/Pascoe*, Re the Effect of „Brexit“ on the Unitary Patent Regulation and the Unified Patent Court Agreement, Gutachten 12.9.2016 (download: <http://www.cipa.org.uk/policy-and-news/latest-news/legal-opinion-on-the-uks-participation-in-the-upc-after-brexit/>), vgl. *Leistner* in diesem Band.

<sup>23</sup> Die Grundstrukturen skizzieren *Strowel/Kim* (Fn. 4), S. 142.

<sup>24</sup> Kritisch zu einer wachsenden introvertierten Ausrichtung eines autonomen Unionsrechts *Ziegler*, University of Leicester School of Law Research Paper No. 125/2015.

<sup>25</sup> Dieses Offenhalten kann, wie infra gezeigert wird, gerade in der autonomen Auslegung angelegt sein.

<sup>26</sup> Wobei die Bewertung offen ist: *Metzger* (Fn. 7) weist dem EuGH eine „Führungsrolle“ im Urheberrecht zu, um die Lücken nach blockiertem legislativem Prozess zu schließen. Das Gegenmodell würde diese Führungsrolle ablehnen („cold war“ situation“, *Ohly/Pila* (Fn. 2), S. 3, 19.

<sup>27</sup> Diese bilden zusammen im soziologischen Sinne eine „epistemische Gemeinschaft“, die sich durch einen gemeinsamen Wertekanon auszeichnet, dazu *Schneider* (Fn. 11), S. 194 ff.

<sup>28</sup> Das Rechtsgebiet ist bewusst als technische Materie installiert, früh in Europa (Deutschland 1877, neu als Bundesgericht konstituiert 1961 mit Naturwissenschaftlern als Bundesrichter), 1982 zogen die USA mit dem CAFC nach. Kritisch früh *Posner*, Will the Federal Courts of Appeals Survive until 1984?: An Essay on Delegation and Specialization of the Judicial Function, 56 S. Cal. L. R. 762 (1982–1983). Zur Einbindung der Naturwissenschaftler *Ann*, in: Bender (Hrsg.), *Festschrift Bundespatentgericht*, 2011, S. 111, 112: „weniger spektakulär, als es von außen [namentlich dem Ausland] erscheint“; auch *Schülke*, in: Bender (ebenda), „Rechtsanwender und interessierte Öffentlichkeit sind zufrieden“ (S. 435), allerdings mit der interessanten Nebenbemerkung, dass die Bemühungen um Verfahrenskürzung stets dort an Grenzen stoßen, wo „kostenunempfindliche Parteien“ beteiligt sind (S. 437) und „[man] wirklich nur den überzeugen kann, der gewonnen hat“ (S. 437), um mit der Bemerkung zu schließen, dass es selbst „Sachkundelücken beim Bundespatentgericht“ gäbe (S. 446).

richtbarkeit (Vorhersehbarkeit, Sachkompetenz, Schnelligkeit)<sup>29</sup> und streiten dessen Kompetenz ab.<sup>30</sup> Die EuGH-Befürworter begrüßen demgegenüber, dass der Gerichtshof verkrustete Argumentationslinien aufbreche<sup>31</sup> und das Recht des Geistigen Eigentums der Moderne anpasse.<sup>32</sup> Zum Kristallisationspunkt ist die Rede von der Konstitutionalisierung mit den zwei Kernanliegen geworden, Grundrechte und Verhältnismäßigkeit. Während die Bedeutung der Grundrechte im Geistigen Eigentum materiell-rechtlich in Europa inzwischen anerkannt ist,<sup>33</sup> steht die Diskussion um den verfahrensrechtlichen Kontrollmechanismus einer generalistischen quasi-Verfassungsgerichtsbarkeit noch am Anfang,<sup>34</sup> entfaltet sich aber über die „Governance“-Diskussion. Damit wird ein System bezeichnet, das selbstregulierende und staatliche Steuerungselemente verbindet, in dem die Judikative stark rechtsfortbildend wirkt, und das geeignet ist, konkurrierende Interessen durch Kommunikation der Akteure zum Ausgleich zu bringen.<sup>35</sup> Die Ausgleichsfunktion der Verfassungsgerichte ist für das Wettbewerbsrecht als Strukturrahmen mittlerweile anerkannt,<sup>36</sup> wird aber seltener für Forschungsförderung und Gesundheitspolitik diskutiert.<sup>37</sup> Mit dem

<sup>29</sup> Für die bestehenden Patentgerichte siehe die Beiträge in Bender (Hrsg.), Festschrift Bundespatentgericht, 2011. Eine Spezialgerichtsbarkeit wurde auch diskutiert für das Markenrecht (allerdings vom EuGH abgelehnt), zu letzterem Ohly/Pila/Dinwoodie (Fn. 2), S. 75, 99.

<sup>30</sup> Der englische Judge Kitchen: „The CJEU has no real patent expertise and its track record does not inspire confidence“ (zitiert nach Pila [Fn. 26], S. 15).

<sup>31</sup> Metzger, GRUR 2012, S. 118, 126; auch kritisiert als „verengte Auslegung“ („restrictive reading“) z. B. von Griffiths/Geiger et al., Limitations and Exceptions as Key Elements of the Legal Framework for Copyright in the European Union – Opinion on the Judgment of the CJEU in EuGH, Rs. C-201/13, Deckmyn.

<sup>32</sup> Tenor des Buches von Cook, EU Intellectual Property Law, 2010; für andere Rechtsgebiete: Reich, EuZW 2014, 898; Collins, in: Micklitz (Hrsg.), Constitutionalization of European Private Law, 2014, S. 26; Colombi Ciacchi, in: Cafaggi/Law (Hrsg.), Judicial Cooperation in European Private Law, 2017, 208.

<sup>33</sup> Konzipiert als „doppelte mittelbare Horizontalwirkung“, Colombi Ciacchi, in: Micklitz (Hrsg.), Constitutionalization of European Private Law, 2014, S. 102, 135. Wirkmächtig ist die Diskussion bereits im Urheberrecht, vgl. Metzger (Fn. 7); Zur Konstitutionalisierung von Geistigem Eigentum: Geiger, IIC 2006, 371; Godt, in: Micklitz, Constitutionalization of European Private Law, 2014, S. 210; Beiträge in Geiger (Hrsg.), Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property, 2016.

<sup>34</sup> Affirmativ Ohly/Pila (Fn. 2), S. 227, und Strowell/Kim (Fn. 4); eher ablehnend bis zurückhaltend: Ohly/Pila/Seville (Fn. 2) und Ohly/Pila (Fn. 2).

<sup>35</sup> Zu diesen drei Kerninhalten der Definitionen von Governance Colombi Ciacchi, Austrian Law Journal 2014, S. 120, 121 ff.; aus politikwissenschaftlicher Perspektive für das Patentsystem: Schneider (Fn. 11), S. 39 ff.

<sup>36</sup> Brinkhof/Ohly (Fn. 2), S. 215 benennen speziell die US Supreme Court Entscheidung *eBay vs. Merck Exchange*.

<sup>37</sup> Godt, Eigentum an Information, 2007, S. 563; Pila (Fn. 34).

neuen Einheitlichen Patentgericht drängen sich diese Fragen neu auf,<sup>38</sup> über die auch international wieder nachgedacht wird.<sup>39</sup>

## II. 33 Fälle

Bereits M. Favale/M. Kretschmer/P. Torremans (2015)<sup>40</sup> haben anhand von 40 Entscheidungen zum Urheberrecht die These geprüft, ob der EuGH „überfordert“ sei. Sie kamen zu dem Schluss, dass das Argument „mangelnde Sachkompetenz“ nicht überzeugend sei, weil es innerhalb des Gerichts über die letzten zwanzig Jahre hinweg zu einer Spezialisierung sowohl bei den Generalanwälten als auch beim berichterstattenden Richter gekommen ist.

Für die vorliegende Studie wurden 33 Fälle ausgewählt (siehe Anhang) und auf eine Differenz von Schlussanträgen und Urteil untersucht. Die Hypothese war, dass die Abweichung des Gerichts vom Votum der Generalanwälte auf eine besondere Spannung hindeute. Die Auswahl erfolgte danach, an welchen Fällen sich ein besonders heftiger Streit entzündet hatte. Es sollten alle Schutzrechte umfasst und auch Rechtsgebiete erfasst sein, die das Geistige Eigentum „von außen“ strukturieren, wie das Wettbewerbsrecht, die Warenverkehrsfreiheit und das Verfahrensrecht. In Bezug auf die Generalanwälte ließ sich eine Spezialisierung nicht wirklich feststellen. Zwar sind zwei Generalanwälte „mehr“ eingebunden als andere, aber es bleiben viele Generalanwälte beteiligt. Von den 39 Mitgliedern des Gerichtshofs (ohne Kanzler) haben aktuell (Herbst 2017) 11 das Amt des Generalanwalts inne.<sup>41</sup> In dem hier untersuchten Set der 33 Fälle ist die Differenz von Schlussanträgen und Entscheidung mit 6 Fällen nur leicht erhöht<sup>42</sup> im Vergleich zum allgemeinen Eindruck (eine belastbare empirische Studie gibt es nicht). Bei einzelnen, in der Patentgemeinde besonders umstrittenen Fällen, folgte der Urteilsspruch den Schlussanträgen. Bei genauerem Hinsehen integriert der Gerichtshof bei den Differenzfällen die entscheidenden Aspekte der Schlussanträge in einen differenzierten Urteilsspruch. Im Ergebnis ist die Abweichung kein sinnvoller Indikator für eine spannungsreiche Entscheidung, die auf eine „Überforderung“ hindeutet.

<sup>38</sup> In der modernen Literatur diskutiert als „Pro Patent Bias“, Schneider (Fn. 3), Schovsbo/Riis/Petersen, IIC 2015, S. 271.

<sup>39</sup> De Werra (Hrsg.), Specialized Intellectual Property Courts – Issues and Challenges, ICTSD-CEIPI publication, Issue 2, März 2016. Zum Einfluss des US Supreme Courts auf das Patentsystem, Entscheidung v. 13.6.2013 – *ACLA* [Myriad], dazu Godt, in: Jahn/Kim/Knegendorf/Rickli/Poll-Wolbeck (Hrsg.), Medizinrecht, 2015, S. 61 ff.; Murray/Zimmerman, 19 Cardozo J Int'l and Comp L 2011, 287.

<sup>40</sup> S. Fn. 8.

<sup>41</sup> Beschluss des Rats für Allgemeine Angelegenheiten vom 25.6.2013 (Pressemitteilung, Aktz. 11443/13).

<sup>42</sup> In der Tabelle (Anhang) kenntlich gemacht durch Farbdifferenz.

### III. Zwei Argumentationsstränge

Mithin sind die Argumentationen inhaltlich zu untersuchen. Dabei gehört es zum Selbstverständnis des juristischen Argumentierens, dass sich aus dem Argument nicht auf die Motivation einer Urteilskritik schließen lässt. Daraus folgt, dass sich auch aus der Kritik an einem schutzrechtsausweitenden oder schutzrechtseinschränkenden Urteil nicht ableiten lässt, welche Motive ein Kritiker hat. Gleichwohl zeichnen sich bei den Kritiken am EuGH zwei Argumentationsstränge ab, die in unterschiedliche Richtungen weisen.

Die eine Kritiklinie setzt sich detailscharf mit der Argumentation des Gerichts auseinander. Dabei geht es um die Abgrenzung der Schutzrechte zueinander<sup>43</sup> und die Frage, ob der EuGH die Spielräume der Mitgliedstaaten dadurch verengt, dass er für vereinheitlichendes und nur harmonisiertes Recht gleiche Maßstäbe anlegt.<sup>44</sup> Es können auch Widersprüche im Zentrum stehen, die der unterschiedlichen Abwägung von Grundrechten zugeschrieben werden.<sup>45</sup> Die Legitimität des EuGH als solche wird hier nicht in Frage gestellt.

Die andere Kritikrichtung spitzt die Bewertung zu auf: „Der EuGH kann das nicht“. Beim „Können“ gilt es drei Kompetenzen zu unterscheiden. Zum einen kann die Verbandskompetenz der EU gemeint sein, weil der EuGH als supranationaler Gerichtshof zu sehr in die Mitgliedstaaten hineinregiere.<sup>46</sup> Zum zweiten geht es um mangelnde Expertise in der rechtlichen Spezialmaterie des Geistigen Eigentums. Hier unterscheidet sich die Kritik im Geistigen Eigentum nicht von der Kritik am EuGH im allgemeinen Privatrecht, die dem Gerichtshof mangelndes Systemdenken<sup>47</sup> und mangelnde Rücksicht auf nationale Traditionen und gesetzgeberische Entscheidungen vorhält.<sup>48</sup> Der EuGH sei primär durch Gene-

<sup>43</sup> Im Urheberrecht wird die Ausweitung des bewusst niedrig gehaltenen Originalitätsmaßstabs für Software in der RL 2001/29/EG und auf das allgemeine Urheberrecht durch die Entscheidungen *Infopaq* und *Painer* kritisiert, vgl. *Metzger* (Fn. 31), 118; im Markenrecht wird etwa die Ausweitung des Schutzes auf die Werbe- und Investitionsschutzfunktion kritisiert u. a. durch EuGH Rs. C-375/97, *General Motors*, bei Doppelidentität (die auch schon erweitert wurde), vgl. *Ghidini*, *Innovation, Competition and Consumer Welfare in Intellectual Property Law*, 2010, S. 183. *Derclaye/Leistner*, *IP Overlaps: A European Perspective*, 2011; *Kur*, in: *Dusollier/Cruque-naire* (Hrsg.), *Le Cumul des Droits Intellectuels*, 2009, S. 155 ff.

<sup>44</sup> *Arnold* (Fn. 11), 35.

<sup>45</sup> *Ohly/Pila* (Fn. 2), S. 145, 159.

<sup>46</sup> Jüngst historisch aus soziologischer Perspektive zusammengefasst: *Vauchez*, *Brokering Europe: Euro Lawyers and the Making of a Transnational Polity*, 2015.

<sup>47</sup> Im Sinne eines Respekts für die systemaren Binnenrationalitäten: Für das zivilistische Vertragsrecht: *Schmidt-Kessel*, in: *Riesenhuber*, *Europäische Methodenlehre*, 2015, S. 373; für das Deliktsrecht: *Brüggemeier*, *MedR* 2014, S. 537; auch *Lenaerts*, in: *Adams/de Waele/Meeusen/Straetmans* (Hrsg.), *Judging Europe's Judges: The Legitimacy of the Case Law of the European Court of Justice*, 2014, S. 13. Als Grund wird regelmäßig ausgemacht, dass die Richter mehrheitlich öffentlich-rechtlich ausgerichtet seien.

<sup>48</sup> Kristallisationspunkt für die zivilistische Kritik an Richtlinienauslegung ist das Quelle-Urteil EuGH, Rs. C-404/06 (kein Nutzungsersatz bei Austausch defekter Ware), *Rott*, *European Review of Private Law*, 2008, 1119; auch *Riesenhuber/Roth/Jopen* (Fn. 47), S. 293; zur Ausle-

ralisten und Verfassungsrechtler besetzt, die die Besonderheiten des Geistigen Eigentums nicht verstünden.<sup>49</sup> Die zivilistischen und die immaterialgüterrechtlichen Kritiken verstärken sich gegenseitig, wenn der EuGH bei privatrechtlichen Streitigkeiten im Geistigen Eigentum dafür kritisiert wird, dass er deshalb nicht zu einer nuancierenden Entscheidung komme, weil er nicht auf ein nachsteuerndes allgemeines Zivilrecht zurückgreifen könne, das es in Europa nicht gäbe.<sup>50</sup> Mangelnde Kompetenz verlängerte und verteuerte die Gerichtsverfahren in diesem zeitsensiblen Bereich (Laufzeiten der Schutzrechte).<sup>51</sup> Es kommen diejenigen Stimmen hinzu, die auf eine Entscheidungsprärogative der Mitgliedsstaaten aus industriepolitischen Gründen drängen.<sup>52</sup> Allerdings wird der EuGH zuweilen umgekehrt dafür kritisiert, dass er zu viel Rücksicht auf die Mitgliedstaaten nehme (*Londoner Protocol*,<sup>53</sup> *EPLA-Verdikt*,<sup>54</sup> *Brüstle*,<sup>55</sup> *Verfahrensrecht*<sup>56</sup>).

Der dritte Kompetenzmangel des Gerichtshofs wird beim technischen Sachverstand ausgemacht. Dieses Argument ist vor allem in Deutschland aufgrund der Trennung von Nichtigkeit und Verletzungsverfahren und der technischen Besetzung der Spruchkammern wirkmächtig.<sup>57</sup> Europaweit ist dies eher ein Sonderfall,<sup>58</sup> das EPG realisiert insoweit einen Kompromiss,<sup>59</sup> und auch in den USA hatte die Einrichtung des CAFC andere als technische Gründe.<sup>60</sup>

### IV. Zwischenfazit

Die Kritik am EuGH ist vielfältig. Empirisch an Hand einer größeren Zahl von Fällen lässt sich das Problem „Überforderung“ nicht erfassen. Es bedarf einer inhaltlichen Analyse der Kritik am fachspezifischen Fallmaterial.

gung unionseigenen Ordnungsrechts ist Kristallisationspunkt das *Sturgeon*-Urteil EuGH, Rs. C-402/07 und C-432/07 (Fluggastrecht auf Schadensersatz nach Verspätung), dazu *Colombi Ciacchi* (Fn. 29), *Riesenhuber/Stotz* (Fn. 47), S. 499.

<sup>49</sup> *Brinkhoff/Ohly* (Fn. 2), S. 215.

<sup>50</sup> *Kur*, in: *Alexander/Bornkamm* (Hrsg.), *Festschrift Köhler*, 2014, S. 383.

<sup>51</sup> Ebenda.

<sup>52</sup> „Technonationalismus“, *Gilpin*, *Global Political Economy, Understanding the Global Political Order*, 2001, S. 127.

<sup>53</sup> *Brinkhoff/Ohly* (Fn. 2), S. 208, Fn. 61.

<sup>54</sup> Kernargument der EuGH-Entscheidung zur Ablehnung von EPLA (*Opinion 1/2009* [2011] Slg. I-1137) war, dass die nationalen Gerichte eine Auslegungsfrage nicht mehr dem EuGH vorlegen könnte (und dadurch [auch] das Gericht geschwächt werde).

<sup>55</sup> *Straus* in seiner Kritik des *Brüstle*-Urteils, *Straus*, *GRUR Int.* 2010, 911.

<sup>56</sup> *Brinkhoff/Ohly* (Fn. 2), S. 208.

<sup>57</sup> *Pagenberg*, *The EU Patent Package – Politics vs. Quality and the New Practice of Secret Legislation in Brussels*, 2012 (download: *EPLAW Patent Blog*, <http://hdl.handle.net/11858/00-001M-0000-000E-7C60-B>); *Teschemacher*, *Das EU Einheitspatent – Zu Risiken und Nebenwirkungen fragen Sie Ihren Anwalt*, *Mitteilungen der deutschen Patentanwälte*, 2013, S. 153.

<sup>58</sup> Einen Überblick über die Lösungsmodelle in Europa: *Hilli*, in: *Harmsen* (Hrsg.), *Festschrift Meibom*, 2010, S. 149.

<sup>59</sup> Den juristischen Richtern werden in den Kammern technisch vorgebildete Richter beigeordnet. Allerdings ist diese Regel bei den Lokal- und den Regionalkammern fakultativ.

<sup>60</sup> *Posner* (Fn. 28).

## C. Vom System zur autonome Unionsrechtsauslegung

### I. Besonderheiten des Immaterialgüterrechts

Über die Zeit hat das Geistige Eigentumsrecht als Sondermaterie eigene Prinzipien ausgebildet, die sich entlang der Privatrechtsdogmatik entwickelt haben. Zu den wichtigsten gehören die folgenden sechs Prinzipien. (1) Die Erteilungsvoraussetzungen sind objektive Tatbestandsmerkmale, nicht auslegungsbedürftige Generalklauseln.<sup>61</sup> (2) Das Schutzrecht erschöpft sich erst durch willentliches Inverkehrbringen des Schutzrechtsinhabers (nicht objektiv nach Verkehrserwartung). (3) Das Schutzrecht geht dem Wettbewerbsrecht vor. (4) Der Schutzzumfang wird primär durch den Wortsinn der Ansprüche oder „das Werk“ definiert, abgerundet durch korrespondierende Auslegungsgrundsätze<sup>62</sup> und das Prinzip des absoluten Stoffschutzes.<sup>63</sup> Das Schutzrecht wird *a priori* nicht eingeschränkt durch etwaige Drittrechte (Horizontalwirkung). (5) Das Recht des Geistigen Eigentums ist ein Regel-Ausnahme-System.<sup>64</sup> Erteilung und der Schutz von Rechten ist die Regel: Deshalb sind Tatbestandsmerkmale und Prinzipien, die dem breiten Schutz dienen, weit auszulegen (Äquivalenz/Erzeugnisschutz/absoluter Stoffschutz). Ausnahmen, Beschränkungen und Grenzen sind eng auszulegen (Sortenschutz; im wesentlich biologisch). Dieses Systemdenken hat zwei Auswirkungen. Eine Textinterpretation nach dem Telos wird abgelehnt, weil es der Regel-Ausnahme-Systematik widerspricht. Auslegungen, die den gewerblichen Rechtsschutz mit gegenläufigen Zielen konfrontieren, etwa Wettbewerb und Weltmarkt, erscheinen systemwidrig. Deshalb wird die enge Auslegung der Ansprüche (*claims*), die Verfahrenstheorie bei *Product-by-Process* (*pbp*)-Ansprüchen und die objektive Feststellung der Erschöpfung abgelehnt. (6) Das Prinzip der Privatautonomie gebietet, dass der Staat die Konfliktlösung den Parteien durch Vertrag überlässt. Gesetzliche Lizenzen, wie FRAND oder Züchterrechte, werden abgelehnt.

Diesen spezialrechtlichen Auslegungsregeln folgt der EuGH nicht. In dreierlei Hinsicht geht das Gericht anders vor. Erstens unterwirft das Gericht den Immaterialgüterschutz den Grundregeln des europarechtlichen Prüfprogramms: Ein Schutzregime muss sich vor anderen Grundprinzipien und Freiheiten „rechtfertigen“: seine Ausgestaltung muss verhältnismäßig zu den konkurrierenden Zielen sein („erforderlich“). Die binnenmarktbezogene Rahmensetzung durch

<sup>61</sup> Erstmals in Frage gestellt durch die Arbeiten von Henk van den Belt (etwa *v. d. Belt*, in: Bijker/Hudges/Pinch (Hrsg.), *The Social Constriction of Technological Systems: New Directions in the Sociology and History of Technology*, 1987, S. 135, jetzt auch Zech (vgl. in diesem Band).

<sup>62</sup> Plomer, Queen Mary Journal of Intellectual Property 2012, 110.

<sup>63</sup> Krauss/Takenaka, in: Geiger (Hrsg.), *Constructing European Intellectual Property*, 2013, S. 255, S. 269: „ECJ judges are not well experienced in patent [law] [...]“; „ECJ judges are not familiar with the rule under the EPC“ and claim drafting practice [...].

<sup>64</sup> „Positivistisch“: Metzger, IIC 2016, 515.

den EuGH ist für das Geistige Eigentum nicht neu: In dieser Systematik leitete das Gericht bereits 1974 die Gemeinschaftserschöpfung aus dem Prinzip des Binnenmarkts ab,<sup>65</sup> 1995 fiel der Vorrang gegenüber dem Wettbewerbsrecht,<sup>66</sup> 2003 formulierte es die Transitregeln für schutzrechtsverletzende Ware.<sup>67</sup> Erst die Konkordanzauslegung gegenüber Grundrechten der Vertragspartner<sup>68</sup> und das Verwerfen des Auslegungsschemas von Regel und Ausnahme<sup>69</sup> machte „die neue Qualität“ der Rechtsprechung greifbar.<sup>70</sup> Zweitens legt das Gericht gesetzliche Tatbestände nach dem Telos des zugrundeliegenden Rechtsakts aus<sup>71</sup> und beschränkt sich nicht auf die starre systematische Auslegung nach Regel und Ausnahme.<sup>72</sup> Drittens setzt das Gericht in sich geschlossene dogmatische Konzepte des Immaterialgüterrechts, wie etwa der „Stoffschutz“, nicht voraus, sondern interpretiert auch diese im Lichte des Rechtsakts autonom neu.

### II. Beispiele

Im Folgenden wird die argumentative Differenz zwischen Spezialgerichtsbarkeit und dem EuGH am Fallrecht konkretisiert. Der Fokus liegt auf der Patentgerichtsbarkeit. Unter den drei Themen Stoffschutz (a), Ergänzende Schutzzertifikate (b) und Erschöpfung (c), bei denen die Intervention des EuGH besonders scharf kritisiert wurde, werden sieben Fälle exemplarisch untersucht.

#### 1. Stoffschutz

##### a) Absoluter Stoffschutz – Monsanto

Im Jahr 2010 lag dem EuGH auf Vorlage eines niederländischen Gerichts die Frage vor, ob *Sojamehl*, in dem noch eine patentierte DNA-Sequenz enthalten ist, patentverletzend ist.<sup>73</sup> Das Patent enthielt einen Erzeugnisanspruch auf eine Sojapflanze mit der genetischen Information, die diese gegen das Herbizid Glyphosat resistent sein lässt. Die Rechtsfrage war, wie breit der Schutzzumfang von biotechnologischen Patenten gemäß Art. 9 RL 98/44/EG ist. Nach dessen Wort-

<sup>65</sup> Vgl. Fn. 16.

<sup>66</sup> EuGH, Rs. C-241/91, Magill.

<sup>67</sup> EuGH, Rs. C-115/02, Rioglass/Transremar, dazu Godt/Lorenzen, in: Metzger/Zech (Hrsg.), *Sortenschutzrecht*, 2016, § 40b SortG, Rn. 18.

<sup>68</sup> Vgl. die in Fn. 7 genannte Fälle, insb. EuGH, Rs. C-160/15, GS Medien.

<sup>69</sup> EuGH, Rs. C-34/11, Brüstle; kritisch u. a. Ohly/Pila (Fn. 2), S. 145, 159; befürwortend: Godt (Fn. 39), Godt, IIC 2016 (Vol. 47), 960, 968.

<sup>70</sup> Strowel/Kim (Fn. 4) zeichnen die Entwicklungsschritte nach, S. 125 ff.

<sup>71</sup> Insoweit steht der EuGH aber nur im Gegensatz zu den Spruchkammern der EPO, nicht zu den nationalen Gerichten, infra III.2.bb.

<sup>72</sup> Zur der in der allgemeinen Methodenlehre überholten Regel-Ausnahme-Auslegung: Riesenhuber (Fn. 47), S. 199, 223; speziell zum Fall Brüstle zuvor bereits Godt (Fn. 39), 76.

<sup>73</sup> EugH, Rs. C-428/08 Monsanto Technology LLC v Cefetra BV.

laut erstreckt sich der Erzeugnisschutz „auf jedes Material, in das dieses Erzeugnis Eingang findet und in dem die genetische Information enthalten ist und ihre Funktion erfüllt“. Bis 2010 waren Patentrechtsexperten der Meinung, dass das Prinzip des absoluten Stoffschutzes durch die Richtlinie unangetastet geblieben sei. Dabei war und ist unklar, ob sich „die zu erfüllende Funktion“ auf die offenbarte genetische Funktion der DNA oder auf die offenbarte (medizinische) Anwendung bezieht – beides als Mittelweg zwischen Zweckbeschränkung und absolutem Stoffschutz.<sup>74</sup> Da der Erwägungsgrund 24 im verfügbaren Teil der Richtlinie allein in Art. 5 Abs. 3 RL 98/44/EG eine Umsetzung gefunden hatte, wurde dies überwiegend als Konkretisierung der Patenterteilungsvoraussetzungen (gewerbliche Anwendbarkeit) verstanden. Dieser Lesart trat Generalanwalt Mengozzi in seinen Schlussanträgen entgegen. Sein Zugriff bezieht sich auf den Schutzzumfang und beschreibt Art. 9 RL als „Vorschrift des *erweiterten Patentschutzes*“<sup>75</sup>. Diese Vorschrift „erweitert den der DNA gewährten Schutz [...] auch auf das ‚Material‘, in dem die Gensequenz enthalten ist, vorausgesetzt, diese erfüllt ihre Funktion.“ Monsanto hatte argumentiert, dass der patentrechtliche Grundsatz des absoluten Stoffschutzes die DNA als Erzeugnis selbst schütze, da der Anspruch die Funktion nicht nenne und deshalb darauf nicht beschränkt ist. Dem hält der Generalanwalt zum einen Wortlaut und Zweck der Richtlinie entgegen. Eine Gensequenz werde – auch als selbständiges Erzeugnis – nur geschützt, wenn sie die Funktion erfüllt, für die das Patent erteilt wurde.

Es folgen überraschende Sätze: „Die Richtlinie erlaubt – und verlangt sogar – eine Auslegung, wonach im Gebiet der Union der den Gensequenzen gewährte Schutz ein sogenannter ‚funktionsgebundener‘ Schutz (‚purpose-bound‘) ist“ (Ziff. 29). Sogar: „Die Bestimmung einer Gensequenz ohne Angabe einer Funktion stellt eine bloße Entdeckung dar, die als solche nicht patentierbar ist“ (Ziff. 31). Mengozzi bringt zwei Auslegungsargumente: „Ein Patent [beruhe] auf einem echten Austauschverhältnis. [...] Würde man einen absoluten Schutz für eine Erfindung gewähren, die aus einer Gensequenz besteht, und somit dem Inhaber eines für diese bestehenden Patents ein absolutes Recht einräumen, das sich auf *alle möglichen Nutzungen* der Sequenz erstreckte, einschließlich derjenigen, die im Zeitpunkt der Patentanmeldung *nicht angegeben und nicht bekannt waren*, so würde man gegen dieses Grundprinzip verstoßen, weil man dem Patentinhaber einen unverhältnismäßigen Schutz einräumen würde“ (Ziff. 32). Er ergänzt zum zweiten das berühmte „*effet utile*“ Argument: „Art. 9 der Richtlinie [würde] seine praktische Wirksamkeit als Bestimmung eines erweiterten Patentschutzes verlieren“ (Ziff. 33). Ein Argument zum Rechtsmissbrauch schiebt er nach: „Zweifelloos ist das Fehlen von Schutz für die Erfindung

<sup>74</sup> Godt (Fn. 37), S. 114.

<sup>75</sup> Schlussanträge GA Mengozzi zu EuGH, Rs. C-428/09, Ziff. 27.

von Monsanto in Argentinien<sup>76</sup> ungerecht. Ebenso jedoch – und zwar unabhängig von den Gründen für dieses Fehlen – scheint mir, dass Monsanto mit seinem Vorgehen versucht, sich einer Rechtsordnung (der der Union) zu bedienen, um die in einer anderen Rechtsordnung (der argentinischen) aufgetretenen Probleme zu lösen. Dies wäre jedoch unzulässig.“ Im Ergebnis schließt sich der Gerichtshof der Auslegung des Generalanwalts an.

Die Ausführungen klingen nur für Nicht-Spezialisten plausibel; für Patentrechtsexperten ergeben sie keinen Sinn:<sup>77</sup> Die Auslegung von Anspruchsinhalt und Umfang folgt getrennten Grundsätzen. „Funktionen“ (oder Zwecke „purpose“) lassen sich in einen gewährten Anspruch nicht im Nachhinein hineininterpretieren, wenn man nicht das Prinzip des absoluten Stoffschutzes als solches verwirft.<sup>78</sup> Just dieses wollte der europäische Gesetzgeber damals vermeiden. Die alte Lehre der Zweckbindung wurde nicht mit der Richtlinie stipuliert.

Schlussanträge und Urteil mögen aus patentrechtsimmanenter Sichtweise unverständlich sein, aus europarechtlicher Perspektive legt der EuGH nur „unionsautonom“ aus.<sup>79</sup> Patentrechtsexperten kritisierten die „Unkenntnis“ des EuGH. Aber es ist Aufgabe des Gerichtshofs, die Zielsetzung des Europäischen Gesetzgebers in der Auslegung zur Geltung zu bringen. Dieser Auslegungsauftrag erfasst auch sektorspezifische Prinzipien. Das Europäische Parlament hatte wiederholt Entschlüsse zur Interpretation der Richtlinie verfasst und die Europäische Kommission zur Vorlage einer Revision aufgefordert. Dazu war es nicht gekommen. Der Unmut lag in der Luft, weit bevor sich 2016 die niederländische Ratspräsidentschaft<sup>80</sup> und der Agrarministerrat (erfolglos) für die Öffnung der Richtlinie einsetzten.<sup>81</sup> Der Gerichtshof stellt sich in dem Mon-

<sup>76</sup> Zu den Auseinandersetzungen zwischen Monsanto und der argentinischen Regierung *Hu-bicki*, in: Lawson/Charnley (Hrsg.), *Intellectual Property and Genetically Modified Organisms – Convergence in Laws*, 2015, S. 27.

<sup>77</sup> *Van Overwalle*, IIC 2011, 1.

<sup>78</sup> So lesen das Urteil allerdings *Lamping*, *European Journal of Risk Regulation* 2010, 445; und *Schneider*, *Dissenting Opinion (Annex C7)*, in: European Commission, *Final Report of the Expert Group of the European Commission on the development and implications of patent law in the field of biotechnology and genetic engineering (Ref. Ares(2016)5165507-12/09/2016)*, S. 257 ff.

<sup>79</sup> So auch im Ergebnis *van Overwalle* (Fn. 77). Wenngleich sie argumentiert, dass die Urteilsgründe nicht ausreichend präzise seien. (S. 3.) „If the Court meant to say that the scope of protection for DNA sequences is to be restricted to the function(s) mentioned in the patent application, then the ECJ ruling may turn out to become a landmark case with epic proportions, as it would be one of the very first manifestations of the European judiciary calling for a halt to the ongoing expansion of patent law in the area of biotechnology.“

<sup>80</sup> Programme of the Netherlands Presidency of the Council of the European Union, 1.1.2016–30.6.2016, p. 19. download: <https://english.eu2016.nl/documents/publications/2016/01/07/programme-of-the-netherlands-presidency-of-the-council-of-the-european-union>, veröffentlicht am 6.1.2016.

<sup>81</sup> Vgl. nur die Entschlüsse des Europäischen Parlaments von 2012 „*Patenting of Essentially Biological Processes*“ v. 10.5.2012 (2012/2623[RSP]) und „*Patents and Plant Breeders Rights*“ v. 15.12.2015 (Dok. 2015/2981 [RSP]).

santo-Verfahren seiner Aufgabe, den Telos der Richtlinie im Rechtstext aufzuspüren. Da es doppeltes Ziel der Richtlinie war, einerseits biotechnologische Erfindungen patentfähig zu halten, aber gleichzeitig Grenzen zu schaffen, liegt es nahe, dass der Gerichtshof auch auf Rechtsprinzipien des Geistigen Eigentums zugreift, um den politischen Kompromisscharakter herauszuarbeiten. Mit dem Versagen eines Unterlassensanspruchs auf Mehl aus einer patentgeschützten transgenen Pflanze tastet sich das Gericht in einer sehr eigenständigen Weise an das Problem heran. Diese deckt sich mit Auslegungsgeschichte und der Interpretation durch die Kommission.<sup>82</sup> Nicht durch Auslegung des Erzeugnisanspruchs, nicht durch Bewertung der Prinzipien zum Schutzzumfang, nicht durch Wiederaufgreifen der Diskussion, was „Funktion“ meint (Kodierungsfunktion der DNA<sup>83</sup> oder Anwendung/Zweck/Verwendung<sup>84</sup>), sondern durch eine teleologische Interpretation der Begriffe von „Schutz“ und „Funktion“ in Art. 9 RL 98/44/EG kommt der Gerichtshof zu einem unionsautonomen Ergebnis. In diesem Fall hieß dies, die Korrelation von Patentinhalt (herbizidresistente Pflanze) und Verletzungsgegenstand (Mehl) zu bewerten. Daraus folgt nicht, dass implizit stets Vermehrungsfähigkeit für jeden biotechnologischen Verletzungsgegenstand verlangt ist. Vielmehr konstruiert der EuGH aus „der Funktion“ in Art. 9 RL 98/44/EG eine *eigenständige* (biopatentspezifische) Schranke für die allgemeinen Regeln zur Umfangbestimmung.

#### b) Erzeugnisschutz – Brokkoli & Tomaten II

Der Streit um die Patentfähigkeit von Erzeugnissen, die aus „im wesentlichen biologischen Verfahren“ hervorgehen, die ihrerseits aufgrund Art. 53b EPÜ = Art. 4 Abs. 1 lit. b RL 98/44/EG nicht patentierbar sind, macht die Differenz zwischen „herkömmlicher“ und unionsautonomer Auslegung im Geistigen Eigentum noch deutlicher.

Erzeugnisansprüche auf Produkte aus „im wesentlichen biologischen Verfahren“ hatte die Große Beschwerdekammer des Europäischen Patentamts (EPA) 2015 im Verfahren „Brokkoli II/Tomaten II“ anerkannt.<sup>85</sup> Dieser Rechtsauslegung ist die Europäische Kommission (EU) am 8.11.2016 entgegengetreten, weil sie nicht mit der Biotechnologie-RL 98/44/EG vereinbar ist.<sup>86</sup> Daraufhin

<sup>82</sup> Hubicki (Fn. 76) zur Kommission (S. 41), zur Entwicklung der Textversionen (S. 55, 68).

<sup>83</sup> Godt (Fn. 37), S. 113 f.; Schneider, Funktionsgebundener Stoffschutz auf DNA-Sequenzen? in: Baumgartner/Mieth (Hrsg.), Patente am Leben, 2003, 179 ff (Vergleich der Konzepte von Godt und Schneider auf S. 198 und 200).

<sup>84</sup> Zu diesen Anspruchsformen Krasser/Ann, Patentrecht, 7. Aufl., 2016, S. 511.

<sup>85</sup> G 2/13 und G2/12, Entscheidungen v. 25.3.2015 – Brokkoli II, Tomaten II (download: www.epo.org).

<sup>86</sup> Mitteilung der Kommission über bestimmte Artikel der Richtlinie 98/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen, (2016/C 411/03), ABl. C v. 8.11.2016

„stoppte“ das EPA die Prüfung aller vergleichbaren Verfahren.<sup>87</sup> In einem Versuch der Klarstellung fasste der Verwaltungsrat der Europäischen Patentorganisation (EPO) im Sommer 2017 die Regel 28 EPÜ-AO neu.<sup>88</sup> Die Hermeneutik der EU Kommission in der Mitteilung entsprach dabei der üblichen europarechtlichen Auslegungstechnik. Die Vorgehensweise, eine Interpretation von Rechtsakten durch Mitteilungen öffentlich zu machen, ist indes im Geistigen Eigentum ungewohnt, aber im Europarecht durchaus üblich<sup>89</sup> und kommt auch in anderen Materien des Zivilrechts vor.<sup>90</sup> Von Interesse ist hier die Differenz im Auslegungsmodus zwischen EPO und EU Kommission.

Für sich genommen war die EPA-Entscheidung zu G 2/13 und G2/12 durchaus ungewöhnlich, weil sie breit die Einwände der Beschwerdeführer und NGOs sowie nationale Gesetzgebungsentwürfe zur Problematik darstellt. Aber in der Argumentationsstruktur bleibt die Entscheidung dem charakteristischen Regel-Ausnahme-Schema verhaftet. Die Entscheidung ruht auf dem Argument, dass die Regel (Erzeugnisschutz) weit und die Ausnahme (Patentausschluss Art. 53 lit. b EPÜ, Regel 27 lit. c EPÜAO) eng auszulegen sei. Dabei nimmt das Urteil für sich in Anspruch, eine „dynamische Interpretation“ vorgelegt zu haben. Es diskutiert das Risiko der Erosion der Patentausnahme als „secondary consideration“ und unterwirft *nach* Anerkennung des Erzeugnisschutzes das Ergebnis einem „test of soundness“ (p. 56). Diese Überlegungen klappen indes nach und sind nicht als historische und teleologische Begriffsauslegung in die Prüfung integriert. Die Gesetzgebungsbemühungen in einzelnen Mitgliedstaaten werden zwar als Indikator für sozialen Wandel reflektiert. Aber statt die Überlegungen in die eigene Auslegung einzubauen, werden sie als Begründung für die geübte judizielle Selbstbeschränkung verwendet.

Die mustergültige Auslegung der RL 98/44/EG in der Mitteilung der Kommission vom 8.11.2016 kontrastiert damit und führt zu einer entgegengesetzten Bewertung der nicht explizit geregelten Konstellation. Aus Genese und gesetzgeberischem Zweck ergebe sich, dass die Patentausschlüsse des Art. 4

<sup>87</sup> EPA-Entscheidung vom 24.11.2016 (<https://www.epo.org/news-issues/news/2016/20161212.html>).

<sup>88</sup> Beschluss des EPO-Verwaltungsrats v. 29.6.2017; neue Fassung der Regel 28 EPÜAO ist seit 1.7.2018 in Kraft, <https://www.epo.org>, zu den Auswirkungen dieser Neuregelung: Godt, Technology, Patents and Markets: The implied lessons of the EU Commission's intervention in the Broccoli/Tomatoes case of 2016 for modern (plant) genome editing, IIC 2018 (im Erscheinen).

<sup>89</sup> Im Wettbewerbsrecht werden die Mitteilungen als Verwaltungsvorschriften klassifiziert, mit denen sich die Kommission selbst bindet; hier ist allerdings der Adressat die Europäische Patentorganisation.

<sup>90</sup> Gemeinsame Mitteilung des Rats und der Europäischen Kommission zur Auslegung von Art. 15 und [68] Art. 73 der VO 44/2001, [http://ec.europa.eu/civiljustice/homepage/homepage\\_ec\\_en\\_declaration.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/homepage/homepage_ec_en_declaration.pdf) (Annex zum Protokoll des Justizministerrats am 30.11./1.12.2000, Pressemitteilung Nr. 13865/00).



RL 98/44/EG weit auszulegen sind.<sup>91</sup> Zudem stünde ein isolierter Erzeugnisschutz nicht im Einklang mit Erwägungsgrund 32.

Unterschiedlicher können juristische Argumentationen nicht sein, allenfalls rechtsvergleichend. Die Argumentationsunterschiede verweisen auf institutionelle Unterschiede. Die Beschwerdekammern des EPA verstehen sich als Spezialgerichte. Sie haben ein völkerrechtliches Dokument auszulegen, wofür die Auslegungshierarchie von Art. 31 und 32 Wiener Vertragsrechtskonvention maßgebend ist, die eine historische Auslegung („preparatory work“) nur subsidiär vorsieht. Zudem verliert sich in der Formulierung der Regel 27 lit. c EPÜAO („patentierbar sind“) der Verbotscharakter des Art. 53 lit. b EPÜ.

Im modernen Verfassungsstaat lässt aber erst die historische und teleologische Auslegung die Interpretation „vollständig“ werden. Der Richtlinieninterpretation ist systemimmanent, dass die unterschiedlichen Regeln der Mitgliedstaaten in Einklang gebracht werden müssen. Die autonome Auslegung zielt just darauf ab. Damit nimmt eine europarechtliche Auslegung strukturell unterschiedliche Vorverständnisse auf, konkret in Brokkoli/Tomaten II also das Verhältnis von Erzeugnissen und Verfahrensschutz (gleich ob einfache Verfahrensansprüche oder *product by process*-Ansprüche [pbp]) und die Reichweite von Patentausschlüssen. Bei Verfahrenspatenten sieht erst seit Art. 64 Abs. 2 EPÜ für das EPÜ-Patent für alle Vertragsstaaten einen abgeleiteten Erzeugnisschutz vor.<sup>92</sup> Bei sog. *product by process*-Ansprüchen sind die Konstruktionen in den Vertragsstaaten weiterhin unterschiedlich.<sup>93</sup> Das EPA erkennt diese Ansprüche zwar an, wenn ein Produkt nicht als Stoff eindeutig definiert werden kann,<sup>94</sup> überlässt die Frage des Umfangs aber den Vertragsstaaten. Die Staaten bewerten den Schutzzumfang von *pbp*-Ansprüchen teils als vollumfänglichen Erzeugnisschutz,<sup>95</sup> teils nur als abgeleitetes Verfahrensprodukt<sup>96</sup> oder konzipie-

<sup>91</sup> So zuvor die (Dissenting) Opinions der Experten *Then* (Annex A3) und *Csörgö* (Annex A4), European Commission, Final Report of the Expert Group of the European Commission on the development and implications of patent law in the field of biotechnology and genetic engineering (Ref. Ares(2016)5165507–12/09/2016), S. 105 ff, S. 121 ff.

<sup>92</sup> Zuvor für Deutschland bereits Reichsgericht, Entscheidung vom 14.3.1888, RGZ 22, 8 – Methylenblau; zur Geschichte dieser speziellen Chemiepatent-Auslegungsgrundsätze *Uhrich*, in: *Otto/Kippel* (Hrsg.), *Geschichte des deutschen Patentrechts*, 2015, S. 174.

<sup>93</sup> Auf diese bezieht sich Art. 64 Abs. 2 EPÜ nicht, der die Schutzrechtserstreckung vom patentierten Verfahren auf die *so* erzeugten Erzeugnisse vorsieht.

<sup>94</sup> EPA Guidelines for Examination, Part F, 4.12. „product-by-process claim“ ([https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/guidelines/e/f\\_iv\\_4\\_12.htm](https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/guidelines/e/f_iv_4_12.htm), zuletzt besucht 2.3.2016).

<sup>95</sup> Seit 1971, BGHZ 57, 1 – Trioxan und GRUR 1993, 651 – Tetraploide Kamille; jüngst BGH LMuR 2010, 153 – Substanz aus Kernen und Nüssen; ausführlich *Scharen*, in: *Benkard, Patentgesetz*, 11. Aufl., 2015, § 14, Rn. 46; *Krasser/Ann* (Fn. 84), S. 230 m. w. N. Wohlgermer gelten auch in Deutschland die Regeln des absoluten Stoffschutzes auch nur für unabhängige *pbp*-Ansprüche; abhängige *pbp*-Ansprüche sind von vorneherein durch den Umfang des Anspruchs begrenzt, von dem sie abhängig sind.

<sup>96</sup> *Abbott Labs. V. Sandoz*, 566 F.3d 1282, 1283 (Fed. Cir. 2009).

ren eine Mischform.<sup>97</sup> Vor diesem Hintergrund stellt sich bei den verbreiteten *pbp*-Ansprüchen der Erzeugnisschutz aber nicht „als Regel“, sondern nur als Option dar, die als zwingendes Argument bei der interpretatorischen Schließung einer Gesetzeslücke untauglich ist. Schon allein aus diesem Grund muss der RL-Text „autonom“ ausgelegt werden und der Zusammenhang von verfügendem Teil und Leitsätzen beachtet werden. Zudem schält die Kommission in der Mitteilung den Kern der Differenz zum Rechtszustand vor 1998 heraus und identifiziert die Ausschlussstatbestände als gezielte Modifikation der bisherigen „Prinzipien“ durch den europäischen Rechtssetzer. *Diese seien breit auszulegen*, sodass vom Verfahrensausschluss auf den damit einhergehenden Ausschluss des Produktschutzes zu schließen ist. Fritz Dolder leitet dieses Ergebnis aus einer Parallele zum *Brüstle*-Entscheid ab („whole content approach“).<sup>98</sup>

### c) Erzeugnisschutz bei *Pbp*-Ansprüchen

Im Vorfeld der jüngsten Entwicklung im November 2016 legte A. Metzger<sup>99</sup> einen weiteren Vorschlag für eine autonom unionsrechtliche Auslegung des Patentsumfangs für Art. 8 RL 98/44/EG vor. Dies setzt ein erteiltes Patent voraus. Seinen Aufsatz bezieht er vor allem auf pflanzenbezogene *pbp*-Ansprüche, die in der Praxis vermehrt angemeldet werden, ergänzt um die Hinterlegung des Materials mit Deposit-Nummer. Ungeachtet des Ausgangs des Streites zwischen EPA und EU Kommission bliebe seine Auslegung auch in Zukunft relevant für *pbp*-Ansprüche auf Pflanzen, die aus *technischen* Verfahren hervorgehen. Er argumentiert, dass Art. 8 RL 98/44/EG systematisch parallel zu Art. 13 VO 2100/94 auszulegen sei. Er kommt so zu dem Ergebnis, dass solche Erzeugnisse nicht mehr in den Schutzbereich des Patentanspruchs fallen, die aus einem anderen Ausgangsmaterial abgeleitet sind, als das für die Patentschrift hinterlegte Material. Die Trennlinie zwischen abgeleitetem und nicht-abgeleitetem Material sei in Rückgriff auf die Rechtsprechung zu Art. 13 Abs. 5 VO 2100/94 („im wesentlichen abgeleitete Sorte“) ziehen. Eine solche Auslegung wäre anschlussfähig an das Auslegungsprinzip im *Monsanto*-Urteil. Bemerkenswert ist der rechtsaktübergreifende europarechts-systemare Auslegungsansatz.

<sup>97</sup> Just UK High Court in *Hospira v. Genentech* [2014] EWHC 3857 (Pat), 148 et seq. Danach sind Ansprüche mit „obtained by“-Formulierung auf die Erzeugnisse beschränkt, die durch die Verfahren hergestellt sind. Demgegenüber erfassten Ansprüche mit „obtainable by“-Sprache auch Material aus anderen Verfahren, solange diesen Erzeugnissen jede einzelne Charakteristik eigen ist, die unvermeidbare Konsequenz des Verfahrens ist.

<sup>98</sup> *Dolder*, *Mitteilungen der deutschen Patentanwälte* 2017, 1.

<sup>99</sup> *Metzger* (Fn. 11), 553.

## 2. „Schutzwirkung“ bei Ergänzenden Schutzzertifikaten

Heftige Kritik am EuGH wurde auch an dessen Rechtsprechung zur Verordnung zu Ergänzenden Schutzzertifikaten (ESZ) für Pharmazeutika geübt (VO 469/2009, ehemals VO 1768/92).<sup>100</sup> Das Schutzzertifikat verlängert die Patentlaufzeit um die „verlorene“ Zeit des Genehmigungsverfahrens (maximal 5 Jahre<sup>101</sup>).

Die Diskussion entzündet sich an Art. 3 VO 469/2009. Dessen Regelungsmodell geht grundsätzlich von einer Deckungsgleichheit von patentiertem Wirkstoff, Genehmigung und den Ergänzenden Schutzzertifikat aus. Zum öffentlichkeitswirksamen Streit kam es erstmals im Fall *Medeva*.<sup>102</sup> In dem Fall ging es um ein ESZ für einen Kombinationsimpfstoff. 1990 hatte der Hersteller ein Verfahren zur Herstellung eines Impfstoffs gegen Keuchhusten zum Patent angemeldet, bei dem als Wirkstoffe zwei Antigene mit synergistischen Effekt kombiniert wurden. Das Patent wurde 2009 erteilt und lief 2010 ab. Zwischenzeitlich wurden Arzneimittelgenehmigungen desselben Wirkstoffs in Kombination mit bis zu 11 anderen Wirkstoffen für fünf weitere Krankheiten erteilt. Auf dieser Basis beantragte der Hersteller fünf ESZ. Der EuGH folgt den Schlussanträgen der GA Trstenjak. Zwar könne kein ESZ für Wirkstoffe erteilt werden, die in den Ansprüchen des Grundpatents nicht genannt sind. Sehr wohl könne aber ein ESZ für eine Zusammensetzung erteilt werden, wenn die Wirkstoffe in den Patentansprüchen *genannt* sind, aber das Arzneimittel aus weiteren Wirkstoffen besteht.

Auch dieses Urteil klingt für die Nicht-Patentjuristen plausibel, stieß aber bei den Patentpraktikern auf Widerspruch.<sup>103</sup> Diese hatten erwartet, dass der EuGH sich die patentrechtsimmanenten Maßstäbe zu eigen macht und das ESZ mit dem Anspruchsumfang zur Übereinstimmung bringt. Das Erfordernis der Anspruchsspezifizierung öffnet aber die Diskussion dafür, ob etwa die in der Patentpraxis zulässige Stoffbezeichnung durch Erzeugnisklassen (ohne Einzelnennung) für das ESZ „reicht“, und ob ein Wirkstoff, der über die sog. Markush-Formel (kann dann 2 Milliarden Verbindungen „repräsentieren“) oder als „Diuretikum“ im Patentanspruch bezeichnet ist, für die ESZ-Erteilung ausreichend konkret bestimmt ist.

Die Rationalität des EuGH war von der Überlegung getrieben, dass ein Hersteller das ESZ nicht dafür missbrauchen dürfe, die Patentlaufzeit auf *andere*

<sup>100</sup> Die parallele VO 1610/96 (ABl. EG L 198, 8.8.1996, 30) regelt dasselbe für Pflanzenschutzprodukte (Herbizide, Fungizide, Pestizide, Wachstumsförderer).

<sup>101</sup> Für pädiatrische Medikamente ein zusätzliches halbes Jahr gemäß VO 1901/2006 (ABl. EU L 378, 27.12.2006, 1).

<sup>102</sup> EuGH, Rs. C-322/10, Aml. Slg. 2011 I, 12051.

<sup>103</sup> *Kalden* (Fn. 6), 120. „Wir (d.h. die Richter und Praktiker) hofften alle, dass es der Verletztetste sein würde, da zumindest der eindeutig wäre.“

als den offenbarten Wirkstoff zu verlängern (sog. evergreening). Dafür orientierte sich der Gerichtshof an der Zielsetzung der Forschungsförderung und der Gesundheitsförderung der VO.<sup>104</sup> Zentral wurde so die Aussage, dass für die Frage, ob ein Wirkstoff Gegenstand eines Grundpatents ist, „nicht die Schutzwirkung des Grundpatents herangezogen werden könne“.<sup>105</sup>

Der Konflikt verschärfte sich mit *Georgetown II*.<sup>106</sup> In dem Fall ging es um einen Impfstoff gegen den Papillomavirus.<sup>107</sup> Es existieren zahlreiche Genotypen des humanen Papillomavirus (HPV), die nach der Ähnlichkeit ihrer DNA-Sequenzen unterteilt werden. Die HPV-Typen 6 und 11 sollen für Warzen im Genitalbereich, die HPV-Typen 16 und 18 für Vorstufen von Krebserkrankungen, u. a. Gebärmutterhalskrebs, verantwortlich sein. Mit dem 1993 beantragten Patent werden diese vier Formen beansprucht, inklusive der Kombinationen. Das Patent wurde am 12.12.2007 erteilt und lief am 23.6.2013 ab. Die arzneimittelrechtlichen Inverkehrbringensgenehmigungen wurden zwei unterschiedlichen Unternehmen erteilt, die sich einerseits auf die Herstellung aus Hefen (2006 für MSD für Gardasil), andererseits aus Insektenzellen bezogen (2007 GSK für Cevarix). 2007 beantragte der Patentinhaber acht ESZ in Bezug auf das Ausgangspatent. Die ESZ-Kombinationen wurden erteilt. Ein ESZ auf eine rekombinante Einzelform des Typ 16 wurde abgelehnt und streitanhängig.

Das vorliegende Gericht sah sich durch den Wortlaut des Art. 3 lit. c VO 469/2009 gehindert, dem Inhaber des Grundpatents (das mehrere Varianten um-

<sup>104</sup> EuGH, Rs. C-322/10, Rn. 31. „Der Grund für den Erlass dieser Verordnung lag darin, dass die Laufzeit des tatsächlichen Patentschutzes für die Amortisierung der in der pharmazeutischen Forschung vorgenommenen Investitionen unzureichend war; [...]“ Rn. 32. „Darüber hinaus dient der durch ein ESZ gewährte Schutz, [...] vor allem der Amortisierung der Forschungsarbeiten, die zur Entdeckung neuer „Erzeugnisse“ führen, wobei der Begriff „Erzeugnis“ als gemeinsame Bezeichnung im Zusammenhang mit den drei verschiedenen Typen von Patenten verwendet wird, die zu einem ESZ berechtigen können [wird ausgeführt].“

<sup>105</sup> Schlussanträge der Generalanwältin, Rn. 68: „An diesem Ergebnis ändert auch die im Ausgangsverfahren [...] geführte Diskussion über den Unterschied zwischen Gegenstand – oder Schutzbereich – und Schutzwirkung des Grundpatents nichts. Diese Auseinandersetzung betrifft insbesondere die Frage, ob der Umstand, dass ein Wirkstoff, der Gegenstand eines Patents ist, fester Bestandteil einer Wirkstoffzusammensetzung ist und dadurch diese gesamte Wirkstoffzusammensetzung nicht ohne Zustimmung des Patentinhabers hergestellt oder in den Verkehr gebracht werden darf (dies ist die Schutzwirkung des Patents), mit sich bringt, dass die Wirkstoffzusammensetzung als durch ein in Kraft befindliches Patent geschützt gilt“. Rn. 69: „Entscheidend ist in diesem Zusammenhang, dass die Definition des Grundpatents nach Art. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 469/2009 von dem Gegenstand des Patents ausgeht, nicht hingegen von dessen Schutzwirkung. Unter Grundpatent im Sinne der Verordnung Nr. 469/2009 ist somit ein nationales oder europäisches Patent zu verstehen, dessen Gegenstand entweder ein Erzeugnis als solches, ein Verfahren zur Herstellung eines Erzeugnisses oder eine Verwendung eines Erzeugnisses im Sinne von Art. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 469/2009 umfasst.“ (Hervorhebungen im Text).

<sup>106</sup> EuGH, Rs. C-484/12, *Georgetown II*.

<sup>107</sup> Präziser: für ein L1-Protein des humanen Papillomavirus, das neutralisierende Antikörper gegen die Variationen des Papillomavirus entstehen lassen kann.

fasst) und auf Grundlage einer arzneimittelrechtlichen Inverkehrbringensgenehmigung, die eine Zusammensetzung aus mehreren Wirkstoffen enthält, auch nach Erteilung eines ESZ auf die Wirkstoffzusammensetzung noch ein ESZ für einen isolierten Wirkstoff zu erteilen. Dem widerspricht der EuGH: Entscheidend sei, dass der Wirkstoff durch das Grundpatent „geschützt“ sei. Jede andere Auslegung könne zu Umgehungsstrategien Anlass geben.<sup>108</sup>

Wieder klingen die Urteilsgründe plausibel, erregten aber den Widerstand der Patentpraktiker.<sup>109</sup> Diese sehen *Georgetown II* in Widerspruch zu den Vorgängerentscheidungen (von *Medeva* bis zu *Aktavis*). Just dies weist der EuGH im Urteil ausdrücklich zurück (Ziff. 19, 30, 33). Die Ursache des Zerwürfnisses scheint wieder im unterschiedlichen Verständnis von „Schutzwirkungen“ zu liegen. Die Patentgemeinde legt die Ansprüche *de lege artis lex patentis* nach Maßgabe des Art. 69 EPÜ aus. Danach entscheidet die Reichweite des Erzeugnisschutzes. Der Gerichtshof legt demgegenüber die „Schutzwirkung“ nach der Ratio der Verordnung und nach Auslegung der Erwägungsgründe aus (vgl. Ziff. 31) – „unionsrechtsautonom“. Nach Ratio der VO soll das ESZ nicht über das Grundpatent hinausgehen. Deshalb zählt als „Schutzwirkung“ nur der offenbarte Anspruchswortlaut. Will der Hersteller ein ESZ für den Wirkstoff aus dem Grundpatent mit einem anderen Wirkstoff kombiniert, kann das ESZ nicht erteilt werden. Beide Hermeneutiken scheinen unvereinbar.

### 3. Erschöpfung

Die Erschöpfung bildet eine inhärente Grenze aller Schutzrechte, wenn ein geschützter Gegenstand zum ersten Mal durch oder mit Zustimmung des Inhabers in Verkehr gebracht wurde. Als immanente „First-Marketing-Rule“ war diese Grundregel lange unkodifiziert.<sup>110</sup> Ratio der Regel ist, dass dem Eigentümer pro Gegenstand nur einmal ein Gewinn zusteht und er nicht die Händlerkette beherrschen soll. Früh (1974) hat der EuGH das Prinzip dem Binnenmarktprinzip unterstellt.<sup>111</sup> In jüngster Zeit justierte der Gerichtshof das Prinzip für das Vertragsrecht für selbstreplikative Schutzgegenstände (Software, Pflanzen) in Bezug auf die Verkehrsinteressen in zwei Urteilen nach.

<sup>108</sup> EuGH, Rs. C-484/12, Urteilsgründe Rn. 31, 32.

<sup>109</sup> *Kalden* (Fn. 6): Der EuGH habe „die Dinge auf den Kopf gestellt“, eine „180-Grad-Wende in der Praxis“ vollzogen; dieselbe Irritation zeigt *Markgraf*, in: *Markgraf* (Hrsg.), *Ergänzende Schutzzertifikate – Patent Term Extensions*, 2015, Rn. 40.

<sup>110</sup> Zuerst § 17 Abs. 2 UrhG, inzwischen regeln die jüngeren EG/EU-Rechtsakte die Erschöpfung ausdrücklich: Vgl. Art. 5 Abs. 5 der RL 87/54/EWG Topographieschutz für Halbleitererzeugnisse (ABl. L 24, S. 36), Art. 7 RL 2008/95/EG MarkenRL (ABl. L 299, S. 25), Art. 13 VO 207/2009 GemeinschaftsmarkenVO (ABl. L 78, S. 1); Art. 15 RL 98/71/EG DesignRL (ABl. L 289, S. 28), Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL 2001/29/EG (ABl. L 167, S. 10) und Art. 21 VO 6/2002 GemeinschaftsgeschmacksmusterVO (ABl. 2002, L 3, S. 1).

<sup>111</sup> „Grundsatz der gemeinschaftsweiten Erschöpfung“ (Fn. 17).

### a) UsedSoft: Handel mit benutzten Lizenzen

In *UsedSoft*<sup>112</sup> ging es um die Frage, ob sich Gebrauchsrechte an Software erschöpfen. *Usedsoft* kaufte ungenutzte Lizenzen auf, die der Hersteller Oracle nur im Paket und durch Herunterladen von der Homepage auf den Markt brachte (kleinste Größe berechnete 25 Nutzer, beschränkt auf interne Geschäftszwecke) und vertrieb ungenutzte einzelne Lizenzschlüssel an Dritte weiter. *UsedSoft* argumentierte, dass das Verbreitungsrecht von Oracle durch deren Erstverkauf erschöpft sei. Zur Überraschung der Industrie gab der EuGH diesem Argument im Grunde recht, indem er feststellte, dass nicht nur CD-Träger, sondern auch Kopien sich durch Herunterladen erschöpfen.<sup>113</sup> Ausdrücklich stellt das Gericht fest, dass die Richtlinie autonom auszulegen ist und nicht in Rückgriff auf die Vorschriften der Mitgliedstaaten (Ziff. 39). Der Ersterwerber habe aber nicht das Recht, die Lizenz aufzuspalten, falls die von ihm erworbene Lizenz für eine seinen Bedarf übersteigende Zahl von Nutzern gilt. Daraus folgt, dass er nur über das Recht an einer Kopie (hier Lizenz) verfügen kann, an der die Rechte erschöpft sind. Für diese muss bei Weiterverkauf die auf dem Computer heruntergeladene Kopie unbrauchbar gemacht werden.<sup>114</sup>

Der für den hiesigen Zusammenhang interessierende verallgemeinerbare Kern des Urteils bezieht sich auf die Vertragsbeschränkungen. Der Inhaber des Immaterialgüterrechts kann privatautonom weder die Erschöpfung aushebeln,

<sup>112</sup> EuGH, Rs. C-128/11, *UsedSoft I*. Entscheidende Voraussetzung: Der Ersterwerber (der die Lizenz weiterverkauft) muss seine Kopie des Programms (nachweisbar) unbrauchbar machen. Dann kann der Zweiterwerber entsprechende Software auch über einen Code von der Webseite des Herstellers herunterladen, installieren und nutzen (es muss sich nicht um eine verkörperte Kopie handeln). Sind bei der Lizenz Updates mit enthalten, darf er auch diese rechtmäßig beziehen. Der BGH (*UsedSoft II*) stellte einschränkend klar: Erstens, für das Löschen trägt der Beklagte die Darlegungs- und Beweislast. Ein Notarstatat reicht dafür nicht aus. Zweitens, der Lizenznehmer ist dafür verantwortlich, dass der Zweiterwerber die ursprünglichen Vertragsbedingungen einhält (Störerhaftung). Er muss die Vertragspflichten weitergeben. In dem Fall war zwar der Weiterverkauf der Software ausgeschlossen, aber für die Weitergabe der Nutzungsrechte von Lizenzen gab es keine Regelung (war also prinzipiell erlaubt). Drittens, ein Vertragsverstoß kann nur vorliegen, wenn nicht bereits Erschöpfung eingetreten ist. Durch den Verkauf innerhalb des EWR könnte aber Erschöpfung eingetreten sein. Das heißt: Trotz anderslautender AGB könnte *UsedSoft* den Weiterverkauf nicht untersagen. Viertens, auch für die Erschöpfung trägt der Beklagte die Darlegungs- und Beweislast. Das OLG München konnte den Fall nicht weiter prüfen, weil im April 2015 *UsedSoft* die Berufung (wohl aus Beweismangel) zurücknahm.

<sup>113</sup> EuGH, Rs. C-128/11 (Fn. 112), Rn. 47: „Da der Erwerber [...] das Recht erhält, sie gegen Zahlung eines Entgelts unbefristet zu nutzen, ist davon auszugehen, dass durch diese beiden Geschäfte [...] das Eigentum *an dieser Kopie* übertragen wird.“ (Hervorhebung CG). Insofern ist das Vervielfältigungsverbot (dieses Recht erlischt nicht durch Erschöpfung) und das Weiterverkaufsverbot unwirksam. Ein (befristeter) Wartungsvertrag (hier bezogen auf den Download der verbesserten Programmkopie) für die weiterverkaufte Lizenz bleibt wirksam.

<sup>114</sup> An diesem Erfordernis, für das das Landgericht München dem Beklagten die Beweislast aufgelegt hatte, scheiterte *Usedsoft* im weiteren Verfahren und meldete vor Verfahrensende 2011 die Insolvenz an, <https://www.heise.de/newsticker/meldung/UsedSoft-meldet-auch-in-Deutschland-Insolvenz-an-1346521.html>.

noch Rechte ausschließen, die an die Kopie gebunden sind. Deshalb ist das Weiterveräußerungsverbot unwirksam und der spätere Erwerber ist berechtigt, Updates von der Oracle Homepage herunterzuladen.

#### b) Vertragswidriger Verkauf an Dritte

Diese Argumentation konkretisiert der EuGH in *Greenstar v. Kanzi*.<sup>115</sup> In dem Fall hatte der Vertragspartner eines Sorteninhabers, ein Apfelzüchter, die vertragliche Pflicht verletzt, an seine Vertragspartner die Pflicht zum Abschluss schriftlicher Zucht- und Vermarktungslizenzen mit dem Schutzrechtsinhaber weiterzugeben (qualifiziertes Weiterveräußerungsverbot).<sup>116</sup> Gegenstand der Vorlagefrage war, ob der Sortenschutzinhaber einem Dritten, der die Ware erworben hatte, den Weiterverkauf untersagen kann. Diese Frage ist von weit über diesen Fall hinausreichender Bedeutung, weil sie sich bei allen Vertragsverletzungen stellt, wenn ein Vertragsproduzent mit Zahlungen säumig ist, Mengengrenzungen verletzt (*overnight/overrun production*) oder an nicht autorisierte Dritte verkauft.<sup>117</sup> Im Zentrum des Falls steht die umstrittene Frage, worauf sich die subjektive Seite der Erschöpfung erstreckt. Nach traditioneller immaterieller Auslegung ist die Erschöpfungsregel an die Zustimmung des Rechtsinhabers gebunden. Daraus wird gefolgert, dass sich Rechte an unrechtmäßig in Verkehr gebrachte Ware nicht erschöpfen und die Schutzrechte auch gegen gutgläubige Dritte geltend gemacht werden können.<sup>118</sup> Diesem Grundsatz stellt Generalanwalt Jääskinen eine Differenzierung zwischen Schutzrechtsverletzung und Vertragsverletzung entgegen, für die er sich auf Art. 27 und Art. 13 Abs. 3 VO 2100/94 stützt.<sup>119</sup> Mit Verweis auf zwei markenrechtliche Entscheidungen zum Weiterverkaufsverbot<sup>120</sup> soll jedenfalls dann, wenn ein Lizenznehmer zum Verkauf in der EU berechtigt ist, Erschöpfung eintreten – unabhängig davon, ob Dritte die Vertragseinschränkungen kennen. Der Generalanwalt votierte damit für eine verkehrsschutzbezogene Auslegung der Erschöpfung.

Der EuGH folgt dem Generalanwalt zwar nicht im Ergebnis und hält an der subjektiven Komponente der Erschöpfung fest. Allerdings sucht das Gericht

<sup>115</sup> EuGH, Rs. C-140/10.

<sup>116</sup> Damit verletzt der Vertragspartner sowohl Vertrag als auch Schutzrecht. Für das Sortenrecht ist ausdrücklich stipuliert, dass Vertragsverletzungen Schutzrechtsverletzungen gleichstehen, Art. 27 Abs. 2 GSORTV und § 11 Abs. 3 SORTG.

<sup>117</sup> Diskutiert bei *Godt/Lorenzen*, in: Metzger/Zech (Fn. 67), § 40a, Rn. 9. Das Grenzkontrollrecht nimmt bloße Vertragsverletzungen aus der zollrechtliche Beschlagnahme explizit aus (Art. 1 Abs. 5 VO (EU) 608/2013) und verweist diese Streitigkeiten an den Zivilprozess.

<sup>118</sup> Vgl. nur für das Patentrecht *Krasser/Ann* (Fn. 84), § 33 Rn. 279; für das Urheberrecht: *Schulze*, in: Dreier/Schulze, Urheberrecht, 5. Aufl., 2015, § 17, Rn. 31.

<sup>119</sup> EuGH, Rs. C-140/10, Schlussanträge GA Jääskinen v. 7.7.2011, Rn. 40; auch den engen Zusammenhang von Schutzrechten und Erschöpfung im Vergleich Sortenschutz und Patentrecht als Problem der Beweislast verweist Metzger (Fn. 11), 554.

<sup>120</sup> EuGH, Rs. C-59/08, Copad und EuGH, Rs. C-16/03, Peak Holding.

nach Differenzierung. Nicht jede Vertragsverletzung soll der Erschöpfung entgegenstehen, sondern nur solche, die den „wesentlichen Bestandteil [des Schutzrechts] betreffen“. Zwar hat das Instanzgericht in dem konkreten Fall letztlich die streitgegenständliche Weitergabepflicht als „wesentlichen Bestandteil“ eingestuft.<sup>121</sup> Der EuGH schließt mit diesem Kriterium aber an die Differenzierungen von „essential function“<sup>122</sup> und „specific subject matter“<sup>123</sup> an. Damit ist nicht unbedingt eine Begrenzung des Schutzrechts verbunden,<sup>124</sup> sondern vielmehr der Anschluss an andere Regelungsmaterien. Damit wird der Rechtsprechung das typische Charakteristikum der Abwägung eingeschrieben, das sich gegen vereinfachende Abgrenzungen (Klarheit) sperrt. Das bedeutet umgekehrt, dass den nationalen Gerichten Raum bleibt für die Auslegung nationalen Rechts.

#### III. Zwischenfazit: Unionsautonome Auslegung

In allen drei Beispielen ändert der EuGH immanente Auslegungsregeln des Geistigen Eigentums durch eine unionsautonome Auslegung ab. Diese Kompetenz beansprucht der Gerichtshof nicht nur beim vereinheitlichten Unionsrecht (Bsp. ESZ). Von einer ganz eigenen Bedeutung ist dies bei Richtlinien und Prinzipien. Wo ein Gesetzgebungsakt bewusst das vorbestehende Recht abgeändert hat, sucht der Gerichtshof (ihm folgend die Europäische Kommission) nach einer Auslegung, die dem Gesetzgebungszweck zur Geltung verhilft – unabhängig von Auslegungen der Mitgliedsstaaten und sektoralen Eigengesetzen. Wo die Mitgliedstaaten ihre Gestaltungsspielräume genutzt haben, sucht der EuGH eine neue Sprache für übergeordnete Prinzipien zu finden – und zwar eine, die Querverbindungen zwischen den Schutzrechten schafft (Bsp. Monsanto). Wie die autonome Interpretation danach durch die vorliegenden mitgliedstaatlichen Gerichte umzusetzen ist, ist Gegenstand der lebhaften Diskussion um die richtlinienkonforme Auslegung.<sup>125</sup> Ähnlich wie die Anforderungen des EuGHs an die Auslegung des nationalen Rechts „soweit wie möglich“<sup>126</sup> (bis zur *contra*

<sup>121</sup> Hof de beroep Gent, Arrest v. 1.12.2014, Aktz. 2012/AR/2038.

<sup>122</sup> Primär verwendet im Markenrecht: EuGH, Rs. C-102/77 – Hoffmann LaRoche v. Centrafarm; EuGH, Rs. C-487/07, L'Oréal v. Bellure.

<sup>123</sup> Verwendet bei der Auslegung der anderen Schutzrechte. Beide Differenzierungen entwickelten sich aus der europarechtlichen Differenzierung von (schutzrechtlichem) Bestand und (vom Wettbewerbsrecht zur regulierenden) Ausübung. Strowel/Kim (Fn. 4), 133.

<sup>124</sup> *Strowel/Kim* (Fn. 4), 135.

<sup>125</sup> *Roth/Jopen* (Fn. 48).

<sup>126</sup> EuGH, Rs. C-106/89, Marleasing. Kern dieses Urteils ist das Äquivalenzprinzip: Der nationale Richter muss beide Rechtsordnungen (nationales und europäisches) gleich behandeln, wobei er eine Auslegung finden muss, die dem Regelungsanspruch der Richtlinie „soweit wie möglich“ („as far as possible“) entspricht; bestätigt durch EuGH, Rs. C-64/15, BP Europe v. Hauptzollamt Hamburg, Rn. 41.

legem-Grenze<sup>127</sup>), wirkt die Abweichung vom Spezialdiskurs wie ein Autonomieeingriff. Zwar geht es hier, anders als in der zivilrechtlichen Diskussion, nicht primär um einen Eingriff in *nationale* Jurisprudenz<sup>128</sup> und, anders als in der urheberrechtlichen Reflektion, nicht um die Grenzen richterlichen Rechtsfortbildung.<sup>129</sup> Hier geht es um die Autonomie eines Rechtsgebiets, das sich unter dem Dach der Verträge von Paris und Bern und dem EPÜ international eigenständig entwickelt hat.

Dem setzt der EuGH seine eigene Begrifflichkeit entgegen. Er bestimmt zentrale Konzepte neu. Diese neue Begriffsbestimmung beruht nicht auf Unkenntnis, sondern ist in der Aufgabe begründet, Europarecht auszulegen.<sup>130</sup> Die Frage ist nun, welche Auswirkungen dies auf die mitgliedstaatlichen Fachgerichte hat und wie nach Beantwortung der Vorlagefrage ihr Arbeitsauftrag aussieht. Das soll im nachfolgenden Abschnitt untersucht werden (D.). Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass es bei der EuGH-Kritik im Geistigen Eigentum nicht um die EU-Verbandskompetenz, nationale Rechtstraditionen oder die Sachkompetenz geht. Das System des Geistigen Eigentums ist trotz Territorialitätsprinzip international ausgerichtet; ein „Zuviel“ an Rücksichtnahme auf nationale Befindlichkeiten wird eher bemängelt. Der Kern der Ablehnung des EuGH liegt im Interesse an schutzrechtsstärkenden Sonderregeln und der Autonomie der Community. Deshalb wirkt die Kritik wie eine mittelalterliche „Urteilsschelte“,<sup>131</sup> damals ein Vorrecht des Adels, ein Urteil überprüfen zu lassen, sich der landesherrlichen Justiz zu entziehen und sich einer anderen Rechtsaufsicht (der des Kaisers) zu unterwerfen.

<sup>127</sup> EuGH, Vbd. Rs. C-397–403/01 et al, Pfeiffer. Danach hat das nationale Gericht für die richtlinienkonforme Auslegung nationale Regeln anzuwenden. Ausdrücklich EuGH zur *contra legem*-Grenze (die sich nach nationalem Recht bestimmt) in Rs. C-268/06, Impact (irische Regeln zum Rückwirkungsverbot), ausführlich hierzu Brenncke, (im Erscheinen in: Statute Law Review 2017, online via: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2883447](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2883447)).

<sup>128</sup> Brenncke (ebenda).

<sup>129</sup> Roder (Fn. 19), 341 ff.

<sup>130</sup> Bekanntermaßen ist die Richtlinie in vielfältiger Weise eine rechtliche Sonderheit und stellt sowohl an den EuGH (autonome Auslegung) als auch an die nationalen Gerichte (richtlinienkonforme Rechtsfindung) besondere Anforderungen. Dies ist hier nicht zu vertiefen, vgl. die Beiträge in *Riesenhuber* (Fn. 47).

<sup>131</sup> Als „Urteilsschelte“ bezeichnet der Sachsenspiegel ein Vorrecht des Adels, ein Gerichtsurteil durch das Verfahren „sieben gegen sieben“ anzufechten und zur Berufung vor den Reichstag zu bringen. Daraus entwickelte sich erst die Appellation, dazu Franke, in: Auer/Ortlieb (Hrsg.), Appellation und Revision im Europa des Spätmittelalters und der Frühen Neuzeit (= Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs 2013/1, Wien 2013), S. 121–145.

## D. „Gute Rechtsprechung“

Was aber nun sind die Maßstäbe „guter Rechtsprechung“ und wer entscheidet darüber? Der Maßstab „guter“ Rechtsprechung ist nicht vorgegeben, sondern hängt vom normativen Leitbild eines Richters als Dritte Gewalt ab, der einen einzelnen Streit auf Grundlage eines Textes entscheidet. Je nach Stellung der Judikative zu den anderen Gewalten differieren die Maßstäbe für die Besetzung der Richterbank und die Maßstäbe zur Bewertung der Qualität einer Entscheidung. Drei Theoreme determinieren die Antwort auf die Frage nach Qualität und Legitimität.

In der rechtspositivistisch geprägten deutschen Staatslehre wird die Justiz auf „Richtigkeit“ verpflichtet. Diesem Maßstab liegt die Idee zugrunde, dass der Gesetzgeber die Entscheidung vorbestimmt und es nur eine richtige Auslegung geben kann, die der Richter zu finden hat. Diese Denkschule ist im Naturrecht verwurzelt<sup>132</sup> und ist Fundament für ein Systemdenken in der Tradition von Savigny. In dieser Tradition sieht sich die Spezialgerichtsbarkeit. Während es auch in der allgemeinen Gerichtspraxis der Berufung und Revision immer noch „den“ „richtig oder falsch“ entschiedenen Fall gibt, besteht in der modernen Methodenlehre aber Einigkeit über die instrumentelle „Funktion“ und „Formelhaftigkeit“. Nach den Erfahrungen des Dritten Reichs<sup>133</sup> wurde mit G. Radbruch (1946<sup>134</sup>) Konsens, dass eine positive Norm immer an übergeordneten Prinzipien zu messen ist. Dieses Grundverständnis hat sich über die Rechtstheorie,<sup>135</sup> die System- und Diskurstheorie<sup>136</sup> und das verfassungsrechtliche Konkordanzdenken<sup>137</sup> durchgesetzt. Ein Richter darf keine „Subsumptionsmaschine“ sein. Moderne Programmgesetze geben die „eine“ Lösung nicht mehr vor. Notwendig muss der Richter durch teleologisch und historische Auslegung eine Lösung entwickeln, die nah an der Intention des Gesetzgebers liegt. Damit „reguliert“ auch die Justiz, die Entscheidungen finden muss, die über den Einzelfall hinaus valide sind.<sup>138</sup> Diese Anforderungen an den Richter sind durch die Einbettung des nationalen Rechts ins Europarecht nur gewachsen.<sup>139</sup> Er muss europarechts-

<sup>132</sup> Zur wechselfollen Funktionalität von „Naturrecht“ Bloch, Naturrecht und menschliche Würde, 1983; zur unterschiedlichen Bedeutung des Rechtspositivismus auf dem Kontinent, der hier im 19. Jh. das „Systemdenken“ vorangetrieben hat und dem Common Law – vor allem in England, Dedek, in: Fischer-Lescano (ed.), Kritik der Subjektiven Rechte (im Erscheinen).

<sup>133</sup> Pars pro toto für eine Justiz im NS Unrechtsstaat, vertiefend Rütters, Entartetes Recht – Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich, 2. Aufl., 1989 (passim).

<sup>134</sup> Radbruch, Süddeutsche Juristenzeitung 1946, 105.

<sup>135</sup> Hart, 71 Harvard Law Review 1958, 593; Hart, The Concept of Law, 1961, 3. Aufl., 2012).

<sup>136</sup> Luhmann, Soziale Systeme, 1984; Habermas, Faktizität und Geltung, 1992.

<sup>137</sup> Alexy, Theorie des juristischen Argumentierens, 1983.

<sup>138</sup> Brüggemeier, JZ 1986, 969.

<sup>139</sup> Die EU-Integration stellt sowohl die Normenhierarchie in Frage als auch die Rolle eines bloß normexegetischen Richters, Amstutz, 11 European Law Journal 2005, 766, 778; Brenncke (Fn. 127).

konform und rechtsvergleichend unter Einbeziehung der Entscheidungen des EuGH und der Gerichte anderer Mitgliedsstaaten auslegen. Als „richtig“ gilt nur eine Entscheidung, die kollidierende Rechtsgüter in Konkordanz bringt und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügt. Das gilt seit Intervention des EuGH nicht nur für verwaltungsgerichtliche Entscheidungen, sondern auch für das Zivilrecht. Einem intergouvernementalen Spezialgericht, wie den EPO-Spruchkammern, ist der Rückgriff (bislang?) auf diesen Kern der Auslegung versperrt.

Die Gegenströmung zum Rechtspositivismus verkörpern die *common law* Staaten und Skandinavien, die vom *legal realism* geprägt sind. Hier wird dem Richter eine andere, aktive Rolle zugeschrieben. Gewaltenteilung bedeutet weniger die Trennung der Gewalten als vielmehr die gegenseitige Kontrolle (*checks and balances*). Hier wird die korrigierende Funktion von Justiz betont und die Balance zwischen legitimer Majorität und Einzelfallgerechtigkeit. Das große Gewicht der Justiz wird durch die Betonung der Einzelfallentscheidung begrenzt.

Seit Mitte des 20. Jh. tritt neben diese beiden Rechtstraditionen der Gewaltenteilung ein drittes Theorem, das die Legitimität der Judikative aus der „Output“-Akzeptanz der Betroffenen ableitet. „Qualität“ misst sich hier an der Anerkennung. Diese Perspektive ist Resultat verschiedener Theorieentwicklungen in der Philosophie<sup>140</sup> und den Sozialwissenschaften,<sup>141</sup> die Akzeptanz als Legitimitätsquelle begreifen. Hier ist Ausgangspunkt, dass Richter nicht im „luftleeren Raum“ agieren. Zwar müssen sie „unabhängig“ sein, aber ihre Entscheidungen müssen auch Anerkennung finden. Das gilt in einem besonderem Maße einerseits für supranationale Gerichte,<sup>142</sup> andererseits für Fachgerichte, die bereits für die Urteilsfindung auf Fachwissen des sozialen Milieus von Klägern und Beklagten angewiesen sind. Auf diese Besonderheit von Fachgerichten machte R. Posner schon 1983 aufmerksam.<sup>143</sup> Diese Tendenz verstärkt sich, wenn Gerichte an der Zahl der anhängig gemachten Fälle bewertet werden: Das ist die Kehrseite des von Art. 7 (4), Art. 8 (2) und (3) EPGÜ ausgeübten Fallzahl-Drucks.<sup>144</sup>

In diesem normativen Dreieck entfaltet sich die jüngste Diskussion über die Sinnhaftigkeit von Spezialgerichten im Geistigen Eigentum, die Legitimität verfassungsrechtlicher Aufsicht und der Europäisierung. Was also macht eine „gute“ (internationale) Fachgerichtsbarkeit aus und wann wäre sie wünschens-

<sup>140</sup> Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1979 (englisches Original: *A Theory of Justice*, 1971).

<sup>141</sup> Vgl. aus der Politikwissenschaft: Schmidt, in: Mazey/Richardson (Hrsg.), *European Union. Power and Policy-Making*, 2015, S. 159; aus der Soziologie: Vauchez, *Brokering Europe, Euro Lawyers and the Making of a Transnational Polity*, 2015.

<sup>142</sup> Frerichs, *Judicial Governance in der Europäischen Rechtsgemeinschaft. Integration durch Recht jenseits des Staates*, 2008, beschreibt den EuGH aus einer institutionalistischen Perspektive als ein Gericht, das in seiner Aufgabe als Quasi-Verfassungsgericht gar nicht anders kann als das Recht jenseits des engen Wortlauts der Rechtstexte fortzubilden.

<sup>143</sup> Posner (Fn. 28).

<sup>144</sup> Schneider (Fn. 3), S. 144.

wert? Die Suche nach einer Antwort steht vor einer doppelten Herausforderung. Sie muss die Diskussion um Fachgerichtsbarkeit mit der Diskussion um die Internationalisierung von Gerichtsbarkeit im Allgemeinen verbinden.

Die Frage nach dem „bias“ in der Fachgerichtsbarkeit im Geistigen Eigentum haben J. Schovsbo/T. Riis/C. S. Pertersen 2015 für das Europäische Patentgericht gestellt.<sup>145</sup> Die Studie von J. DeWerra 2016 hat dazu die Diskussion international eröffnet. Beide knüpfen an die kritische Diskussion der 80er Jahre an. 1983 (ein Jahr nach Einrichtung des US-amerikanischen US Court of Appeals for the Federal Circuit [CAFC]) fasste Posner sieben Gefahren zusammen, die von einem Spezialgericht ausgehen,<sup>146</sup> darunter mangelnde Integration anderer Anliegen in die Entscheidungspraxis,<sup>147</sup> hohe Kostenlast durch eine zusätzliche Institution, und der „Tunnelblick“ der Spezialisten.<sup>148</sup> Dabei sind die Gründe für die Einrichtung von Fachgerichten in Europa und den USA unterschiedlich gewesen. Bei der Einrichtung der gerichtsartigen, verwaltungsinternen, mit Technikern besetzten Beschwerdekammer in Deutschland (1877) war dies ein Sieg der Bürger gegenüber dem Staat.<sup>149</sup> Sie wurde verstanden als Erwehung der von Bürgern getragenen Industrie, als Selbstermächtigung. Träger der Legitimität war der technische Sachverstand. Demgegenüber ging es in den USA zu Beginn der 80er Jahre des 20. Jh. primär um die Bewältigung von Arbeitslast durch Spezialisierung,<sup>150</sup> eine bessere Vorhersehbarkeit und die Eindämmung des *forum shopping*.<sup>151</sup> Es sollte aber auch die Zahl der bestandskräftigen Patente erhöht<sup>152</sup> und der Schutz ausgeweitet werden.<sup>153</sup> Wenn heute die Fachgerichts-

<sup>145</sup> Schovsbo/Riis/Pertersen (Fn. 38).

<sup>146</sup> Posner (Fn. 28), S. 783 ff.: (1) ein spezialisiertes Gericht ist weniger unabhängig von der Politik, (2) ein allgemeines Gericht kann besser als Puffer fungieren zwischen Staat und dem Einzelnen, (3) ein spezialisiertes Gericht reduziert die Argumentationsbreite (*reduces diversity of ideas*; S. 785), (4) Spezialisierung reduziert geographische Vielfalt, (4) und reduziert den Fluss der rechtlichen Ideen, (6) ein Spezialgericht hat Probleme bei der Abgrenzung komplexer Sachverhalte, (7) ein allgemeines Gericht kann besser mit fluktuierender Fallbelastung umgehen.

<sup>147</sup> Schneider (Fn. 3), S. 152 beschreibt die Bestätigung seiner anfänglichen These: Die Federal Trade Commission äußerte sich 2003 besorgt über die kartellrechtlichen Auswirkungen, die National Academies of Science 2006 über mögliche negative Implikationen auf die Innovationsfähigkeit der USA und das US Department Health and Human Services meldete Bedenken wegen der Wirkung auf eine bezahlbare Gesundheitsversorgung an, im IT-Sektor wurde die Breite der Patente als „Thicket“ beklagt.

<sup>148</sup> Der „Tunnelblick“ ist seither Kristallisationspunkt, vgl. Schovsbo/Riis/Pertersen (Fn. 38) und Dreyfuss, in: Pila/Wadlow (Hrsg.), *The Unitary Patent System*, 2015, S. 145.

<sup>149</sup> Ann, in: Bender (Hrsg.), *Festschrift Bundespatentgericht*, 2011, S. 111.

<sup>150</sup> Posner (Fn. 28).

<sup>151</sup> Jaffe/Lerner, *Innovation and its Discontents: How our Broken Patent System is Endangering Innovation and Progress, and What to do about it*, 2004.

<sup>152</sup> Rai, 94 *Northwestern Univ L Rev* 1999, 77, 102 ff.

<sup>153</sup> Was sich in der Biotechnologie, bei IT und Software, bis hin zu Geschäftsmethoden und der Grundlagenforschung bestätigte, Landes/Posner, *The Political Economy of Intellectual Property Law*, Washington DC: AEI-Brookings Joint Center for regulatory Studies, 2004; Dreyfuss, *American Univ L Rev* 2010, 787, 792.

barkeit erneut diskutiert wird, so geht es primär um das Spannungsverhältnis von internationaler Wirtschaft und national-regionaler Demokratie.

Diese Diskussion verweist auf den Diskussionszusammenhang zur Internationalisierung der Gerichtsbarkeit. Diese steht vor der Schwierigkeit, dass die Maßstäbe für judizielles Handeln für den gewaltenteilten Nationalstaat entwickeln wurden. Deshalb steht die Reflektion über intergouvernementale Gerichtsbarkeit noch ganz am Anfang. Die Diskussion wurde zwar bereits für die Entscheide des EuGH zur WTO angestoßen<sup>154</sup> und zum European Patent and Litigation Agreement<sup>155</sup> und ECHR<sup>156</sup> erneuert. Ob dabei der EuGH den Charakter der selbständigen Rechtsordnung verteidigt<sup>157</sup> oder eine unionszentrierte Haltung entwickelt hat,<sup>158</sup> ist hier nicht zu vertiefen. Das neue Europäische Patentgericht und die sich neu konstituierenden Schiedsgerichtsbarkeiten in den jüngst verhandelten Investitionspartnerschaften werden in diesem Spannungsfeld diskutiert. Die tradierten Vorstellungen von Normenhierarchie (Vorrang übergeordneten Rechts) und Gewaltenteilung lassen sich auf die intergouvernementalen Gerichtsbarkeiten nicht übertragen. Gegenmodelle werden aktuell in der Politikwissenschaft diskutiert. Für das Verhältnis von EPO, EU [und Vertragsstaaten] spricht I. Schneider von „ko-evolutionärer supranationaler Doppelstruktur“.<sup>159</sup> Es beruht auf dem Modell des Dialogs mehrerer Systeme. Anders konstruiert die US-Völkerrechtlerin und Politikwissenschaftlerin A.-M. Slaughter.<sup>160</sup> Sie bewertet internationale Gerichte als „gut“, weil/wenn die internationale Besetzung der Spruchkörper die diskursive Qualität der Urteile verbessert. Diese optimistische Haltung findet in den europäischen Sozialwissenschaften nicht ungeteilt Zustimmung. Der international zusammengesetzte EuGH wird dafür kritisiert, dass er ein Modell der „Europäischen Integration durch Recht“ gegen die Mit-

<sup>154</sup> Gutachten 1/94.

<sup>155</sup> Gutachten 1/09.

<sup>156</sup> Gutachten 2/13.

<sup>157</sup> Vgl. Ullrich in diesem Band.

<sup>158</sup> Ziegler (Fn. 24).

<sup>159</sup> Schneider (Fn. 11), 670.

<sup>160</sup> Eine „Community of Judges“ führe zur Emergenz eines globalen Rechtssystems, das nicht zentralistisch und hierarchisch strukturiert sei, sondern sich durch wachsende direkte und digitale Kommunikation zwischen Richtern allmählich netzwerkartig herausbilde. In diesem Prozess würden Richter nicht mehr in national getrennten Sphären denken, sondern in transnationaler Problemorientierung sich selbst auf dem Spektrum verschiedener Möglichkeiten derselben zugrunde liegenden Dispute verorten Slaughter, *A New World Order: Government Networks and the Disaggregated State*, 2004, S. 101. Unter Zugrundelegung ihres theoretischen Modells des disaggregierten Staates kooperierten demnach Richter *direkt* miteinander, ohne eine entsprechende staatliche Autorisierung abzuwarten und sie seien als quasi unabhängige Akteure handlungsfähig. Zu den Prinzipien dieser Kooperation zählten wechselseitige *checks and balances*, eine positive Haltung zu einer konstruktiven Konfliktkultur, Pluralismus und der Respekt vor legitimer Differenz sowie die Akzeptanz von Autorität, welche aus Überzeugung, nicht aber aus rechtlichem oder anderem Zwang erfolge, Slaughter, ebenda, S. 68.

gliedstaaten durchgesetzt habe.<sup>161</sup> Durch einen „esprit de corps“ habe eine juristische Elite ein Konzept gegen die Mehrheit durchsetzen können<sup>162</sup> – und die Diskursdichte verengt. I. Schneider hält Slaughter entgegen, dass sie die verschiedenen Wissensordnungen nicht ausreichend unterscheidet, die je eigene Macht- und Ausschlusswirkungen von Wissen und spezifischer Wissensarten entfalten.<sup>163</sup> Dadurch sei ihre Analyse nicht auf das Zusammenspiel von Allgemeinen Gerichten und Fachgerichten übertragbar.<sup>164</sup>

Für die Frage des vorliegenden Beitrags „Ist der EuGH überfordert?“ ist diese interdisziplinäre Diskussion von zentraler Bedeutung. Mag man die Fachgerichtsbarkeit wegen der Effizienzgewinne (Schnelligkeit, technischer Sachverstand) für zeitgemäß halten, ohne eine Integration in die allgemeine Gerichtsbarkeit ist sie nicht zu rechtfertigen. Die moderne Diskussion über die Aufgaben der international und im Fachdiskurs mit dem allgemeinen Rechtsdiskurs vernetzten Justiz wirft ein Schlaglicht darauf, dass die positivistische Auslegungstechnik der EPO und der Anspruch auf Begriffshoheit unhaltbar geworden ist. Der breitere theoretische Hintergrund hilft den Vorwurf der EuGH-Kritiker „Das kann der nicht!“ in doppelter Weise zu übersetzen: Zum einen liegt darin die implizite Aussage: „Das wollen wir nicht!“, zum anderen „Das haben wir nicht verstanden!“. Der Vorwurf, dass es dem EuGH an Kompetenz mangelt, verweist zugleich darauf, dass der arbeitsteilige Auftrag an nationale und Europäische Richter nicht verstanden wurde. Dieser verlangt dem nationalen Richter mit W.-H. Roth/C. Jopen<sup>165</sup> nicht eine „richtlinienkonforme Auslegung“, sondern eine „richtlinienkonforme Rechtsfindung“ ab.<sup>166</sup> Europarecht hat eine autonome Qualität. Gleiche Texte müssen deshalb nicht gleich ausgelegt werden,<sup>167</sup> der nationale Richter kann weiterhin auf nationales Recht zurückgreifen, das vor Erlass des europäischen Rechtsakts galt.<sup>168</sup> Die hier vorgelegte Beschreibung der Fälle macht deutlich, dass sich ein „EU-autonomes“ Recht des Geistigen Eigentums nicht nur im Urheberrecht, sondern für alle Schutzrechte entwickelt. In

<sup>161</sup> Schmidt (Fn. 141).

<sup>162</sup> Vauchez (Fn. 141).

<sup>163</sup> Schneider (Fn. 3); S. 129 mit Verweis auf Spinner, *Die Wissensordnung*, 1994; Schützzeichel (Hrsg.), *Handbuch Wissenssoziologie und Wissensforschung*, 2007.

<sup>164</sup> Schneider (Fn. 3), S. 141 würdigt Slaughter's Beschreibung dafür, dass sie die Augen dafür öffnet, dass die Verfahrensregeln für den Unified Patent Court von Richtern (und nicht wie üblich von der Ministerialadministration) ausgehandelt werden und die Spruchkörper multinational besetzt sein werden.

<sup>165</sup> Roth/Jopen (Fn. 48), 274 (Hervorhebung im Original).

<sup>166</sup> Die Besonderheit dieses „Rechtsgesprächs zwischen Gerichten“ hat GA Colomer immer wieder betont, u. a. EuGH, Rs. C-206/01, *Arsenal Football Club v. Reed*, Schlussanträge Rn. 87.

<sup>167</sup> EuGH, Rs. C-306/12, *Spedition Welter*.

<sup>168</sup> Diesem Missverständnis unterliegen scheinbar englische Richter, Ohly/Pila/Dinwoodie (Fn. 2), S. 75, 98.

der Zusammenschau formuliert der EuGH „high level notions“<sup>169</sup> für das Recht des Geistigen Eigentums, die die Schutzrechte (die auf nationaler Ebene zu judizieren sind) überlagern.<sup>170</sup> Diese bestehen in Vorgaben von Prinzipien<sup>171</sup> und, wie hier gezeigt, in autonomen Begrifflichkeiten. Je nach Art des Verfahrens, sind die Vorgaben in die nationale Entscheidung zu integrieren. Die Regeln sind jeweils für Vorlage- und Berufungsverfahren andere.<sup>172</sup> Die aktuelle Herausforderung liegt darin, die EuGH-Rechtsprechung als autonomes *aliud* zu einem „übergeordneten, vorrangigen“ Recht und die neu formulierten Prinzipien als Integrationsinstrument zu begreifen, die es in die nationale Entscheidung über den konkreten (nationalen) Rechtsstreit einzuflechten gilt.

Bislang sind die nationalen Gerichte für diese Art eines pluralen Rechtsgesprächs schlecht und die Fachgerichte noch schlechter gerüstet. Obwohl in diesen Anstößen eine Chance der Weiterentwicklung des Geistigen Eigentums liegt, missverstehen die Gerichte die „Intervention“ als Suprematie. Was ist zu tun, um das Rechtsgespräch zu verbessern? Neu formulierte „Europäische Prinzipien des Geistigen Eigentums“<sup>173</sup> würden das identifizierte Problem jedenfalls aktuell nur verstetigen.

Problemlösend können zum einen institutionelle Arrangements wirken: Richter aus spezialisierten Gerichten sollten turnusmäßig auch in allgemeinen Gerichten tätig sein. Verfassungsgerichte und EuGH müssen Aufsicht über Patenturteile erhalten.<sup>174</sup>

Es bieten sich aber zum anderen einfache und direkt umsetzbare Lösungen durch Aus- und Fortbildung an. Richter des Geistigen Eigentums dürfen nicht nur *lex specialis*-Wissen besitzen, sondern müssen auch im Verfassungs- und Europarecht geschult sein.<sup>175</sup> Das gilt auch für die technischen Richter. Gäbe es eine Grundausbildung in verfassungsrechtlicher Auslegung würden Entscheidungen im Duktus von *Brokkoli II/Tomate II* unwahrscheinlich. Die mittlerweile über-

<sup>169</sup> *Strowel/Kim* (Fn. 4), S. 125; die Anwendung einer „European Legal Methodology“ fordert auch *Pila* (Fn. 34).

<sup>170</sup> Zu dieser Andersartigkeit von Europarecht sehr früh *Amstutz* (Fn. 120), auch *Pila* (Fn. 34), S. 229. Der Kerngedanke von Amstutz beruht auf einer systemtheoretischen Analyse der Rechteebenen, die er in einer jüngeren Publikation als „greffe“ bezeichnete, *Amstutz/Karavas*, in: Calliess/Fischer-Lescano/Wielsch/Zumbansen (Hrsg.), *Soziologische Jurisprudenz – Festschrift G. Teubner*, 2009, S. 647, 648.

<sup>171</sup> *Strowel/Kim* (Fn. 4), S. 128.

<sup>172</sup> *Pila* (Fn. 34), S. 251.

<sup>173</sup> Vorgeschlagen von *Ohly* (Fn. 33), S. 266.

<sup>174</sup> Dazu müssen beim Patent mit einheitlicher Wirkung entweder die materiellen Vorschriften aus dem UPC-Agreement wieder in die VO 1257/2012 zurückverlagert werden, oder der Gerichtshof findet im Wege des Zugriffs auf die Auslegung intergouvernementaler Verträge zu einer Auslegung des dort enthaltenen Patentrechts.

<sup>175</sup> In den Schlussanträgen zum Gutachten 1/09 (EPLA) vom 2.7.2010 merkten die Generalanwälte an, dass die Ausbildung der Richter des geplanten EPLA-Gerichtshofs kein Europarecht vorsah (Rn. 86).

holte Mechanik, Regeln weit und Ausnahmen eng auszulegen, würde endlich den modernen Auslegungsmethoden weichen. Zudem würde das Verständnis dafür geschult, dass Begriffe (und Konzepte) nicht in jedem Regelungskontext gleich sein müssen. Rationalitäten von Gesetzen weichen bewusst voneinander ab, selbst Verbote können unterschiedlich sein.<sup>176</sup> Diese juristische Selbstverständlichkeit scheint unter den Spezialisten nicht verankert. Viele meinen, dass die patentrechtsimmanente Auslegung „richtig“ (und vorrangig) sei und missachten damit gesetzgeberische Vorgaben. Deshalb wirkt ihre Kritik „undemokratisch“.

## E. Ergebnis

Entgegen des Vorverständnisses in der Jurisprudenz, dass man Rechtsargumenten die Motive der Kritiker nicht ansehen kann, lässt sich im Geistigen Eigentum die Grenze von sachbezogener und instrumenteller Kritik an den Argumenten unterscheiden. Wird die autonome unionsrechtliche Auslegung abgelehnt, geht es nicht um die EU, sondern um die Selbstregulierung und die Selbständigkeit des Immaterialgüterrechts. Wegen des Autonomieverlusts lehnen Kritiker den EuGH ab und verschließen sich dem pluralen mehrebenenbezogenen Rechtsdiskurs. Der Vorwurf der „Überforderung“ ist gefällig, erregt Aufmerksamkeit, und bündelt Kritik in einem einzigen Argument. Dieser Kritikmodus ist nicht auf qualitative „Verbesserung“ der Rechtsprechung gerichtet. Die herablassende, geringschätzende Abwertung des Gremiums wird instrumentalisiert für die Ablehnung des Ergebnisses. Mit dem Verweis darauf, dass der EuGH die Vorlagefragen nicht beantwortete, weil er diese „umstelle“ und damit auf etwas anderes als das Gefragte antwortete, verstellen sich nationale Richter dem Impuls der unionsautonomen Rechtssphäre für die Spezialmaterie im nationalen Recht. Nicht der EuGH ist überfordert. Es dürften diejenigen sein, die sich der europäischen Mehrebenenverschränkung verweigern.

An dieser Stelle wird eine Schwelle überschritten, ab der die angezweifelte Legitimität problematisch wird. Anders als beim klassischen, zivilrechtlichen Diskurs um die Grenzen der horizontalen Drittwirkung<sup>177</sup> ist im Geistigen Eigentum eine Vormacht der Judikative zulasten der Legislative nicht zu befürchten. Umgekehrt geht es aufgrund der bisherigen Abgeschlossenheit der Spezialmaterie um eine Verfassungsaufsicht und die Durchsetzung der Beachtung legislativer Vorgaben durch die Spezialgerichte. Ganz ähnlich wie der US-amerikanische Supreme Court hat sich der EUGH als „Gegenspieler“ einer einseitigen schutzrechtsstärkenden Auslegung der Fachgerichte aufgestellt. Seine Kritiker bedienen sich nur instrumentell des Kompetenzarguments.

<sup>176</sup> Dazu bereits *Godt* (Fn. 39), S. 76.

<sup>177</sup> *H. Collins* (2014, supra Fn. 29), 26.



## Anhang: Fallauswahl

Rechtsgebiet	Thema und Dok.Nr.	GA Schlussanträge	EuGH Urteil
Verfahren Transit	Grenzbeschlagnahme C-115/02	GA Mischo 20.3.2003	EuGH 23.9.2003
	<i>Rioglass v. Tresemar</i> bestätigt durch C-405/03 <i>Aquafresh</i>	GA Jacobs 26.5.2005	EuGH 18.10.2005
Verfahren Nichtigkeit → Aussetzung?	Brüssel I VO C-4/03	GA Geelhoed 16.9.2004	EuGH 13.7.2006
	<i>GAT v. LuK</i>		
Verfahren	Brüssel I VO C-539/03	GA Léger 8. Dezember 2005	EuGH 13.7.2006
	<i>Roche v. Primus</i>		
Marke	Umverpacken C-443/99	GA Jacobs 12. Juli 2001	23.4.2002
	<i>Paranova</i>		
Marke	„essential functional“ C-206/01	GA Colomer 13.6.2002	EuGH, 12.11.2002
	<i>Arsenal</i>	GA Colomer	UK: 2003
	C-48/05	GA Colomer 7.3.2006	EuGH, 25.1.2007
	<i>Opel</i>		BGH: 2010
Marke	Autowerkstatt C-63/97	GA Jacobs 2.4.1998	EuGH 23.2.1999
	<i>BMW/Deenik</i>		Markeninweis kann Nutzung sein, aber nur dann, wenn die Werkstatt so tut, als sei sie Vertragswerkstatt. Wenn sie nur darauf hinweist, dass sie Autos wie diese repariert, liegt kein Verstoß vor. Vorlage durch Hoge Raad (Werkstatt in Almere, Berufungsgericht Arnheim)

Design	Ersatzteile für Autos C-238/87	GA Mischo 21.6.1988	EuGH 5.10.1988
	<i>Volvo-Verg</i>		Das Design-Recht allein ist nicht missbräuchlich, die Ausübung aber kann: Zum Bsp die Verweigerung von Lieferung; Vergabe einer Lizenz
Sorte	C-38/09 P – <i>Lemon Symphony/SUMCOL</i> 01 (Schräder): bestätigt durch C-546/12 P	GA Mazák 3.12.2009 GA Sharpston 13. Nov. 2014	EuGH, Beschluss v. 10.10.2013 Hauptsache: EuGH v 15.4.2010 Kostenentscheid: 20.7.2016 Hauptsache: EuGH, 21.5.2015
	<i>Lemon Symphony/SUMOST</i> 01. (Scope of judicial review)		
	C-59/11 <i>Kokopelli</i>	GA Kokott 19.1.2012 (Konkordanz)	EuGH 12.7.2012
	Weiterverkaufsverbot: Erschöpfung oder Vertrags- verletzung? C-140/10 <i>Greenstar Kanzi</i>	GA Jääskinen 7.7.2011	EuGH 20.10.2011 Verletzung, wenn „essential feature“
Urheberrecht	Konkordanz C-160/15 <i>GS Media</i>	GA Wathelet 7.4.2016	EuGH 8.9.2016 Aufgabe der Starrheit zu Hyperlinks aus <i>Svensson</i> und <i>Bestwater</i> zugunsten eines flexibleren Ansatzes nach Art von Konkordanz
	C-429/08 <i>Karen Murphy</i> C-403/08 <i>Premier League</i>	GA Kokott 3.2.2011	EuGH 4.10.2011

Rechtsgebiet	Thema und Dok.Nr.	GA Schlussanträge	EuGH Urteil
Urheberrecht	Erschöpfung? C-128/11 <i>Usedsoft</i>	GA Yves Bot 24.4.2012	EuGH 3.7.2012 „essential feature“
Urheberrecht	C-166/15 <i>Microsoft</i>	GA Saugmandsgaard ØE 1.6.2016	EuGH 12.10.2016 (Verkauf gebr Sw mit Original CD erlaubt)
Urheberrecht	Konkordanz C-70/10 <i>Scarlet v. SABAM</i>	GA Villalón 14.4.2011	EuGH 24.11.2011
Urheberrecht	Konkordanz C-360/10 <i>SABAM v. Netlog</i>	Anhörung des GA ohne Schlussanträge	EuGH 16.2.2012
Urheberrecht	C-5/08 <i>Infopaq Int'l A/S v. Danske Dagblades Forening</i>	GA Trstenjak 12.2.2009	EuGH 19.7.2009 Originalitätsstandard (Verbot/Rechtfertigung: Nicht „Regel-Ausnahme“ Schema, sondern Zwei-Stufentest)
Urheberrecht	Konkordanz C-275/06 <i>Promusicae</i>	GA Kokott 18.7.2007	EuGH 29.1.2008
Urheberrecht (alt)	C-92/92 <i>Phil Collins</i>	GA Jacobs 30.6.1993	EuGH 20.10.1993 noch Trennung Bestand-Ausübung: Ausübung fällt in Anwen- dungsbereich Art. 7 EWG – jetzt Art. 18 AEUV
Patent	C-34/10 <i>Brüstle</i>	GA Yves Bot 20.3.2011	EuGH 18.10.2011 weite Auslegung von Ausnahmen: Ausschluss selbst wenn nicht ausdrücklich beansprucht, son- dern nur im Vorfeld erfolgt

Patent	„Funktion“ C-428/08 <i>Monsanto v Cefetra</i>	GA Mengozzi 9.3.2010	EuGH 6.7.2010
Ergänzendes Schutzrecht- fikat	C-484/12 <i>Georgetown II</i> Entscheidungen am glei- chen Tag ohne Schlussan- träge: C-493/12 <i>GHS gegen Eli Lilly</i> C-443/12 <i>Actavis gegen Sanofi</i>	GA Jääskinen 14.11.2013	EuGH 12.12.2013
Ergänzendes Schutzrecht- fikat	C-322/10 <i>Medeva</i>	GA Trstenjak 13. Juli 2011	EuGH 24.11.2011
Wettbewerb	C-170/13 <i>Huawei</i>	GA Wathelet 20.11.2014	EuGH 16.7.2015
Wettbewerb	C-468/06 bis C-478/06 <i>Lelos</i>	GA Colomer 1.4.2008	EuGH 19.9.2008
Wettbewerb	T-201/04 <i>Microsoft</i>	./.	EuG 17.9.2007
Wettbewerb	C-241/91 & C-242/91 <i>Magill</i>	GA Gulmann 1.6.1994	EuGH 6.4.1995
Wettb (s. o. Design)	C-238/87 <i>Volvo – Veng</i>	GA Mischo 21.6.1988	EuGH 5.10.1988