

Reto M. Hilty
Thomas Jaeger
Volker Kitz
Editors



MPI Studies on Intellectual Property, Competition and Tax Law

4

Geistiges Eigentum

Herausforderung
Durchsetzung

 Springer

Max Planck Institute for Intellectual Property,
Competition and Tax Law



MPI Studies on Intellectual Property, Competition and Tax Law

Volume 4

Edited by

Josef Drexl
Reto M. Hilty
Wolfgang Schön
Joseph Straus

Reto M. Hilty · Thomas Jaeger
Volker Kitz
(Herausgeber)

Geistiges Eigentum

Herausforderung Durchsetzung

Professor Dr. Reto M. Hilty
Dr. Thomas Jaeger
Dr. Volker Kitz

Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum,
Wettbewerbs- und Steuerrecht
Marstallplatz 1
80539 München

hilty@ip.mpg.de
thomas.jaeger@ip.mpg.de
volker.kitz@ip.mpg.de

ISBN 978-3-540-69380-2

e-ISBN 978-3-540-69381-9

DOI 10.1007/978-3-540-69381-9

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2008 Springer-Verlag Berlin Heidelberg

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, des Vortrags, der Entnahme von Abbildungen und Tabellen, der Funk- sendung, der Mikroverfilmung oder der Vervielfältigung auf anderen Wegen und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Eine Vervielfältigung dieses Werkes oder von Teilen dieses Werkes ist auch im Einzelfall nur in den Grenzen der gesetzlichen Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes der Bundesrepublik Deutschland vom 9. September 1965 in der jeweils geltenden Fassung zulässig. Sie ist grundsätzlich vergütungspflichtig. Zuwiderhandlungen unterliegen den Strafbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Herstellung: le-tex publishing services oHG, Leipzig
Einbandgestaltung: WMX Design GmbH, Heidelberg

Gedruckt auf säurefreiem Papier

9 8 7 6 5 4 3 2 1

springer.de

Herausforderung Durchsetzung – Kontrapunkte

Der Anlass, für den die in diesem Band publizierten Beiträge vorbereitet wurden, war von besonderer Natur – allem voran für diejenigen, die dafür quasi die „Schirmherrschaft“ übernehmen dürften. Eingeladen hatten – und eingeladen waren – ausnahmslos Nachwuchswissenschaftler, die versammelt zu sehen ein ganz spezielles Vergnügen war und dem Schreibenden unmittelbar in Erinnerung rief, was ihm vor Jahren – selbst noch „nachwachsend“ – ein älterer Kollege hinter die Ohren geschrieben hatte: Nachwuchsförderung gehört zu den edelsten Aufgaben des Wissenschaftlers. Und, so möchte man hinzufügen, zu den wichtigsten. Denn am Schluss erweist sich jener Lebensabschnitt, in welchem man wissenschaftlich aus dem Vollen schöpfen kann, doch als erstaunlich kurz. Man lebt davor und in dieser Zeit des Schöpfens von dem, was man von seinen Lehrern mitbekommen hat; man mag Gelegenheit bekommen, es weiter zu entwickeln, aber muss dann alsbald daran denken, dass dies alles nur weiterleben wird, wenn man es auch weitergeben kann. In der Tat begegnet man im Laufe seiner Jahre doch etlichen älteren Kollegen, die dann plötzlich spurlos von der Bildfläche verschwinden; ihnen war das offenbar nicht bewusst. Sie blieben Zeit ihres Lebens Schüler, und als sie gingen, blieb von dieser Schule nichts mehr übrig. Oft ist der Untergang einer Schule freilich das kleinere Problem; neue Ideen können nachwachsen. Das größere ist, dass ohne Nachwuchsförderung unweigerlich auch Nachwuchskräfte fehlen. Die Folgen solcher Mangelercheinungen sind verheerend – und sehr langfristig. Denn die Ausbildung von Studierenden kann nicht aufgeschoben werden; sie findet auf alle Fälle statt – wenn nicht mit qualifizierten Fachleuten, dann eben mit unqualifizierten. Ganze Generationen drohen dann freilich jene Vorbilder zu fehlen, die einen motivieren können, sich selbst auch wieder von der Faszination Wissenschaft verführen zu lassen.

Und tatsächlich, wenn man sich umschaute, ist es mit den Möglichkeiten zur echten Auswahl für Posten der akademischen Lehrer und Forscher nicht immer zum Besten gestellt. Wer, der damit zu tun hatte, kennt nicht die mageren Ausbeuten von Ausschreibungen auf eine freie Professorenstelle – wer hat nicht schon Berufungskommissionen erlebt, in denen der Wunschkandidat ein Phantom blieb. Gewiss, dies hat nicht nur mit Nachwuchsförderung durch die Wissenschaftler selbst zu tun – es geht ganz besonders auch um die gesamtwirtschaftlichen Rahmenbedingungen. Und hier kann im Ernst nicht behauptet werden, jene Behörden, welchen die Universitäten anvertraut sind, hätten das Mögliche und Notwendige stets getan, um die Attraktivität, welche der Berufsstand des Hochschullehrers in früheren Zeiten gekennzeichnet hat, zu erhalten oder gar auszubauen – das Gegenteil ist bekanntlich der Fall. Auf diese Dinge Einfluss zu nehmen, ist für die Betroffenen schwierig. Etwas betreten muss man denn auch jungen Leuten ins Gesicht schauen, die einen fragen, wieso sie gerade diesen Berufsweg wählen sollten. Fürwahr, am Einkommen liegen kann es nicht – am Sozialprestige auch längst nicht mehr. Aber es gibt dennoch eine Unzahl von Gründen, warum die Tätigkeit des Wissenschaftlers zu den schönsten

der Welt gehört – jedenfalls für jene, denen man diese Werte vermitteln kann. Dies immer und immer wieder zu versuchen, ist eben nicht nur eine der edelsten, sondern auch eine der wichtigsten Aufgaben, die man in den wenigen Jahren aktiven Wissenschaftlerdaseins übernehmen kann und muss, um auch für spätere Studentengenerationen die besten Lehrer zu finden. Von selbst versteht sich, dass die Max-Planck-Institute – auch – in dieser Hinsicht ganz besonders in der Verantwortung stehen; und dass sie diese gewiss auch wahrnehmen, beispielsweise eben in der Form solcher Zusammenreffen von und Austauschmöglichkeiten für Nachwuchswissenschaftlern. Zu dem diesem Band zugrunde liegenden Treffen im Herbst 2007 haben Dr. Thomas Jaeger und Dr. Volker Kitz eingeladen; sie haben den Anlass auch mit großer Umsicht organisiert und geleitet, wofür ihnen an dieser Stelle herzlich gedankt sei.

„Herausforderung Durchsetzung“ war das Thema des genannten Zusammentreffens – im Grunde ein doppeldeutiges; denn sich in der akademischen Welt durchzusetzen, ist gewiss für sich genommen schon eine große Herausforderung. Wirklich angesprochen war aber natürlich die fachliche Dimension des Titels: Die Herausforderung, ein Recht – einen Schutztitel – zu haben, und diesen Dritten gegenüber auch wirksam geltend machen zu können. Aber auch die Herausforderung für die Wissenschaft war gemeint, die gegenwärtig doch gar populär gewordene – und bezeichnenderweise nun üblicherweise auch englisch umschriebene Problematik „Enforcement“ näher zu analysieren und der primär vielschichtigen „Eigentumslogik“ ein etwas differenzierteres, nicht nur rechtswissenschaftlich, sondern auch ökonomisch fundierteres Bild entgegen zu setzen. In der Tat sind die Zusammenhänge in der Welt des sog. „geistigen Eigentums“ doch etwas komplexer als ein bloßes „Dein oder mein“-Denken. Längst wissen wir, wie wesentlich die Aspekte des Gemeinwohls sind, die bei der Geltendmachung von Schutzrechten hinein schwingen. Namentlich ist uns aus zahllosen Untersuchungen bekannt, dass Fortschritt nicht aus dem Nichts hervorzubringen ist, sondern wir von sequentiellen Beiträgen leben, alles Spätere also von früher Gewesenem abhängt. Es ist keine neue Erkenntnis mehr, dass die über das notwendige Maß hinausgehende Zuweisung von Abwehrrechten, die mehr als die erwünschten Anreize sicherstellt, den innovativen und kreativen Fortschritt in ernst zunehmendem Maße behindern kann. Da von abgesehen, dass der Grundgedanke der Freiheit Ausgangspunkt und Nährboden einer wirtschaftsliberalen Wettbewerbsordnung darstellt, in welchem Umfeld Exklusivpositionen Einzelner besonderer Rechtfertigung bedürfen.

In diesem Lichte gesehen erweisen sich die gegenwärtig unter verschiedensten Gesichtspunkten geführten Durchsetzungsdebatten als zweiseitiges Schwert. Gewiss gibt es zahllose Beispiele, in welchen sog. „Piraterie“ offensichtlich darauf angelegt ist, auf der Basis von Investitionen Dritter kurzfristige Gewinne zu realisieren, dies ungeachtet aller im Allgemeininteresse liegenden Werte wie Sicherheit, Gesundheit und dergleichen. Und zweifelsfrei kann seitens der Rechtswissenschaft kaum genug getan werden, um solche eigentlich kriminelle Aktivitäten unter Kontrolle zu bekommen – auch wenn dies in den meisten Fällen nur am Rande mit „geistigem Eigentum“ zu tun hat und im Grunde vielmehr die Verschärfung öffentlich-rechtlicher oder gar strafrechtlicher Maßnahmen erfordert. Aber es gibt eben auch

gute Gründe, die damit zusammenhängende Diskussion nicht pauschal zu führen, sondern den Finger auf jene wunden Stellen zu legen, wo unbegrenztes „Enforcement“ von Schutzrechten zum Problem wird oder jedenfalls den Blick auf die Zusammenhänge zu verstellen droht. Nur drei Beispiele seien hier kurz angetippt:

Schutzrechten wird in dem wohl durchdachten System aller Immaterialgüterrechte stets ein bestimmter Schutzbereich zugewiesen – ein vollkommen anderer Ansatz als beim Sacheigentum, das einem einfach insgesamt gehört oder eben nicht. Im Bereiche von Schutzrechten lässt sich damit nicht von vornherein sagen, wo die Reichweite eines – immateriellen – Schutzgegenstandes endet; davon auszugehen ist beispielsweise, dass untergeordnete Abweichungen von einem konkret formulierten Patent nicht dazu führen dürfen, dass eine Abwehr versagt. Vielmehr sollen dem Patentinhaber jene Anwendungen seiner Lehre zum technischen Handeln ebenfalls noch zugewiesen werden, um die er den Stand der Technik „bereichert“ hat. Umgekehrt ist es aber auch durchaus gewollt, dass sich Dritte möglichst bis an die dadurch gebildete, imaginäre Grenze herantasten. Denn respektieren sie mehr, als sie respektieren müssten – z. B. aus Angst vor Repressionen durch den Schutzrechtsinhaber –, so werden sie nicht in der Lage sein, diese Bereicherung im Sinne des sequentiellen Fortschrittes optimal zu nutzen; mögliche Weiterentwicklungen, etwa solche, welche die Effizienz einer technischen Lösung steigern könnten, werden unterbleiben. Daraus folgt unschwer, dass Durchsetzungsmechanismen, die ein zu großes Drohpotential bergen, zu gefährlichen Waffen verkommen können. Denn sie erlauben dem Schutzrechtsinhaber, Rechtsnachteile auch mit Bezug auf Handlungen Dritter anzudrohen, die gar nicht mehr im Schutzbereich seines Rechts liegen. Allein schon die Gefahr, in einen kostspieligen Prozess verwickelt zu werden (oder gar eine Vorstrafe zu riskieren), reicht aus, um von einer – wiewohl an sich zulässigen! – Handlung abzusehen. Ein solches Verständnis von „Enforcement“ liegt nicht im Allgemeininteresse.

Ein zweiter, mehr auf die internationalen Zusammenhänge gerichteter Gedanke drängt sich auf. Von durchaus belastbaren volkswirtschaftlichen Untersuchungen wissen wir heute, dass das Überstülpen eines einheitlichen, starken Rechtsschutzes für alle Länder unterschiedlichster Entwicklungsstufen zu Verzerrungen führen kann. Einfache Milchmädchenrechnungen wie die bloße Analyse von Wachstumsraten in unterentwickelten Ländern im Vergleich zu Industrieländern lassen noch nicht auf den Nutzen eines verstärkten Schutzes von „geistigem Eigentum“ für alle schließen; denn viel zu vielschichtig sind die Einflussfaktoren, welche diese Wachstumsraten bewirken können – man denke nur an Sozialstandards (oder gar Kinderarbeit!), Umweltschutz und dergleichen, Faktoren, die Teil einer aggressiven Preispolitik sind und unvermeidliche Wettbewerbsvorteile dieser Länder mit sich bringen. Jedenfalls führt eine globale Verstärkung und Durchsetzung von „geistigem Eigentum“ nicht dazu, dass solche Missstände in Entwicklungsländern beseitigt würden; riskiert wird damit aber, dass die „least developed countries“ vollends abgehängt werden. Deren Chance, überhaupt Fortschritte mit Bezug auf ihre eigenen, unterentwickelten Technologien zu erzielen, hängen – so zeigen die erwähnten Studien – in einer ersten Phase entscheidend davon ab, dass sie Besseres kopieren, lernen können. Da bringt es nichts, ihnen Versprechungen zu machen, moderne

Technologie käme schon ins Land, wenn sie diese nur ausreichend schützen würden – beherrschen lernen werden sie diese nicht. Die damit verbundenen – im Grunde noch einfachen – Formen der Piraterie sind vielmehr hinzunehmen, wenn denn überhaupt der Wille da ist, auch diesen Ländern eine Entwicklungschance einzuräumen. Richtig ist umgekehrt, dass diese Phase nicht sehr lange dauert, sondern viele Beispiele von Schwellenländern zeigen, dass jener Punkt plötzlich erreicht werden kann, ab welchem ein nachhaltiges Wachstum durch bloße Piraterie nicht mehr möglich ist. Indien und China sind die meist genannten und in der Tat beredeten Beispiele dafür, die übrigens auch zeigen, dass sich ein Land nicht homogen, also in allen Technologiebereichen parallel entwickelt. Und die gleichzeitig deutlich machen, dass technologische und soziale Entwicklung je nachdem weit auseinanderklaffen können – dass Forderungen von außen, die allein auf den Schutz „geistigen Eigentums“ abzielen, also selbst dann noch in einem größeren Kontext zu sehen sind, wenn aus der Distanz gesehen jene Entwicklungsstufe erreicht ist, um durch eigene Innovation wachsen zu können.

Das allgegenwärtige Stichwort China mag aber auch für das dritte Beispiel herhalten, um zu zeigen, welche Gefahren eine mit Scheuklappen geführte „Enforcement“-Debatte birgt. Denn natürlich ist es unsäglich, was heute alles aus dieser aufstrebenden Wirtschaftsmacht in die westliche Welt einströmt – banale, spottbillige, unsere Kauflust ins Unermessliche steigernde Massenware wie Kleider oder Haushaltprodukte, die wir sonst wohl einfach nicht gekauft hätten, aber in der Tat auch Nachbildungen von Dingen, die wir eigentlich als Qualitätsprodukte aus unseren eigenen Betrieben kannten, die bei näherem Hinsehen (oder beim Gebrauch) dann aber bei weitem nicht halten, was sie versprechen. Dies ist ärgerlich, bis zu einem gewissen Grade wohl auch volkswirtschaftlich schädlich und dient letztlich auch China nicht: Es gefährdet nachhaltig den Ruf der Nation, die im Grunde auch nur bedingt davon profitiert, weil solcherlei Aktivitäten die eigene Innovationskraft auf Dauer nicht steigern werden. Aber reicht unsere eindringliche Mahnung, solches sei nun endlich von chinesischer Seite zu unterbinden? Was wird die Folge sein? Wir werden diese Produkte dann wieder alleine herstellen können, besser, und einiges teurer. Aber werden wir damit vorankommen? Tatsächlich erscheint die Gefahr nicht unerheblich, dass uns unsere ganze Konzentration auf die Durchsetzungsdebatte gerade gegenüber China zu sehr von dem ablenkt, was wir eigentlich tun sollten: Statt Besitzesstandswahrung zu zelebrieren – das gehört uns! – den Vorsprung, den wir noch haben, mit voller Kraft zu nutzen und auszubauen. Gewiss dreht die Spirale ungemein schnell, aber wir werden sie nicht bremsen können. Wir können dem nur etwas entgegen halten, wenn wir noch schneller werden, noch besser. Wohl bestehen in etlichen Fällen gute Gründe dafür, neuste Spitzentechnologie nicht nur wirksam zu schützen, sondern diesen Schutz auch weltweit zu erzwingen; denn die Investitionen, welche für derartige Neuerungen erforderlich sind, müssen auch wieder amortisiert werden, bevor noch Neuerees in Angriff genommen werden kann. Aber in jedem denkbaren Fall lohnt sich dieser Kraftakt nicht; er würde ungeheure Ressourcen binden und so am Aufbruch zu neuen Ufern hindern. Das hat natürlich auch die westliche Industrie längst begriffen; sie ist im globalen Wettbewerb zu unternehmerischem Denken gezwungen und setzt ihre Rechte in China

und anderswo daher durchaus mit Augenmaß durch. Exponenten der Politik aber scheinen in der Durchsetzungsdebatte eine wund erbare Spielweise gefunden zu haben, um sich zu profilieren. Gar einfach lässt sich damit davor ablenken, dass die Zukunft in unserer eigenen Kraft liegt, und dass wir dafür allem voran zuhause die notwendigen Rahmenbedingungen schaffen müssen, statt vor fremden Türen zu wischen und den schwarzen Peter fürs eigene Malaise in China zu suchen.

Solchen Vereinfachungen muss – und kann – die Wissenschaft wirkungsvoll entgegenreten. Sie ist – gerade im interdisziplinär ökonomisch-juristischen Kontext – aufgerufen, Nachweise für jene Faktoren zu liefern, welche die Innovation wirklich fördern, und jene, welche sie eher bremsen. Sie muss diese Erkenntnisse aber auch kommunizieren, sich mit dem Gewicht der Glaubwürdigkeit unbestechlicher Forschung Gehör verschaffen: bei der Politik, aber auch bei den nachwachsenden jungen Fachleuten. Sie sind es, welche die vorhandenen Erkenntnisse für ihre Zukunft nutzen können müssen, um im globalen Wettbewerb nicht nur technologisch, sondern auch mit überzeugenden Rechtskonzepten bestehen und vorankommen zu können.

München, im Mai 2008

Reto M. Hilty

Inhaltsverzeichnis

Herausforderung Durchsetzung – Kontrapunkte	V
<i>Reto M. Hilty</i>	
Verzeichnis der Herausgeber und Autoren	XI
Rechtsdurchsetzungsbemühungen – Anzeichen eines Systemkollapses? .	1
<i>Michael Grünberger</i>	
Güterzuordnung und Freiheitsschutz	47
<i>Alexander Peukert</i>	
Vertragliche Ausdehnung von geistigen Eigentumsrechten	85
Erscheinungsformen und Vertragskontrolle nach deutschem und europäischem Recht	
<i>Axel Metzger</i>	
Rechtsdurchsetzung bei Intermediären – Lösungsansätze für das Web 2.0	101
<i>Volker Kitz</i>	
Kompensation von Verletzungen des geistigen Eigentums – Die Förderung von Markttransaktionen als Leitprinzip	123
<i>Carsten Herresthal</i>	
Ein Königreich für ein Schwert?	155
Kohärenz und Inkohärenz im Rechtsrahmen der Verfolgung von Immaterialgüterrechtsverletzungen in der Europäischen Union	
<i>Thomas Jaeger</i>	

Verzeichnis der Herausgeber und Autoren

Dr. Michael GRÜNBERGER, LL.M (NYU) ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht der Universität zu Köln

Dr. Carsten HERRESTHAL, LL.M (Duke), ist Habilitand am Institut für Privatrecht und Zivilverfahrensrecht der Ludwig-Maximilians-Universität München (Lehrstuhl Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus-Wilhelm Canaris)

Prof. Dr. Reto M. HILTY ist Direktor des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht in München, Ordinarius *ad personam* an der Universität Zürich und Honorarprofessor an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Dr. Thomas JAEGGER, LL.M (K.U. Leuven), ist Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht in München

Dr. Volker KITZ, LL.M (NYU), ist Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht in München

PD Dr. Axel METZGER, LL.M (Harvard), ist Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg und z. Zt. Lehrstuhlvertreter an der Juristischen Fakultät der Leibniz-Universität Hannover

PD Dr. Alexander PEUKERT ist Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht in München

Rechtsdurchsetzungsbemühungen – Anzeichen eines Systemkollapses?

Michael Grünberger

Abstract

Der Ersatz von Abmahnkosten wird in Zukunft bei einfach gelagerten Urheberrechtsverletzungen außerhalb des geschäftlichen Verkehrs auf 100 € beschränkt (§ 97a UrhG). Damit reagiert der Gesetzgeber auf eine Schiefelage, in die das Urheberrecht geraten ist, seitdem „die uneingeschränkte Achtung geistigen Eigentums“ als Leitmotiv die Interessenabwägung dominiert. Der Beitrag untersucht zunächst vier Variationen dieses Themas und plädiert anschließend für einen Perspektivenwechsel, um die Interessen der „privaten“ Nutzer angemessen berücksichtigen zu können. Ausgehend von einer „kommunikativen Konzeption von Privatsphäre“ wird gezeigt, dass das geltende Urheberrecht die beteiligten Interessen bei privater Kommunikation über öffentliche Distributionskanäle unzureichend würdigt. § 97a UrhG wird hier als Antwort auf diese Unzulänglichkeit interpretiert.

1. Geistiges Eigentum und Rechtsdurchsetzung: Thema mit Variationen

1.1. Thema: „Die uneingeschränkte Achtung geistigen Eigentums“

Am Beginn eines schulmäßigen Variationensatzes steht das Thema, welches im Anschluss in verschiedenen Modulationen variiert wird. Beschäftigt man sich mit der Durchsetzung von Immaterialgüterrechten, muss man das Thema in der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums suchen. Man wird schnell fündig. „In besonderer Weise soll diese Richtlinie im Einklang mit Artikel 17 Abs. 2 der Charta [der Grundrechte]¹ die *uneingeschränkte Achtung geistigen Eigentums* sicherstellen.²

Der explizite Bezug auf einen ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Schutzauftrag ist nicht ohne historisches Vorbild.³ Die Reichsverfassung der Paulskirche hat 1849 mit Art. IX § 164 Abs. 3 im Abschnitt über die Grundrechte⁴ verfassungsrechtliches Neuland betreten⁵: „Das geistige Eigentum soll durch die Reichsgesetz-

¹ ABl. 2007 C 303/1.

² Erwgr. (32) Richtlinie 2004/48/EG (Hervorhebungen von mir).

³ Vgl. dazu DIETZ, Verfassungsklauseln und Quasi-Verfassungsklauseln zur Rechtfertigung des Urheberrechts – gestern, heute und morgen, GRUR Int. 2006, 1-6.

⁴ Der Text ist abgedruckt bei DÜRIG/RUDOLF, Texte zur deutschen Verfassungsgeschichte, 3. Aufl. 1996, 95, hier 117.

⁵ WADLE, in: GECK/FIEDLER (Hrsg.), FS für W.K. Geck, 1989, (929) 930.

gebung geschützt werden.“ Damit sollte auch⁶ zum Ausdruck gebracht werden, dass die Gesetzgebung im Bereich des geistigen Eigentums stets im Einklang „mit den Fortschritten der Kultur“ zu stehen und die jeweiligen Bedürfnisse der Zeit zu berücksichtigen hat.⁷ Obwohl im Text des Grundgesetzes nicht ausdrücklich verankert, besteht in der Dogmatik zum deutschen Verfassungsrecht Einigkeit, dass die vermögensrechtlichen Bestandteile der Immaterialgüterrechte zum sachlichen Schutzbereich des Art. 14 GG zählen.⁸ Art. 17 Abs. 2 der Europäischen Grundrechtecharta⁹ greift das Vorbild der Paulskirchenverfassung¹⁰ auf: „Geistiges Eigentum wird geschützt.“ Aus dem Programmsatz¹¹ ist im Lauf der Zeit eine Institutsgarantie¹² geworden.¹³ Der europäische Normgeber entnimmt dieser Institutsgarantie dann die weitergehende Pflicht „die uneingeschränkte Achtung des geistigen Eigentums sicher[zu]stellen“¹⁴. Das wird mit dem Hinweis begründet, dass „[o]hne wirksame Instrumente zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums [...] Innovationen und kreatives Schaffen gebremst und Investitionen verhindert [werden].“¹⁵ Speziell zum Urheberrecht wird festgestellt, dass „[e]ine rigorose und wirksame Regelung [...] eines der wichtigsten Instrumente [ist], um die notwendigen Mittel für das kulturelle Schaffen in Europa zu garantieren und die Unabhängigkeit und Würde der Urheber und ausübenden Künstler zu wahren“.¹⁶ Damit schließt sich der Kreis: rigoroser, effektiver und wirksamer Schutz der Rechte des geistigen Eigentums ist ein – mittlerweile sogar völkergewohnheitsrechtlich gesichertes¹⁷ – Menschenrecht¹⁸ und – jedenfalls im Urheberrecht – erforderlich, um die Menschenwürde zu wahren. Am Ende steht eine bestechend einfache Gleichung: gestärkte Rechte

⁶ Zu den anderen damit verfolgten Zwecken vgl. WADLE (Fn. 5), 929-945, *passim*.

⁷ WADLE (Fn. 5), 932.

⁸ Grundlegend zum Urheberrecht BVerfGE 31, 229 – Kirchen- und Schulgebrauch; vgl. umfassend FECHNER, Geistiges Eigentum und Verfassung, 1999, 152-85, 192-256.

⁹ ABl. 2000 C 364/1.

¹⁰ Zu der Verankerung in den Landesverfassungen vgl. GÖTTING, Der Begriff des Geistigen Eigentums, GRUR 2006, 353 (357).

¹¹ WADLE (Fn.5), 944.

¹² BADURA, in: OHLY/KLIPPEL (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, 2007, 54-55.

¹³ Zum verfassungsrechtlichen Rahmen s. u. 3.1.

¹⁴ Erwgr. (32) RL 2004/48/EG.

¹⁵ Erwgr. (3) RL 2004/48/EG.

¹⁶ Erwgr. (11) RL 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, ABl L 167/10 (berichtigt ABl 2002 L 6/71). Der Hinweis auf die Menschenwürde kann nicht mit dem Urheberpersönlichkeitsrecht erklärt werden, weil dieses außerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs der RL 2001/29/EG bleibt, vgl. Erwgr. (19).

¹⁷ Vgl. dazu NIEMANN, Geistiges Eigentum in konkurrierenden völkerrechtlichen Vertragsordnungen, 2008, 135-44.

¹⁸ Zur völkervertragsrechtlichen Absicherung siehe Art. 15 Abs. 1 lit. c) des Internationalen Pakts für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte v. 16. Dezember 1966, BGBl. 1973 II, 1570: „Die Vertragsstaaten erkennen das Recht eines jeden an, den Schutz der geistigen und materiellen Interessen zu genießen, die ihm als Urheber von Werken der Wissenschaft, Literatur oder Kunst erwachsen.“ Siehe aber auch Art. 15 Abs. 3 des Paktes: „Die Vertragsstaaten verpflichten sich, die zu wissenschaftlicher Forschung und schöpferischer Tätigkeit unerlässliche Freiheit zu achten.“

des geistigen Eigentums und mehr Schutz für deren Inhaber bedeutet „Förderung von Innovation und kreativem Schaffen, Entwicklung des Arbeitsmarktes und Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit“¹⁹.

1.2. Variation 1: Immaterialgüterrechte mutieren zum „geistigen Eigentum“

Der Begriff des „geistigen Eigentums“ hat sich mittlerweile fest etabliert.²⁰ Er wird als Synonym²¹ oder – weitergehend – als Ersatz²² für den Begriff der „Immaterialgüterrechte“ verstanden, die in Deutschland traditionell im Gewerblichen Rechtsschutz²³ einerseits und im Urheberrecht andererseits zusammengefasst werden.²⁴ Gegen die Bezeichnung „geistiges Eigentum“ wurden eine Reihe von Einwänden erhoben²⁵. Zuletzt hat der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss deutliche Kritik daran geübt.²⁶

Die Problematik wird dann sichtbar, wenn man versucht, den Inhalt des „geistigen Eigentums“ begrifflich zu klären. Ganz deutlich wird das in den Ausführungen von *Jänich*. Er beginnt zunächst mit einer neutralen Definition: „Geistiges Eigentum ist die von der Rechtsordnung verliehene Herrschaftsmacht über das Rechtsobjekt ‚Immaterialgut‘.“²⁷ Diese Definition ist zutreffend, bringt aber keinen Erkenntnisgewinn, der über den des „Immaterialgüterrechts“ hinausreicht. Damit bescheidet sich *Jänich* jedoch nicht. Nach einem detaillierten und umfangreichen Vergleich von Immaterialgüterrechten und Sacheigentum erliegt er am Ende völlig der Suggestivkraft des „Eigentums“ und definiert geistiges Eigentum „als ein subjektives, absolutes Ausschließlichkeitsrecht, das eine umfassende Herrschaftsmacht über ein durch geistige Leistung geschaffenes immaterielles Gut gibt.“²⁸ Dem rechtsdogmatischen Anspruch, eine wahre Aussage über Immaterialgüterrechte zu treffen, wird sie aber nicht gerecht. Das Interpretenrecht in den §§ 73 ff. UrhG verleiht seinem Inhaber gerade keine „umfassende Herrschaftsmacht“, sondern ist nur die Summe von im UrhG abschließend aufgezählten Befugnissen des ausübenden Künstlers.²⁹ Gleichwohl handelt es sich bei ihm um ein Immaterialgüterrecht³⁰, das in den sach-

¹⁹ Vgl. Erwgr. (1) RL 2004/48/EG.

²⁰ Vgl. JÄNICH, Geistiges Eigentum, 2002 (passim); OHLY, Geistiges Eigentum?, JZ 2003, 545 (546); PAHLOW, „Intellectual Property“, „propriété intellectuelle“ und kein „Geistiges Eigentum“? Historisch-kritische Anmerkungen zu einem umstrittenen Rechtsbegriff, UFITA 2006, 705 (705-08); GÖTTING, Der Begriff des Geistigen Eigentums, GRUR 2006, 353 (358); grundlegend schon TROLLER, Immaterialgüterrecht, Bd. I, 3. Aufl. 1983, 91-104.

²¹ SCHACK, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 21; TROLLER (Fn. 20), 104.

²² OHLY, Geistiges Eigentum?, JZ 2003, 545 (554).

²³ Dazu die Auflistung bei GÖTTING, Gewerblicher Rechtsschutz, 8. Aufl. 2007, Rn. 10-14.

²⁴ FECHNER (Fn. 8), 117.

²⁵ Dazu OHLY, Geistiges Eigentum?, JZ 2003, 545 (546-550).

²⁶ ABl. 2007 C 256/5.

²⁷ JÄNICH (Fn. 20), 226.

²⁸ JÄNICH (Fn. 20), 380.

²⁹ GRÜNBERGER, Das Interpretenrecht, 2006, 47; SCHACK (Fn. 21), Rn. 611.

³⁰ KRÜGER in: SCHRICKER (Hrsg.), Urheberrecht, 3. Aufl. 2006, Vor §§ 73ff. Rn. 10.

lichen Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/48/EG fällt und deshalb positiv-rechtlich als „geistiges Eigentum“ geschützt ist.³¹

Der gewichtigste Einwand aber rührt aus der rechtspolitischen Funktion des „geistigen Eigentums“ bei der Herausbildung und Stärkung von Immaterialgüterrechten³² her.³³ „Die Idee vom geistigen Eigentum ist die Parole im Kampf um den Schutz der geistigen Arbeit gewesen. Sie hat diese Bedeutung noch heute nicht eingebüßt.“³⁴ Wie zutreffend diese Feststellung Ulmers fast 30 Jahre später immer noch ist, zeigen die Entwicklungen der letzten Jahre: den Anfang machte das „Gesetz zur Stärkung des Schutzes des geistigen Eigentums und zur Bekämpfung der Produktpiraterie (PrPG)“³⁵; die Durchsetzungsrichtlinie und der jüngste Vorschlag der Kommission zu „strafrechtlichen Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums“³⁶ bilden die vorläufigen Höhepunkte. Der häufig anzutreffende Verweis, man vollziehe mit der Begrifflichkeit vom „geistigen Eigentum“ nur einen Vorgang, der auf internationaler Ebene und vor allem im englischen Sprachraum selbstverständlich sei,³⁷ verschleiert die tatsächliche Entwicklung. Das Patent- Urheber- und Markenrecht wurden in den U.S.A. bis in die siebziger Jahre des 20. Jahrhunderts als jeweils eigenständiger Bereich angesehen und gerade nicht als Säulen des gemeinsamen Daches *intellectual property* aufgefasst.³⁸ Erst die Verknüpfung und Erklärung dieser Rechte mit den property-rights-Ansätzen in der ökonomischen Analyse des Rechts³⁹ hat letztlich zu einer ubiquitären Verwendung des Begriffs „intellectual property“ geführt.⁴⁰ Damit zeigt sich, dass das U.S.-amerikanische Recht in den letzten Jahrzehnten eine ähnliche Entwicklung wie das europäische und deutsche hin zu einer „propertization of intellectual property law“ durchlaufen hat, die von Anfang an mit einer terminologi-

³¹ Vgl. GRÜNBERGER, Die Urhebervermutung und die Inhabervermutung für die Leistungsschutzberechtigten, GRUR 2006, 894 (897-898).

³² Vgl. dazu RIGAMONTI, Geistiges Eigentum als Begriff und Theorie des Urheberrechts, 2001 (passim); DÖLEMAYER/KLIPPEL, in: BEIER/KRAFT/SCHRICKER/WADLE (Hrsg.), FS GRUR, Bd. I, 1991, 206-207.

³³ REHBINDER, Urheberrecht, 14. Aufl. 2006, Rn. 97; dazu kritisch PAHLOW, „Intellectual Property“, „propriété intellectuelle“ und kein „Geistiges Eigentum“? Historisch-kritische Anmerkungen zu einem umstrittenen Rechtsbegriff, UFITA 2006, 705 (719-24).

³⁴ ULMER, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl. 1980, 106.

³⁵ v. 7. März 1990, BGBl. I, 422.

³⁶ KOM(2006) 168 endg.

³⁷ GÖTTING, Der Begriff des Geistigen Eigentums, GRUR 2006, 353 (353-54); OHLY, Geistiges Eigentum?, JZ 2003, 545 (554); PAHLOW, „Intellectual Property“, „propriété intellectuelle“ und kein „Geistiges Eigentum“? Historisch-kritische Anmerkungen zu einem umstrittenen Rechtsbegriff, UFITA 2006, 705 (725)

³⁸ Siehe dazu auch CORNISH, in: SCHRICKER/DREIER/KUR (Hrsg.), Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, 2001, 14-15.

³⁹ Vgl. DEMSETZ, Toward a Theory of Property Rights, 57 Am. Econ. Rev. 347 (1967) und aus der deutschen Literatur SCHÄFER/OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2005, 549-70).

⁴⁰ LEMLY, Romantic Authorship and the Rethoric of Property, 75 Tex. L. Rev. 873, 895-96 (1997).

schen Veränderung verknüpft war,⁴¹ die von einem politischen Anliegen getragen wurde.

Wer den Begriff des „geistiges Eigentums“ als Grundbegriff des Immaterialgüterrechts etablieren möchte, muss sich der Gefahren bewusst sein, die er mit sich bringt.⁴² Entscheidend ist nämlich nicht der Begriff als solcher, sondern sein Verständnis und seine Verwendung in der fortlaufenden Debatte über Reichweite und Grenzen von Immaterialgüterrechten. „Geistiges Eigentum“ suggeriert⁴³ der Allgemeinheit eine Parallele zur Rechtsstellung des Sacheigentümers und verleitet zur Aussage, der Rechtsinhaber sei mindestens genau so zu schützen wie der Sacheigentümer.⁴⁴ Hier wird eine Vergleichbarkeit des Sacheigentums mit dem „geistigem Eigentum“ behauptet, die es doch erst nachzuweisen gilt.⁴⁵ Man könnte sich nämlich auf den entgegengesetzten Standpunkt stellen und behaupten, dass eine unterschiedliche Behandlung von Sach- und geistigem Eigentum wegen der tatsächlichen Verschiedenheiten gerechtfertigt sei.⁴⁶

Mir geht es im Folgenden nur um die Konzeption des Begriffs vom „geistigen Eigentum“ in der aktuellen Debatte. Dabei wird sich zeigen, dass der Begriff regelmäßig mit einem ganz bestimmten Inhalt gefüllt wird: einerseits wird mit dem Begriffsbestandteil „Eigentum“ die Parallele zum Sacheigentum geschworen, andererseits dient das Adjektiv „geistig“ dazu, die größere Schutzbedürftigkeit von Inhabern von Immaterialgütern im Unterschied zum Eigentum zu unterstreichen.⁴⁷

1.2.1. Die Parallele zum Eigentum

Ein kleiner Umweg über den Lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz bringt uns der Fragestellung näher. Im Grundsatz ist anerkannt, dass er nicht zu den Immaterialgüterrechten zählt, sondern Verhaltensunrecht sanktioniert.⁴⁸ Andererseits liegt er genau auf der Schnittstelle zwischen diesen und dem Lauterkeits-

⁴¹ Vgl. LEMLY, Property, Intellectual Property and Free Riding, 83 Tex. L. Rev. 1031, 1033-38 (2005); LEMLY, Romantic Authorship and the Rhetoric of Property, 75 Tex. L. Rev. 873, 895-904 (1997).

⁴² Zutreffend gesehen von OHLY, Geistiges Eigentum?, JZ 2003, 545 (546-549).

⁴³ Zur Suggestivwirkung siehe RIGAMONTI (Fn. 32), 157.

⁴⁴ So SCHACK (Fn. 21), Rn. 23; PAHLOW, „Intellectual Property“, „propriété intellectuelle“ und kein „Geistiges Eigentum“? Historisch-kritische Anmerkungen zu einem umstrittenen Rechtsbegriff, UFITA 2006, 705 (725).

⁴⁵ Vgl. dazu umfassend LEMLY, Property, Intellectual Property and Free Riding, 83 Tex. L. Rev. 1031 (2005).

⁴⁶ BVerfGE 79, 29 (41).

⁴⁷ GÖTTING, Der Begriff des Geistigen Eigentums, GRUR 2006, 353 (348): „Das Adjektiv „geistiges“ bringt die Verschiedenartigkeit und der Bezug auf das Eigentum die Gleichwertigkeit zum Ausdruck.“

⁴⁸ Statt aller KÖHLER in: HEFERMEHL/BORNKAMM/KÖHLER (Hrsg.), UWG, 26. Aufl. 2008, § 4 Rn. 9.4.

recht.⁴⁹ Dafür spricht vor allem die Feststellung, dass sich der Rechtsschutz beider Instrumente zunehmend angeglichen hat.⁵⁰ Das zeigt sich insbesondere in der Möglichkeit der dreifachen Schadensberechnung, die inhaltlich identisch⁵¹ für Immaterialgüterrechte und den ergänzenden Leistungsschutz besteht⁵² sowie in der zeitlichen Begrenzung bestimmter Fallkategorien des ergänzenden Leistungsschutzes.⁵³ Die Rechtsprechung hat in der Vergangenheit immer wieder betont, dass die Nachahmung nur dann unlauter sei, wenn das Produkt von wettbewerblicher Eigenart sei und besondere Umstände hinzutreten würden, die die Nachahmung unlauter erscheinen ließe.⁵⁴ Kritiker haben wiederholt darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung in der Praxis ihren eigenen Anforderungen nicht genüge, weil letztlich das Leistungsergebnis selbst vor einer Übernahme geschützt würde.⁵⁵ Manche interpretieren die genannten Kriterien deshalb als solche immaterialgüterrechtlicher Art und weisen auf die „Schrittmacherfunktion“ des Lauterkeitsrechts für die Herausbildung der immaterialgüterrechtlichen Leistungsschutzrechte⁵⁶ hin.⁵⁷ Genau dieser Prozess wäre umgekehrt Veranlassung genug, über die lauterkeitsrechtliche Natur der Leistungsschutzrechte – mit Ausnahme des Interpretenrechts⁵⁸ – nachzudenken.⁵⁹ Diese Frage wird aber von den wenigsten gestellt, im Gegenteil: Man versucht zu begründen, dass der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz „geistiges Eigentum“ i.S.d. Richtlinie 2004/48/EG sei, weil damit Investitionen geschützt und Anreiz für kreatives Schaffen gegeben werde.⁶⁰

⁴⁹ Vgl. OHLY, Designschutz im Spannungsfeld von Geschmacksmuster-, Kennzeichen- und Lauterkeitsrecht, GRUR 2007, 731 (735-40); SCHRICKEER/HENNING-BODEWIG, Elemente einer Harmonisierung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in der Europäischen Union, WRP 2001, 1367 (1381 f.); WIEBE, in: HEERMANN/ANN, MünchKomm zum Lauterkeitsrecht, Bd. I, 2006, § 4 Rn. 15-18.

⁵⁰ Vgl. die Aufzählung bei SAMBUC in: HARTE-BAVENDAMM/HENNING-BODEWIG, UWG, 2004, § 4 Nr. 9 Rn. 13; OHLY, in: OHLY/BODEWIG/DREIER (Hrsg.), FS für G. Schrickeer, 2005, 111.

⁵¹ Siehe BGH, GRUR 2006, 431 (433) – Steckverbindergehäuse.

⁵² Ständige Rspr. seit BGHZ 57, 116 (120-22) – Wandsteckdose II.

⁵³ BGH, GRUR 2005, 349 (352) – Klemmbausteine III.

⁵⁴ BGH, GRUR 2007, 795 (795) – Handtaschen m.w.N.

⁵⁵ KUR, Der wettbewerbliche Leistungsschutz Gedanken zum wettbewerbsrechtlichen Schutz von Formgebungen, bekannten Marken und „Characters“, GRUR 1990, 1; SAMBUC (Fn. 50), § 4 Nr. 9 Rn. 28-42; WIEBE, in: OHLY/BODEWIG/DREIER (Hrsg.), FS für G. Schrickeer, 2005, 74-76.

⁵⁶ ULMER (Fn. 34), 40.

⁵⁷ OHLY (Fn. 50), 110-111.

⁵⁸ GRÜNBERGER (Fn. 29), 35.

⁵⁹ HILTY, Gedanken zum Schutz der nachbarlichen Leistung – einst, heute, morgen, UFITA (116) 1991, 35, 41-53; HILTY, in: AHRENS/BORNKAMM/KUNZ-HALLENSTEIN (Hrsg.), FS für E. Ullmann, 2006, 658-664.

⁶⁰ BEYERLEIN, Ergänzender Leistungsschutz gemäß § 4 Nr. 9 UWG als „geistiges Eigentum“ nach der Enforcement-Richtlinie (2004/48/EG), WRP 2005, 1354 (bejahend).

Diese Argumentation setzt aber voraus, was in einer freiheitlichen Gesellschaft zunächst zu entscheiden ist: Worin liegt die *default*-Regel: (1.) im Prinzip, wonach von der Wettbewerbs- und Handlungsfreiheit auszugehen ist und demnach jeder Schutz durch eigentumsähnlich ausgestaltete subjektive Rechte die Ausnahme ist⁶¹ oder (2.) im Grundsatz, dass jede unternehmerische Leistung als solche vor einer sachlich nicht gerechtfertigten Nachahmung zu schützen ist?⁶² Der bisher verfolgte Grundsatz der Nachahmungsfreiheit⁶³, der dem Prinzip (1.) entspricht, gerät in letzter Zeit aus verschiedenen Richtungen unter heftigen Beschuss.⁶⁴ Der Gedanke, dass das durch eigene Leistung Erworbene vor der Nutzung Dritter eigentumsrechtlich zu schützen ist, erweist sich erneut als wirkungsmächtig: „Das Leistungsprinzip verlangt, das wirtschaftliche Ergebnis privater oder privatrechtlicher Leistung ganz allgemein demjenigen zuzuweisen, der das Ergebnis erzielt hat.“⁶⁵ Soweit Gewinnchancen durch die Leistung einer Person eröffnet wurden, gebe es einen prinzipiellen Grund, dieser Person ein ausschließliches Recht an ihrem Leistungsergebnis zuzuweisen.⁶⁶ Dann ist es ganz folgerichtig, wenn die Richtlinie 2004/48/EG im Erwägungsgrund (3) formuliert, dass „[d]er Schutz geistigen Eigentums Erfinder oder Schöpfer in die Lage versetzen [soll], einen rechtmäßigen Gewinn aus ihren Erfindungen zu ziehen.“ Am Ende der Entwicklung steht eine Konzeption von „geistigem Eigentum“, die sich als ein Mechanismus zum Amortisationsschutz getätigter Investitionen entpuppt.⁶⁷

⁶¹ Vgl. HILTY, in: OHLY/KLIPPEL (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, 2007, 111 und den Beitrag von PEUKERT in diesem Band; zu einem ökonomischen Begründungsansatz siehe LEMLY, Property, Intellectual Property and Free Riding, 83 Tex. L. Rev. 1031, 1046-69 (2005) m.w.N.

⁶² Exemplarisch der Formulierungsvorschlag von FEZER, Modernisierung des deutschen Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb auf der Grundlage einer Europäisierung des Wettbewerbsrechts*, WRP 2001, 989 (1007).

⁶³ Zuletzt BGH, GRUR 2007, 795 (795) – Handtaschen.

⁶⁴ Vgl. die Kritik von FEZER, Nomenkonkurrenz zwischen Kennzeichenrecht und Lauterkeitsrecht, WRP 2008, 1; HENNING-BODEWIG, Relevanz der Irreführung, UWG-Nachahmungsschutz und die Abgrenzung Lauterkeitsrecht/IP-Rechte, GRUR Int. 2007, 986; KÖHLER, Das Verhältnis des Wettbewerbsrechts zum Recht des geistigen Eigentums – Zur Notwendigkeit einer Neubestimmung auf Grund der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, GRUR 2007, 548; LU BBERGER, in: AHRENS/BORNKAMM/KUNZ-HALLENSTEIN (Hrsg.), FS für E. Ullmann, 2006, 737; ähnlich, wenn auch mit verbraucher-schützender Stoßrichtung GLÖCKNER, in: OHLY/KLIPPEL (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, 2007, 165-79. Zur Gegenansicht vgl. BO RNKAMM, in: OHLY/KLIPPEL (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, 2007 und STEINBECK, in: AHRENS/BORNKAMM/KUNZ-HALLENSTEIN (Hrsg.), FS für E. Ullmann, 2006, 409 (jeweils zum Markenrecht).

⁶⁵ FECHNER (Fn. 8), 202.

⁶⁶ SIEKMANN, Modelle des Eigentumsschutzes, 1998, 97-99.

⁶⁷ Vgl. GEIGER, „Constitutionalizing“ Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union, 37 IIC 341, 381 (2006) zum Urheberrecht.

1.2.2. Der Kommunikationsinhalt des Adjektivs „geistig“

Im Begriffspaar „geistiges Eigentum“ kommt dem Adjektiv „geistig“ die genau entgegengesetzte Aufgabe zu, den Unterschied zum Sacheigentum hervorzuheben. Das ist zunächst auch sinnvoll. Betrachtet man die Sachverhalte ökonomisch, treten eine Reihe ausgeprägter Wesensunterschiede zwischen materiellen und im materiellen Gütern, insbesondere dem Eigentum an Sachen und dem „geistigen Eigentum“ auf.⁶⁸ Immaterielle Güter sind im Ausgangspunkt öffentliche Güter und zeichnen sich deshalb durch zwei Wesensmerkmale aus.⁶⁹

- Die Nutzung immaterieller Güter ist nicht-rivalisierend. Die Güter sind von verschiedenen Personen zur gleichen Zeit nutzbar.⁷⁰ Will eine Person eine Sache gebrauchen, die im Eigentum und im Besitz einer anderen Person ist, muss sie ihr die Sache wegnehmen. Will sie dagegen ein immaterielles Gut nutzen, bedarf es keiner Wegnahme.⁷¹
- Immaterielle Güter können – sobald sie der Öffentlichkeit präsentiert worden sind – von anderen Personen ohne weiteres genutzt werden.⁷² Beim Eigentum an Sachen begründet der regelmäßig damit einhergehende Besitz⁷³ eine tatsächliche Herrschaftsmacht, die vor einem Zugriff Dritter geschützt.⁷⁴ Diese, durch eine räumliche Beziehung zur Sache bestehende Herrschaftsmacht fehlt bei immateriellen Gütern.⁷⁵

Beide Faktoren sind in der Literatur hinlänglich bekannt und die daraus zu ziehenden Konsequenzen werden äußerst kontrovers diskutiert.⁷⁶ Für die europäische und deutsche Rechtsordnung stellt sich zusätzlich das methodische Problem, ob und inwieweit diese ökonomische Betrachtungsweise überhaupt berücksichtigt werden kann.⁷⁷ Betrachtet man die Sache unvoreingenommen, kann man aus diesen Unter-

⁶⁸ Zum Folgenden DREIER, *Kompensation und Prävention*, 2002, 61-74; LEMLY, *What's Different About Intellectual Property*, 83 Tex. L. Rev. 1097 (2005). Zu den Gemeinsamkeiten und Unterschieden vom Standpunkt des deutschen Rechts siehe JÄNICH (Fn. 20), 187-254.

⁶⁹ LEMLY, *Property, Intellectual Property and Free Riding*, 83 Tex. L. Rev. 1031, 1050-51 (2005); PEUKERT, in: HILTY/PEUKERT (Hrsg.), *Interessenausgleich im Urheberrecht*, 2004, 12-14.

⁷⁰ DREIER (Fn. 68), 61-62; PEUKERT (Fn. 69), 13.

⁷¹ DREIER (Fn. 68), 61-62.

⁷² PEUKERT (Fn. 69), 14.

⁷³ Vgl. § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB.

⁷⁴ Vgl. SCHWAB/PRÜTTING, *Sachenrecht*, 32. Aufl. 2006, Rn. 43, 49.

⁷⁵ Vgl. DREIER (Fn. 68), 63-64; JÄNICH (Fn. 20), 219-21.

⁷⁶ Vgl. die Kontroverse zwischen LEMLY, *Property, Intellectual Property and Free Riding*, 83 Tex. L. Rev. 1031 (2005) und DUFFY, *Intellectual Property Isolationism and the Average Cost Thesis*, 83 Tex. L. Rev. 1077 (2005) und LEMLY, *What's Different About Intellectual Property*, 83 Tex. L. Rev. 1097 (2005); siehe auch CARTER, *Does it Matter Whether Intellectual Property is Property?*, 68 Chi.-Kent L. Rev. 715 (1993). Weitere Angaben über die reichhaltige U.S.-amerikanische Literatur bei LEMLY, *Property, Intellectual Property and Free Riding*, 83 Tex. L. Rev. 1031, 1035 Fn. 8 (2005).

⁷⁷ Dazu neuestens LEISTNER, *Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb*, 2007, 95-98, 140-144; grundlegend zum deutschen Recht EIDENMÜLLER, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 3. Aufl. 2005, 393-488.

schieden drei Konsequenzen für die Ausgestaltung einer Immaterialgüterrechtsordnung ziehen:

(1.) Immaterielle Güter bedürfen als nicht-rivalisierende Güter keine dem Sacheigentum vergleichbare Zuweisung von Ausschließlichkeitsrechten. Anders als bei materiellen Gütern kann es bei nicht-rivalisierenden, immateriellen Gütern nicht zur „*tragedy of the commons*“⁷⁸ kommen.⁷⁹ In einer auf Wettbewerb gegründeten Gesellschaft, in der Informationen eine wesentliche Rolle für die Kommunikation spielen, sprechen daher eine Reihe von ökonomischen Gründen gegen einen starken Schutz von Immaterialgüterrechten.⁸⁰

(2.) Ganz entgegengesetzt lässt sich argumentieren, dass Immaterialgüter aufgrund ihres Charakters als „öffentliche Güter“ verletzungsanfälliger sind.⁸¹ Gerade weil die Rechtsverletzungshandlung – anders als beim Sacheigentum – keinen „physischen Eingriff in den fremden Herrschaftsbereich“⁸² voraussetze, sei der Inhaber von Immaterialgüterrechten besonders schutzbedürftig. Das öffentliche Gut wird mit der Gewährung von Ausschließlichkeitsrechten zugunsten bestimmter Personen zum privaten Immaterialgut. Weil dieses aber rein tatsächlich verletzbar bleibt, ist ein verschärftes Schutzinstrumentarium nur konsequent. Das ist im Wesentlichen die heute herrschende Konzeption.⁸³

(3.) Ein dritter Ansatz versucht, den Unterschied vom Standpunkt eines (potentiellen) Rechtsverletzers aus zu betrachten. Pointiert formuliert: der Verletzer von Immaterialgüterrechten ist im Vergleich zum Verletzer eines Eigentumsrechts schutzbedürftiger, weil der konkrete Schutzbereich der einzelnen Rechte und damit die Möglichkeit einer Rechtsverletzung ungleich schwieriger zu ermitteln ist als es beim Eigentum der Fall ist.⁸⁴ Das liegt zum einen daran, dass der sachliche Schutzbereich der jeweiligen Immaterialgüterrechte nicht immer zweifelsfrei zu bestimm-

⁷⁸ Dazu H. ARDIN, *The Tragedy of the Commons Science* (162) 19-68, 1243 <http://www.sciencemag.org/cgi/reprint/162/3859/1243.pdf>. Eine knappe Beschreibung des Problems findet sich bei LEISTNER (Fn. 77), 73.

⁷⁹ PEUKERT (Fn. 69), 13 m.w.N.

⁸⁰ Siehe BREYER, *The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs*, 84 *Harv. L. Rev.* 281 (1970); LEMLY, *Property, Intellectual Property and Free Riding*, 83 *Tex. L. Rev.* 1031 (2005); ein guter Überblick bei PEUKERT (Fn.69), 17-20 m.w.N.

⁸¹ Vgl. DREIER (Fn. 68), 62-65.

⁸² DREIER (Fn. 68), 63.

⁸³ Statt aller BGHZ 57, 116 (118) – Wandsteckdose II, wo mit dem Wesen der Immaterialgüterrechte mit ihrer besonderen Verletzlichkeit und dem sich daraus ergebenden besonderen Schutzbedürfnis des Verletzten die Herausgabe des Verletzergewinns abweichend von § 687 Abs. 2 BGB auch bei Fahrlässigkeit gerechtfertigt wurde.

⁸⁴ LEMLY, *What's Different About Intellectual Property*, 83 *Tex. L. Rev.* 1097, 1100 (2005): „One of the reasons we are reasonably confident that the law of real property works is that both the physical and legal boundaries of real property are, in the main, clear. We can all find out what the boundaries of real property are, either by looking at physical fences or by going down to the county recorder's office and determining where the lines exist. [...] The physical nature of property and the basic nature of the legal rules mean that people generally understand when they need permission to act and when they don't.“

men ist. Ob etwa ein Sprach„werk“ mit wissenschaftlichem oder technischem Inhalt eine persönlich-geistige Schöpfung gem. § 2 Abs. 2 UrhG ist, steht nicht immer zweifelsfrei fest.⁸⁵ Die Frage, ob ein Zeichen wegen Verwechslungsgefahr in das ausschließliche Recht des Markeninhabers nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG eingreift, kann letztlich *ex ante* nicht mit ausreichender Sicherheit beantwortet werden.⁸⁶ Dazu kommt das weitere Problem, dass auch hinsichtlich der Schutzbereichsgrenzen der Immaterialgüterrechte Unsicherheiten bestehen. Die Diskussion um die „offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlage“ in § 53 Abs. 1 UrhG a.F.⁸⁷ ist bezeichnend dafür.

Damit zeigt sich, dass dem „geistigen Eigentum“ ein Bedeutungszugewinn zukommt, der dazu tendiert, die Position der Rechtsinhaber kontinuierlich zu stärken und der im Ergebnis zu einer permanenten Verschiebung der Argumentationslast zum Nachteil der Stimmen führt, die für einen zurückhaltenden Gebrauch von Immaterialgüterrechten plädieren. Wenn es zutrifft, dass das „rechtspolitische Anliegen der Zukunft nicht in der pauschalen Forderung nach einer Stärkung des geistigen Eigentums, sondern in dem Bestreben nach einer angemessenen Einabstimmung zwischen Rechtsschutz und Zugangsfreiheit“⁸⁸ liegt, ist es schwierig, diese Arbeit mit einem Begriff zu bewerkstelligen, der im gegenwärtigen Diskurs mit einem ganz entgegengesetzten Kommunikationsinhalt versehen wird.⁸⁹ Eine Konzeption von „geistigem Eigentum“, die strukturell dazu neigt, die Position des Rechtsinhabers tendenziell als schutzwürdig und jede Einschränkung als rechtfertigungsbedürftig anzusehen,⁹⁰ kann auf die Dauer nicht mit der Unterstützung aller Beteiligten rechnen. Bevor sich der Begriff dazu eignet, ist es notwendig, die im 20. Jahrhundert beim Sacheigentum eingetretene Entmystifizierung des Eigentumsbegriffs⁹¹ auch im Immaterialgüterrecht nachzuvollziehen. Die Entwicklungen der letzten Jahre stimmen mich allerdings nicht optimistisch.

1.3. Variation 2: Expansion des materiellen Rechts auf dem Gebiet des geistigen Eigentums

Eng verbunden mit dem hier beschriebenen Begriffsverständnis des „geistigen Eigentums“ ist die ständige Ausdehnung der Immaterialgüterrechte. Vor allem seit 1989 leben wir in „an age of expansion“.⁹² Dieser Vorgang lässt sich mit Hilfe mehrerer Kategorien analytisch erfassen.

⁸⁵ Statt aller LOEWENHEIM, in: SCHRICKER, Urheberrecht, 3. Aufl. 2006, § 2 Rn. 85-115.

⁸⁶ Vgl. nur die Kommentierung von HACKER in: STRÖBELE/HACKER (Hrsg.), MarkenG, 8. Aufl. 2006, § 9 Rn. 9-341.

⁸⁷ Statt aller DREIER, in: DREIER/SCHULZE, Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2006, § 53 Rn. 11-12.

⁸⁸ OHLY, Geistiges Eigentum?, JZ 2003, 545 (549).

⁸⁹ Anders aber OHLY, Geistiges Eigentum?, JZ 2003, 545 (549).

⁹⁰ Erwr. (32) RL 2004/48/EG ist das beste Beispiel: „die uneingeschränkte Achtung geistigen Eigentums sicherstellen“.

⁹¹ OHLY, Geistiges Eigentum?, JZ 2003, 545 (549).

⁹² CORNISH (Fn. 38), 9; siehe auch PEIFER, Das Urheberrecht und die Wissensgesellschaft – Stimmen die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Zukunft von Forschung und Lehre?, UFITA 2007, 327 (348).

1.3.1. Normsetzungsebenen

Als erster Ansatzpunkt bietet sich eine Untersuchung nach „Normsetzungsebenen“ an. Damit bezeichne ich die Prozesse auf internationaler, supranationaler und nationaler Ebene, in denen positives Recht geschaffen wird. Auf allen drei Ebenen kam es zu einer deutlichen Ausweitung des immaterialgüterrechtlichen Schutzes.

Auf völkerrechtlicher Ebene sind insbesondere⁹³ mit dem TRIPs⁹⁴ im Rahmen des WTO-Abkommens 1994 und den beiden WIPO-Verträgen von 1996 (WCT⁹⁵ und WPPT⁹⁶) weitreichende Instrumente geschaffen worden. Allerdings ist die Implementierung von TRIPs und seine Ausweitung in den letzten Jahren vermehrt in Kritik geraten.⁹⁷ Die im Rahmen der Doha-Agenda diskutierte Modifizierung des TRIPs,⁹⁸ insbesondere im Zusammenhang mit dem Schutz pharmazeutischer Produkte, ist deren sichtbarster Ausdruck.⁹⁹ Gscheitert ist dagegen ein Abkommen zum Schutz audiovisueller Darbietungen¹⁰⁰ und sehr unsicher ist das weitere Schicksal eines Abkommens zum Schutz von Rundfunkanstalten.¹⁰¹ Der letzte Vorstoß der Kommission, zusammen mit bestimmten Industriestaaten und Schwellenländern ein Anti Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)¹⁰² außerhalb des Rahmens von WTO und WIPO abzuschließen, muss wohl vor diesem Hintergrund gesehen werden.

Die Bedeutung der völkerrechtlichen Verträge auf dem Gebiet des „geistigen Eigentums“ geht über ihren eigentlichen Anwendungsbereich weit hinaus. Die Exis-

⁹³ Daneben sind zu erwähnen das Protokoll zum Madrider Abkommen über die internationale Registrierung von Marken (1989), der Trademark Law Treaty 1994, die Genfer Fassung des Haager Abkommens über die internationale Hinterlegung gewerblicher Muster und Modelle (1999), der Patent Law Treaty (2000) und der Singapore Treaty (2006).

⁹⁴ Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte des geistigen Eigentums, Anhang 1 C des Übereinkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation v. 15. April 1994, BGBl. 1994 II, 1730.

⁹⁵ WIPO-Urheberrechtsvertrag v. 20. Dezember 1996, BGBl. 2003 II, 755.

⁹⁶ WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger v. 20. Dezember 1996, BGBl. 2003 II, 770.

⁹⁷ Ein guter Überblick bei GERVAIS, Intellectual Property, Trade and Development: The State of Play, Fordham L. Rev. (74) 2005, 505, 507-24 (2005).

⁹⁸ Deklaration der Minister v. 14. November 2001, No. 1 7-19, W T/MIN(01)/DEC/1, http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.pdf (Stand: 13. 12.2007). Zum aktuellen Stand der Doha-Agenda vgl. Doha Development Agenda, http://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/dda_e.htm (Stand: 13.12.2007). Zur völkerrechtlichen Qualifikation dieses Prozesses siehe GATHII, The Legal Status of the Doha Declaration on TRIPs and Public Health Under the Vienna Convention on the Law of Treaties, Harv. J. L. Techn. (15) 2001, 291 (2001).

⁹⁹ Siehe das Protokoll zur Änderung des TRIPs v. 6. Dezember 2005, ABl. 2007 L 311/37, wirksam für die EG aufgrund Beschluss des Rates v. 19. November 2007, ABl. L 311/35.

¹⁰⁰ Dazu VON LEWINSKI, Die Diplomatische Konferenz der WIPO 2000 zum Schutz der audiovisuellen Darbietungen, GRUR Int. 2001, 529.

¹⁰¹ Siehe den bezeichnenden Titel des Draft Non-paper on the WIPO Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations, [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/scrcr/en/scrcr_s1/scrcr_s1_www_75352.doc](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sccr/en/scrcr_s1/scrcr_s1_www_75352.doc) (Stand: 13. Dezember 2007). Zum Prozess vgl. HILLIG, Auf dem Weg zu einem WIPO-Abkommen zum Schutz der Sendeunternehmen, GRUR Int. 2007, 122.

¹⁰² Siehe http://ec.europa.eu/trade/issues/sectoral/intell_property/pr231007_de.htm (Stand: 13. Dezember 2007).

tenz dieser Abkommen wird regelmäßig als Rechtfertigung dafür bemüht, das innerstaatliche Recht seinen Anforderungen anzupassen.¹⁰³ Das war bei den Beratungen zum UrhG 1965 der Fall, als das Rom-Abkommen¹⁰⁴ als Begründung für die Neugestaltung des Interpretenrechts angeführt wurde¹⁰⁵ und hat sich auf den WIPO-Konferenzen 1996 wiederholt, als die U.S.A. – mit Unterstützung der Europäischen Gemeinschaft – eine Agenda zum Schutz der Verwerterinteressen verwirklichen konnte, die vorher im nationalen Gesetzgebungsprozess nicht zu verwirklichen war.¹⁰⁶

Als Hauptmotor der Rechtssetzung hat sich in den letzten Jahrzehnten die Europäische Gemeinschaft erwiesen. Die Anzahl der Richtlinien zum Urheber- und Leistungsschutzrecht¹⁰⁷ und ihr Regelungsansatz erlauben es, von einem „europäischen Urheberrecht“ zu sprechen. Die Bedeutung der gemeinschaftsrechtlichen Instrumente zum Kennzeichenrecht¹⁰⁸ und zum Geschmacksmusterschutz¹⁰⁹ ist kaum zu unterschätzen. Aber auch das Gemeinschaftsrecht kennt seine „Verlustliste“. Endgültig gescheitert ist der Vorschlag für ein Softwarepatent¹¹⁰; unsicher ist die Zukunft des Gemeinschaftspatents.¹¹¹ Dagegen konnte man sich auf den patentrechtlich ausgestalteten Schutz biotechnologischer Erfindungen einigen.¹¹²

Das nationale Recht hat in diesem Zeitraum seine wichtigsten Impulse aus dem Gemeinschaftsrecht erhalten. Das MarkenG von 1994¹¹³, das 3.¹¹⁴ und das 4. UrhGÄndG¹¹⁵, das Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informations-

¹⁰³ Zum folgenden schon GRÜNBERGER, A Duty to Protect the Rights of Performers? Constitutional Foundations of an Intellectual Property Right, 24 Card. Arts & Ent. L. J. 617, 652 (2006).

¹⁰⁴ Internationales Abkommen über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen v. 26. Oktober 1961, BGBl 1965 II, 1245.

¹⁰⁵ BT-Drs. IV/270 abgedruckt in UFITA 45 (1965), 240 (303-04).

¹⁰⁶ Siehe SAMUELSON, The U.S. Digital Agenda at WIPO, 37 Va. J. Int'l. L. 369, 373-74, 428-31 (1997).

¹⁰⁷ Dazu die Übersicht bei SCHACK (Fn. 21), Rn. 122; ein knapper Überblick bei REINBOTHE, Der *acquis communautaire* des Europäischen Urheberrechts: Stand und Entwicklung der Rechtsangleichung und Harmonisierungskonzept, EWS 2007, 193.

¹⁰⁸ Richtlinie 89/104/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken, ABl. L 40/1; Verordnung (EG), 40/94 über die Gemeinschaftsmarke, ABl. L 11/1; VO (EG) 510/2006 zum Schutz von geografischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel, ABl. L 93/12.

¹⁰⁹ Richtlinie 98/71/EG über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen, ABl. L 289/28 und Verordnung (EG) Nr. 6/2002 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster, ABl. L 3/1.

¹¹⁰ Vorschlag der Kommission über die Patentierbarkeit computerimplementierter Erfindungen v. 20. Februar 2002, KOM(2002) 92 endg., Ablehnung des Parlaments am 6. Juli 2005, ABl. C 157E/95.

¹¹¹ Vorschlag für eine Verordnung über das Gemeinschaftspatent, KOM(2000) 412 endg.; vgl. die Mitteilung der Kommission über die Vertiefung des Patentsystems in Europa, KOM(2007) 165 endg.

¹¹² Richtlinie 98/44/EG über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen, ABl. L 213/13.

¹¹³ Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen v. 25. Oktober 1994, BGBl. I, 3082.

¹¹⁴ Drittes Gesetz zur Änderung des Urheberrechts v. 23. Juni 1995, BGBl. I, 842.

gesellschaft¹¹⁶, das Geschmacksmustergesetz 2004¹¹⁷ und das 5. UrhGÄndG¹¹⁸ dienen primär der Umsetzung von Richtlinien. Im Wesentlichen beruhen nur das Gesetz zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern¹¹⁹ und das Zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft¹²⁰ auf autonomen Erwägungen der deutschen gesetzgebenden Institutionen.

1.3.2. Kategorien der Ausdehnung

Systematisiert man die Expansion der letzten Jahre nach Kategorien lassen sich zwei Tendenzen ausmachen:¹²¹

- Ausdehnung der Schutzgegenstände: die Patentierbarkeit biotechnologischer Erfindungen¹²²; die Schutzfähigkeit der dreidimensionalen Marke¹²³, der urheberrechtlich ausgestaltete Schutz von Computerprogrammen¹²⁴ und der Leistungsschutzrechtlich ausgestaltete Schutz von Datenbanken¹²⁵ sowie das nicht eingetragene Gemeinschaftsgeschmacksmuster¹²⁶.
- Ausdehnung des Schutzzumfangs:
Der Umfang eines existierenden Rechts kann erweitert werden, indem – erstens – die Ausschließlichkeitsbefugnisse des Rechteinhabers vergrößert werden. Prominentes Beispiel ist das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung im UrhG.¹²⁷ Dieses Recht war bereits vor Inkrafttreten des § 19a UrhG als unbenanntes Recht der Verwertung in unkörperlicher Form in § 15 Abs. 2 UrhG enthalten.¹²⁸ Damit war nur der Urheber, nicht aber die Leistungsschutzberechtigten (Interpret, Tonträgerhersteller und Sendeanstalten) erfasst.¹²⁹ Dieser Vorgang kann auch mittels Interpretation bestehender Ausschließlich-

¹¹⁵ Viertes Gesetz zur Änderung des Urheberrechts v. 8. Mai 1998, BGBl. I, 902.

¹¹⁶ v. 10. September 2003, BGBl. I, 1774.

¹¹⁷ Gesetz zur Reform des Geschmacksmusterrechts v. 12. März 2004, BGBl. I, 390.

¹¹⁸ v. 10. November 2006, BGBl. I, 2587.

¹¹⁹ v. 22. März 2002, BGBl. I, 1155.

¹²⁰ v. 26. Oktober 2007, BGBl. I, 2513.

¹²¹ CORNISH (Fn. 38), 10.

¹²² Richtlinie 98/44/EG über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen, ABl. 1998 L 213/13.

¹²³ § 3 Abs. 1 MarkenG, Art. 3 Abs. 1 RL 89/104/EWG; Art. 4 VO (EG) 40/94; BGH, GRUR 2004, 502 (503) – Gabelstapler II; EuGH, Rs. C-299/99 – Phillips / Remington, Slg. 2002, I-5475 Rn. 73; verb. Rs. C-53/01, 54/01 und 55/01 – Linde u.a., Slg. 2003, I-3161 Rn. 37-49.

¹²⁴ Richtlinie 91/250/EWG über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl. L 122/42; §§ 69a–69g UrhG.

¹²⁵ Richtlinie 96/9/EG über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, ABl. L 77/20; §§ 87a–87e UrhG.

¹²⁶ Art. 1 Abs. 2 lit. a VO (EG) 6/2002, vgl. dazu RAHLF/GOTTSCHALK, Neuland: Das nicht eingetragene Gemeinschaftsgeschmacksmuster, GRUR Int. 2004, 821.

¹²⁷ §§ 19a; 78 Abs. 2 Nr. 3, 85 Abs. 1 S. 1, 87 Abs. 1 Nr. 1, 94 Abs. 1 S. 1 UrhG.

¹²⁸ BGHZ 156, 1 (13-14) – Paperboy.

¹²⁹ Zur Problematik vgl. DREIER (Fn. 87), § 19a Rn. 3 und zur früheren Rechtslage VON UNGERN-STERNBERG, in: SCHRICKER (Hrsg.), UrhG, 3. Aufl. 2006, § 19a Rn. 37-41.

keitsrechte er folgen.¹³⁰ Bestes Beispiel hier ist die bereits vor der Änderung des Wortlauts im geltenden § 16 Abs. 1 UhrG vertretene Ansicht, dass vorübergehende (ephemere) Vervielfältigungen im Arbeitsspeicher eines Computers unter das Vervielfältigungsrecht zu subsumieren seien.¹³¹ Ein anderes aufschlussreiches Beispiel ist die Entscheidung *Simvastin*¹³². Die Klägerin war Inhaberin eines Patents bzw. eines ergänzenden Schutzzertifikats an einem cholesterinsenkenden Arzneimittel. Die Schutzfrist endete am 6. Mai 2003. Die Beklagte stellt Generika her und wollte nach Ablauf der Schutzfrist ein Konkurrenzprodukt mit demselben Wirkstoff anbieten. Sie warb in vier Exemplaren der Ärztezeitung der Monate März und April 2003 damit, dass ab dem 7. Mai 2003 ihr Produkt am Markt erhältlich sein werde. Damit stellt sich die Frage, ob ein Angebot, das vor Ablauf der Schutzfrist gemacht wird, sich aber allein auf den Abschluss von Geschäften danach bezieht, von § 9 Abs. 1 Nr. 1 PatG erfasst wird. Geht man davon aus, dass sich die Güter nach Ablauf der Frist im zuvor ausgeschalteten Wettbewerb stellen müssen, liegt es nahe, funktionsbezogen abzugrenzen und solche Handlungen innerhalb der Schutzfrist eines Patents vom Verbotsanspruch auszunehmen, die sich auf den Markteintritt nach Ablauf der Frist beziehen.¹³³ Mit dem Ende der Schutzfrist fällt zunächst nur die rechtliche Marktzutrittsbarriere für den Wettbewerber weg. Obwohl er also am 7. Mai 2003 am Markt auftreten durfte, ist er zu diesem Zeitpunkt noch kein ernstzunehmender Wettbewerber, weil er sich bei den Nachfragern erst als Anbieter etablieren muss. Insoweit hat das Schutzrecht eine über die Schutzfrist hinausreichende faktische Ausstrahlungswirkung. Dieses faktische Hindernis wird beseitigt, wenn bereits in der Auslaufphase der zukünftige Markteintritt signalisiert wird. Der funktionsbezogene Ansatz wird also beiden Interessen gerecht. Einerseits ist es das ausschließliche Recht des Schutzrechtsinhabers einen aktuellen Bedarf zu decken. Andererseits wird dem Interesse der Allgemeinheit und der Berufsfreiheit des Konkurrenten gedient, weil er dafür sorgt, dass mit Schutzfristende ein effektiver Wettbewerb besteht. Der Bundesgerichtshof hat anders entschieden. Aus Sinn und Zweck des Verbots folge, dass dem Schutzrechtsinhaber während der Schutzfrist der gewährte Schutz hinsichtlich aller Verletzungstatbestände ungeschmälert zur Verfügung stehen solle.¹³⁴ Der Zweck des Verbotsanspruchs bestehe darin, dem Patentinhaber alle wirtschaftlichen Vorteile zu sichern, die sich aus der Benutzung der patentierten Erfindung ergeben können und ihm andererseits einen

¹³⁰ PEIFER, Das Urheberrecht und die Wissensgesellschaft – Stimmen die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Zukunft von Forschung und Lehre?, UFITA 2007, 327 (348).

¹³¹ OLG Hamburg, GRUR 2001, 831 – Roche Lexikon Medizin; VON UNGERN-STERNBERG (Fn. 129), § 16 Rn. 20 f. m.w.N.; anders aber KG Berlin, ZUM 2002, 828 (830); grundlegend zum U.S.-amerikanischen Recht MAI, Sys. Corp. v. Peak Computer, Inc, 991 F.2d 511, 517-520 (9th Circ. 1993).

¹³² BGH, GRUR 2007, 221.

¹³³ So im Wesentlichen OLG Hamburg, GRUR-RR 2005, 41 f. – Bauhauslampen aus Italien, aufgehoben von BGH, GRUR 2007, 871 – Wagenfeld-Leuchte (jeweils zum Urheberrecht).

¹³⁴ BGH, GRUR 2007, 221 (222) – Simvastin.

effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten.¹³⁵ Prägnant formuliert der Bundesgerichtshof in einer nachfolgenden, zum Urheberrecht ergangenen Entscheidung: „Das Verbot des Anbieters soll der bereits im Angebot selbst liegenden Gefährdung der *wirtschaftlichen Chancen des Rechtsinhabers* entgegentreten“.¹³⁶

Der Umfang eines Rechts kann – zweitens – auch vergrößert werden, indem die Schranken des Ausschließlichkeitsrechts verkleinert werden. Zu erinnern ist an die deutliche Verlängerung der Schutzfristen für Urheber¹³⁷ und Leistungsschutzrechte¹³⁸. Dazu zählen auch die ergänzenden Schutzzertifikate für Arzneimittel¹³⁹ und Pflanzenschutzmittel¹⁴⁰, die im Ergebnis die Dauer des Patentschutzes verlängern. Ebenfalls in diesem Zusammenhang ist die gegenwärtige Karriere des sog. „Drei-Stufen-Tests“¹⁴¹ zu sehen, der sowohl völkervertragsrechtlich¹⁴², gemeinschaftsrechtlich¹⁴³ und im deutschen Recht¹⁴⁴ verankert ist und dessen Interpretation die Reichweite von Schrankenbestimmungen entscheidend mitprägen wird.¹⁴⁵ Die Prüfungsstruktur ist jedenfalls so gewählt, dass sich das Ausschließlichkeitsrecht des Rechtsinhabers als das tendenziell stärkere Interesse erweist.¹⁴⁶ Mit der Verkleinerung von Schranken geht in letzter Zeit ein dritter Vorgang einher: Das Eingreifen

¹³⁵ BGH, GRUR 2003, 1031 (1032) – Kuppelung für optische Geräte.

¹³⁶ BGH, GRUR 2007, 871 (873) – Wagenfeld-Leuchte (Hervorhebung von mir).

¹³⁷ Zur geschichtlichen Entwicklung siehe KATZENBERGER, in: SCHRICKER (Hrsg.), Urheberrecht, 3. Aufl. 2006, § 64 Rn. 52-55; zur Harmonisierung statt aller BEIER, Die urheberrechtliche Schutzfrist, 2001, 155-237.

¹³⁸ Vgl. zu In derpretenrecht G RÜNBERGER (Fn. 29), 141 -145, 24 7-253; VOGEL, in: SCHRICKER, Urheberrecht, 3. Aufl. 2006, § 82 Rn. 3-7.

¹³⁹ VO (EWG) 1768/92 über die Schaffung eines ergänzenden Schutzzertifikates für Arzneimittel, ABl. 1992 L 182/1.

¹⁴⁰ VO (EG) 1610/96 über die Schaffung eines ergänzenden Schutzzertifikates für Pflanzenschutzmittel, ABl. 1996 L 198/30.

¹⁴¹ Dazu SENFTLEBEN, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, GRUR Int. 2004, 200; BORNKAMM, in: AHRENS/BORNKAMM/GLOY (Hrsg.), FS für W. Erdmann, 2002, 29 (jeweils m. w. N.).

¹⁴² Siehe Art. 9 Abs. 2 der Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst v. 9. September 1886, zuletzt rev. in Paris am 24. Juli 1971 (RBÜ), BGBl. 1973 II, 1071; Art. 13 TRIPS, Art. 10 WCT, Art. 16 Abs. 2 WPPT.

¹⁴³ Art. 5 Abs. 5 RL 2001/29/EG.

¹⁴⁴ BGHZ 141, 13 (30-35) – Kopienversand.

¹⁴⁵ Vgl. BORNKAMM (Fn. 141), 44-48; HILTY (Fn. 61), 120-25; SENFTLEBEN, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, GRUR Int. 2004, 200 (206-211). Zur Interpretation dieser Bestimmung von drei WTO-Panels in den Jahren 2000 (WTO Document WT/DS114/R und WTO Document WT/DS160/R) und 2005 (WTO Document WT/DS174/R) siehe SENFTLEBEN, Towards a Horizontal Standard for Limiting Intellectual Property Rights? – WTO Panel Reports Shed Light on the Three-Step Test in Copyright Law and Related Tests in Patent and Trademark Law, 37 IIC 407 und RICKETSON/GINSBURG, International Copyright and Neighbouring Rights – The Berne Convention and Beyond, Vol. I, 2006, Rn. 13.10-13.30.

¹⁴⁶ PEIFER, Das Urheberrecht und die Wissensgesellschaft – Stimmen die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Zukunft von Forschung und Lehre?, UFITA 2007, 327 (357 f.).

einer Schrankenbestimmung wird zur Disposition des Rechtsinhabers gestellt. § 53a Abs. 1 S. 3 UrhG erlaubt öffentlichen Bibliotheken den Kopienversand auf Bestellung nur, „wenn der Zugang zu den Beiträgen oder kleinen Teilen eines Werkes den Mitgliedern der Öffentlichkeit nicht offensichtlich von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl mittels einer vertraglichen Vereinbarung zu angemessenen Bedingungen ermöglicht wird.“¹⁴⁷ Damit schreitet die bereits in § 95b Abs. 3 UrhG angelegte „Privatisierung“ des Urheberrechts¹⁴⁸ voran. Zugleich wird hier eine Gemeinsamkeit mit der vierten Methode der Erweiterung des Schutzzumfangs deutlich: der urheberrechtlichen Sanktionierung und Sicherung des Einsatzes von technischen Maßnahmen,¹⁴⁹ die der Zugangs- und Nutzungskontrolle zu Immaterialgütern dienen (DRM-Systeme).¹⁵⁰ Systematisch gesehen, ist der Einsatz von DRM-Systemen im Zusammenhang mit der Durchsetzung von Immaterialgüterrechten zu behandeln.¹⁵¹ Das sollte aber nicht den Blick darauf verstellen, dass ihre Verwendung den Rechtsinhabern¹⁵² die technische Möglichkeit verschafft, Schrankenregelungen, die für die analoge Verwertung gelten, für digitalisierte Schutzgegenstände nach ihrem Belieben außer Kraft zu setzen und so die gesetzlich vorgesehene durch eine private Ordnung zu ersetzen.¹⁵³ Das geltende Recht unterstützt diesen Prozess: Einmal sieht § 95b UrhG¹⁵⁴ einen Zugangsanspruch der Nutzer nur bei bestimmten Schrankenregelungen vor und nimmt davon insbesondere die digitale Kopie aus.¹⁵⁵ Zum zweiten gestaltet es den Zugangsanspruch generell subsidiär gegenüber einer auf vertraglicher Basis beruhenden Zugänglichmachung aus.¹⁵⁶

¹⁴⁷ Eine erste Kritik bei SPINDLER, Reform des Urheberrechts im „Zweiten Korb, NJW 2008, 9 (14).

¹⁴⁸ BECHTHOLD, Vom Urheber- zum Informationsrecht, 2002, 427.

¹⁴⁹ §§ 95a-95c UrhG.

¹⁵⁰ Grundlegend zur Funktion solcher Systeme BECHTHOLD (Fn. 148), 19 ff.

¹⁵¹ REINBOTHE/VON LEWINSKI, The WIPO Treaties 1996, 2002, Art. 18 WPPT Rn. 13. Siehe unten 1.4.2.

¹⁵² Zum dogmatischen Verständnis dieses Begriffs siehe GÖTTING, in: SCHRICKER, Urheberrecht, 3. Aufl. 2006, § 95a Rn. 7 f.; PEUKERT, in: LOEWENHEIM (Hrsg.), Handbuch Urheberrecht, 2003, § 34 Rn. 14.

¹⁵³ Siehe die Kritik von ELKIN-KOREN, Copyrights in Cyberspace: Rights Without Laws?, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1155 (1998); aus deutscher Sicht vgl. BECHTHOLD (Fn. 148), 425-27; PEUKERT, Digital Rights Management und Urheberrecht, UFITA 2002, 689 (704-713).

¹⁵⁴ § 95b UrhG dient der Umsetzung von Art. 6 Abs. 4 RL 2001/29/EG.

¹⁵⁵ Eine Auflistung der „privilegierten“ und der nicht privilegierten Schrankenbestimmungen bei DREIER (Fn. 87), § 95b Rn. 11 f. Zum Problem siehe einerseits ARLT, Die Undurchsetzbarkeit digitaler Privatkopien gegenüber technischen Schutzmaßnahmen im Lichte der Verfassung, CR 2005, 646 (verfassungskonforme und interessengerechte Lösung) und andererseits GEIGER, Der urheberrechtliche Interessenausgleich in der Informationsgesellschaft – Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts, GRUR Int. 2004, 815 (819 f.) (Zugang als Nutzerrecht).

¹⁵⁶ Vgl. PEUKERT (Fn. 152), § 36 Rn. 5-7. Zu den möglichen Vorteilen und den notwendigen Grenzen eines vertraglichen Ansatzes im Urheberrecht siehe FISHER, Property and Contract on the Internet, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1203, 1231-1254 (1998).

1.4. Variation 3: Expansion des Durchsetzungsinstrumentariums

Die Expansion des materiellen Rechts findet ihre Parallele in der Ausdehnung des Rechtsdurchsetzungsinstrumentariums.

1.4.1. Normsetzungsebenen

Von herausragender Bedeutung ist der dritte Teil des TRIPs, der die programmatische Überschrift trägt: „Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums“.¹⁵⁷ Damit werden die WTO-Angehörigen zunächst verpflichtet, die darin enthaltenen Verfahren in ihrem innerstaatlichen Recht vorzusehen.¹⁵⁸ Dagegen sind die Durchsetzungsbestimmungen des TRIPs weder im Gemeinschaftsrecht¹⁵⁹ noch im nationalen deutschen Recht¹⁶⁰ unmittelbar anzuwenden. Allerdings reicht die Bedeutung des TRIPs weit über seinen eigentlichen persönlichen Anwendungsbereich¹⁶¹ hinaus. Das TRIPs folgt dem traditionellen Ansatz der Konventionen auf dem Gebiet des Immaterialgüterrechts, die bei internationalen Sachverhalten den Grundsatz der Inländerbehandlung und des Mindestschutzes vorsehen. Eine Harmonisierungspflicht für das Recht der Mitglieder der WTO geht davon gerade nicht aus.¹⁶² Der Europäische Gerichtshof interpretiert das TRIPs jedoch als integralen Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung.¹⁶³ Soweit es sich um einen Bereich des „geistigen Eigentums“ handelt, in dem die Gemeinschaft keine Rechtsvorschriften erlassen hat – wie etwa im Patentrecht¹⁶⁴ – unterliegt der vom TRIPs geforderte Schutz nicht dem Gemeinschaftsrecht und es steht den Mitgliedstaaten frei, wie sie ihre Verpflichtungen aus dem TRIPs nachkommen.¹⁶⁵ Die dann berufene deutsche Rechtsordnung kennt eine Pflicht, die geltenden Normen so auszulegen, dass den Anforderungen des TRIPs Genüge getan wird.¹⁶⁶ Wenn der Bereich vom Gemeinschaftsrecht geregelt wird, folgt eine im Gemeinschaftsrecht wurzelnde Pflicht, „soweit wie möglich eine dem TRIPs-Übereinkommen entsprechende Auslegung

¹⁵⁷ Art. 41-61 TRIPs.

¹⁵⁸ Siehe Art. 41 Abs. 1 TRIPs.

¹⁵⁹ EuGH, verb. Rs C-300/98 und 392/98 – Dior u.a., Slg. 2000, I-11307 Rn. 43 f.; aA DREXL, Nach „GATT“ und „WIPO“: Das TRIPs-Abkommen und seine Anwendung in der Europäischen Gemeinschaft, GRUR Int. 1994, 777 (783-787); G ROH/WÜNDISCH, Die Europäische Gemeinschaft und TRIPs: Hermès, Dior und die Folgen, GRUR Int. 2001, 497 (502-503).

¹⁶⁰ BGHZ 150, 377 (385) – Faxkarte.

¹⁶¹ Art. 1 Abs. 3 TRIPs.

¹⁶² SCHÄFERS, Normsetzung zum geistigen Eigentum in internationalen Organisationen: WIPO und WTO – ein Vergleich, GRUR Int. 1996, 763 (770 f.); VON BODGANDY, Die Überlagerung der ZPO durch WTO-Recht, NJW 1999, 2088 (2090).

¹⁶³ Zuletzt EuGH, Rs. C-431/05 – Merk Genéricos Productos Farmaceuticos, Slg. 2007, I- Rn. 31 m.w.N..

¹⁶⁴ EuGH, Rs. C-431/05 – Merk Genéricos Productos Farmaceuticos, Slg. 2007, I- Rn. 39-48.

¹⁶⁵ Grundlegend EuGH, Rs. C-431/05 – Merk Genéricos Productos Farmaceuticos, Slg. 2007, I- Rn. 34; verb. Rs C-300/98 und 392/98 – Dior u.a., Slg. 2000, I-1130 Rn. 48.

¹⁶⁶ BGHZ 150, 377 (385) – Faxkarte; BGHZ 169, 30 (Rn. 40).

vorzunehmen¹⁶⁷. In der Summe bewirken die gemeinschaftsrechtliche und die aus dem nationalen Recht folgende Pflicht zur Berücksichtigung der im TRIPs vorgesehenen Durchsetzungsinstrumentarien eine erste wesentliche Harmonisierung nationaler Rechte in diesem Bereich.¹⁶⁸

Diese Harmonisierung scheint aber der Europäischen Gemeinschaft nicht weit genug zu gehen,¹⁶⁹ wie sich aus der Richtlinie 2004/48/EG ergibt. Neben dieser Richtlinie sind in der Praxis die Instrumente der Gemeinschaft von besonderer Bedeutung, mit denen das Inverkehrbringen von Waren, die Rechte des geistigen Eigentums verletzen, verhindert werden soll. Den Beginn machte 1994 die ProduktpiraterieVO¹⁷⁰, die mittlerweile durch die Grenzbeschlagnahmeverordnung¹⁷¹ abgelöst wurde.

Wichtigste Aufgabe der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums ist es, ein „hohes, gleichwertiges und homogenes Schutzniveau für geistiges Eigentum im Binnenmarkt zu gewährleisten.“¹⁷² Die Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten im Wege einer Mindestharmonisierung¹⁷³ erstmals bestimmte Sanktionen und verfahrensrechtliche Instrumente zu implementieren, die bei Verletzungen von Rechten des geistigen Eigentums zur Verfügung gestellt werden müssen. Dazu zählen Beweisvorlagepflichten des Verletzers¹⁷⁴ und Beweissicherungsverfahren¹⁷⁵; vorgesehen sind Auskunftsrechte¹⁷⁶, bestimmte einstweilige Maßnahmen und Sicherungsmaßnahmen¹⁷⁷, Abhilfemaßnahmen¹⁷⁸, Unterlassungsanordnungen¹⁷⁹ und Ersatzmaßnahmen¹⁸⁰, Anforderungen zur Bestimmung des Schadensersatzes¹⁸¹ und zu den Prozesskosten¹⁸² sowie – zur Abschreckung und Sensibilisierung der Öffentlichkeit¹⁸³ – die Veröffentlichung von Gerichtsentschei-

¹⁶⁷ EuGH, R s. C -431/05 – Merk Genéricos Produtos Farmaceuticos, Slg. 2007, I- R n. 35; grundlegend dazu EuGH, verb. Rs C-300/98 und 392/98 – Dior u.a., Slg. 2000, I-11307 Rn. 47; Rs. C-53/96 – Hermès Int. / FHT Marketing Choice, Slg. 1998, I-3603 Rn. 28.

¹⁶⁸ GROH/WÜNDISCH, Die Europäische Gemeinschaft und TRIPS: Hermès, Dior und die Folgen, GRUR Int. 2001, 497 (501 f).

¹⁶⁹ Siehe Erwgr. (7) RL 2004/48/EG.

¹⁷⁰ VO (EG) 3295/94 über Maßnahmen zum Verbot der Überführung nachgeahmter Waren und unerlaubt hergestellter Vervielfältigungsstücke oder Nachbildungen in den zollrechtlich freien Verkehr oder in ein Nichterhebungsverfahren sowie zum Verbot ihrer Ausfuhr und Wiederausfuhr, ABl. L 341/8.

¹⁷¹ VO (EG) Nr. 1383/2003

¹⁷² Erwgr. (10) RL 2004/48/EG.

¹⁷³ Art. 2 Abs. 1 RL 2004/48/EG.

¹⁷⁴ Art. 6 RL 2004/48/EG.

¹⁷⁵ Art. 7 RL 2004/48/EG.

¹⁷⁶ Art. 8 RL 2004/48/EG.

¹⁷⁷ Art. 9 RL 2004/48/EG.

¹⁷⁸ Art. 10 RL 2004/48/EG.

¹⁷⁹ Art. 11 RL 2004/48/EG.

¹⁸⁰ Art. 12 RL 2004/48/EG.

¹⁸¹ Art. 13 RL 2004/48/EG.

¹⁸² Art. 14 RL 2004/48/EG.

¹⁸³ Erwgr. (27) RL 2004/48/EG.

dungen¹⁸⁴. Der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst jede Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums, die im Gemeinschaftsrecht und/oder im nationalen Recht vorgesehen sind.¹⁸⁵ Die Richtlinie war bis zum 29. April 2006 umzusetzen.¹⁸⁶ Eine Umsetzung ist bis Ende 2007 nicht erfolgt; der Gesetzentwurf der Bundesregierung¹⁸⁷ wurde zu diesem Zeitpunkt noch im Bundestag beraten.

An dieser Stelle lässt sich ein weiteres Phänomen beobachten, das zwar nicht auf den Bereich der Rechtsdurchsetzung beschränkt ist, hier aber eine besondere Bedeutung erlangt hat. Ich spreche vom „Dreiklang“ zwischen völkervertragsrechtlichen, gemeinschaftsrechtlichen und nationalen Instrumenten. Die Transformation völkerrechtlicher in gemeinschaftsrechtliche und nationale Regelungen erfolgt da bei sowohl auf der Ebene der Rechtsetzung wie der Rechtsanwendung und führt in beiden Fällen zu einer Ausdehnung der Rechtsverfolgungsmöglichkeiten der Rechteinhaber zulasten der Verteidigungsmöglichkeiten der (potentiellen) Verletzer.

Auf Rechtssetzungsebene lassen sich eine ganze Reihe von Beispielen für das hier geschilderte Zusammenspiel benennen. Man denke nur an den in Art. 43 TRIPS vorgesehenen Anspruch auf Vorlage von Beweismitteln, der zum Vorbild der Regelung in Art. 6 Abs. 1 Richtlinie 2004/48/EG wurde und von dort in das nationale Recht transformiert¹⁸⁸ werden soll. Ein anderes ist die Geschichte der Entwicklung des rechtlichen Schutzes von technischen Schutzmaßnahmen.¹⁸⁹ Ihren Ausgangspunkt hat sie in den WIPO-Verträgen von 1996.¹⁹⁰ Die Richtlinie 2001/29/EG übernahm das Konzept, gestaltet es detailliert aus und geht inhaltlich über das völkerrechtlich geforderte Mindestmaß hinaus.¹⁹¹ Die Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten nämlich, technische Maßnahmen grundsätzlich auch dann gegen eine Umgehung zu sichern, wenn die damit angestrebte Nutzung ihrerseits von einer Schranke gedeckt ist.¹⁹² Das deutsche Recht seinerseits optiert bei der von der Richt-

¹⁸⁴ Art. 15 RL 2004/48/EG.

¹⁸⁵ Art. 2 Abs. 1 RL 2004/48/EG. Siehe dazu die Auflistung in der Erklärung der Kommission zu Artikel 2 der Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. 2005 L 94/37.

¹⁸⁶ Art. 20 Abs. 1 RL 2004/48/EG.

¹⁸⁷ BT-Drs. 16/5048. Siehe zum Umsetzungsverfahren PEUKERT/KUR, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zur Umsetzung der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums in deutsches Recht, GRUR Int. 2006, 292; NÄGELE/NITSCHKE, Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums, WRP 2007, 1047; SEICHTER, Die Umsetzung der Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des Geistigen Eigentums, WRP 2006, 391; SPINDLER/WEBER, Die Umsetzung der Enforcement-Richtlinie nach dem Regierungsentwurf für ein Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums, ZUM 2007, 257.

¹⁸⁸ Siehe BT-Drs. 16/5048, 27.

¹⁸⁹ Dazu PEUKERT (Fn. 152), § 33 Rn. 12-16.

¹⁹⁰ Artt. 11, 12 WCT; 18, 19 WPPT.

¹⁹¹ VON LEWINSKI, Der EG-Richtlinienvorschlag zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten in der Informationsgesellschaft, GRUR Int. 1998, 637 (641 f.).

¹⁹² SCHACK, Schutz digitaler Werke vor privater Vervielfältigung – zu den Auswirkungen der Digitalisierung auf § 53 UrhG, ZUM 2002, 497 (505).

linie offen gelassenen Wahlmöglichkeit, ein Zugangsanspruch auch für die Privatkopie vorzusehen,¹⁹³ für die strengere Variante und schließt einen Zugangsanspruch für die digitale Privatkopie aus.¹⁹⁴

Auf Rechtsanwendungsebene haben wir bereits gesehen, wie eng das Zusammenspiel zwischen TRIPs, Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht aufgrund methodischer Erfordernisse in den letztgenannten Rechtsordnungen ist. Mit der noch nicht umgesetzten Richtlinie 2004/48/EG verstärkt sich diese Entwicklung.¹⁹⁵ In der *Faxkartenentscheidung*¹⁹⁶ des Bundesgerichtshofs wurde § 809 BGB auch aufgrund einer TRIPs-konformen Auslegung so interpretiert, dass der Anspruch auf Besichtigung des Quellcodes eines Computerprogramms nur von einem *gewissen Wahrscheinlichkeitsgrad* abhängt und keine *erhebliche Wahrscheinlichkeit* voraussetzt.¹⁹⁷ Anders hatte der Bundesgerichtshof vor Beginn der hier untersuchten Expansionsphase noch zum Patentrecht entschieden.¹⁹⁸ Damit wollte er sicherstellen, dass zu weitgehende „Eingriffe in die rechtlich schutzwürdige Sphäre der Mitbewerber verhindert“¹⁹⁹ werden. Die Interessenabwägung fällt jetzt regelmäßig zu Gunsten des Rechtsinhabers aus. Methodisch folgt das nicht nur – wie das Gericht argumentiert – aus dem nationalen Recht,²⁰⁰ sondern auch aus dem Gemeinschaftsrecht. Die geltend gemachten Urheberrechtlichen Ansprüche beruhen auf der Nutzung von geschützten Computerprogrammen und insoweit auf einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung, für die nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes das Gemeinschaftsrecht anzuwenden ist. Anders verhält es sich mit der TRIPs-konformen Auslegung von § 142 ZPO in der Entscheidung *Restschadstoffentfernung*²⁰¹. Streitgegenstand war ein Patent²⁰² und für Patente besteht keine gemeinschaftsrechtliche Zuständigkeit zur Anwendung des TRIPs.²⁰³ Hier war es also das nationale Recht, das eine erweiternde, TRIPs-konforme Auslegung von § 142 ZPO ermöglichte.²⁰⁴ Zugleich wurde diese Norm auch richtlinienkonform ausgelegt.²⁰⁵ Der X. Zivilsenat argumentiert für ein Verständnis, nach dem generell formulierte Bestimmungen wie §§ 809 BGB oder 142 ZPO im Bereich der Imma-

¹⁹³ Art. 6 Abs. 4 und Abs. 2 RL 2004/48/EG.

¹⁹⁴ Siehe § 95b Abs. 1 UrhG.

¹⁹⁵ Zur gemeinschaftsrechtlich begründeten Pflicht und zum Umfang der Berücksichtigung der RL trotz Nichtumsetzung im innerstaatlichen Recht siehe EISENKOLB, Die Enforcement-RL und ihre Wirkung, GRUR 2007, 387; a l l g e m e i n z u r R e c h t s w i r k u n g v o n R i c h t l i n i e n z u l e t z t V O N D A N W I T Z, Rechtswirkungen von Richtlinien in der neueren Rechtsprechung des EuGH, JZ 2007, 697.

¹⁹⁶ BGHZ 150, 377.

¹⁹⁷ BGHZ 150, 377 (385-87) – Faxkarte.

¹⁹⁸ BGHZ 93, 191 (204-208) Druckbalken.

¹⁹⁹ BGHZ 93, 191 (206) – Druckbalken.

²⁰⁰ BGHZ 150, 377 (385) – Faxkarte.

²⁰¹ BGHZ 169, 30 – Restschadstoffentfernung.

²⁰² BGHZ 169, 30 (Rn. 1) – Restschadstoffentfernung.

²⁰³ EuGH, Rs. C-431/05 – Merk Genéricos Productos Farmaceuticos, Slg. 2007, I- (Rn. 39-48).

²⁰⁴ BGHZ 169, 30 (Rn. 40) – Restschadstoffentfernung.

²⁰⁵ BGHZ 169, 30 (Rn. 40) – Restschadstoffentfernung.

terialgüterrechte „differenziert“ angewendet werden.²⁰⁶ Damit knüpft man in der Sache an den bereits oben erläuterten Topos an, dass die besonderen Schwierigkeiten bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten besondere Maßnahmen rechtfertigen.²⁰⁷

1.4.2. Privatisierung der Rechtsdurchsetzung

Das neueste Projekt ist ein Richtlinienvorschlag über strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums²⁰⁸. Hier steht – wie schon bei der Richtlinie 2004/48/EG – erneut das TRIPs²⁰⁹ Pate, wobei der Richtlinienvorschlag, dem Modell der Durchsetzungsrichtlinie folgend, weit darüber hinaus geht („TRIPs plus“). Anders als bei der Harmonisierung zivilrechtlicher Folgen muss man sich allerdings fragen, ob eine Harmonisierung der *strafrechtlichen Folgen* einer Immaterialgüterrechtsverletzung geeignet und erforderlich ist, um den Binnenmarkt wirksam gegen Nachahmung und Produktpiraterie zu schützen.²¹⁰ Der Richtlinienvorschlag setzt auch eine seit längerem zu beobachtende Tendenz fort: die *Privatisierung der Rechtsdurchsetzung*. In Art. 7 des Vorschlages erreicht diese jedoch nicht mehr akzeptable Ausmaße,²¹¹ wenn „gemeinsame Ermittlungsgruppen“ gebildet werden, in denen die Geschädigten oder deren Vertreter aktiv an den Ermittlungen teilnehmen. Die Beteiligung der Geschädigten ist sinnvollerweise auf die Unterrichtung der Behörden zu beschränken, um eine „Privatjustiz“ auszuschließen.²¹²

Die Privatisierung der Rechtsdurchsetzung im Immaterialgüterrecht wurde erst mit der fortschreitenden technologischen Entwicklung interessant. Mit dem Einsatz sog. Digital Rights Management Systeme (DRM) besteht für die Inhaber von Immaterialgütern die Möglichkeit, den Zugang zu deren Nutzung zu kontrollieren und damit die von ihnen nicht erlaubte Nutzung durch Dritte effektiv zu verhindern.²¹³ Damit wird die fehlende räumliche Herrschaftsmacht und die daraus folgende Ausschlussmacht über das Immaterialgut mittels Technik hergestellt. Weil

²⁰⁶ BGHZ 169, 30 (Rn. 41) – Restschadstoffentfernung.

²⁰⁷ Dazu oben 1.2.2.

²⁰⁸ KOM(2006) 168 endg.; KOM(2005) 276 endg.

²⁰⁹ Art. 61 TRIPs verlangt von den Mitgliedern Strafmaßnahmen bei der vorsätzlichen Verletzung von Immaterialgüterrechten in gewerbsmäßigen Umfang.

²¹⁰ So aber Erwgr. (5) des Richtlinienvorschlages, KOM(2006) 168 endg.; zweifelnd mit Recht HILTY/KUR/PEUKERT, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung des Rechts des geistigen Eigentums, KOM(2006) 168 endgültig, http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/strafrecht_stellungnahme_final.pdf (zuletzt besucht: 10. Januar 2008) (1 f.).

²¹¹ HILTY/KUR/PEUKERT, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung des Rechts des geistigen Eigentums, KOM(2006) 168 endgültig, http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/strafrecht_stellungnahme_final.pdf (zuletzt besucht: 10. Januar 2008) (6 f.).

²¹² Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss, ABl. 2007 C 256/7.

²¹³ Siehe dazu schon oben S. 16.

aber alle Technik durch den Einsatz von Technik wieder umgangen werden kann,²¹⁴ ist ein solches System nur effektiv, wenn technische Umgehungsmaßnahmen rechtlich verboten werden. Ein perfektes privates Schutzsystem besteht insgesamt aus fünf Komponenten:²¹⁵ (1.) Mittels DRM wird ein faktischer Schutz von Immaterialgütern hergestellt, der den Zugang und ihre Nutzung verhindert. (2.) Diese Maßnahmen werden mittels Rechtsnormen vor einer Umgehung durch Dritte geschützt. (3.) Nutzungswillige Personen müssen mit dem Rechtsinhaber Verträge abschließen, die ihnen die Nutzung – unter den im Vertrag genannten Bedingungen – erst ermöglicht. (4.) Die Durchführung dieser Verträge erfordert seinerseits wieder den Einsatz von DRM, damit die vertraglich vorgesehene erlaubte Nutzung ermöglicht wird. (5.) Ihrerseits bedürfen diese Informationen wiederum des rechtlichen Schutzes, damit sie nicht von Dritten manipuliert werden. In letzter Konsequenz hätte diese private Ordnung das Potential, die klassischen Immaterialgüterrechte – zumindest das Urheberrecht – zu ersetzen.²¹⁶ Soweit die Theorie. Die Praxis hat zu einer Ernüchterung geführt. Der umfassende Einsatz von DRM-Systemen zur Verhinderung von Vervielfältigungen ist jedenfalls in der Musikindustrie gescheitert.²¹⁷ Das wird von dem seit 2007 bestehenden Angebot von „DRM-freien“²¹⁸ Musiktiteln im iTunes Music Store²¹⁹ oder bei amazonmp3.com²²⁰ schlagend belegt.

1.5. Variation 4: Vom Rechtsverletzer zum Piraten

Die hier beschriebene Entwicklung kommt bereits im Namen eines Gesetzes zum Ausdruck, das sich nachträglich als wahres Leitmotiv herausstellen sollte: das „Gesetz zur Stärkung des Schutzes des geistigen Eigentums und zur Bekämpfung der Produktpiraterie (PrPG)“²²¹. Es verwendete erstmals den Begriff des „geistigen Eigentums“, führte zu einer Stärkung des sachlichen Schutzbereichs von Immaterialgüterrechten²²² sowie zu einer Verschärfung des Rechtsdurchset-

²¹⁴ BECHTHOLD (Fn. 148), 144-145.

²¹⁵ BECHTHOLD (Fn. 148), 256-263.

²¹⁶ Siehe dazu BECHTHOLD (Fn. 148), 263-282 m.w.N. Kritisch dagegen PEUKERT, Digital Rights Management und Urheberrecht, UFITA 2002, 689 (699-703).

²¹⁷ NY Times v. 11. Januar 2008, S. C. 4, <http://www.nytimes.com/2008/01/11/technology/11sony.html> (zuletzt besucht am 11. Januar 2008); BANGEMANN, DRM (on music) is dead. Long live DRM (on video)!, <http://arstechnica.com/news.ars/post/20080108-drm-is-dead-for-music.html> (zuletzt besucht: 10. Januar 2008). Siehe dazu das einflussreiche Statement des CEO von Apple, Inc., JOBS, Thoughts on Music, <http://www.apple.com/hotnews/thoughtson-music/> (zuletzt besucht: 10. Januar 2008).

²¹⁸ Der Ausdruck „DRM-frei“ ist mit Vorsicht zu verwenden. Regelmäßig ist damit gemeint, dass keine technischen Schutzmaßnahmen eingesetzt werden, die die Vervielfältigung des Immaterialguts behindern. Der Einsatz von Informationen zur Rechtswahrnehmung (Metadaten) ist damit nicht in jedem Fall ausgeschlossen.

²¹⁹ <http://www.apple.com/de/itunes/store> (zuletzt besucht am 10. Januar 2008)

²²⁰ <http://www.amazonmp3.com> (zuletzt besucht am 10. Januar 2008).

²²¹ v. 7. März 1990, BGBl. I, 422.

²²² Vgl. die Schutzfristverlängerung für das Leistungsschutzrecht der ausübenden Künstler in Art. 2 Nr. 5 PrPG.

zungsinstrumentariums²²³ und beschrieb bestimmte Rechtsverletzungen als „Piraterie“.

Im im materialgüterrechtlichen Kontext wurde der Begriff *piracy* schon im 19. Jahrhundert als Synonym für eine unerlaubte, gegen das copyright verstößende Vervielfältigung verwendet.²²⁴ Das ursprüngliche Verständnis von Produktpiraterie – wie es der Entscheidung *Folsom v. Marsh* von 1841²²⁵ bis zum Regierungsentwurf des PrG²²⁶ zugrunde liegt – erfasst solche Schutzrechtsverletzungen, die planmäßig, gezielt, massenhaft und gewerbsmäßig auftraten. Piraten waren also die Personen, die vorsätzlich und gewerbsmäßig im materialgüterrechte in großem Stil verletzen.²²⁷ Dieses Verständnis hat sich in den letzten Jahren gewandelt. Eine der Ursachen, warum vor allem im Zusammenhang mit Urheberrechtsverletzungen auch bei nicht gewerblichen Handlungen von „Piraterie“ gesprochen wird, dürften die massenhaft auftretenden privaten Verletzungshandlungen sein.²²⁸ Digitalisierung und die Distributionsmöglichkeiten des Internet führen dazu, dass dem herkömmlichen Geschäftsmodell der Verwerter von zwei Seiten Gefahr droht: den gewerblich handelnden „Raubkopierern“²²⁹ und den privaten Nutzern, den „Internetpiraten“²³⁰. Diese Verwendung von Piraterie – oder häufiger: *piracy* – findet sich zunehmend in Rechtstexten.²³¹ Notwendig ist das nicht, weil man neutral von „*infringing copies*“ oder „unerlaubt hergestellte Waren“ sprechen kann.²³² Sinnvoll ist der Wortgebrauch aus meiner Sicht nicht, weil ein bestimmter Vorgang – die Rechtsverletzung – emotional aufgeladen wird. Das trägt im gegenwärtigen Diskurs nicht zu seiner Rationalisierung bei und marginalisiert die möglicherweise auch berechtigten Interessen der Nutzer.²³³ Rechtsverletzer sind Rechtsverletzer und keine Piraten.

²²³ Vernichtungs- und Auskunftsansprüche der Rechtsinhaber, vgl. nur Art. 1 Nr. 2 und Art. 2 Nr. 6-8 PrPG.

²²⁴ Siehe *Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342 (C.C. Mass. 1841).

²²⁵ *Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342 (C.C. Mass. 1841).

²²⁶ BT-Drs. 11/4792, 15 f.

²²⁷ Vgl. die Definition von *piracy* im *New Oxford American Dictionary*, 2nd ed., Oxford 2005: „a person who appropriates or reproduces the work of another for profit without permission, usually in contravention of patent or copyright“ (Hervorhebung hinzugefügt.)

²²⁸ Vgl. GOWERS, *Gowers Review of Intellectual Property*, http://www.hm-treasury.gov.uk/media/6/E/pbr06_gowers_report_755.pdf (zuletzt besucht: 11. Januar 2008), 23: „‘Piracy’ of protected material has always been a concern for rights holders. However, the unprecedented technological advances of the last decade or so mean that it has become an even more pressing threat.“

²²⁹ Siehe MUSIKINDUSTRIE, *Raubkopien*, <http://www.musikindustrie.de/raubkopien.html> (zuletzt besucht: 11. Januar 2008).

²³⁰ Siehe MUSIKINDUSTRIE, *Internetpiraterie*, <http://www.musikindustrie.de/internetpiraterie.html> (zuletzt besucht: 11. Januar 2008).

²³¹ Siehe die englische Fassung von Art. 2 lit. b VO (EG) Nr. 1383/2003, der „pirated goods“ definiert als „goods which are or contain copies made without the consent of the holder of a copyright or related right or design right“.

²³² Siehe die deutsche Fassung von Art. 2 lit. b VO (EG) Nr. 1383/2003 und die englische bzw. deutsche Fassung von Art. 16 Abs. 1 RBÜ.

²³³ LITMAN, *War and Peace*, 53 J. Copyright Soc’y 101, 115 (2006).

2. Zwischentöne – Ein Perspektivenwechsel

2.1. Die unterschiedlichen Perspektiven

Im hier gezeichneten Bild der „Hypertrophie der Schutzrechte“²³⁴ und ihrer Durchsetzung kommt dem Rechtsverletzer regelmäßig die Rolle des Piraten zu.²³⁵ Das ist eine psychologische Konsequenz der Eigentumsrhetorik im Immaterialgüterrecht der letzten Jahre. Wir haben „den“ vermeintlichen Rechtsinhaber so fest im Blick, dass es uns zunächst gar nicht denkbar erscheint, dass der eigentliche, mögliche oder nur vermeintliche Verletzer aufgrund der Privatisierung von Immaterialgütern in seiner Freiheit beeinträchtigt wird.²³⁶ Ein Perspektivenwechsel tut daher Not. Weist die Rechtsordnung einer Person (A) das Recht (R) zu, andere Personen (X-Z) von der Nutzung eines Gutes g auszuschließen, lässt sich dieser Vorgang auch so beschreiben, dass X-Z die Pflicht (P) haben, g nicht ohne die Erlaubnis von A zu nutzen.²³⁷ R und P sind also korrespondierende Rechtspositionen.²³⁸ Wer für mehr Rechte und deren „effektive“ Durchsetzung plädiert, steigert damit zwangsläufig das Pflichtenprogramm der Nicht-Rechtsinhaber. Das Argument, ein Eigentumsrecht des A an g könne keine Rechte von X-Z einschränken, weil diese kein Recht geltend machen können, das ihnen den Gebrauch von g erlaube, trifft nicht.²³⁹ Das Problem stellt sich doch nur, weil g dem A von der Rechtsordnung zur ausschließlichen Nutzung zugewiesen ist. In dieser Zuweisung liegt eine rechtfertigungsbedürftige Beeinträchtigung der individuellen Freiheitsinteressen²⁴⁰ von X-Z. Ohne diese Zuweisung könnten X-Z auf die Immaterialgüter aufgrund ihrer Charakteristika zugreifen und dadurch selbstbestimmt von ihrer Freiheit Gebrauch machen, indem sie entscheiden, ob und wie sie diese Güter verwenden. Betrachtet man Immaterialgüter von diesem Standpunkt aus, wird die mit der Zuweisung von Ausschließlichkeitsrechten einher gehende künstliche Verknappung dieser öffentlichen Güter (Privatisierung) selbst rechtfertigungsbedürftig.²⁴¹ Geistesiges Eigentum ist dann die begründungspflichtige Ausnahme vom Prinzip der Gemeinfrei-

²³⁴ Siehe ZY PRIES, Hypertrophie der Schutzrechte?, GRUR 2004, 977 (do rt al lerdings verneinend).

²³⁵ So auch die Einschätzung von FRANZ, TRIPs, „TRIPs plus“ und der von Zwangsmaßnahmen Betroffene, ZUM 2005, 802 (803).

²³⁶ WALDRON, From Authors to Copiers: Individual Rights and Social Values in Intellectual Property, 68 Chi.-Kent L. Rev. 841, 887 (1993).

²³⁷ WALDRON, From Authors to Copiers: Individual Rights and Social Values in Intellectual Property, 68 Chi.-Kent L. Rev. 841, 842-844 (1993).

²³⁸ Vgl. KEHLSSEN, Reine Rechtslehre, 1960, 130-135.

²³⁹ WALDRON, From Authors to Copiers: Individual Rights and Social Values in Intellectual Property, 68 Chi.-Kent L. Rev. 841, 864 (1993).

²⁴⁰ Vertiefend zur moralphilosophischen Begründung der relevanten Freiheitsinteressen WALDRON, From Authors to Copiers: Individual Rights and Social Values in Intellectual Property, 68 Chi.-Kent L. Rev. 841, 864-77 (1993).

²⁴¹ BECKER, Deserving to Own Intellectual Property, Chi.-Kent L. Rev. (68) 1993, 609, 616 (1993).

heit.²⁴² Damit teilt die Immaterialgüterrechte eine Gemeinsamkeit mit dem Sacheigentum. Die Zuweisung von Ausschließlichkeitsrechten an einem (immateriellen) Gegenstand an eine Person ist vor dem Hintergrund einer egalitaristischen politischen Theorie grundsätzlich rechtfertigungsbedürftig.²⁴³ Weil eine Eigentumsordnung veränderbar ist, muss sich ihre jeweilige konkrete Ausgestaltung daran messen lassen, ob sie den Anforderungen an die politische Gerechtigkeit²⁴⁴ genügt. Genügt sie diesem Maßstab nicht, ist sie zu ändern; erfüllt sie ihn, ist das so begründete „gerechte“ Eigentum einer Person eine Einschränkung für weitere Umverteilungen. Die seit Beginn der Neuzeit anhaltende Debatte um die Begründung von Ausschließlichkeitsrechten an geistigen Leistungen²⁴⁵ beleuchtet diesen Vorgang exemplarisch.

2.2. Immaterialgüterrechte im multipolaren Verfassungsrechtsverhältnis

Das gilt auch für Rechtsordnungen, die – wie das Gemeinschaftsrecht²⁴⁶ oder das Grundgesetz²⁴⁷ – Immaterialgüterrechte verfassungsrechtlich als Eigentum schützen. Das lässt sich anhand eines fiktiven Beispiels gut erklären. Immaterialgüterrechte existieren nicht außerhalb der Rechtsordnung, sie müssen im einfachen Recht vorgesehen und ausgestaltet werden.²⁴⁸ Nehmen wir an, weder im europäischen, noch im deutschen Recht gebe es einen eigentumsrechtlich ausgestalteten Schutz von Immaterialgütern. Die aus dem Eigentumsgrundrecht fließende Schutzpflicht²⁴⁹ würde den Staat verpflichten, ein Immaterialgüterrecht zu errichten, das

²⁴² PEIFER, Das Urheberrecht und die Wissensgesellschaft – Stimmen die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Zukunft von Forschung und Lehre?, UFITA 2007, 327 (355 f.).

²⁴³ Dazu und zum folgenden GOSEPATH, Gleiche Gerechtigkeit, 2004, 220-49.

²⁴⁴ Grundlegend RAWLS, A Theory of Justice, Revised Ed., 1999.

²⁴⁵ Dazu etwa HUGHES, The Philosophy of Intellectual Property, 77 Geo. L. J. 297 (1988); OBERNDÖRFER, Die philosophischen Grundlagen des Urheberrechts, 20 OJ; BECKER, Deserving to Own Intellectual Property, Chi.-Kent L. Rev. (68) 1993, 609 (1993).

²⁴⁶ Art. 17 Abs. 2 Grundrechtecharta, ABl. 2007 C 301/7; vgl dazu die amtlichen „Erläuterungen“, ABl. 2007 C 303/23. Gem Art. 6 EU wird die Charta – sobald der Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, ABl. 2007 C 306/1, in Kraft getreten ist – zum Bestandteil des Unionsrechts.

²⁴⁷ Grundlegend zum Urheberrecht BVerfGE 31, 229 – Kirchen- und Schulgebrauch; DEPENHEUER, in: v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, GG, Bd. I, 5. Aufl. 2005, Art. 14 Rn. 147-151; FECHNER (Fn. 8), 152-253; GRZESZICK, Geistiges Eigentum und Art. 14 GG, ZUM 2007, 344.

²⁴⁸ GRÜNBERGER, A Duty to Protect the Rights of Performers? Constitutional Foundations of an Intellectual Property Right, 24 Card. Arts & Ent. L. J. 617, 669 (2006); DEPENHEUER (Fn. 247), Art. 14 Rn. 147.

²⁴⁹ Grundlegend dazu aus neuester Zeit SZCZEKALLA, Die sogenannten Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002, insbesondere 1112-1152 sowie ISENSEE, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 2. Aufl. 2000, § 111 Rn. 77-185; ein knapper Überblick bei JARASS, in: MERTEN/PAPIER/BADURA (Hrsg.), Handbuch Grundrechte, Bd. II, 2006, Rn. 22-38; speziell zum Privatrecht siehe CANARIS, Grundrechte und Privatrecht, AcP (184) 1984, 201 (225-229).

das notwendige Mindestmaß an Schutz gegenüber der Benutzung durch Dritte vorsieht.²⁵⁰ Konkret bedeutet das in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass die vermögenswerten Ergebnisse von Immaterialgütern ihren „Schöpfern“ zuzuordnen sind.²⁵¹ Dabei ergeben sich aber eine Reihe von Interessenkonflikten.²⁵² Deshalb ist nicht jede nur denkbare Verwertungsmöglichkeit verfassungsrechtlich gesichert.²⁵³ Aufgabe des im einfachen Recht zu schaffenden Immaterialgüterrechtssystems ist es, der „grundrechtlichen Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis“²⁵⁴ nachzukommen. Auf diese Weise entsteht auch in privatrechtlich ausgestalteten Rechtsverhältnissen²⁵⁵ ein „grundrechtlich determiniertes Dreieck zwischen dem Staat an der Spitze, dem Betroffenen, dessen grundrechtlich relevantes Verhalten aufgrund des privaten Handelns eines Dritten beeinträchtigt wird und dem ein grundrechtlicher *status positivus* in Form eines Rechts auf Schutz zukommt, am Ende des einen Schenkels und dem Dritten, welchem ein *status negativus* in Form eines Rechts auf Eingriffsabwehr zu steht, am anderen Ende des Schenkels.“²⁵⁶

Die Pflicht des Staates, Grundrechtspositionen Privater vor den Übergriffen anderer Privater zu schützen, ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verletzt, wenn (1.) Schutzmaßnahmen generell fehlen, (2.) die getroffenen Schutzmaßnahmen völlig unzulänglich oder (3.) die vorhandenen Schutzmaßnahmen gänzlich ungeeignet sind.²⁵⁷ Art und Umfang des Schutzes im Einzelnen zu bestimmen, ist Aufgabe des Gesetzgebers. Im Immaterialgüterrecht hat das Bundesverfassungsgericht die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers wiederholt betont.²⁵⁸ Die Vorkehrungen, die der Gesetzgeber trifft, müssen für einen angemessenen und wirksamen Schutz ausreichend sein und zudem auf sorgfältigen Tatsachenermittlungen und vertretbaren Einschätzungen beruhen.²⁵⁹ Das Individualinteresse des Rechtsinhabers kann in dieser Abwägung keinen unbedingten Vorrang vor den Interessen der Gemeinschaft beanspruchen.²⁶⁰ Das Gemeinwohl und – wie anzufüh-

²⁵⁰ Zur Begründung der Existenz von Immaterialgüterrechten aus dem Schutzpflichtgedanken anhand des Interpretenrechts vgl. GRÜNBERGER, A Duty to Protect the Rights of Performers? Constitutional Foundations of an Intellectual Property Right, 24 Card. Arts & Ent. L. J. 617, 664-684 (2006).

²⁵¹ BVerfGE 31, 229 (241).

²⁵² Siehe BVerfGE 81, 12 (17-18) zum deutschen Verfassungsrecht und EuGH, Rs. C-275/06 – Promusicae / Telefónica, Slg. 2008, I- Rn. 62, 65 zu den gemeinschaftsrechtlichen Grundrechten.

²⁵³ BVerfGE 31, 229 (241).

²⁵⁴ CALLIES, Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsverhältnis, JZ 2006, 321.

²⁵⁵ EKARDT, Die Multipolarität der Freiheit, JZ 2007, 137 (139).

²⁵⁶ CALLIES, Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsverhältnis, JZ 2006, 321 (326).

²⁵⁷ BVerfGE 92, 26 (46). Zum Problem des Kontrollmaßstabs zwischen Evidenzkontrolle und Untermaßverbot vgl. auch SZCZEKALLA (Fn. 249), 223-232.

²⁵⁸ BVerfGE 31, 229 (241-42); BVerfGE 81, 12 (18-19).

²⁵⁹ BVerfGE 88, 203 (254).

²⁶⁰ BVerfGE 79, 29 (40).

gen ist – die freiheitsrechtlich geschützten Interessen der Nutzer – sind dabei Grund und Grenze für die dem Eigentümer aufzuerlegenden Beschränkungen.²⁶¹ Im Ergebnis genießen die gesetzgebenden Institutionen eine hinreichende Freiheit unter veränderten Bedingungen, Schutzrechte zu schaffen, zu stärken, abzuschwächen und abzuschaffen.²⁶² Ihre Aufgabe ist es, *alle* Belange in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen.²⁶³ Die Pflicht, die subjektiven Rechte des Einzelnen gegenüber Verletzungen auch durchzusetzen, folgt aus derselben Schutzpflicht, die dem einfachen subjektiven Recht zugrunde liegt („sekundärer Schutz“).²⁶⁴ Der rechtsphilosophische Hintergrund dieser Entwicklung ist das staatliche Gewaltmonopol und die deshalb auch aus dem Rechtsstaatsgebot folgende Pflicht, für Streitigkeiten zwischen Privatpersonen effektiven Rechtsschutz bereitzustellen.²⁶⁵

Die hier skizzierte Expansion der Immaterialgüterrechte und ihrer Durchsetzung ist auch vor diesem Hintergrund zu betrachten und kann damit zumindest teilweise gerechtfertigt werden. Zeitgleich dazu ist das Bedrohungspotential für die Verletzung von Immaterialgüterrechten deutlich gestiegen. Das gilt zum einen für die Stärkung der Rechte und ihrer Durchsetzung gegen gewerblich betriebene Rechtsverletzungen in großem Ausmaß. Das PRPG hat daher zu Recht versucht, auf diese tatsächliche Bedrohung zu reagieren, deren wichtigste Ursache der technische Fortschritt bei den Reproduktionstechniken war.²⁶⁶ Dieser Prozess hat sich in der globalen Informationsgesellschaft fortgesetzt, beschleunigt und ausgeweitet. Weil immaterialgüterrechtlich geschützte Gegenstände aufgrund der Digitalisierung ohne Qualitätsverlust vervielfältigt und über virtuelle Netze jederzeit massenhaft verbreitet werden können, sind die bis dahin wirksamen faktischen Schutzmechanismen, die die Immaterialgüterordnung von außen stützten, weggefallen. Auf diesen Verlust und die dadurch gestiegene Gefahr²⁶⁷ musste die Rechtsordnung reagieren, um das verfassungsrechtlich mindestens Erforderliche („Untermaßverbot“²⁶⁸) zu tun. Die Stärkung der Stellung der Rechtsinhaber war vor diesem Hintergrund eine verfas-

²⁶¹ BVerfGE 79, 29 (40).

²⁶² GEIGER, „Constitutionalizing“ Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union, 37 *Intellectual Property Law & Economics Review* 4, 40 (2006); GRZESZICK, Geistiges Eigentum und Art. 14 GG, ZUM 2007, 344 (353).

²⁶³ BVerfGE 79, 29 (40-41).

²⁶⁴ Siehe speziell zum Rechtsschutz gegen Urheberrechtsverletzungen EuGH, Rs. C-275/06 – Promusicae / Telefónica, Slg. 2008, I- Rn. 62 m. w. N.; GA KOKOTT, Schlussanträge v. 18. Juli 2007, Rs. C-275/06 – Promusicae / Telefónica, Slg. 2008, I- Rn. 55. Vertiefend SZCEKALLA (Fn. 249), 197, 202-204. Falsch ist daher eine Begründung über Art. 19 Abs. 4 GG, so aber EWERT/VON HARTZ, Die Abmahnung im Urheberrecht auf dem Weg in die Bedeutungslosigkeit?, ZUM 2007, 450 (453 f.).

²⁶⁵ SACHS in: Sachs, GG, 4. Aufl. 2007, Art. 20 Rn. 162 m.w.N. zur Rechtsprechung des BVerfG.

²⁶⁶ Vgl. BT-Drs. 11/4792, S. 16.

²⁶⁷ Vgl. GA KOKOTT, Schlussanträge v. 18. Juli 2007, Rs. C-275/06 – Promusicae / Telefónica, Slg. 2008, I- Rn. 105: „Rechtswidriges filesharing gefährdet den Schutz von Urheberrechten auch tatsächlich.“

²⁶⁸ BVerfGE 88, 203 (254); grundlegend dazu CANARIS, Grundrechte und Privatrecht, AcP (184) 1984, 201 (228); ISENSEE (Fn. 249), § 111 Rn. 165.

sungsrechtlich notwendige und rechtspolitisch sinnvolle Entscheidung. Allerdings muss man die kritische Frage stellen dürfen, ob die Rechtsordnung dabei im Einzelnen nicht zu weit gegangen ist und die Gewichte zulasten der Allgemeinheit, der Nutzer und der (potentiellen) Rechtsverletzer verschoben hat.

Wie gesehen, zeichnen sich privatrechtliche Konflikte gerade dadurch aus, dass die Schutzfunktion einerseits und die Abwehrfunktion andererseits gleichzeitig zum Tragen kommen.²⁶⁹ Was so selbstverständlich erscheint, wurde im rechtspolitischen Eifer des Gefechts der letzten Jahre manches Mal nicht ausreichend beachtet. Es ist deshalb besonders hervorzuheben, wenn in den höchstrichterlichen Entscheidungen dieses Beziehungsgeflecht analysiert wird und mit Recht auf die Notwendigkeit aufmerksam gemacht wird, die abwehrrechtliche Seite der multipolaren Rechtsbeziehung zu berücksichtigen.²⁷⁰

In der Entscheidung des Europäischen Gerichtshof im Fall *Metronome Music*²⁷¹ ging es um die Frage, ob die Metronome Music GmbH der Music Point Hokamp GmbH die gewerbliche Vermietung von Tonträgern, an denen sie ausschließliche Nutzungsrechte und Leistungsschutzrechte innehatte, aufgrund des richtlinienkonform eingeführten Vermietrechts verbieten kann.²⁷² Der Gerichtshof hatte zu entscheiden, ob das in der Richtlinie 92/100/EWG vorgesehene ausschließliche Vermietrecht gegen das Gemeinschaftsgrundrecht auf freie Berufsausübung – mittlerweile als unternehmerische Freiheit in Art. 16 Grundrechtscharta normiert – verstößt.²⁷³ Nach der zutreffenden Auffassung des Gerichtshofs, fällt die gewerbliche Vermietung in den Schutzbereich des Gemeinschaftsgrundrechts.²⁷⁴ Weil die Richtlinie dem Grundrechtsträger das Verhalten, das in den Schutzbereich fällt, zukünftig untersagt, greift sie in das Grundrecht auf Berufsfreiheit ein. Deshalb kommt es entscheidend darauf an, ob dieser Eingriff gerechtfertigt werden kann. Nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs ist ein Eingriff gerechtfertigt, wenn die „Beschränkungen tatsächlich dem Gemeinwohl dienenden Zielen der Gemeinschaft entsprechen und nicht einen im Hinblick auf den verfolgten Zweck unverhältnismäßigen, nicht tragbaren Eingriff darstellen, der die so gewährleisteten Rechte in ihrem Wesensgehalt antastet“.²⁷⁵ Im Ergebnis war der Gerichtshof der Auffassung, dass das Vermietrecht zum Schutz des „geistigen Eigentums“, in Umsetzung der TRIPs-Verpflichtung und als Mittel des Investitionsschutzes erfor-

²⁶⁹ JARASS (Fn. 249), § 38 Rn. 63.

²⁷⁰ Zutreffend betont von GEIGER, „Constitutionalizing“ Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union, 37 ICC 341, 386-88 (2006). Exemplarisch auch die neueste Entscheidung EuGH, Rs. C-275/06 – *Promusicae / Telefónica*, Slg. 2008, I- Rn. 61-68, in der die Grundrechte der Rechtsinhaber auf Schutz des Eigentums und auf wirksamen Rechtsschutz mit dem Grundrecht der Nutzer auf den Schutz personenbezogener Daten abgewogen wird.

²⁷¹ EuGH, Rs. C-200/96 – *Metronome Music / Music Point Hokamp*, Slg. 1998, I-1953.

²⁷² EuGH, Rs. C-200/96 – *Metronome Music / Music Point Hokamp*, Slg. 1998, I-1953 Rn. 1-8.

²⁷³ EuGH, Rs. C-200/96 – *Metronome Music / Music Point Hokamp*, Slg. 1998, I-1953 Rn. 10-12.

²⁷⁴ EuGH, Rs. C-200/96 – *Metronome Music / Music Point Hokamp*, Slg. 1998, I-1953 Rn. 21.

²⁷⁵ EuGH, Rs. C-200/96 – *Metronome Music / Music Point Hokamp*, Slg. 1998, I-1953 Rn. 21.

derlich sei, um sicherzustellen, dass weiterhin kreativ gearbeitet wird.²⁷⁶ Diese Entscheidung zeigt, dass das Vermietrecht an Tonträgern- und damit ein Immaterialgüterrecht – seine Existenzberechtigung gegenüber der unternehmerischen Freiheit nachweisen muss. Immaterialgüterrechte werden also nicht erst durch ihrerseits rechtfertigungsbedürftige Schranken begrenzt, sondern müssen bereits bei ihrer Ausgestaltung gegenläufige Positionen berücksichtigen.²⁷⁷

Dasselbe gilt für die Durchsetzung dieser Rechte. Der Bundesgerichtshof hat eine Pflicht des Beklagten aus § 142 Abs. 1 ZPO, Urkunden in einem Patentstreitverfahren vorzulegen, aufgrund einer verfassungskonformen Auslegung auf solche Fälle beschränkt, in denen die Vorlage zumutbar ist.²⁷⁸ Das Grundrecht der Berufsfreiheit²⁷⁹ gewährt den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen.²⁸⁰ Verlangt der Staat die Offenlegung, wird exklusives wettbewerbserhebliches Wissen den Konkurrenten zugänglich und mindert die Möglichkeit, die Berufsausübung unter Rückgriff auf dieses Wissen erfolgreich zu gestalten.²⁸¹ Darin liegt ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in das Grundrecht.²⁸² Diesbezüglich steht man grundsätzlich vor einem Dilemma: „Fällt die gerichtliche Entscheidung zugunsten der Offenlegung der Geheimnisse aus, liegt darin ein Eingriff in die Berufsfreiheit [des Beklagten]; wenn die Geheimnisse nicht offenbart werden, wird das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz der Wettbewerber einträchtig.“²⁸³ Eine sachgerechte Lösung erfordert, dass immer beide kollidierenden Positionen bei der Abwägung ihrem jeweiligen Gewicht gemäß berücksichtigt werden.²⁸⁴

Es ist an der Zeit, Neuregelungen nicht immer nur aus Perspektive der Rechteinhaber zu evaluieren, und da nach zu fragen, ob sie deren Rechtsdurchsetzung erleichtern.²⁸⁵ Dieses Interesse muss stets mit den Interessen der davon Betroffenen abgewogen werden. Ein Vorrang des effektiven und wirksamen Rechtsschutzes würde gegen diese Anforderungen verstoßen. Effektiver Rechtsschutz kann deshalb grundrechtskonform immer nur ein angemessener Rechtsschutz sein.²⁸⁶ Der Europäische Gerichtshof hat dies erkannt und verlangt deshalb von den Mitgliedstaaten, dass sie u.a. bei der Umsetzung der Richtlinie 2004/48/EG „ein angemessenes

²⁷⁶ EuGH, Rs. C-200/96 – Metronome Music / Music Point Hokamp, Slg. 1998, I-1953 Rn. 22-26.

²⁷⁷ GRZESZICK, Geistiges Eigentum und Art. 14 GG, ZUM 2007, 344 (348).

²⁷⁸ BGHZ 169, 30 Rn. 42 – Restschadstoffentfernung.

²⁷⁹ Art. 12 Abs. 1 GG.

²⁸⁰ BVerfGE 115, 205 (Rn. 81).

²⁸¹ BVerfGE 115, 205 (Rn. 84 f.).

²⁸² BVerfGE 115, 205 (Rn. 84).

²⁸³ BVerfGE 115, 205 (Rn. 94).

²⁸⁴ Vgl. BVerfGE 115, 205 (Rn. 96).

²⁸⁵ Ein hervorragendes Beispiel für diese zu kurz gegriffene Sicht ist die Kritik von NÄGELE/NITSCHE, Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums, WRP 2007, 1047 am Gesetzentwurf zur Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie.

²⁸⁶ PEUKERT/KUR, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zur Umsetzung der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums in deutsches Recht, GRUR Int. 2006, 292-93.

Gleichgewicht zwischen den verschiedenen durch die Gemeinschaftsrechtsordnung geschützten Grundrechten sicherzustellen“ haben.²⁸⁷

2.3. Notwendige Differenzierungen

Im Immaterialgüterrecht muss man noch einen Schritt weitergehen, um eine zutreffende Analyse erstellen zu können. Das Spannungsfeld zwischen Immaterialgüterrecht und Wettbewerbsfreiheit²⁸⁸ einerseits und Ausschließlichkeitsrechten und Zugangsfreiheit²⁸⁹ andererseits wird vielfach auf einen simplen Interessengegensatz reduziert: hier die Rechtsinhaber, die Anspruch auf „einen rechtmäßigen Gewinn“²⁹⁰ aus ihren Leistungen haben und dort die „Nutzer“, die Zugang zum Immaterialgut begehren. Der Wirklichkeit entspricht diese Vereinfachung nicht. Die beteiligten Interessen, denen ein Immaterialgüterrechtssystem gerecht werden muss, sind vielfältiger. Aufgabe von Rechtsprechung²⁹¹ und – vor allem – der Rechtswissenschaft ist es, zu differenzieren.²⁹² Die verführerische Einfachheit des Interessenkonflikts: Rechtsinhaber gegen Nutzer muss von einer Interessenanalyse abgelöst werden, die alle Beteiligten und deren verständige Standpunkte gleichermaßen in den Blick nimmt. Das ist notwendig, da die Situation kompliziert und verbietet schnelle Lösungen. Man denke nur an die Interessenkollisionen bei den verwandten Schutzrechten.²⁹³ Das Recht muss beispielsweise im Interpretationsrecht die Interessen von Urhebern, ausübenden Künstlern, Verwertern und den Nutzern ausgleichen.²⁹⁴ Sogar darin liegt noch eine Vereinfachung, weil es „den Nutzer“ als solchen nicht gibt: der eine Nutzer will das Immaterialgut „lediglich“ konsumieren, der andere verwendet es, um mit seiner Hilfe eine eigene, zusätzliche Leistung zu erbringen und der dritte verwendet es als Bestandteil seiner eigenen Kommunikation.²⁹⁵

Eine weitere unzulässige Vereinfachung in der Analyse des hier vom Gesetzgeber zu lösenden Konflikts besteht darin, die Positionen der vielschichtigen

²⁸⁷ EuGH, Rs. C-275/06 – Promusicae / Telefónica, Slg. 2008, I- Rn. 68.

²⁸⁸ Dazu der Beitrag von PEUKERT in diesem Band.

²⁸⁹ Vgl. dazu PEIFER, Das Urheberrecht und die Wissensgesellschaft – Stimmen die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Zukunft von Forschung und Lehre?, UFITA 2007, 327.

²⁹⁰ Erwgr. (2) RL 2004/48/EG.

²⁹¹ Zwei geglückte Beispiele: BGHZ 151, 300 (311-12) – Elektronischer Pressespiegel; BVerfGE 81, 12 (17-18).

²⁹² Dazu HILTY, „Wer will was von wem woraus?“ – Ein Auftakt zum „zweiten Korb“, ZUM 2003, 985 (985-991); HILTY, Vergütungssystem und Schrankenregelungen – Neue Herausforderungen an den Gesetzgeber, GRUR 2005, 819 (822-823); HILTY (Fn. 61), 113-119; HILTY, in: OHLY/BODEWIG/DREIER (Hrsg.), FS für G. Schrickler, 2005, 325; zum U.S.-amerikanischen Recht siehe LEMLY, Intellectual Property and Shrinkwrap Licenses, S. Cal. L. Rev. (68) 1995, 1239, 1275-79 (1995).

²⁹³ Siehe BVerfGE 81, 12 (17-18).

²⁹⁴ Vgl. GRÜNBERGER (Fn. 29), 38-43.

²⁹⁵ Vgl. HILTY (Fn. 61), 117-119; siehe auch WALDRON, From Authors to Copiers: Individual Rights and Social Values in Intellectual Property, 68 Chi.-Kent L. Rev. 841, 887 (1993).

Nutzergruppen undifferenziert als „Interessen der Allgemeinheit“ zu bezeichnen. Die urheberrechtlichen Schrankenregelungen werden etwa traditionell damit erklärt, die Interessen der Allgemeinheit zu berücksichtigen.²⁹⁶ Zum wiederholten Male zeigt sich hier die verführerische Kraft der Rhetorik: auf der einen Seite stehen Rechte, auf der anderen lediglich „Interessen“. Kommt es zum Konflikt, wiegt das „Recht“ im Zweifel stärker. Diese Semantik ist dogmatisch nicht überzeugend. Die urheberrechtlichen Schranken dienen nicht pauschal nur „Allgemeininteressen“. Die Schranken können vielmehr als das von den gesetzgebenden Institutionen gewählte Mittel verstanden werden, die zugunsten der Nutzer bestehenden Schutzpflichten zu verwirklichen.²⁹⁷ Wenn man die Allgemeininteressen auch als grundrechtlich geschützte Verhaltensweisen absichern kann, erwächst den Nutzern ein Schutzrecht gegenüber dem Staat, das er bei der Ausgestaltung der Immaterialgüterordnung zu berücksichtigen hat.²⁹⁸ Verfassungsdogmatisch korrespondiert der Schutzpflicht des Normadressaten ein subjektiv-öffentliches Recht des Grundrechtsträgers.²⁹⁹ Wegen des großen Spielraums bei der Verwirklichung dieser Pflichten müssen die gesetzgebenden Institutionen diese Grundrechtsposition auf der Ebene des einfachen Rechts nicht zwingend als subjektives Recht ausgestalten. Deshalb ist es eine zivilrechtsdogmatische Frage, ob die Privatkopierschranke ein subjektives Recht des Nutzers beinhaltet oder nicht.³⁰⁰ Grundrechtsdogmatisch besteht dagegen in Anspruch, sowohl bei der Ausgestaltung des Urheberrechts wie auch bei seiner Auslegung darauf zu achten, die grundrechtlich gesicherten Interessen der Nutzer zu berücksichtigen. Dann muss man von einem prinzipiellen Gleichrang der Rechte ausgehen,³⁰¹ was sich auf die Ausgestaltung der Urheberrechtsordnung entscheidend auswirkt.³⁰² Für die Auslegung der Schrankenbestimmungen kommt es nämlich ganz entscheidend darauf an, welches

²⁹⁶ Statt vieler MELICHAR, in: SCHRICKER, Urheberrecht, 3. Aufl. 2006, Vor §§ 44aff. Rn. 4

²⁹⁷ GEIGER, Der urheberrechtliche Interessenausgleich in der Informationsgesellschaft – Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts, GRUR Int. 2004, 815 (818 f.).

²⁹⁸ Siehe SCHACK (Fn. 21), Rn. 87d, 481c; ARLT, Die Undurchsetzbarkeit digitaler Privatkopien gegenüber technischen Schutzmaßnahmen im Lichte der Verfassung, CR 2005, 646 (648-650) jeweils zur mangelnden Durchsetzbarkeit der Privatkopierschranke gegen DRM-Maßnahmen.

²⁹⁹ CALLIES, Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsverhältnis, JZ 2006, 321 (329).

³⁰⁰ Vemeinend etwa REINBACHER, Die Strafbarkeit der Vervielfältigung urheberrechtlich geschützter Werke zu privaten Gebrauch nach dem Urheberrechtsgesetz, 2007, 172-174; SCHACK (Fn. 21), Rn. 87d m. w. N.; unklar dagegen GEIGER, Der urheberrechtliche Interessenausgleich in der Informationsgesellschaft – Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts, GRUR Int. 2004, 815 (818).

³⁰¹ GEIGER, „Constitutionalizing“ Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union, 37 IIC 341, 386-388 (2006).

³⁰² Siehe zum paradigmatischen Fall der Privatkopie überzeugend BERGMANN, in: AHRENS/BORNKAMM/KUNZ-HALLENSTEIN (Hrsg.), FS für E. Ullmann, 2006, 24-25; vgl. auch GEIGER, Der urheberrechtliche Interessenausgleich in der Informationsgesellschaft – Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts, GRUR Int. 2004, 821 zum Gleichgewicht im Urheberrecht.

Gewicht man den damit geschützten, teilweise verfassungsrechtlich fundierten, Interessen beimisst.³⁰³

3. Rechtsdurchsetzung im Urheberrecht – Ein Problem und seine Lösungsansätze

3.1. Der weite Schutzbereich des Urheberrechts

Die Zulässigkeit und Reichweite der Privatkopie eignet sich für eine grundrechtsdogmatisch beeinflusste Analyse des Interessenausgleichs in besonderer Weise.³⁰⁴ Sie steht im Kreuzfeuer der rechtspolitischen Diskussion im Urheberrecht.³⁰⁵ Das verwundert nicht. Der maßgebliche Grund dafür liegt in einer Wesensverschiedenheit des Urheberrechts (und der verwandten Schutzrechte) zu den sonstigen Immaterialgüterrechten des Gewerblichen Rechtsschutzes und des lauterkeitsrechtlichen ergänzenden Leistungsschutzes: sein weiterer Schutzbereich. Die Rechte aus dem Patent³⁰⁶, Geschmackss-³⁰⁷ und Gebrauchsmuster³⁰⁸, Sortenschutz³⁰⁹ so wie dem Topographieschutz von Halbleitern³¹⁰ können nicht gegen „Handlungen, die im privaten Bereich zu nicht gewerblichen Zwecken vorgenommen werden“ geltend gemacht werden. Das Markenrecht schützt nur gegen eine unerlaubte Verwendung „im geschäftlichen Verkehr“.³¹¹ Ein Zeichen wird im geschäftlichen Verkehr benutzt, wenn die Benutzung im Zusammenhang mit einer auf einen wirtschaftlichen Vorteil gerichteten kommerziellen Tätigkeit und nicht im privaten Bereich erfolgt.³¹² Lauterkeitsrechtliche Ansprüche setzen immer eine Wettbewerbsbehandlung voraus,³¹³ die legaldefiniert ist als „Handlung [...] mit dem Ziel, zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens den Absatz [...] zu fördern“³¹⁴. Erforderlich ist eine auf Dauer angelegte, selbständige wirtschaftliche Betätigung, die darauf gerichtet ist, Waren oder Dienstleistungen gegen Entgelt zu vertrei-

³⁰³ Siehe BGH, GRUR 2005, 670 (670) – Wirtschaftswoche m.w.N.

³⁰⁴ Siehe GEIGER, The Private Copy Exception, an Area of Freedom (Temporarily) Preserved in the Digital Environment, 37 II C 74 (2006); ARLT, Die Undurchsetzbarkeit digitaler Privatkopien gegenüber technischen Schutzmaßnahmen im Lichte der Verfassung, CR 2005, 646.

³⁰⁵ Vgl. die Zusammenfassung der unterschiedlichen Interessenpositionen im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses zum „Zweiten Korb“, BT-Drs. 16/18-21.

³⁰⁶ § 11 Nr. 1 PatG.

³⁰⁷ § 40 Nr. 1 GeschMG; Art. 13 Abs. 1 lit. a RL 98/71/EG über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen; Art. 20 Abs. 1 lit. a. VO (EG) Nr. 6/2002 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster.

³⁰⁸ § 12 Nr. 1 GebrMG.

³⁰⁹ § 10 Abs. 1 Nr. 1 SortenSchG.

³¹⁰ § 6 Abs. 2 Nr. 1 HalblSchG mit einer geringfügigen Änderung: Handlungen, die im privaten Bereich zu nichtgeschäftlichen Zwecken vorgenommen werden.

³¹¹ § 14 Abs. 2 MarkenG.

³¹² EuGH, Rs. C-206/01 – Arsenal Football Club / Reed, Slg. 2002, I-10273 Rn. 40.

³¹³ § 8 UWG iVm § 3 UWG.

³¹⁴ § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG.

ben.³¹⁵ Der Schutzbereich dieser Immaterialgüterrechte und des angrenzenden Lauterkeitsrechts ist also auf gewerbliche Handlungen beschränkt. Private Handlungen sind a us de m S chutzbereich grundsätzlich a usgeschlossen. Da mit kom mt de r Abgrenzung der beiden Handlungssphären gewerblich/geschäftlich und privat eine entscheidende Bedeutung zu.

Aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang die Entscheidungspraxis des Bundesgerichtshofs zu Markenverletzungen bei Internetversteigerungen. Sie zeigt, dass an den „geschäftlichen Verkehr“ keine hohen Anforderungen gestellt werden.³¹⁶ Andererseits bleiben private Handlungen außerhalb des Anwendungsbereichs. Maßgeblich für das Handeln im geschäftlichen Verkehr sei die erkennbar nach außen tretende Zielrichtung des Handelnden.³¹⁷ Wird eine Ware einer Vielzahl von Personen zum Kauf angeboten, verlässt der Käufer alleine deshalb noch nicht den privaten Bereich.³¹⁸ Als Beispiel dient dem Gericht derjenige, der anlässlich eines Umzugs in eine kleinere Wohnung eine Vielzahl verschiedener Gegenstände über eine Internetplattform zum Verkauf anbietet.³¹⁹ Nicht überzeugend war es dagegen, allein aus der Anzahl erfolgreicher Verkäufe – im konkreten Fall waren es 59 *feedbacks* – auf ein geschäftliches Handeln zu schließen.³²⁰ Wer eine Wohnung auflöst, erreicht recht schnell die Zahl von 59 Auktionen und handelt deshalb richtigerweise nicht im geschäftlichen Verkehr. Anders verhält es sich, wenn man 771 Bewertungen in fünf Jahren erhält.³²¹ Ein weiteres Indiz ist es, wenn ein Anbieter wiederholt mit gleichartigen, insbesondere auch neuen Gegenständen handelt.³²² Auch wenn ein Anbieter von ihm zum Kauf angebotene Gegenstände erst kurz zuvor erworben hat, spricht dies für eine entsprechende Gewinnerzielungsabsicht und damit für ein Handeln im geschäftlichen Verkehr.³²³ Schließlich deutet auch die Tatsache, dass der Anbieter ansonsten gewerblich tätig ist, auf eine geschäftliche Tätigkeit hin.³²⁴ In der Summe kommt es also auf die Umstände des Einzelfalls an.³²⁵

Der Schutzbereich des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte erfasst dagegen Nutzungshandlungen in der Privatsphäre. „Schutzobjekt des Urheberrechts ist ein immaterielles Gut, das seiner wesensgemäßen Zweckbestimmung nach in der Regel vorwiegend dem geistigen oder ästhetischen Genuss des Einzelnen dient, der seiner Natur nach bei vielen Geisteswerken ausschließlich im rein privaten Bereich stattfindet.“³²⁶ Es ist kein Zufall, dass ein Grundsatz der Urheberrechtsfreiheit der

³¹⁵ KÖHLER (Fn. 48), § 2 Rn. 8.

³¹⁶ BGHZ 158, 236 (249) – Internetversteigerung; HACKER (Fn. 86), § 14 Rn. 27.

³¹⁷ BGHZ 149, 191 (197) – shell.de.

³¹⁸ BGH, GRUR 2007, 708 (711) – Internetversteigerung II.

³¹⁹ BGH, GRUR 2007, 708 (711) – Internetversteigerung II.

³²⁰ BGHZ 158, 236 (249) – Internetversteigerung.

³²¹ OLG Frankfurt, GRUR-RR 2006, 48 (49) – Cartier als Suchbegriff.

³²² BGH, GRUR 2007, 708 (711) – Internetversteigerung II.

³²³ BGHZ 158, 236 (249) – Internetversteigerung.

³²⁴ BGH, GRUR 2007, 708 (711) – Internetversteigerung II.

³²⁵ SEICHTER, Die Verfolgung von Verletzungen geistiger Eigentumsrechte durch Verbraucher im Internet, VuR 2007, 291 (292).

³²⁶ BGHZ 17, 266 (278) – Grundig-Reporter.

Privatsphäre zu einem Zeitpunkt erstmals intensiv diskutiert und seitdem fast einhellig abgelehnt wurde³²⁷, als „die Technik es dem einzelnen ermöglicht[e], ohne besondere Kosten und Mühen Werkstücke im häuslichen Bereich selbst herzustellen, die einen einwandfreien Werkgenuss vermitteln und den gewerblich hergestellten Vervielfältigungsstücken gleichwertig sind.“³²⁸ Mit dem technischen Fortschritt fallen die bis dahin faktisch wirkenden Vervielfältigungsschranken weg und ermöglichen es dem privaten Nutzer den Bedarf durch selbst hergestellte Vervielfältigungsstücke zu decken. Damit „wird den Werkmittlern ein Teil ihres Marktes entzogen.“³²⁹ Das Urheberrecht unterscheidet daher zwischen der Benutzung eines Werkes³³⁰, die kein urheberrechtsrelevanter Vorgang ist³³¹ und den Nutzungshandlungen, die dem Werkgenuss vorgelagert sind und diesen erst ermöglichen.³³² Der Bereich des freien Werkgenusses schrumpft bei digitalen Übertragungsvorgängen und dem Einsatz von DRM-Systemen zur Nutzungssteuerung erheblich zusammen, weil bei ersteren immer eine Vervielfältigungshandlung erfolgt und letztere vor Umgehungsmaßnahmen gesichert sind.³³³

Sofern kein urheberrechtlich relevanter Werkgenuss vorliegt, klingt in der Privilegierung der Privatkopie eine Parallele mit den sonstigen gewerblichen Schutzrechten an: die in § 53 Abs. 1 UrhG verwendeten Begriffe (*privater Gebrauch, keinen Erwerbszwecken dienend*) erinnern an den uns bekannten Ausschluss von Handlungen im privaten Bereich zu nicht gewerblichen Zwecken bei gewerblichen Schutzrechten. Diese Parallele ist allerdings irreführend. § 53 UrhG ist im Kontext zu den §§ 54 ff. UrhG zu lesen. Daraus folgt, dass jedenfalls mittelbar der Endbenutzer die Vergütung zu tragen hat, die an die Stelle des insoweit eingeschränkten Ausschließlichkeitsrechts tritt. Man spricht daher plastisch vom „Stufensystem zur mittelbaren Erfassung des Endverbrauchers“.³³⁴

³²⁷ BORNKAMM, Die urheberrechtliche Leerkassettenvergütung, BB 1984, 2227 (2228-2229); BORNKAMM, Nochmals: Die urheberrechtliche Leerkassettenvergütung, BB 1985, 1099 f.; SCHACK (Fn. 21), Rn. 373; SCHRICKER/KATZENBERGER, Die urheberrechtliche Leerkassettenvergütung – Eine Erwiderung, GRUR 1985, 87 (95-96, 105-106); VON UNGERN-STERNBERG (Fn. 129), § 15 Rn. 13; aA SACK, Die urheberrechtliche Leerkassettenvergütung, BB-Beilage (15) 1984, 1 (8-13); SACK, Nochmals. Die urheberrechtliche Leerkassettenvergütung, BB 1985, 621 (622).

³²⁸ BGHZ 17, 266 (280) – Grundig-Reporter.

³²⁹ SCHRICKER/KATZENBERGER, Die urheberrechtliche Leerkassettenvergütung – Eine Erwiderung, GRUR 1985, 87 (95); vgl. auch BVerfGE 31, 255 (265)

³³⁰ Gleiches gilt für die Schutzgegenstände der verwandten Schutzrechte.

³³¹ BGHZ 112, 264 (278) – Betriebssystem, aA SCHULZE, in: DREIER/SCHULZE (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2006, § 15 Rn. 20 (grundsätzlich erfasst, aber vom Gesetzgeber freigestellt).

³³² SCHRICKER/KATZENBERGER, Die urheberrechtliche Leerkassettenvergütung – Eine Erwiderung, GRUR 1985, 87 (106); VON UNGERN-STERNBERG (Fn. 129), § 15 Rn. 11; grundlegend schon BGHZ 17, 266 (279-281) – Grundig-Reporter.

³³³ PEUKERT (Fn. 69), 35-41.

³³⁴ BVerfGE 31, 229 (269); REHBINDER (Fn. 33), Rn. 299 f.; kritisch zum Begriff VON UNGERN-STERNBERG (Fn. 129), § 15 Rn. 12.

Alle sonstigen Verwertungshandlungen setzen dagegen einen Öffentlichkeitsbezug voraus.³³⁵ Das bedeutet allerdings nicht, dass private Nutzungshandlungen außerhalb des Schutzbereichs liegen. Das hat der Europäische Gerichtshof in jüngster Zeit verdeutlicht. Im Ausgangsrechtsstreit wurde darum gestritten, ob das Aufstellen von Fernsehgeräten in Hotelzimmern zur Verbreitung von Hintergrundmusik eine öffentliche Wiedergabe i. S. v. Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 2001/29/EG ist.³³⁶ Der Gerichtshof ist der Auffassung, dass eine solche vorliegt, wenn Signale mittels der Fernsehapparate in den Hotelzimmern verbreitet werden.³³⁷ Dabei ist es unerheblich, dass im jeweils aktuellen Fall nur ein Zimmerbewohner vorhanden ist. Entscheidend sei die kumulative Wirkung, dass diese Signale einer unbestimmten Vielzahl von potentiellen Adressaten zugänglich gemacht werden.³³⁸ Es ist danach auf die Gesamtheit der Gäste abzustellen, eine räumliche Verbindung der Adressaten ist nicht maßgeblich.³³⁹ Den dagegen erhobenen Einwand, es liege eine Wiedergabe in einer privaten Sphäre – dem Hotelzimmer – vor, die von der Wiedergabe an öffentlichen Orten zu unterscheiden sei,³⁴⁰ wies der Gerichtshof zurück. Aus dem Wortlaut der Richtlinie und des Art. 8 WCT folge, dass es unerheblich sei, ob es sich beim Ort der Wiedergabe um einen privaten oder um einen öffentlichen Ort handelt.³⁴¹ Ansonsten würde insbesondere das dort geregelte Recht der öffentlichen Zugänglichmachung³⁴² leer laufen, weil damit die Wiedergabe gerade an privaten Orten erfasst werden sollte.³⁴³

3.2. Eine kommunikative Konzeption von Privatsphäre im Urheberrecht

Die Privatsphäre ist allgemein zu verstehen als der Bereich, zu dem der Zugang nur von der jeweilig berechtigten Person nach ihren selbstbestimmten und nicht rechtfertigungsbedürftigen Maßstäben kontrolliert wird.³⁴⁴ Dieser Bereich kann im Prinzip räumlich verstanden werden, wie es für den Schutzbereich des Art. 13 Abs. 1 GG typisch ist.³⁴⁵ Dem geltenden Urheberrecht ist eine ausschließlich räumliche Konzeption fremd. Das gilt zum einen, weil es in § 16 UrhG Verwertungsvorgänge

³³⁵ §§ 17, 15 Abs. 2, 18-20, 21-22, 23 S. 1 (sofern man darin – wie etwa SCHACK (Fn. 21), Rn. 376 – ein Verwertungsrecht sieht, was umstritten ist, vgl. LOEWENHEIM (Fn. 85), § 23 Rn. 1.

³³⁶ EUGH, Rs. C-306/95 – SGHE / Rafael Hoteles, Slg. 2006, I-11519 Rn. 20-23.

³³⁷ EUGH, Rs. C-306/95 – SGHE / Rafael Hoteles, Slg. 2006, I-11519 Rn. 47.

³³⁸ EUGH, Rs. C-306/95 – SGHE / Rafael Hoteles, Slg. 2006, I-11519 Rn. 39.

³³⁹ GA SHARPSTON, Schlussanträge v. 13. Juli 2006, Rs. C-306/05 – SGAE / Rafael Hoteles, Slg. 2006, I-11519 Rn. 55 unter Bezug auf PERGOLA, Schlussanträge v. 9. September 1999, Slg. 2000, I-629 Rn. 26.

³⁴⁰ EUGH, Rs. C-306/95 – SGHE / Rafael Hoteles, Slg. 2006, I-11519 Rn. 49.

³⁴¹ EUGH, Rs. C-306/95 – SGHE / Rafael Hoteles, Slg. 2006, I-11519 Rn. 50.

³⁴² § 19a UrhG.

³⁴³ EUGH, Rs. C-306/95 – SGHE / Rafael Hoteles, Slg. 2006, I-11519 Rn. 51.

³⁴⁴ Grundlegend zur Konzeption des Privaten als Zugangskontrolle RÖSSLER, Der Wert des Privaten, 2001.

³⁴⁵ Vgl. statt aller JARASS, in: Jarass/Pieroth, GG, 9. Aufl. 2007, Art. 13 Rn. 1 m. w. N.

in der räumlich verstandenen Privatsphäre erfasst.³⁴⁶ Zum anderen ist der private oder öffentliche Charakter des Orts der Vervielfältigungshandlung im Rahmen des § 53 Abs. 1 UrhG unerheblich.³⁴⁷ Schließlich ist es auch für die Subsumtion unter § 19a UrhG irrelevant, an welchem Ort das öffentlich zugänglich gemachte Werk abgerufen wird.³⁴⁸

Notwendig ist daher eine Konzeption der Privatsphäre im Urheberrecht, die den Kommunikationsaspekt berücksichtigt. Ob eine Vervielfältigung unter die Privatkopieschranke fällt, hängt allein von dem damit verfolgten Zweck ab.³⁴⁹ Der Zweck der Vervielfältigung kann wie bei jeder Verwertung nur darin bestehen, sich selbst oder anderen Personen Zugang zum Immaterialgut zu schaffen, damit dieses zum Gegenstand eigener oder fremder Kommunikation wird. Dabei wird hier ein weites Verständnis von Kommunikation vertreten. Kommunikation wird hier nicht beschränkt auf den zwischenmenschlichen Prozess mit zwei oder mehreren Kommunikationspartnern. Ich verstehe darunter auch die Prozesse innerhalb einer Person, die innere Vorgänge wie Empfindungen und Gefühle sowie Überlegungen, Ansichten und Erlebnisse höchstpersönlicher Art zum Ausdruck bringen. Die „Auseinandersetzung mit dem eigenen Ich“³⁵⁰ und „Einsamkeit des Selbstgesprächs“³⁵¹ sind Kommunikationsvorgänge. Dienen die genannten Kommunikationsprozesse privaten Zwecken, sind sie urheberrechtlich privilegiert. Daraus ist die Konsequenz zu ziehen, dass das Urheberrecht von einer *kommunikativen Konzeption* der Privatsphäre geprägt ist: Privatsphäre ist überall dort, wo der Gegenstand des Kommunikationsvorgangs nicht geschäftlichen oder gewerblichen Zwecken dient.

Diese Konzeption bietet eine Alternative zum herkömmlichen Verständnis der Privatkopieschranke. Danach sei die Privatkopie zugelassen worden, weil ein Verbot mangels effektiver Durchsetzbarkeit nutzlos gewesen sei.³⁵² Diese Interpretation ist historisch nicht haltbar.³⁵³ Sie vernachlässigt den schon immer tragenden Gesichtspunkt, dass der Urheber mit der Veröffentlichung sein Werk in den Kommunikationsprozess entlassen hat und es damit unter die Sozialpflichtigkeit des Eigentums

³⁴⁶ Siehe GA SHARPSTON, Schlussanträge v. 13. Juli 2006, Rs. C-306/05 – SGAE / Rafael Hoteles, Slg. 2006, I-11519 Rn. 66; PERGOLA, Schlussanträge v. 9. September 1999, Rs. 293/98 – EGEDA / HOASH, Slg. 2000, I-629 Rn. 23: keine räumliche Trennlinie zwischen privat und öffentlich.

³⁴⁷ OLG München, GRUR-RR 2003, 365 (366) – CD-Münzkopierautomaten; vgl. auch REINBACHER (Fn. 300), 181-182; LOEWENHEIM (Fn. 85), § 53 Rn. 12.

³⁴⁸ EUGH, Rs. C-306/95 – SGHE / Rafael Hoteles, Slg. 2006, I-11519 Rn. 49-51.

³⁴⁹ OLG München, GRUR-RR 2003, 365 (366) – CD-Münzkopierautomaten; vgl. auch REINBACHER (Fn. 300), 181-182; LOEWENHEIM (Fn. 85), § 53 Rn. 12.

³⁵⁰ BVerfGE 80, 367 (381).

³⁵¹ BVerfGE 80, 367 (381).

³⁵² Exemplarisch der Regierungsentwurf zum „Zweiten Korb“, BT-Drs. 16/1828, S. 20; BORNKAMM, Erwartungen von Urhebern und Nutzern an den zweiten Korb, ZUM 2003, 1010 (1012); SCHACK (Fn. 21), Rn. 494.

³⁵³ Dazu BERGMANN (Fn. 302), 26-35.

fällt.³⁵⁴ Sie vernachlässigt aber auch die Schutzwürdigkeit privater Kommunikationsvorgänge.

Mit dem hier vorgestellten Ansatz kann dagegen der Grundsatz, dass der reine Werkgenuss urheberrechtlich nicht erfasst wird, überzeugend erklärt werden. Wäre er urheberrechtlich erfasst, würde damit zugleich das Nutzungsverhalten – und damit persönliche Lebenssachverhalte – der betroffenen Personen Dritten gegenüber offengelegt. Darin läge ein Eingriff in das „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“, einem Spezialfall des verfassungsrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts.³⁵⁵ Gemeinschaftsrechtlich fällt dieses Verhalten in den Schutzbereich der Grundrechte auf Achtung des Privatlebens und des Schutzes personenbezogener Daten.³⁵⁶ Dieser Eingriff wäre unverhältnismäßig, weil der eigentumsrechtliche Schutz der Rechtsinhaber ausreichend gewährleistet ist, indem die dem Werkgenuss vorausgehenden Nutzungshandlungen erfasst werden.³⁵⁷ Das „Stufensystem zur mittelbaren Erfassung des Endverbrauchers“³⁵⁸ kann also als Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsprinzips verstanden werden, mit dem die Privatsphäre der Nutzer einerseits und die Vermögensinteressen der Rechtsinhaber andererseits abgewogen werden: (1.) der reine Werkgenuss bleibt unberücksichtigt, (2.) das UrhG knüpft an die Verwertungshandlungen im Vorfeld an, (3.) sofern dabei auch Handlungen in der Privatsphäre erfasst werden – wie bei der Vervielfältigung – wird eine Schranke errichtet, die die Privatsphäre vor dem Zugriff der Rechtsinhaber abschirmt. Die Privatkopierfreiheit hat nach der hier vertretenen Konzeption die Aufgabe, urheberrechtliche Ansprüche direkt gegen den Verbraucher auszuschließen, wenn die Vervielfältigungen Kommunikationsvorgänge ermöglichen, die dem „privaten Bereich“ zuzuordnen sind und keinen Erwerbszwecken dienen. Die den Verbraucher mittelbar treffende Vergütungspflicht wahrt nämlich dessen Privatsphäre vor einer Überwachung durch die Rechtsinhaber, während andererseits die geschützten Urheber an der damit ermöglichten erlaubnisfreien Verwertung zweifach partizipieren: einmal, indem ihr Interesse an einer möglichst weiten Verbreitung ihrer Werke gefördert wird und zum zweiten, indem sie dafür vergütet werden. Geschützt wird damit die Privatsphäre des Vervielfältigenden in Abgrenzung zu seiner beruflichen oder zur öffentlichen Sphäre.³⁵⁹ Diese partizipieren an dem Schutz nicht mehr, weil sich der Nutzer bei den damit zusammenhängenden Lebenssachverhalten innerhalb

³⁵⁴ Dazu BGHZ 134, 250 (263) – CB-infobank I.

³⁵⁵ BVerfGE 65, 1 (41-43). Zur Wirkung im Privatrechtsverhältnis zuletzt BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht, 2006, 46-58 m. w. N.

³⁵⁶ Vgl. Art. 7 und 8 Grundrechtecharta, ABl. C 2007, 303/4. Zur Verankerung im geltenden Gemeinschaftsrecht siehe zuletzt EuGH, Rs. C-275/06 – Promusicae / Telefónica, Slg. 2008, I- Rn. 63-64 und GA KOKOTT, Schlussanträge v. 18. Juli 2007, Rs. C-275/06 – Promusicae / Telefónica, Slg. 2008, I- Rn. 51-54 jew. m. w. N.

³⁵⁷ Vgl. BVerfGE 81, 12 (19): „Die private Kopiertätigkeit ließe sich nur mit einem unverhältnismäßigen Eingriff in den häuslichen Lebensbereich kontrollieren oder verhindern.“

³⁵⁸ BVerfGE 31, 255 (266).

³⁵⁹ Siehe REINBACHER (Fn. 300), 188.

der sozialen Gemeinschaft entfaltet und sein Nutzungsverhalten ihm damit nicht mehr ausschließlich zuzuordnen ist.³⁶⁰

3.3. Private Kommunikation über öffentliche Distributionskanäle

Dieses System kommt an seine inhärenten Grenzen bei Kommunikationsvorgängen in der Informationsgesellschaft. Für diese ist charakteristisch, dass Kommunikationsinhalte, die man der privaten/nicht gewerblichen Sphäre zuordnen kann, über öffentliche Distributionskanäle laufen. Typisch dafür ist das Anbieten von Sachen auf Internetversteigerungsplattformen wie ebay. Oder die Nutzung von *file sharing* Systemen zur Verbreitung von digitalisierten Inhalten. Dabei wird die Ware oder das Immaterialgut einer unbestimmten Vielzahl von Personen – der Öffentlichkeit – zum Kauf angeboten, ohne dass der Vorgang allein deshalb zu einem nicht privaten wird.³⁶¹ Das zeigt, dass sich die Begriffe Privatsphäre und Öffentlichkeit bei der Benutzung öffentlich zugänglicher Distributionskanäle nicht gegenseitig ausschließen.

Die urheberrechtlichen Konsequenzen davon sind beträchtlich: Jede Kommunikation über das Internet³⁶², unter Einbeziehung urheberrechtlich geschützter Werke oder Leistungsgegenstände, zwischen privaten Akteuren, die nicht gewerblich handeln, verletzt das ausschließliche Recht der öffentlichen Zugänglichmachung. Anders als im Fall des Vervielfältigungsrechts greift hier auch keine Schranke zugunsten privaten Handelns ein. Das lässt sich folgerichtig damit erklären, dass die privaten Vervielfältigungshandlungen auch nur erlaubt sind, solange ein öffentlicher Bezug nicht gegeben ist: (1.) Vervielfältigungsexemplare, die in der Absicht hergestellt wurden, sie öffentlich zu verbreiten, fallen nicht unter § 53 Abs. 1 UrhG.³⁶³ (2.) § 53 Abs. 6 UrhG schließt die Verbreitung und die öffentliche Wiedergabe zulässig hergestellter Kopien aus.³⁶⁴ (3.) Die offensichtlich rechtswidrige öffentliche Zugänglichmachung³⁶⁵ in § 53 Abs. 1 UrhG n. F. schließt eine rechtmäßige Privatkopie aus.

Wer also auf seiner Website, mit der er private Kommunikationszwecke verfolgt, urheberrechtlich geschütztes Material – etwa einen Stadtplanausschnitt³⁶⁶ – ohne Erlaubnis des Rechtsinhabers nutzt, setzt sich Ansprüchen des Rechtsinhabers nach § 97 UrhG aus. Wer dagegen dasselbe Material kopiert und zusammen mit einer

³⁶⁰ Zu diesen Erwägungen BVerfGE 65, 1 (44).

³⁶¹ Vgl. GA KOKOTT, Schlussanträge v. 18. Juli 2007, Rs. C-275/06 – Promusicae / Telefónica, Slg. 2008, I- Rn. 106 zum privaten file sharing

³⁶² Zum Problem der E-Mail-Kommunikation siehe BULLINGER, in: WANDTKE/BULLINGER (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2006, § 19a Rn. 31; DREIER (Fn. 87), § 19a Rn. 7.

³⁶³ LÜFT, in: WANDTKE/BULLINGER, Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2006, § 53 Rn. 43; DREIER (Fn. 87), § 53 Rn. 53.

³⁶⁴ Statt aller LOEWENHEIM (Fn. 85), § 53 Rn. 55.

³⁶⁵ Dazu, dass sich „offensichtlich rechtswidrige“ auch auf die öffentliche Zugänglichmachung bezieht, vgl. Regierungsentwurf, BT-Drs. 16/1828, S. 26.

³⁶⁶ Zur Schutzfähigkeit siehe BGHZ 139, 68 (70-72) – Stadtplanwerk.

Geburtstageseinladung als Brief oder E-Mail³⁶⁷ an seine Freunde verschickt, handelt rechtmäßig. Die unterschiedliche Behandlung dieser Sachverhalte kann damit gerechtfertigt werden, dass im ersten Fall das Werk zumindest theoretisch einem grundsätzlich unbeschränkten Personenkreis zugänglich gemacht wird, während im zweiten Fall der Adressatenkreis beschränkt ist. Über den rechtspolitischen Sinn dieser Unterscheidung kann man durchaus unterschiedlicher Meinung sein. Zum Akzeptanzproblem für das Urheberrechtssystem im Ganzen führen solche Sachverhalte allerdings dann, wenn im Zusammenspiel mit den im Immaterialgüterrecht praktizierten Streitwertberechnungen aus einer marginal erscheinenden Urheberrechtsverletzung eine erhebliche Kostenbelastung des Verletzers folgt.

Exemplarisch dafür ist ein vom AG Hamburg entschiedener Fall.³⁶⁸ Der 17-jährige Mario Alka³⁶⁹ stellte 2005 neun urheberrechtlich geschützte Fotos in eine Bildergalerie auf seiner privaten Website, ohne sich vorher um eine Erlaubnis dafür zu bemühen. Damit verletzte er unter anderem das Verwertungsrecht aus § 19a UrhG³⁷⁰. Eine tatbestandsausschließende Schrankenregelung ist nicht gegeben. Nach erfolgter Abmahnung durch die Inhaberin der ausschließlichen Nutzungsrechte gab er eine strafbewehrte Unterlassungserklärung ab. Im Verfahren hat das AG Hamburg der Rechtsinhaberin Schadensersatz i.H.v. 2.275,- € und 1.099,- € Kostenersatz für die Abmahnung zugesprochen.

Der Fall macht die Grenzen des gegenwärtigen Systems deutlich. Mit § 19a UrhG sieht es auf der ersten Systemstufe ein weitreichendes Verwertungsrecht zugunsten der Rechtsinhaber (Urheber, Leistungsschutzberechtigte oder Inhaber von ausschließlichen Nutzungsrechten) vor. Eine andere als die gewählte Fassung des Verwertungsrechts verbietet sich aber, wenn man die hier in Betracht kommenden Verwertungshandlungen mit ihren signifikanten ökonomischen Auswirkungen sowohl für die Urheber als auch für die Leistungsschutzberechtigten³⁷¹ erfassen will.

Eine auf zweiter Stufe angesiedelte Schranke zugunsten des privaten Gebrauchs ist im UrhG nicht vorgesehen und eine Einführung von der Richtlinie 2001/29/EG ausgeschlossen.³⁷² Rechtspolitisch wird die Einführung einer sog. „content flatrate“ diskutiert, bei der es sich im Ergebnis um ein vergütungspflichtiges, gesetzliches Nutzungsrecht und zugleich um eine Schranke von § 19a UrhG handelt.³⁷³ Ein grundsätzlich anderes Schrankenmodell könnte nach dem Vorbild des U.S.-ameri-

³⁶⁷ Das Verhalten ist unter § 53 Abs. 1 UrhG zu subsumieren, § 53 Abs. 6 greift nicht, vgl. REINBACHER (Fn. 300), 209-209 m. w. N.

³⁶⁸ AG Hamburg, ZUM 2006, 586.

³⁶⁹ Siehe die Angaben unter <http://www.to-you.de/Impressum-406.html?t=1> (zuletzt besucht am 18. Januar 2008)

³⁷⁰ AG Hamburg, ZUM 2006, 586 (587).

³⁷¹ Vgl. DREIER (Fn. 87), §19a Rn. 3 zur unterschiedlichen Rechtslage für diese Rechtsinhaber vor dem Inkrafttreten des § 19a UrhG.

³⁷² SPINDLER, Urheberrecht und Tauschplattformen im Internet, JZ 2002, 60, (68-69).

³⁷³ Siehe RUNGE, Die Vereinbarkeit einer Content-Flatrate für Musik mit dem Drei-Stufen-Test, GRUR Int. 2007, 130 (130-133).

kanischen Rechts auf einer Generalklausel (*fair use*) aufbauen.³⁷⁴ Beide Vorschläge lassen sich auf nationaler Ebene *de lege lata* wegen der in Art. 5 der Richtlinie 2001/29/EG verfolgten Konzeption der abschließend aufgezählten Ausnahmetatbestände³⁷⁵ nicht verwirklichen. Hier dürfte der erste Schwachpunkt des Systems zu finden sein. Es ist gegenwärtig nicht in der Lage, ökonomisch und urheberpersönlichkeitsrechtlich relevante Verletzungshandlungen – wie etwa das *file sharing* geschützter Gegenstände – von solchen Handlungen zu unterscheiden, die der eigenen privaten Kommunikation dienen und keine wesentlichen nachteiligen Auswirkungen auf den potentiellen Markt für das Immaterialgut haben.

Dieses Versagen setzt sich auf der dritten Systemstufe, der Rechtsdurchsetzung fort. Dort ist sinnvollerweise zwischen primären und sekundären Rechtsfolgen zu unterscheiden. Zu den primären zähle ich im hier relevanten Bereich privater Verletzungshandlungen die Ansprüche auf Unterlassung und Schadensersatz, in den sekundären Bereich fallen dagegen die Erstattung der Kosten für die Abmahnung. Wenn eine Verletzung des Verwertungsrechts gegeben ist und keine Schranken eingreifen, dann besteht grundsätzlich ein Unterlassungsanspruch. Wird daraufhin eine berechnete Abmahnung erteilt, kann der Abmahnende die Kosten dieser Rechtsverfolgung vom Verletzer – auch wenn dieser schuldlos gehandelt hat – erstattet verlangen.³⁷⁶ Damit verändert sich auf letzter Stufe der Blickwinkel in entscheidender Weise: von der privaten Verletzungshandlung zur Frage der Kostenlast. Zugleich müssen wir e inen ne uen Be teiligten im Interessengeflecht be rücksichtigen: den Rechtsanwalt.

3.4. Die tiefe Ebene der Streitwertberechnung

Die Höhe der Kosten hängt letztlich vom Gegenstandswert der anwaltlichen Tätigkeit ab.³⁷⁷ Maßgeblich sind hier die Grundsätze zur Streitwertbemessung bei Unterlassungsklagen.³⁷⁸ Ausschlaggebend ist das Interesse des Klägers, das er daran hat, weitere Verletzungen seiner Rechte zu unterbinden, wobei dem Grad der Interessengefährdung durch die Art und Weise des Verstoßes besondere Bedeutung zukommt.³⁷⁹ Die Gerichte tendieren dazu, die Streitwerte bzw. Gegenstandswerte bei Urheberrechtsverletzungen hoch anzusetzen:³⁸⁰ 30.000,- € für neun Fotografien, die auf einer privaten Website zugänglich gemacht wurden;³⁸¹ 10.000,- € für das

³⁷⁴ Siehe 42 U.S.C. § 107; grundlegend dazu *Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342, 348 (1841) und aus neuerer Zeit *Cambell v. Acuff-Rose Music*, 510 U.S. 569 (1994); 4 PATRY ON COPYRIGHT, § 10 (2007).

³⁷⁵ REINBOTHE, Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, GRUR Int. 2001, 733 (737).

³⁷⁶ Zur Anspruchs begründung NORDEMANN, Die Erstattungsfähigkeit anwaltlicher Abmahnkosten bei Urheberrechtsverletzungen, WRP 2005, 184.

³⁷⁷ § 2 RVG.

³⁷⁸ Dazu TEPLITZKY, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Aufl. 2007, 747-63.

³⁷⁹ BGH, GRUR 1990, 1052 (1053) – Streitwertbemessung (zum UWG).

³⁸⁰ KITZ, Beschränkung der Abmahnkosten im Urheberrecht – Was verhindert den Missbrauch wirklich?, MMR 2007, 477.

³⁸¹ AG Hamburg, ZUM 2006, 586 (588).

file-sharing pro Musiktitel³⁸²; 10.000,- € für die öffentliche Zugänglichmachung eines Stadtplanausschnitts (auch wenn der Verletzte für eine unbefristete Lizenz nur 800,- € verlangt)³⁸³; 6.000,- € für die Verwendung von Lichtbildern von Parfumverpackungen beim Angebot solcher Waren im Internet.³⁸⁴

Die – im Vergleich zum eingetretenen Schaden – hohen Streitwerte werden regelmäßig mit dem damit einhergehenden Abschreckungseffekt gerechtfertigt: „Die Verteidigung von Urheberrechten beschränkt sich nicht auf das Verfolgungsinteresse innerhalb des jeweiligen (potenziellen) Lizenzverhältnisses.“³⁸⁵ Es sei ein wichtiges Anliegen der Allgemeinheit, die massenhafte Missachtung geistiger Schutzrechte zu unterbinden.³⁸⁶ „Der Urheber [hat] ein legitimes Interesse daran, dass in der Gesamtbevölkerung bzw. den speziellen Kreisen der Verletzter kein Zweifel über die Tatsache aufkommen kann, dass entdeckte Urheberrechtsverletzungen – sei es durch die Kosten einer vorgerichtlichen Abmahnung oder die Kosten eines gerichtlichen Rechtsstreits – empfindlich kostspielig werden können.“³⁸⁷ Das sei die Intention des PrPG gewesen, die auch gegenüber Rechtsverletzern, deren individueller Verstoß nicht sehr erheblich ist, zu berücksichtigen sei.³⁸⁸ Dem „verbreiteten leichtfertigen Umgang“ mit Urheberrechten müsse entgegengewirkt werden.³⁸⁹

Dieser Ansatz ist nicht nur „bedenklich“³⁹⁰, sondern falsch. „Generalpräventive Erwägungen können bei der Streitwertfestsetzung, die allein eine sachgerechte Grundlage für die Ermittlung der zu erhebenden Gerichtskosten und der den beteiligten Anwälten zustehenden Vergütung schaffen soll, keine Rolle spielen.“³⁹¹ Das für die Wertberechnung maßgebliche Interesse des Klägers kann sich nur darauf beziehen, weitere Rechtsverletzungen des Beklagten zu verhindern. Die Streitwertberechnung für das Unterlassungsbegehren kann sich nur auf dieses gegenseitige Rechtsverhältnis beziehen. Würde man tatsächlich bei der Streitwertbemessung innerhalb eines zivilprozessualen Verfahrens zwischen zwei Parteien das Verhalten Dritter berücksichtigen, wäre das in Art 3 Abs 1 GG wurzelnde Verbot der „prozessualen Waffengleichheit“³⁹² verletzt. Berücksichtigte man das Abschreckungsinteresse, würde man dem Verletzer zivilrechtlich ein Verhalten Dritter zurechnen, das er nicht beherrschen kann. „Sanktionen, die der Bestrafung und Abschreckung – also dem Schutz der Rechtsordnung im allgemeinen – dienen [fallen] nach deutscher

³⁸² LG Köln, 28 O 480/06 (juris).

³⁸³ KG Berlin, GRUR 2008, 88 – Stadtplanausschnitte.

³⁸⁴ LG Köln, 28 O 551/06 (juris).

³⁸⁵ OLG Hamburg, GRUR-RR 2004, 342 (343) – Kartenauschnitte.

³⁸⁶ OLG Hamburg, GRUR-RR 2004, 342 (343) – Kartenauschnitte; LG Köln, 28 O 551/06, Rn. 28 (juris).

³⁸⁷ OLG Hamburg, GRUR-RR 2004, 342 (343) – Kartenauschnitte.

³⁸⁸ OLG Hamburg, GRUR-RR 2004, 342 (343) – Kartenauschnitte; LG Köln, Urt. v. 7. März 2007, 28 O 551/06, Rn. 28 (juris).

³⁸⁹ KG Berlin, GRUR 2008, 88 – Stadtplanausschnitte.

³⁹⁰ TEPLITZKY (Fn. 378), 751.

³⁹¹ OLG Frankfurt, GRUR-RR 2005, 71 (72) – Toile Monogram.

³⁹² BVerfGE 74, 78 (92).

Auffassung grundsätzlich unter das Strafmopol des Staates.³⁹³ Daran ändert auch die Durchsetzungsrichtlinie nichts, die abschreckende Maßnahmen und Rechtsbeihilfe verlangt.³⁹⁴ Das zeigt sich daran, dass nach der Richtlinie generalpräventive Überlegungen bei der Berechnung des Schadensersatzes auszuschneiden haben.³⁹⁵ Es wäre dann ein Systemwiderspruch, sie bei der Berechnung des Streitwerts für die Unterlassungsklage zu berücksichtigen. Folgt man diesem Ansatz, bleibt es bei der naturgemäßen Unberechenbarkeit des Streitwerts/Gegenstandswerts *ex ante*. Jeder Versuch, stattdessen mit Regelstreitwerten zu arbeiten,³⁹⁶ ist fragwürdig, weil die damit einhergehende Pauschalierung nicht mit § 3 ZPO vereinbar ist. Selbst wenn man den hier vorgeschlagenen Argumenten folgt und die Streitwerte ausschließlich am konkreten Klägerinteresse bemisst, kann es zu einer hohen Kostenbelastung des privaten Rechtsverletzers kommen. Nach geltendem Recht lässt sich eine Reduzierung der Abmahnkosten – wenn auch auf Umwegen – erreichen. Liegen die in § 12 Abs. 4 UWG genannten Umstände vor, ist der Streitwert für Unterlassungsansprüche zu reduzieren. Das wirkt sich mittelbar auch auf die Abmahnkosten aus.³⁹⁷ § 12 Abs. 4 UWG ist auf urheberrechtliche Verfahren entsprechend anzuwenden.³⁹⁸ Daneben ist auch eine Rechtsanalogie zur Streitwertbegünstigung in § 1 42 MarkenG, § 144 PatG, § 54 GeschmMG und § 26 GebrMG zu denken.

3.5. Ansatzpunkte einer Differenzierung bei der Rechtsdurchsetzung

Einen ganz anderen Ansatz hat die Bundesregierung im Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums vorgestellt.³⁹⁹ Die vorgeschlagene Regelung lautet:

§ 97a Abmahnung

(1) Der Verletzte soll den Verletzer vor Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens auf Unterlassung abmahnen und ihm Gelegenheit geben, den Streit durch Abgabe einer mit einer angemessenen Vertragsstrafe bewehrten Unterlassungsverpflichtung beizulegen. Soweit die Abmahnung berechtigt ist, kann der Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangt werden.

(2) Der Ersatz der erforderlichen Aufwendungen für die Inanspruchnahme anwaltlicher Dienstleistungen für die erstmalige Abmahnung beschränkt sich in einfach gelagerten Fällen mit einer nur unerheblichen Rechtsverletzung außerhalb des geschäftlichen Verkehrs auf 50⁴⁰⁰ Euro.

³⁹³ BGHZ 118, 312 (344).

³⁹⁴ Art. 3 Abs. 2 Richtlinie 2004/48/EG.

³⁹⁵ Siehe Erwgr. (26) Richtlinie 2004/48/EG; BT-Drs. 16/5048, S. 37

³⁹⁶ EWERT/VON HARTZ, Die Abmahnung im Urheberrecht auf dem Weg in die Bedeutungslosigkeit?, ZUM 2007, 450 (452)

³⁹⁷ SCHLINGLOFF, in: HEERMANN/ANN, MünchKomm zum Lauterkeitsrecht, Bd. II, 2006, § 12 Rn. 636; KÖHLER (Fn. 48), § 12 Rn. 5.20.

³⁹⁸ BT-Drs. 16/5048, 48 f.

³⁹⁹ BT-Drs. 16/5048, 16.

⁴⁰⁰ Der Betrag wurde in der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages v. 9. April 2008 auf 100 € angehoben, BT-Drs. 16/8783.

Vorbild des § 97a Abs. 1 UrhG-E ist § 12 Abs. 1 UWG.⁴⁰¹ Die analoge Anwendung von § 12 Abs. 1 S. 2 UWG auf Abmahnung außerhalb des Lauterkeitsrechts ist problematisch, weil man an der Regelungslücke mit guten Gründen zweifeln kann.⁴⁰² Der Verletzte hat nach bisherigem Recht Anspruch auf Erstattung über die Grundsätze der Geschäftsbesorgung ohne Auftrag oder aus § 97 Abs. 1 UrhG als Teil des Schadensersatzanspruchs.⁴⁰³ Mit dem Vorschlag wird daher eine eindeutige Anspruchsgrundlage geschaffen, die als Spezialregelung nach zutreffender Auffassung die bisherigen Anspruchsgrundlagen verdrängt.⁴⁰⁴ Mitunterweile hat der Deutsche Bundestag das Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums in der Fassung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses⁴⁰⁵ beschlossen.⁴⁰⁶ Es ist daher davon auszugehen, dass der Vorschlag in absehbarer Zeit als § 97a UrhG n.F. anzuwendendes Recht wird.

Interessant daran ist die Beschränkung der Höhe der erstattungsfähigen Kosten in Absatz 2. Damit soll eine Kostenreduzierung zugunsten des Verletzten erreicht werden,⁴⁰⁷ indem ein „überhöhte Abmahnkosten“ zukünftig nicht mehr geltend gemacht werden können.⁴⁰⁸ Der Ansatz setzt pauschal an der Höhe der Abmahnkosten an. Damit verfolgt die Bundesregierung eine Lösung des hier vorgestellten Konflikts auf der letztmöglichen Stufe im urheberrechtlichen System.

Für unseren Zusammenhang ist die Neuregelung relevant, weil sie nur für Fälle *außerhalb des geschäftlichen Verkehrs* Anwendung finden soll. Mit dem „geschäftlichen Verkehr“ wird sowohl im Wortlaut wie in der Begründung⁴⁰⁹ an die Interpretation dieses Tatbestandsmerkmals in § 14 Abs. 2 MarkenG⁴¹⁰ angeknüpft. Dem geltenden Urheberstrafrecht ist die Differenzierung zwischen privaten und gewerbs-

⁴⁰¹ BT-Drs. 16/5048, 48.

⁴⁰² BT-Drs. 16/5048, 48; BORNKAMM, in: HEFERMEHL/BORNKAMM/KÖHLER, UWG, 26. Aufl. 2008, § 12 Rn. 1.90; umfassend zur Analogiefrage TEPLITZKY, in: AHRENS/BORNKAMM/KUNZ-HALLENSTEIN (Hrsg.), FS für E. Ullmann, 999.

⁴⁰³ Vgl. dazu NORDEMANN, Die Erstattungsfähigkeit anwaltlicher Abmahnkosten bei Urheberrechtsverletzungen, WRP 2005, 184 (aus der Sicht des Rechtsanwalts); kritisch zur Begründung über den Schadensersatzanspruch SCHAREN, in: PASTOR/AHRENS, Der Wettbewerbsprozess, 5. Aufl. 2005, § 11 Rn. 12-15; BORNKAMM (Fn. 402), § 12 Rn. 188 f., dagegen etwa BÜSCHER, in: FEZER/BECKER-EBERHARD, Lauterkeitsrecht, Bd. II, 2005, § 12 Rn. 45.

⁴⁰⁴ Zum UWG: SCHAREN (Fn. 403), § 11 Rn. 16; vorsichtiger BORNKAMM (Fn. 402), § 12 Rn. 1.86.

⁴⁰⁵ BT-Drs. 16/8783.

⁴⁰⁶ BT-Plenarprotokoll 16/155, 1623 (C).

⁴⁰⁷ BT-Drs. 16/5048, 48.

⁴⁰⁸ Vgl. die Reden von Bundesjustizministerin ZYPRIES, Rede beim Neujahrsempfang des Bundesverbandes der professionellen Wirtschaft am 26. Februar 2007 in Berlin, <http://www.bmj.bund.de> (zuletzt besucht: 18. Januar 2008); ZYPRIES, Rede zum 57. Deutschen Anwaltstag, 26. Mai 2006, <http://www.bmj.bund.de> (zuletzt besucht: 18. Januar 2008) und die Antwort der GRUR, Stellungnahme v. 4. Oktober 2006: Abmahngebühren im Urheberrecht, <http://www.grur.de/cms/upload/pdf/stellungnahmen/2006/2006-10-04Stellungnahme-GRUR-AbmahngebuehrenimUrheberrecht.pdf> (zuletzt besucht: 18. Januar 2008).

⁴⁰⁹ Siehe BT-Drs. 16/5048, 49.

⁴¹⁰ Dazu oben 3.1.

mäßigem Handeln geläufig: Der eigene private Gebrauch oder der private Gebrauch mit de m T äter pe rsönlich ve rbundener P ersonen is t ta tbestandsausschließendes Merkmal⁴¹¹ bei der Strafbarkeit wegen unerlaubter Eingriffe in DRM-Systeme.⁴¹² Auch dem zivilrechtlichen Durchsetzungsinstrumentarium ist die Differenzierung bekannt: Ein Auskunftsanspruch über Herkunft und Vertriebsweg besteht nur bei einer Verletzung der Urheber- und Leistungsschutzrechte „im geschäftlichen Verkehr“⁴¹³. Bei der Abwägung, ob Vernichtungs- und Überlassungsansprüche nach §§ 98, 99 UrhG im Einzelfall unverhältnismäßig sind (§ 98 Abs. 4), muss nach der Durchsetzungsrichtlinie gerade auch de n In teressen Dritter, insbesondere de r in gutem Glauben handelnden Verbraucher und privaten Parteien, Rechnung getragen werden.⁴¹⁴ Die Durchsetzungsrichtlinie unterscheidet noch an anderer Stelle zwischen (e infachen) Re chtsverletzungen und Re chtsverletzungen, die im ge werblichen Ausmaß begangen werden.⁴¹⁵ Letztere „zeichnen sich dadurch aus, dass sie zwecks Erlangung eines unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen oder kommerziellen Vorteils vorgenommen werden; dies schließt in der Regel Handlungen aus, die in gutem Glauben von Endverbrauchern vorgenommen werden.“⁴¹⁶ Die Formulierung ist nicht ganz geglückt, weil alle privaten Handlungen von Verbrauchern – und nicht nur solche in gutem Glauben – keine gewerblichen Handlungen sind.⁴¹⁷ Diesen vorsichtigen Ansatzpunkten, die für eine Unterscheidung sprechen, steht die Entstehungsgeschichte der Richtlinie entgegen. Ursprünglich sollte die Richtlinie nur für Verletzungshandlungen gelten, die gewerblichen Zwecken dienten oder dem Verletzten einen nachhaltigen Schaden zufügen.⁴¹⁸ Angestrebt war, die Piraterie im engeren Sinne zu bekämpfen.⁴¹⁹ Diese Beschränkung wurde im Lauf des Gesetzgebungsverfahrens fallen gelassen.⁴²⁰ Die Mitgliedstaaten sind bei der Umsetzung der Richtlinie aber an die in den Gemeinschaftsgrundrechten wurzelnde Pflicht zur verhältnismäßigen Ausgestaltung kol lidierender Rechtspositionen gebunden.⁴²¹ Dabei ist das Gewicht der jeweiligen Verletzungshandlung zu berücksichtigen.⁴²² In einer grundrechtskonformen Interpretation erlaubt es die Richtlinie 2004/48/EG, bei Rechtsverletzungen im I nternet z wischen schwerwiegenden Fällen und privater

⁴¹¹ HILDEBRANDT, in: WANDTKE/BULLINGER, Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2006, § 108b Rn. 6 f.

⁴¹² § 108b Abs. 1 UrhG

⁴¹³ § 101 Abs. 1 UrhG a.F. Anders § 101 Abs. 1 i.d.F. der Beschlussempfehlung, BT-Drs. 16/8783: „gewerbliches Ausmaß“.

⁴¹⁴ Erwgr. (24) Richtlinie 2004/48/EG.

⁴¹⁵ Art. 6 Abs. 2, Art. 8 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 2 Richtlinie 2004/48/EG.

⁴¹⁶ Erwgr. (14) Richtlinie 2004/48/EG.

⁴¹⁷ Vgl. HACKER (Fn. 86), § 14 Rn. 26.

⁴¹⁸ KOM(2003) 46 endg., 35.

⁴¹⁹ KOM(2003) 46 endg., 3.

⁴²⁰ Siehe Europäisches Parlament, Dok. A5-0468/2003.

⁴²¹ EuGH, Rs. C-275/06 – Promusicae / Telefónica, Slg. 2008, I-Rn. 68. Siehe dazu schon oben 2.2 am Ende.

⁴²² GA KOKOTT, Schlussanträge v. 18. Juli 2007, Rs. C-275/06 – Promusicae / Telefónica, Slg. 2008, I-Rn. 118.

Nutzung zu unterscheiden.⁴²³ Ein schwerwiegender Fall liegt regelmäßig vor, wenn der Verletzer gewerblich, also mit der Absicht handelt, Gewinn aus der rechtswidrigen Nutzung zu ziehen.⁴²⁴

Daran gemessen genügt § 97a Abs. 2 UrhG-E den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen. Die Richtlinie enthält die allgemeine Verpflichtung, dass die Rechtsbehelfe nicht unnötig kostspielig sein dürfen.⁴²⁵ Danach sind die Kosten der obsiegenden Partei nur in der Regel und nur soweit sie zumutbar und angemessen sind von der unterlegenen Partei zu tragen, wenn Billigkeitsgründe dem nicht entgegenstehen.⁴²⁶ Welche Kosten „angemessen“ sind, muss unter Berücksichtigung der Ziele der Richtlinie ermittelt werden. Dabei ist darauf zu achten, dass nicht nur die Interessen der Rechtsinhaber, sondern auch die der Verletzer zu berücksichtigen sind. Dieses grundrechtliche Gebot findet sich im Wortlaut von Art. 3 der Richtlinie wieder: Die Maßnahmen müssen „fair und gerecht“ und verhältnismäßig sein sowie Gewähr gegen Missbrauch bieten.⁴²⁷ Diese Anforderungen ergeben nur dann Sinn, wenn man sie als die Leitlinien der Abwägung im Spannungsfeld der entgegengesetzten Interessen liest.⁴²⁸ Dazu kommt, dass die jeweiligen Maßnahmen so gewählt werden sollen, um den Besonderheiten des Einzelfalls Rechnung zu tragen.⁴²⁹ Darüber hinaus fällt es in den Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten, die Berechnungsgrundlagen für die Höhe der Rechtsverfolgungskosten festzulegen. Wie oben dargelegt, bestehen zahlreiche Möglichkeiten, die Abmahnkosten zu senken. Aus dem Gemeinschaftsrecht lässt sich kein Anspruch ableiten, die zur Zeit bestehende Durchschnittshöhe der berechtigter Abmahnung beizubehalten. Der nationale Gesetzgeber kann davon ausgehen, dass bei einfach gelagerten Fällen außerhalb des geschäftlichen Verkehrs im Regelfall keine wesentlich höheren Rechtsanwaltskosten anfallen werden. Das gilt natürlich nur, wenn man den Gegenstandswert zutreffend bemisst und den Unterlassungsstreitwert nicht für generalpräventive Überlegungen missbraucht. Die beiden anderen Tatbestandsmerkmale – erstmalige Abmahnung, unerhebliche Rechtsverletzung – machen deutlich, dass es in solchen Fällen unbillig wäre, den Rechtsverletzer die Kosten für die Rechtsverfolgung in gleicher Weise aufzubürden, wie einem Wiederholungstäter, dessen Handeln einen erheblichen Schaden verursacht hat. Schließlich ist die Regelung auch geeignet, den Missbrauch des Rechtsinstituts in diesem Feld zu bekämpfen. Ob die gewählte Ausgestaltung im Einzelnen sinnvoll ist und überzeugt, ist dagegen eine andere, rechtspolitische Frage.⁴³⁰

⁴²³ Vgl. GA KOKOTT, Schlussanträge v. 18. Juli 2007, Rs. C-275/06 – Promusicae / Telefónica, Slg. 2008, I- Rn. 106, 119.

⁴²⁴ GA KOKOTT, Schlussanträge v. 18. Juli 2007, Rs. C-275/06 – Promusicae / Telefónica, Slg. 2008, I- Rn. 119 unter Verweis auf Erwg. (9) Richtlinie 2004/48/EG.

⁴²⁵ Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 2004/48/EG.

⁴²⁶ Art. 14 Richtlinie 2004/48/EG.

⁴²⁷ Art. 3 Richtlinie 2004/48/EG.

⁴²⁸ So im Ergebnis EuGH, Rs. C-275/06 – Promusicae / Telefónica, Slg. 2008, I- Rn. 68.

⁴²⁹ Erwg. (17) Richtlinie 2004/48/EG.

⁴³⁰ Kritisch dazu EWERT/VON HARTZ, Die Abmahnung im Urheberrecht auf dem Weg in die Bedeutungslosigkeit?, ZUM 2007, 450 (454-55).

4. Coda

Der kontinuierlichen Ausdehnung der Ausschließlichkeitsrechte mitsamt ihrer schärferen Durchsetzung stehen die mit der Digitalisierung und der Verwendung digitaler Netze dramatisch gestiegenen Kommunikationsmöglichkeiten des Einzelnen gegenüber. Zugespitzt formuliert spielt sich der Interessenkonflikt zwischen den Polen „Sharing and Stealing“⁴³¹ ab. Dahinter verbirgt sich eine Krise, in die das Urheberrecht in den letzten Jahren geraten ist: „Copyright law has lost the high moral ground. [...] Copyright law, people are learning, is not just or even mostly about getting money to authors and artists so that they can earn a living writing stuff – indeed, it seems to do a pretty bad job of that. Instead, people are hearing that copyright law is about protecting the way big entertainment and information conglomerates do business.“⁴³² Diesen Verlust wird man nicht dadurch wettmachen, indem man die Urteile in Verfahren gegen Rechtsverletzer – Privatpersonen zumal – veröffentlicht, „um künftige Verletzer abzuschrecken und zur Sensibilisierung der Öffentlichkeit beizutragen.“⁴³³ Die Öffentlichkeit reagiert anders als erwartet und sympathisiert mit den „Piraten“: Die Kosten, die zu erstatten *Mario Alka* verurteilt worden war,⁴³⁴ konnte er aufgrund zahlreicher Spenden aufbringen.⁴³⁵ Ein Rechtsinstitut, das nur durch Abschreckung wirkt, wird mittel- und langfristig keinen effektiven Schutz der von ihm erfassten Interessen bieten können. Die Normadressaten müssen das Urheberrecht als eine im Wesentlichen gerechte Ordnung akzeptieren. Das kann von ihnen nur verlangt werden, wenn es sich um ein System handelt, das ein legitimes Ziel mit angemessenen Mitteln verfolgt. Angemessen können nur solche Mittel sein, die allen beteiligten Interessen gerecht werden. Die Freiheit privater Kommunikation ist in der Informationsgesellschaft ein wesentlicher Bestandteil sozialer Interaktion. Das Urheberrecht muss darauf Rücksicht nehmen und dieses grundrechtlich geschützte Interesse in seinem System berücksichtigen. Zu diesem Zweck kann es den Umfang und die Durchsetzung von Immaterialgüterrechten beschränken oder ganz ausschließen. Die Schutzpflicht des Staates aus dem Eigentumsgrundrecht bedeutet nämlich nicht, dass dem Rechtsinhaber unbeschränkte Mittel zur Rechtsdurchsetzung zur Verfügung gestellt werden müssen.⁴³⁶ Die Handlungsmöglichkeiten der gesetzgebenden Institutionen sind hier vielfältig. Sie liegen, wie § 97a UrhG zeigt, nicht nur in den lichten Höhen des reinen Urheberrechts sondern auch in den niedrigen Ebenen der Kostenlast.

⁴³¹ LITMAN, *Sharing & Stealing*, 27 *Hastings Comm. & Ent. L. J.* 1 (2005).

⁴³² LITMAN, *War and Peace*, 53 *J. Copyright Soc'y* 101, 109-10 (2006).

⁴³³ *Erwgr.* (27) Richtlinie 2004/48/EG.

⁴³⁴ Siehe oben 3.4.

⁴³⁵ Siehe seine Angaben unter <http://www.to-you.de> (zuletzt besucht am 26. Januar 2008).

⁴³⁶ EuGH, Rs. C-275/06 – *Promusicae / Telefónica*, Slg. 2008, I- Rn. 121.

Güterzuordnung und Freiheitsschutz

Alexander Peukert

Abstract

Das Gemeinschaftsrecht verfolgt das Ziel, ein „hohes Schutzniveau“ geistigen Eigentums auch bei seiner Durchsetzung zu verwirklichen. Damit folgt der europäische Gesetzgeber einer Eigentumslogik, wonach wertvolle Immaterialgüter möglichst umfassend exklusiv zuzuordnen sind. Die Gewährung immer neuer und immer intensiver geschützter Ausschließlichkeitsrechte wird dabei nicht als freiheitsgefährdend erkannt. Der folgende Beitrag tritt dieser vorbehaltlosen Gleichung „Eigentum = Freiheit“ entgegen. Anhand des deutschen Rechts wird gezeigt, dass die exklusive Zuordnung von Gütern nur punktuell erfolgt und überdies von den Gerichten nicht dynamisiert werden darf. Ursache hierfür ist das übergeordnete Rechtsprinzip gleicher Handlungsfreiheit, das auch auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene einen „uneingeschränkten“ Schutz geistigen Eigentums ausschließt.

1. Einführung und Bezug zum Generalthema

Das Generalthema der in diesem Band versammelten Beiträge ist die Durchsetzung geistigen Eigentums. Während sich die hiermit verbundenen Herausforderungen unter Bezugnahme auf die EG-Richtlinie 2004/48 über die Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums¹ relativ leicht erfassen lassen, bedarf der abstrakte und in seiner Gegenüberstellung von „Güterzuordnung und Freiheitsschutz“ ungewohnte Titel dieses Aufsatzes einiger einführender Worte. Dabei sollen insbesondere der Konnex zur Durchsetzungsproblematik aufgezeigt werden.

1.1. Rechtsdurchsetzung de lege lata und de lege ferenda

Die Sanktionierung von Verletzungen der Rechte des geistigen Eigentums – die im Folgenden gemäß der deutschsprachigen Begriffstradition als Immaterialgüterrechte bezeichnet werden² – kann de lege lata und de lege ferenda betrachtet werden. Der Analyse des geltenden Rechts bieten sich insoweit noch vielfach kaum erschöpfend behandelte Felder.³

¹ Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums v. 29.4.2004, ABl. L 195/16, 351/44.

² Zu diesem Begriff KOHLER, Das Autorrecht, 1880, 1 f. („Rechte an immateriellen Gütern, wie das Eigenthum ein Recht an einem materiellen Gute ist.“). Zur ideengeschichtlichen Entwicklung dieses Begriffs MERKL, Der Begriff des Immaterialgüterrechts, 1961, 1 ff.

³ Siehe etwa zur Frage der Auskunftspflicht von Internet-Service-Providern EuGH, Rs. C-275/06, Promusicae/Telefónica, GRUR 2008, 241 ff.

Die folgenden Ausführungen beschäftigen sich hingegen mit den rechtlichen Rahmenbedingungen, in die die *künftige* Immaterialgüterrechtsgesetzgebung einschließlich der legislativen Maßnahmen zur Durchsetzung dieser Rechte eingebettet ist. Im Zentrum steht dabei das Rangverhältnis zwischen der individuell-exklusiven Zuordnung von Gütern durch „geistiges“ oder anderes „Eigentum“ einerseits und der allgemeinen Handlungsfreiheit andererseits, hier in ihrer Ausprägung zur zustimmungs- und diskriminierungsfreien Nutzung immaterieller Güter (sog. Gemeinfreiheit, *public domain*). Diese Eckpunkte freiheitlicher Rechtsordnungen sind Bestandteil des geltenden Rechts. Sie werden hier als wirtschaftsverfassungsrechtliche Strukturentscheidungen behandelt, um die *rechtspolitische* Diskussion um das Für und Wider bestimmter, insbesondere intensivierter Durchsetzungsmaßnahmen in einen größeren Kontext zu stellen. Im Kern geht es um die Frage, ob die möglichst umfassende Durchsetzung geistigen Eigentums eine von vornherein unproblematische, ja rechtlich gebotene Politik darstellt oder ob dabei auf kollidierende und ggf. sogar übergeordnete Prinzipien Rücksicht zu nehmen ist.

1.2. Hohes Schutzniveau für Immaterialgüterrechte als allgemeines Prinzip?

Insofern nun legen die Rechtsentwicklung auf nationaler und gemeinschaftsrechtlicher Ebene sowie die öffentliche Wahrnehmung nahe, dass es nur *eine* „richtige“ Politik in diesem Bereich geben kann, und zwar eben eine Sanktionierung des in den letzten Jahrzehnten massiv erweiterten Kanns von Immaterialgüterrechten auf *hohem Niveau*.

Bezogen auf das deutsche Recht sei nur an die dreifache Schadensberechnung erinnert, die vom Reichsgericht bereits im ausgehenden 19. Jahrhundert entwickelt wurde, um der besonderen Verletzlichkeit von Immaterialgüterrechten und dem entsprechenden Schutzbedürfnis des Rechtsinhabers Rechnung zu tragen.⁴ Ungeachtet der bis in die jüngste Vergangenheit andauernden Unsicherheiten um die dogmatische Verankerung dieser vom geschriebenen Recht offenbar abweichenden Rechtsprechung – verwiesen sei etwa auf den Gewinnherausgabeanspruch bei Fahrlässigkeit contra §§ 687 Abs. 2, 681 S. 2, 667 BGB – geht man heute von einer gewohnheitsrechtlichen Anerkennung aus.⁵ Darüber hinaus hat der Bundesgerichtshof verbliebene Lücken und Berechnungsschwierigkeiten durch eine ebenfalls durchsetzungsfreundliche Linie zu beheben versucht.⁶ Auch gesetzgeberisch sind die zivil- und strafrechtlichen Sanktionen von Immaterialgüterrechtsverlet-

⁴ Das Reichsgericht stellte auf drei unterschiedliche schädigende Ereignisse ab, nämlich auf die Tatsache der Nutzung als solcher (konkreter Schaden), die Nutzung ohne Genehmigung (Lizenzgebühr) und die Aneignung des aus der Benutzung zu erzielenden Gewinns; siehe RGZ 35, 63 (66 ff.); 43, 56 (58); 50, 111 (115); 126, 127, (131 f.).

⁵ Siehe nur WILD, in: SCHRICKER (Hrsg.), Urheberrecht, 3. Aufl. 2006, § 97 Rn. 56 ff. m.w.N. Zum Ganzen DREIER, Kompensation und Prävention, 2002.

⁶ Siehe nur BGHZ 145, 366 ff. – Gemeinkosten; BGH, GRUR 2007, 431 ff.

zungen stetig erweitert worden, insbesondere durch das Produktpirateriegesetz 1989.⁷

Seit den 1990er Jahren haben sich die legislativen Aktivitäten im Immaterialgüterrecht auf die Ebene der EG verlagert. Die einschlägige gemeinschaftsrechtliche Politik war dabei von Anfang an auf ein *hohes* Schutzniveau ausgerichtet. Dieser Ansatz entfaltete sich zunächst in einer Erweiterung des Immaterialgüterrechtsschutzes in die Breite (neue Schutzgegenstände) und die Tiefe (neue Rechte),⁸ um zuletzt auch im hier relevanten Feld zur Geltung zu gelangen: Die Durchsetzungsrichtlinie soll gem. Erwägungsgrund 10 ein „*hohes*, gleichwertiges und homogenes Schutzniveau für geistiges Eigentum im Binnenmarkt“ gewährleisten. Die noch in Entstehung begriffene Richtlinie „über strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums“ möchte diese zivilrechtlichen Instrumente um „ausreichend abschreckende und gemeinschaftsweit anwendbare strafrechtliche Bestimmungen“ ergänzen.⁹

1.3. Gründe für ein hohes Schutzniveau

Die in den Erwägungsgründen der Durchsetzungsrichtlinie vorgebrachten Argumente für diesen Ansatz lassen sich in zwei Gruppen einteilen.

Erstens wird auf die positiven Folgen eines hohen Sanktionsniveaus verwiesen. Dabei werden dem „Schutz geistigen Eigentums“ Wirkungen zugeschrieben, die Kritik eigentlich ausschließen. So sei diese Politik ein wesentliches Kriterium für den Erfolg des Binnenmarkts, in dem ein Umfeld geschaffen werden müsse, das Innovationen und Investitionen begünstige. Sie sei wichtig nicht nur für die Förderung von Innovation und kreativem Schaffen, sondern auch für die Entwicklung des Arbeitsmarkts und die Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit. Sie soll Erfinder oder Schöpfer in die Lage versetzen, einen rechtmäßigen Gewinn aus ihren Erfindungen oder Werkschöpfungen zu ziehen. Zugleich soll sie die „weitestgehende“ Verbreitung der Werke, Ideen und neuen Erkenntnisse ermöglichen und weder die freie Meinungsäußerung, den freien Informationsverkehr, noch den Schutz personenbezogener Daten behindern; dies gelte auch für das Internet. Schließlich stünden „Verletzungen von Rechten des geistigen Eigentums ... immer häufiger in Verbin-

⁷ Gesetz zur Stärkung des Schutzes des geistigen Eigentums und zur Bekämpfung der Produktpiraterie (PrPG) v. 7. März 1990, BGBl. I, 422 ff.

⁸ Zu dieser Entwicklung siehe PEUKERT, in: BERGER/MACCIACCHINI (Hrsg.), Populäre Irrtümer im Urheberrecht, 2008, 39 ff.

⁹ Siehe ErwGrd. 5 S. 2 des geänderten Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums v. 26.4.2006, KOM(2006) 168 endg. Dazu kritisch HILTY/KUR/PEUKERT, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zum Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, KOM(2006) 168 endg., GRUR Int. 2007, 722 ff.

derung mit dem organisierten Verbrechen. Die verstärkte Nutzung des Internet ermöglicht einen sofortigen globalen Vertrieb von Raubkopien.“¹⁰

Zweitens basiert die Politik eines hohen Durchsetzungs-niveaus auf einer deontologischen Rückversicherung. Der europäische Gesetzgeber entnimmt nämlich Art. 17 Abs 2 der Charta der Grundrechte¹¹ den Auftrag, einen „uneingeschränkten“ Schutz des „geistigen Eigentums“ sicherzustellen.¹² Freilich bestimmt Art. 17 Abs. 2 der Charta der Grundrechte in seiner deutschen Sprachfassung nur lapidar, dass geistiges Eigentum geschützt „wird“, während dem englischen Wortlaut schon eher ein Regelungsauftrag entnommen werden kann, wenn es dort heißt, „intellectual property *shall* be protected“.

Die Bezugnahme auf die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie in der Charta erweckt den Eindruck, als sei die Durchsetzung auf hohem Niveau nicht nur eine in konsequentialistischer Betrachtung vorzugswürdige Option, sondern eine geradezu unausweichliche, ja naturgesetzliche Aufgabe, die der europäische Gesetzgeber zu vollziehen hat. Und in der Tat transportiert der hier bewusst vermiedene Begriff des geistigen Eigentums bekanntlich naturrechtliche Vorstellungen.¹³ Jene lassen sich dahingehend verdichten, dass demjenigen, der ein von anderen beehrtes und damit vermögenswertes immaterielles Gut aufgrund eigener Leistung/Arbeit geschaffen hat, die hieraus erwachsenden Früchte in Gestalt eines ausschließlichen Privatrechts tunlichst umfassend zuzuweisen sind.¹⁴ Wäre die Annahme einer verfassungsrechtlich vorgegebenen, „uneingeschränkten“ Achtung geistigen Eigentums im Hinblick auf seine Sanktionierung zutreffend, würden sich nicht nur viele rechtspolitische Diskussionen erübrigen; auch die Auswirkungen auf die Auslegung der einschlägigen Rechtsakte, namentlich die Durchsetzungsrichtlinie, wären kaum zu überschätzen.¹⁵

1.4. Insbesondere die Gleichung Eigentum = Freiheit

Ob diese vom europäischen Gesetzgeber immerhin explizit geäußerte Auffassung zu überzeugen vermag, kann hier nicht in jeder denkbaren Facette erörtert werden. Im Hinblick etwa auf die Auslegung des Art. 17 Abs. 2 Charta und die allgemeine

¹⁰ Siehe ErwGrde. 1, 2, 9 RL 2004/48.

¹¹ Charta der Grundrechte, ABl. 2000 C 364/1 (im Folgenden: Charta).

¹² Siehe Erwägungsgrund 32 S. 2 RL 2004/48/EG („In besonderer Weise soll diese Richtlinie im Einklang mit Artikel 17 Abs. 2 der Charta die uneingeschränkte Achtung geistigen Eigentums sicherstellen.“); Erwägungsgrund 12 des geänderten Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums v. 26.4.2006, KOM(2006) 168 endg.

¹³ RIGAMONTI, Geistiges Eigentum als Begriff und Theorie des Urheberrechts, 2001, passim.

¹⁴ Zu diesen Gedanken der Güterzuordnung allgemein PEUKERT, Güterzuordnung als Rechtsprinzip?, erscheint 2008 in der Reihe jus privatum, Mohr Siebeck, Tübingen, § 12 B; zur naturrechtlichen Rechtfertigung des Urheberrechts jüngst nachdrücklich SCHACK, in: DEPENHEUER/PEIFER (Hrsg.), Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel?, 2008, 123 (127 ff.).

¹⁵ Dazu unten 6.

rechtsphilosophische Diskussion um die Möglichkeit na turrechtlich vorgegebenen (geistigen) Eigentums sei auf anderweitige Publikationen verwiesen.¹⁶

Die folgenden Erörterungen beschränken sich vielmehr auf einen Aspekt, der zur Immunisierung geistigen Eigentums, seiner Expansion und Durchsetzung auf hohem Niveau gegen rechtliche und politische Kritik ebenfalls beiträgt, wenngleich er in der Regel nur inzident zur Sprache kommt. Gemeint ist die von *Günter Dürig* auf den Punkt gebrachte Annahme: „Eigentum ist Freiheit“.¹⁷

Die Ursprünge der These von der vorbehaltlosen Gleichung von Eigentum = Freiheit reichen weit zurück. *Willoweit* verweist auf die Doppelbedeutung des Wortes „dominium“. Demnach sei *Thomas v. Acquin* von der Willensfreiheit ausgegangen, weil der Mensch „dominus suorum actuum“ sei. „Dominium“ sei zu dieser Zeit aber bereits ein juristischer Fachterminus gewesen, der das Eigentum als das rechtmäßige Haben von Sachen beschrieben habe.¹⁸ In besonders wirkmächtiger Art und Weise findet sich die Vermengung beider Aspekte im zweiten Teil von *John Lockes* „Two Treatises“. Zwar unterscheidet *Locke* teilweise ausdrücklich zwischen persönlichen Handlungsfreiheiten („liberties“) und den Gütern des Einzelnen („properties“).¹⁹ Überwiegend hingegen verwendet er den Terminus „property“ sowohl für das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) als auch für das Eigentum (Art. 14 GG): „By property I must be understood here, as in other places, to mean that property which men have in their persons as well as goods.“²⁰ Auch in anderen historischen Texten der Grundrechtsdemokratie wird das Eigentum den angeborenen Menschenrechten auf

¹⁶ Zur Auslegung von Art. 17 Abs. 2 Charta PEUKERT (Fn. 8), 39 (48 f.); zu rechtsphilosophischen Eigentumstheorien, insbesondere der Arbeitstheorie John Lockes und ihrer Bedeutung für die Theorie des „geistigen Eigentums“ DERS. (Fn. 14), § 12 C; OBERNDÖRFER, Die philosophische Grundlage des Urheberrechts, 2005, 38 ff.; STALLBERG, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, 2006, passim.

¹⁷ DÜRIG, in: MAUNZ/NAWIASKI/HECKEL (Hrsg.), FS für W. Apelt, 1958, 13 (31) („Eigentum ist Freiheit.“); DERS., Das Eigentum als Menschenrecht, ZgS 109 (1953), 326 (334 f.) (Eigentum als wichtigste Erscheinungsform der Freiheit); DEPENHEUER, in: V. DANWITZ/DEPENHEUER/ENGEL (Hrsg.), Bericht zur Lage des Eigentums, 2002, 109, 140 ff.; DERS., in: V. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, Grundgesetz, 5. Aufl. 2005, Art. 14 Rn. 11; ISENSEE, in: LEISNER (Hrsg.), Schriften zu Eigentumsgrundrecht und Wirtschaftsverfassung 1970-1996, 1996, V (Freiheit und Eigentum ließen sich nicht voneinander trennen); PIPES, Property and Freedom, 1996, 287 (uneingeschränkt symbiotisches Verhältnis von Freiheit zu Eigentum); weitere Nachweise bei MEYER-ABICH, Der Schutzzweck der Eigentumsgarantie, 1980, 58 f.

¹⁸ WILLOWEIT, in: SCHWARTLÄNDER/WILLOWEIT (Hrsg.), Das Recht des Menschen auf Eigentum, 1983, 7 (10 f.); ferner PIPES (Fn. 17), 3 ff., 63.

¹⁹ Siehe LOCKE, Two Treatises of Government, Book 2, 1680 – 1690, §§ 85 a.E., 124, 171 („So that the end and measure of this power, when in every man’s hands in the state of nature, being the preservation of all of his society, that is, all mankind in general, it can have no other end or measure, when in the hands of the magistrate, but to preserve the members of that society in their lives, liberties, and possessions.“); § 149 („... the liberties and properties of the subject.“); § 227 („... when they, who were set up for the protection, and preservation of the people, their liberties and properties, shall by force invade and endeavour to take them away ...“).

Leben und gleiche Freiheit an die Seite gestellt.²¹ Vor dem Hintergrund solcher Autoritäten verwundert es nicht, dass man in der Folgezeit von einer geradezu unverbrüchlichen Komplementarität des Eigentums und der persönlichen Freiheit ausging. Im Bereich des hier interessierenden Immaterialgüterrechts prägt sich dieses Denken etwa in Hinweisen auf die Selbstbestimmung des Rechtsinhabers im Umgang mit „seinem“ Gut oder die Eröffnung privatautonomer Transaktionen aus.²²

1.5. Zweifel und Fragestellung

Kommen wir zu unserem Generalthema und speziell zur Durchsetzungsrichtlinie zurück, so ergeben sich indes sogleich Zweifel, ob die Durchsetzung von Immaterialgüterrechten wirklich in keinem Fall mit anderen Freiheitsgarantien in Konflikt treten kann. So betont der bereits zitierte Erwägungsgrund 2 der Richtlinie 2004/48, der Schutz des geistigen Eigentums solle „weder die freie Meinungsäußerung noch den freien Informationsverkehr, noch den Schutz personenbezogener Daten behindern; dies gilt auch für das Internet.“ Und in Erwägungsgrund 12 liest man, die in der Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen dürften nicht dazu verwendet werden, den gerade auf individueller Handlungsfreiheit beruhenden, wirtschaftlichen Wettbewerb unzulässig einzuschränken.

Besteht also doch keine unverbrüchliche Symbiose zwischen (geistigem) Eigentum, seiner Durchsetzung und der allgemeinen Handlungsfreiheit samt ihrer speziellen Ausprägungen? Und wenn dem nicht so sein sollte: Nach welchen Regeln wäre ein etwaiger Konflikt zu lösen?

Diesen Fragen sei im Folgenden auf der Basis von Erkenntnissen nachgegangen, die in der Habilitationsschrift des Verfassers „Güterzuordnung als Rechtsprinzip?“ näher ausgeführt sind.²³ Diese Studie beschäftigt sich zwar mit der Zuordnung von Gütern, die *weder* vom Sacheigentum *noch* von den Immaterialgüterrechten erfasst sind.²⁴ Gleichwohl konnten gerade aus diesem relativ ungewöhnlichen Blickwinkel

²⁰ LOCKE (Fn. 19), §§ 173, 85 a.E., 123 a.E. („... and it is not without reason, that he seeks out, and is willing to join in society with others, who are already united, or have a mind to unite, for the mutual preservation of their lives, liberties and estates, which I call by the general name, property.“), 222; ebenso PIPES (Fn. 17), XV; HEINSOHN/STEIGER, Eigentum, Zins und Geld, 4. Aufl. 2006, 462 („Zum Eigentum gehört auch das Eigentum an der eigenen Person.“). Siehe zur von LOCKE verwendeten Begrifflichkeit auch SCHILD, in: SCHWARTLÄNDER/WILLOWEIT (Fn. 18), 33 f.; HOFER, Die ideengeschichtlichen Quellen der Grundrechte des Grundgesetzes, 2005, 53; v. HAYEK, Die Verfassung der Freiheit, 4. Aufl. 2005, 226 mit Fn. 61 (LOCKE habe unter „property“ immer „life, liberty and possessions“ verstanden).

²¹ Siehe französische Erklärung der Menschenrechte v. 26.8.1789: Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression. Dazu in historischer Analyse GEIGER, Droit d'auteur et droit du public à l'information, 2004, 19 ff.

²² Zuletzt mit Nachdruck SCHACK (Fn. 14), 123 (131 f.).

²³ PEUKERT (Fn. 14).

²⁴ Z.B. elektrische Energie, Persönlichkeitsmerkmale, Geheimnisse, Sportveranstaltungen, Internet-Domains als solche; weitere Beispiele bei PEUKERT (Fn. 14), § 4.

allgemeine Strukturen der Eigentumsordnung herausgearbeitet werden, die auch für die normierten Immaterialgüterrechte von Bedeutung sind. Freilich beziehen sich sämtliche Annahmen allein auf die deutsche Rechtsordnung. Dass und warum deren Strukturen auch für die inzwischen weitgehend gemeinschaftsrechtlich geprägten Immaterialgüterrechte und deren Durchsetzung aussagekräftig sind, wird im letzten Abschnitt gezeigt, der die Folgerungen für das Generalthema dieses Bandes formuliert (6.).

Zuvor je doch sei skizziert, dass sich die positiv-exklusive Zuordnung von Gütern im deutschen Recht als punktuell und statisch erweist (2.). Ursache hierfür ist das übergeordnete Rechtsprinzip gleicher Freiheit, dessen Fundamente anschließend aufzuzeigen sind (3.), bevor beide Säulen einer freiheitlichen Privatrechtsordnung gegenübergestellt (4.) und in ein Rangverhältnis gebracht werden (5.). Sämtliche Ausführungen müssen im hier vorgesehenen Rahmen holzschnittartig bleiben. Für eingehende Begründungen sei der geneigte Leser auf die bereits zitierte Schrift verwiesen.

2. Strukturen der Eigentumsordnung im deutschen Recht

2.1. Begriffliche Konkretisierung

Über Strukturen und Prinzipien „des“ Eigentums kann selbst innerhalb einer bestimmten nationalen Rechtsordnung wieder deutsche nicht ohne begriffliche Konkretisierung gesprochen werden. Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf diejenigen Rechtspositionen, die vom Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung unter der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie subsumiert werden, wobei der Fokus auf *originären, primären Ausschließlichkeitsrechten* liegt, während relative, auf das Verhalten bestimmter Personen gerichtete Rechte außer Betracht bleiben. Zu den Ausschließlichkeitsrechten zählen das Sacheigentum und die Immaterialgüterrechte (Patent-, Urheber-, Markenrecht usw.).²⁵

Im Gegensatz etwa zu Pfandrechten handelt es sich hierbei um unabgeleitete und deshalb „originäre“ Rechte. „Primär“ werden sie – ebenso wie verertraglich begründete relative Rechte – genannt, weil sie ohne Rücksicht auf eine akute Verletzung als bestehend gedacht werden, so dass sich insbesondere ihre Übertragung zwanglos darstellen lässt. Sekundäre subjektive Rechte hingegen entstehen unter

²⁵ So für die Immaterialgüterrechte allgemein BGHZ 44, 372 (374); BGH NJW 2000, 72 (73); BGHZ 145, 366 (371); 164, 1, (3); BVerfG NJW 1992, 36 f.; TROLLER, Immaterialgüterrecht, 3. Aufl. 1983, 69 f.; DREIER, in: SCHRICKER/DREIER/KUR (Hrsg.), Geistiges Eigentum im Dienste der Innovation, 2001, 51 (59 f.); für das Markenrecht mit Blick auf das TRIPS-Abkommen etwa EuGH Rs. C-245/02, Aheuser-Busch/Budjowick Budvar, Slg. I 20 04, 10 989 (Ziff. 67); für das „geistige Eigentum“ einschließlich des Patentrechts BGHZ 163, 369; für das „ausschließliche Recht“ der deutschen Bundespost gem. Art. 143 Abs. 2 GG BVerfGE 108, 370 (389 f.); für den Begriff des verfassungsrechtlichen Eigentums LEISNER, in: ISENSEE/KIRCHHOF (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VI, Freiheitsrechte, 2. Aufl. 2001, § 149 Rn. 74.

bestimmten, in der Regel gesetzlich spezifizierten Voraussetzungen erst mit einer ggf. drohenden Verletzung primärer Rechte, stellen dann aber ihrerseits wie der selbständige und damit grundsätzlich übertragbare subjektive Rechte dar.²⁶ Im Kontext des hiesigen Generalthemas verpflichtet die Richtlinie 2004/48 die Mitgliedstaaten, sekundäre Rechte auf Sicherung und Verwirklichung primärer Immaterialgüterrechte vorzusehen.

Ausschließlichkeitsrechte zeichnen sich durch bestimmte formale Wirkungen aus. Zu jenen zählen

- der negative Ausschluss aller anderen *und* die positive Zuweisung von Befugnissen tatsächlicher und rechtlicher Art;²⁷
- die grundsätzliche Rechtswidrigkeit des Eingriffs in einen gedanklich zuvor definierten Schutzbereich;²⁸
- sekundäre Ansprüche bei objektiv rechtswidrigen Eingriffen in den Schutzbereich, und zwar unter ggf. weiteren Voraussetzungen auf Herausgabe²⁹, Unterlassung, Beseitigung, Schadensersatz, Kondiktion des Erlangten sowie Herausgabe des erlangten Gewinns;³⁰
- die Übertragbarkeit des primären Rechts³¹, auch wenn diese wie bei Rechten an geschäftlichen Bezeichnungen an zusätzliche Voraussetzungen geknüpft³²

²⁶ Siehe zu dieser Terminologie allgemein RAISER, Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht, JZ 1961, 465 (466); BUCHER, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, 1965, 51 ff.; NAWIASKY, Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Aufl. 1948, 13 f., 99 ff.; HOHFELD, Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, Yale L.J. 26 (1917), 710, 752 f.

²⁷ Zum Sacheigentum siehe § 903 BGB und JOHOW, in: SCHUBERT (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, 1982, Sachenrecht 1, 623; Prot. II 3, 119 f.; BGH NJW 1989, 2251 (2252); zu Immaterialgüterrechten §§ 15 UrhG, 9 PatG, 11 GebrMG, 6 HalblSchG, 14 Abs. 1, 15 Abs. 1 MarkenG, Art. 9 GMVO, § 38 Abs. 1 S. 1 GeschmMG, Art. 19 Abs. 1 S. 1 GeschmMVO, 10 Abs. 1 SortSchG, Art. 13 SortSchVO.

²⁸ Allgemein BGH GRUR 1962, 254 (255); zum Urheberrecht RGZ 12, 50 (52).

²⁹ Gem. § 985 BGB für das Sacheigentum, nicht aber für die Immaterialgüterrechte, weil jene sich auf einen bloßen Begriff beziehen; dazu Peukert (Fn. 14), §§ 1 A III 1, 3 B II 2 d, 5 B II.

³⁰ Zu beachten sind dabei die weiteren Tatbestandsmerkmale der jeweiligen Anspruchsgrundlagen, die trotz eines objektiv-widerrechtlichen Eingriffs in den Schutzbereich der Ausschließlichkeitsrechte einen Anspruch scheitern lassen können; siehe zur Differenzierung zwischen einheitlichem Schutzbereich und differenziertem deliktsrechtlichem Schutz STOLL, Unrechtstypen bei Verletzung absoluter Rechte, AcP 162 (1963), 203, 219 ff., 228 f.

³¹ Dazu v. TUHR, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1910/1957, 151 (313 ff.); für das common law HOHFELD (Fn. 26), 746.

³² Rechte an Unternehmenskennzeichen einschließlich der Firma (siehe die §§ 5 Abs. 1, 2 MarkenG, 17, 37 HGB) sind gem. § 23 HGB bzw. nach der Rechtsprechung des BGH nur zusammen mit dem Geschäftsbetrieb übertragbar; siehe RGZ 95, 235 (236); BGH GRUR 2002, 972 (974 f.) m.w.N. Werktitelrechte (§ 5 Abs. 1, 3 MarkenG) sind nach allerdings bestrittener Auffassung nur mit den Rechten am Kennzeichnungsobjekt übertragbar; siehe RGZ 68, 49 (55); BGH GRUR 1990, 218 (220).

oder wie beim Urheberrecht gesetzlich eingeschränkt ist³³, solange nur überhaupt eine andere Person aufgrund einer rechtsgeschäftlichen Verfügung das Recht umfassend oder teilweise im eigenen Namen geltend machen kann;

- die Verpfändbarkeit und anderweitige beschränkte, rechtsgeschäftliche Übertragbarkeit des Rechts;
- die zwangsweise Verwertbarkeit in der Zwangsvollstreckung und der Insolvenz.

Kernelemente des Begriffs „Ausschließlichkeitsrecht“ sind daher zum einen positive, gegen jedermann wirkende Befugnisse an einem Gut, deren Verletzung sekundäre Rechte auslöst, und zum anderen die Verkehrsfähigkeit des primären Rechts durch rechtsgeschäftliche oder zwangsweise Übertragung. Zu betonen ist, dass zu diesen formalen Wirkungen nicht ein bestimmter, abstrakt zu definierender Schutzbereich zählt, denn dieser ist untrennbar mit den materiellrechtlichen Funktionen des jeweiligen Rechts verbunden und damit als Anknüpfungspunkt zur Systematisierung ungeeignet.³⁴ Daher können Rechte auf erst kraft Registrierung entstehende

³³ Siehe v. Tuhr (Fn. 31), 316 f.; SOHM, Noch einmal der Gegenstand, IherJb 53 (1908), 373 (379, 386); ENNECERUS/NIPPERDEY, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 1. Halbbd., Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte, 15. Aufl. 1959, 44 7; SCHACK, Besprechung, AcP 195 (1995), 594 (595); a.A. für das nicht translativ, aber konstitutiv übertragbare Urheberrecht (siehe die §§ 29, 31 ff. UrhG) GÖTTING, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, 1995, 10; für Persönlichkeitsnutzungsrechte FORKEL, in: BARFUSS (Hrsg.), FS für K. Neumayer, 1985, 229 (245) (auch beschränkt übertragbare Persönlichkeitsrechte seien noch Persönlichkeitsrechte); GÜNTHER, Umfang und zivilrechtliche Begrenzung der Aufnahmerechte an Sportveranstaltungen, insbesondere durch das besondere Persönlichkeitsrecht der Sportler, 2003, 203. Ebenso bleibt eine Forderung ein subjektives Recht, auch wenn ihre Abtretbarkeit durch Vereinbarung ausgeschlossen ist (§ 399 I. Alt. BGB).

³⁴ v. C AEMMERER, in: v. C AEMMERER/FRIESENHAHN/LANGE (Hrsg.), FS zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Band 2, 49 (90) mit Fn. 181; v. TUHR (Fn. 31), 151; ENNECERUS/NIPPERDEY (Fn. 33), 433 f. (es komme nicht darauf an, ob ein Rechtsgut „generell“ geschützt sei, sondern nur auf die Wirkung gegenüber jedermann in Abgrenzung zum relativen Recht); HUBMANN, Der Schutz der Rundfunksendung gegen unbefugte Verwertung, GRUR 1953, 316, 321 (jedes absolute Recht trage auch Beschränkungen in sich); DE BOOR, Die Entwicklung des Urheberrechts im Jahre 1939, UFITA 13 (1940), 185 (188) (die Absolutheit des Rechts sage über seinen Inhalt und die Grenzen des Schutzbereichs nichts aus).

Anders insbesondere NEUMANN-DUESBERG, Das gesprochene Wort im Urheber- und Persönlichkeitsrecht, 1949, 182 f. (Unterscheidung zwischen „totale[n] Ausschlussrechte[n]“, die gegen jeden Angriff geschützt seien (Sacheigentum), und „partielle[n] Ausschlussrechte[n]“ (Immaterial- und Persönlichkeitsrechte)); für das Recht am eigenen Bild REINHARDT, Das Persönlichkeitsrecht in der geltenden Rechtsordnung, 1931, 16; EHMANN, in: ERMANN, Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Aufl. 2008, Anh § 12 BGB Rn. 166 (das Recht am eigenen Bild sei kein absolutes Recht, weil es nicht gegen die Aufnahme, sondern nur gegen die Verbreitung schütze); für den wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz gegen Nachahmungen, der nur bewusste Handlungen und keine zufälligen Doppelschöpfungen erfasse, KUR, Der wettbewerbliche Leistungsschutz, GRUR 1990, 1, 13 („kein Vollrecht“).

Immaterialgüterrechte³⁵ e benfalls als Ausschließlichkeitsrechte eingeordnet werden, auch wenn dem Inhaber nur wenige Befugnisse positiv-exklusiv vorbehalten werden.

Äußerst bedeutsam ist es schließlich, diese primären Ausschließlichkeitsrechte von einem Schutz von Interessen und Gütern auf Grundlage gesetzlicher Schuldverhältnisse zu unterscheiden. Angesprochen sind damit Ansprüche unmittelbar auf der Basis des Deliktsrechts des BGB und des UWG, des Bereicherungsrechts und der Geschäftsführung ohne Auftrag. Diese Ansprüche stehen nach Maßgabe der jeweiligen Tatbestände dem Aktivlegitimierten gegen potentiell jedermann zu. Damit wird für den Anspruchsinhaber im Verhältnis zu allen Dritten ein Schutz bestimmter Belange begründet. Allerdings - und das ist der Struktur- und Wirkungsunterschied zu den Ausschließlichkeitsrechten - verwirklichen bzw. sanktionieren diese Ansprüche kein primäres subjektives Recht, sondern gehen direkt auf die jeweilige Grundlage im objektiven Recht zurück. Daher kann ein derartiger, gesetzlicher Interessen- und Güterschutz auch nicht als solcher rechtsgeschäftlich oder zwangsweise übertragen werden, weil es an einem unverletzt gedachten, selbständigen Verfügungsgegenstand unabhängig von einer konkreten Verwirklichung der gesetzlichen Tatbestände fehlt. Beispiele hierfür sind die Rahmenrechte am Gewerbebetrieb und an der eigenen Person sowie der sog. wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz.

2.2. Die Statik positiv-exklusiver Güterzuweisung

Befragt man die deutsche Rechtsordnung nun darauf, unter welchen Voraussetzungen ein Gericht von der Existenz eines originären, primären Ausschließlichkeitsrechts ausgehen kann, so erweist sich diese Güterzuordnung als punktuell beschränkt und statisch. Was positiv-exklusiv zugewiesen ist, ergibt sich allein aus den Gesetzen und darf von der Judikative nicht dynamisiert werden, um der oben dargestellten Eigentumslogik zum Durchbruch zu verhelfen. Diese Feststellung beruht auf einer Analyse sämtlicher güterzuordnungsrelevanten Vorschriften des Privat- und Verfassungsrechts, die hier nur in ihren Ergebnissen wiedergegeben werden kann.

³⁵ Rechte *auf* kraft Eintragung entstehende gewerbliche Schutzrechte wie das Recht auf das Patent oder das Recht auf das Gebrauchsmuster sind übertragbar (siehe die §§ 15 Abs. 1 PatG, 22 GebrMG) und gewähren dem Erfinder das ausschließliche Recht auf das zu registrierende Immaterialgüterrecht, so dass der Erfinder von jedem nichtberechtigten Anmelder das für jenen registrierte Recht vindizieren kann (§§ 6-8 PatG, 13 Abs. 3 GebrMG).

Keine eigenständigen Immaterialgüterrechte, sondern Schutzbereichserweiterungen im Sinne von Schutzgesetzen, die einen ergänzenden Schutz des Immaterialgüterrechts bezwecken, aber nicht selbständig neben dem jeweiligen Immaterialgüterrecht stehen, sind dagegen die mittelbare Patentverletzung gem. § 10 PatG (BGH GRUR 2005, 848 (854) m.w.N.: „§ 10 PatG gewährt dem Patentinhaber kein ausschließliches Recht zum Anbieten und Liefern von Mitteln zur Erfindungsbenutzung.“; a.A. HOLZAPFEL, Z u § 10 PatG als Rechtszuweisungsnorm, GRUR 2002, 193 ff.) sowie das Verbot der Umgehung technischer Schutzmaßnahmen gem. § 95a UrhG; siehe OLG München, GRUR-RR 2005, 372; LG Köln, ZUM-RD 2006, 187 (192) m.w.N.; PEUKERT, in: LOEWENHEIM (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 2003, § 33 Rn. 11 m.w.N.

2.2.1. Der positiv-exklusive Schutz von Gütern

Zu den güterzuordnungsrelevanten Bestimmungen zählen zunächst jene, die wie § 903 S. 1 BGB für das Sacheigentum oder die §§ 1 f., 15 ff. UrhG für das Urheberrecht das originäre, primäre Ausschließlichkeitsrecht normieren. Gerade diese Ausgangspunkte der Güterzuordnung offenbaren ihre nur punktuelle Reichweite. Denn sowohl das Sacheigentum als auch sämtliche Immaterialgüterrechte weisen einen vertikal und horizontal begrenzten Schutzbereich auf, mit dem der Gesetzgeber zum Ausdruck gebrach hat, welche Güter und welche hierauf bezogenen Nutzungen dem Rechtsinhaber vorbehalten sein sollen.

Das Konzept vertikaler und horizontaler Grenzen lässt sich an Immaterialgüterrechten besonders deutlich exemplifizieren. So erstreckt sich das Urheberrecht nur auf Werke aus den Bereichen der Literatur, Wissenschaft und Kunst (vertikale Grenze), die eine persönliche geistige Schöpfung darstellen (horizontale Grenze).³⁶ Patente werden für Erfindungen auf dem Gebiet der Technik erteilt (vertikale Grenze), sofern sie neu sind, auf einer erfinderischen Tätigkeit beruhen und gewerblich anwendbar sind (horizontale Grenze).³⁷ Den vertikalen Anwendungsbereich des Markenrechts erstreckt § 3 MarkenG³⁸ auf alle Zeichen wie Buchstaben, Zahlen, Hörzeichen und dreidimensionale Gestaltungen, die geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Dieser primär funktionsbestimmte vertikale Schutzbereich wird durch die absoluten Schutzhindernisse des § 8 MarkenG,³⁹ insbesondere die Erfordernisse der graphischen Darstellbarkeit und der Unterscheidungskraft konkretisiert und steht des Weiteren unter dem Vorbehalt älterer Rechte.⁴⁰ Die horizontalen Grenzen des Markenrechts betreffen die Voraussetzungen für eine rechtsverletzende Benutzung des geschützten Zeichens, also insbesondere den kennzeichenmäßigen Gebrauch identischer oder verwechslungsfähiger Zeichen im geschäftlichen Verkehr.⁴¹ Auch unter Einbeziehung zweifelhafter Grenzfälle wie etwa der sportlichen Darbietung und des Parfüms als angeblich urheberrechtlich schutzfähiger Werke⁴² ist die auf ein bestimmtes Gut bezogene, mithin punktuelle Zuordnungswirkung dieser Rechtsgrundlagen allgemein anerkannt. Ihre analoge Anwendung auf nicht unmittelbar erfasste Güter scheidet schon mangels rechtlicher Vergleichbarkeit der Interessenlagen aus; sie findet in der Rechtspraxis denn auch nicht statt.⁴³

³⁶ §§ 1 f. UrhG.

³⁷ Art. 27 Abs. 1 TRIPS, § 1 PatG.

³⁸ Für die Gemeinschaftsmarke entsprechend Art. 4 GMVO. Zum „ausschließlichen Recht auf die Verwendung und Verwertung des olympischen Emblems und der olympischen Bezeichnungen“ siehe Gesetz zum Schutz des olympischen Emblems und der olympischen Bezeichnungen (OlympSchG) v. 31.3.2004, BGBl. I, 479 ff.

³⁹ Siehe für die Gemeinschaftsmarke Art. 7 GMVO.

⁴⁰ §§ 9 ff. MarkenG, Art. 8 GMVO.

⁴¹ Siehe §§ 14 f. MarkenG.

⁴² Siehe dazu PEUKERT (Fn. 14), § 5 B II 1.

⁴³ Dazu PEUKERT (Fn. 14), § 5 C.

Güterzuordnende Funktion kommt ferner mehreren gesetzlichen Schuldverhältnissen zu. Doch erweisen sich jene bei näherem Hinsehen ebenfalls als statisch; sie legitimieren die Rechtsprechung nicht aus sich heraus zur (mittelbaren) Anerkennung positiv-exklusiver Nutzungsbefugnisse:

Die insoweit einschlägigen Ansprüche auf Ersatz des Wertes wegen Eingriffskondition und auf Herausgabe des Gewinns wegen angemessener Eigengeschäftsführung setzen eine gesetzliche Regelung voraus, die besagt, dass diese Vermögensvorteile allein dem Bereicherungsgläubiger bzw. Geschäftsherrn zustehen.⁴⁴ Dabei muss es sich zwar nicht um ein Ausschließlichkeitsrecht handeln (Forederungszuständigkeit, Vormerkung); der erforderliche Zuweisungsgehalt des objektiven Rechts kann aber weder unter Berufung auf die §§ 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt., 687 Abs. 2 BGB noch durch sonstige, in den relevanten gesetzlichen Rahmenbedingungen nicht verankerte Gesichtspunkte hergeleitet werden. Auch die §§ 823 ff. BGB dienen zum Teil der Verwirklichung von Güterzuordnungen.⁴⁵ Insbesondere sieht § 823 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Schadensersatz für rechtswidrige und schuldhaft Verletzungen des Eigentums und „sonstiger Rechte“ vor. Gerade insoweit ist § 823 Abs. 1 BGB jedoch genauso statisch wie die Eingriffskondition und die Geschäftsanmaßung. Wie jenen geht der Vorschrift eine interne güterzuordnende Kraft ab; sie erschöpft sich in einem Verweis auf vorausgesetzte primäre Ausschließlichkeitsrechte, für die sie einen sekundären Anspruch auf Schadensersatz bereithält. Die unstreitig rechtserheblich (sic!) anerkannten „sonstigen Rechte“ wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht und das Recht am Gewerbebetrieb bedeuten gerade keine positiv-exklusive Zuordnung des Erworbenen als Eigentum. Dasselbe gilt für Ansprüche auf der Basis der zivil- und lauterkeitsrechtlichen Generalklauseln gem. §§ 826 BGB, 3 UWG (dazu näher unten 3).

2.2.2. Der Rechtsverkehr

Während die Reichweite und potentielle Dynamik der vorstehend aufgezählten Rechtsgrundlagen in Bezug auf den Schutz von Gütern gegen unerlaubte Nutzungen seit langem diskutiert wurden, wird den einschlägigen Regelungen zum Rechtsverkehr vergleichsweise wenig Aufmerksamkeit geschenkt. Dabei zeigt sich die rechtliche Existenz eines Ausschließlichkeitsrechts gerade an seiner Umfassbarkeit. Denn wenn eine Befugnis den Berechtigten wechseln kann, ohne ihren Inhalt zu verändern, signalisiert das ein unverletzt gedachtes subjektives Recht, während der Schutz von Gütern und Interessen auf der Basis gesetzlicher Schuldverhältnisse nur vom unmittelbar Verletzten im konkreten Verletzungs-/Eingriffsfall geltend gemacht werden kann. Folglich stellt es ein genuines Merkmal eines Ausschließlichkeitsrechts dar, dass es zumindest beschränkt und ggf. unter zusätzlichen Voraussetzungen rechtsgeschäftlich unter Lebenden und von Todes wegen sowie zwangsweise in der Einzel- und Gesamtvollstreckung auf einen anderen übertragen

⁴⁴ Dazu PEUKERT, (Fn. 14), §§ 8, 9.

⁴⁵ Dazu PEUKERT (Fn. 14), § 6.

werden kann. Und tatsächlich weisen das Sacheigentum und sämtliche Immaterialgüterrechte diese Charakteristika auf.⁴⁶

Zwar finden sich im deutschen Privatrecht offene Auffangklauseln zum Rechtsverkehr, die anders als die primären Zuordnungsnormen (oben) nicht auf bestimmte Rechte zugeschnitten sind. Indes kommt ihnen durchweg nur Blankettcharakter zu, so dass sich auch hinsichtlich der Verkehrsfähigkeit von Rechten die Statik der Eigentumsordnung bestätigt.⁴⁷

So kommt die rechtsgeschäftliche unbeschränkte und beschränkte Übertragbarkeit unter Lebenden nur für selbständige subjektive Rechte in Betracht. Deshalb sprechen die §§ 413, 1068 Abs. 1, 1273 Abs. 1 BGB von „Rechten“, die formlos übertragen, mit einem Nießbrauch belastet und verpfändet werden können. Diese Normen sind für ihre Wirkungen nicht konstitutiv, sondern geben lediglich an, für welche Art von Rechtspositionen die genannten Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen.

Die Vorschriften zur Pfändung „anderer Vermögensrechte“ in der Einzelzwangsvollstreckung (§ 857 ZPO) und zur Definition der Insolvenzmasse in der Gesamtvollstreckung (§ 35 Abs. 1 InsO) bilden die gesetzliche Grundlage für das Verfahren der zwangsweisen Verwertung von Rechtspositionen und Gütern zur Befriedigung von Gläubigerforderungen. Ihnen kommt zwar im Hinblick auf die potentielle Reichweite des Vollstreckungsverfahrens sowie hinsichtlich der Art und Weise des hoheitlichen Zugriffs konstitutive Wirkung zu, sie geben aber nur die generell-abstrakten Voraussetzungen an, die erfüllt sein müssen, damit ein Recht pfändbar ist bzw. ein Vermögensbestandteil dem Insolvenzbeschlagn unterliegt. Ob diese Erfordernisse im *Einzelfall* erfüllt sind, ist ihnen nicht zu entnehmen. Hierfür muss der Rechtsanwender auf *externe* Wertungen der Rechtsordnung zurückgreifen und die jeweiligen Rechte, Rechtspositionen bzw. Güter unter die §§ 857 Abs. 1 ZPO, 35 Abs. 1 InsO subsumieren.

Zur Etablierung eines gestuften Haftungssystems weisen Einzel- und Gesamtvollstreckung freilich wesentliche Unterschiede auf: Das Zwangsvollstreckungsrecht folgt dem Spezialitätsprinzip der Rechtsnachfolge unter Lebenden. Pfändbar sind nur selbständig übertragbare subjektive Rechte, die auch verpfändet werden können. Zur Befriedigung einzelner Forderungen steht den Gläubigern daher lediglich der statische Bestand übertragbarer, relativer und ausschließlicher subjektiver Rechte in der Hand des Schuldners zur Verfügung. Der Insolvenzbeschlagn geht darüber hinaus. Er umfasst neben subjektiven Rechten sämtliche Güter, deren potentieller Vermögenswert durch rechtlich zulässige Verpflichtungsgeschäfte realisiert werden kann. So fallen das Unternehmen als Gesamtheit samt der Firma sowie das nicht patentierte Betriebsgeheimnis in die Insolvenzmasse, obwohl sie unpfändbar sind. Dahinter steht der Gedanke, dass mit Eintritt der Zahlungsunfähigkeit bzw.

⁴⁶ Siehe die §§ 925 f f., 873 BGB, 15 PatG, 22 GebrMG, 11 II H abI SchG, 27-31 MarkenG, 29-32 GeschmMG, 11 SortSchG, 28-44 UrhG. Zum internationalen und europäischen Immaterialgüterrecht siehe die Art. 71-74 EPÜ, 16-24 G MVO, 27-34 GeschmMVO, 22-29 SortSchVO, Art. 21 TRIPS.

⁴⁷ Näher PEUKERT (Fn. 14), § 10.

Überschuldung die Bemühungen des Schuldners abgebrochen werden, mit ihm bis dato ggf. verbliebenen Gütern zu wirtschaften. Ihm steht anschließend nur noch die „nackte“ Arbeitskraft einschließlich der Möglichkeit zur Vermarktung von Persönlichkeitsmerkmalen zur Verfügung, um wieder Vermögen zu erwerben.

Die Rechtsnachfolge von Todes wegen folgt ebenfalls dem Universalitätsprinzip. Deshalb bezieht sich § 1922 BGB wie § 35 Abs. 1 InsO auf das *Vermögen* und nicht auf (Vermögens)*Rechte*. Die Vorschrift bringt damit zum Ausdruck, dass sie neben selbständigen subjektiven Rechten jeden rechtlich zulässigerweise umsetzbaren Vermögenswert erfasst. Von dieser generellen *Reichweite* ausgenommen sind höchstpersönliche Rechtspositionen und Verbindlichkeiten, die mit dem Tode erlöschen. Hinsichtlich ihres *Regelungsgehalts* hat die Eingangsnorm des Erbrechts indes mehr mit den allgemeinen Bestimmungen zur rechtsgeschäftlichen Nachfolge unter Lebenden gemein. Denn dem § 1922 BGB fehlt jede konstitutive Wirkung im Hinblick auf die Vererblichkeit. Nur – aber immerhin – die allgemeinen Anforderungen an einen vererblichen Vermögensbestandteil und vor allen Dingen die Art und Weise der Rechtsnachfolge von Todes wegen sind der Vorschrift zu entnehmen.

Da folglich jede Entscheidung über die Umlauffähigkeit von Rechtspositionen auf Wertungen *außerhalb* des Rechtsverkehrsrechts zurückgreifen muss, stellen die genannten Normen keine Rechtsgrundlagen dar, auf die sich die Gerichte zur Dynamisierung der Eigentumsordnung auf „hohem Niveau“ stützen können. Das gesamte Konzept des Rechtsverkehrsrechts setzt eine materielle Güterordnung voraus, für die verschiedene Verfahren der privatautonomen und zwangsweisen Verwertung bereitgestellt werden. Scheinbare „Lücken“ der Verkehrsfähigkeit beruhen auf „Lücken“ jener Güterzuordnung und eigenständigen, materialen Wertungen des Rechtsverkehrsrechts, etwa im Hinblick auf die Senkung von Transaktionskosten durch vorab definierte, eindeutige Verfügungsgegenstände sowie die Etablierung eines gestuften Haftungssystems zur zwangsweisen Durchsetzung von Forderungen.

2.2.3. Die Eigentumsgarantie

Für das deutsche Privatrecht ist mithin festzuhalten, dass die positiv-exklusive Zuordnung von Gütern in Gestalt primärer Ausschließlichkeitsrechte (wie eben der Immaterialgüterrechte) nur punktuell erfolgt und diese im Einzelnen abgegrenzte Zuweisungsentscheidung auch nicht durch zivilrechtliche Generalklauseln dynamisiert wird. Diese Strukturen spiegeln sich in der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie wider. Insbesondere ist Art. 14 GG kein Zuordnungsgebot zu entnehmen, das von der Judikative im Einzelfall zu erfüllen wäre.⁴⁸

Zunächst gewährleistet Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG Rechtsbegriffe und keine Interessen oder Güter, die der Tatsachenwelt entnommen sind. Etwaige Zweifel an dieser Normprägung und Abhängigkeit vom einfachen Recht beseitigt Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG, wonach Inhalt und Schranken des Eigentums und des Erbrechts durch die Gesetze bestimmt werden. Dieses Rechtsfortbildungsverbot schließt nach der Entstehungsgeschichte und der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einen dem Gesetzgeber vorgegebenen, absoluten Begriff des Eigentums aus.

⁴⁸ Dazu PEUKERT (Fn. 14), § 11.

Der Transformationsvorbehalt ermöglicht eine politische Diskusion und eine demokratisch legitimierte Entscheidung über die „richtige“ Eigentumsordnung,⁴⁹ die anschließend für alle Rechtsunterworfenen erkennbar in allgemeinen Gesetzen niedergelegt ist, so dass den rechtsstaatlichen Postulaten der Normenbestimmtheit und Normenklarheit Genüge getan ist.⁵⁰ Verfassungsrechtliches Eigentum ist demnach nur, was im Grundgesetz externen, objektiven Recht als solches vorgesehen ist.⁵¹ Setzt der Schutzbereich des Art. 14 GG aber im einfachen Recht niedergelegtes Eigentum voraus, kann dieser Schutzbereich nicht seinerseits die entsprechenden Rechtsquellen hervorbringen. An dieser bewusst gewählten Struktur scheitert ferner ein das Grundgesetz übersteigendes und modifizierendes, naturrechtliches Eigentum. Würde man ein solches anerkennen, lieferte man die Grundrechte in ihrer konkreten und nur so zum geltenden Recht zählenden (Art. 1 Abs. 3 GG) Form nämlich einer höheren Instanz aus, die letztlich nichts anderes als die individuelle Meinung des Sprechers repräsentiert.⁵²

Immerhin lassen sich Art. 14 GG – in auffälliger Parallele zu den güterzuordnungsrelevanten Auffangklauseln des Privatrechts – die allgemeinen Anforderungen entnehmen, die erfüllt sein müssen, damit eine Rechtsposition als verfassungsrechtliches Eigentum eingeordnet werden kann. Das Bundesverfassungsgericht verlangt in zutreffender Umsetzung der Normprägung von Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG

⁴⁹ V. BRÜNNECK, Die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes, 1984, 396; HAMMANN, Eigentum in der Zeit, 1985, 32; BADURA, in: LERCHE/ZACHER/BADURA (Hrsg.), FS für T. Maunz, 1 (9); WAHL, in: BENDER u.a. (Hrsg.), FS für K. Redeker, 245 (251); KUBE, Eigentum an Naturgütern, 1999, 293; WENDT, Eigentum und Gesetzgebung, 1985, 251 („Vermittlungsentscheidung“ des eigentumsinhaltsverleihenden und -ausgestaltenden Gesetzgebers); G ELLERMANN, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, 104 f.; verfehlt CLAUS, Postmortaler Persönlichkeitsschutz im Zeichen allgemeiner Kommerzialisierung, 2004, 203 (nur die richterrechtliche Einbeziehung der Persönlichkeitsrechte unter Art. 14 GG schaffe einen Ordnungsrahmen, durch den steuernd eingegriffen werden könne).

⁵⁰ Siehe BVerfG NJW 2005, 2363 (2371); NJW 2005, 2376 (2378); PREU, Freiheitsgefährdung durch die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, JZ 1990, 265, 267 (mit Hinweis auf die freiheitsgewährleistende Funktion von Gesetzen, die ebenfalls sagen, was verboten ist); verkannt von WASCHULL, Das Unternehmen im engeren Sinne als verfassungsrechtliches Eigentum. Zum Begriff des Eigentums in Art. 14 GG, 1999, 364 (durch die Beschränkung auf gesetzlich geregelte Rechte würde nur der Gesetzgeber begünstigt, der wisse, wo er die Eigentumsgarantie respektieren müsse).

⁵¹ BVerfGE 15, 126 (143 f.) (erst der Gesetzgeber und nicht schon die Verfassung selbst könne das Bestehen von Rechten, die der Eigentumsgarantie unterliegen, bestimmen); 20, 351 (355); 31, 229 (240); 31, 248 (251); 31, 270 (272) (Urheberrecht); 58, 300 (339) (die angebliche natürliche Beziehung zwischen Grundwasser und Grundeigentum zwinge den Gesetzgeber nicht zur Zuordnung des Grundwassers zum Eigentümer des jeweiligen Grundstücks), (352 f.) (das Argument, der weitere Kiesabbau sei von der „Natur der Sache her gegeben“ und wirtschaftlich vernünftig, entbehre der verfassungsrechtlichen Legitimation); ebenso BVerwGE 62, 224 (226); BGHZ 84, 230 (235). Aus der Literatur etwa RAISER, Das Eigentum als Rechtsbegriff in den Rechten West- und Osteuropas, RabLSZ 26 (1961), 230 f.; KRÜGER, in: IPSEN (Hrsg.), FS für F. Schack, 71 („gegeben und nicht vorgegeben“); HAMMANN (Fn. 49), 19; GELLMANN (Fn. 49), 99 (kein „natürliches“ Eigentum); DIETLEIN, in: STERN (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/1, 2006, 2127.

⁵² Näher PEUKERT (Fn. 14), § 11 C.

eine aus dem einfachen Recht ableitbare Zuordnung, die in ihrem rechtlichen Gehalt durch Privatnützigkeit und grundsätzliche Verfügungsbefugnis gekennzeichnet ist.⁵³ Diese formalen Voraussetzungen erfüllen nur subjektive relative und ausschließliche Rechte, weil nur sie in bestimmtem, ggf. eingeschränktem Umfang positive, übertragbare Befugnisse darstellen. Rechtspositionen auf der Basis des Deliktsrechts des BGB und des UWG werden vom Bundesverfassungsgericht hingegen als bloß reflexartiger „Normenschutz“ angesehen, der nicht Art. 14 GG, sondern den Grundrechten auf wirtschaftliche und sonstige Betätigungsfreiheit unterstellt wird (Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1, 5 Abs. 1 S. 2 GG).⁵⁴

Diese Differenzierung entspricht der hier vertretenen, privatrechtsdogmatischen Orientierung an den formalen Wirkungen des objektiven Rechts sowie der Grundunterscheidung zwischen subjektiven Rechten einerseits und einem als solchem unübertragbaren Schutz auf der Grundlage gesetzlicher Schuldverhältnisse andererseits.⁵⁵ Hingegen sind die der Lebenswirklichkeit und nicht der Rechtsordnung entnommenen Kerngedanken der Güterzuordnung, nämlich persönliche Leistung und im Verkehr anerkannter Vermögenswert eines Gutes, nach Wortlaut und Entstehungsgeschichte des Art. 14 GG sowie ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts durchaus nicht konstitutiv für verfassungsrechtliches Privateigentum.⁵⁶ Die strikte Anknüpfung an die Wirkungen des objektiven Rechts bedeutet keine Schwächung der Eigentumsgarantie, sondern ihre Stärkung gegenüber der sonst naheliegenden Kritik, ererbtes oder durch Kapitaleinsatz erworbenes Eigentum sei schwächer oder gar nicht verfassungsrechtlich gewährleistet, weil es nicht durch persönliche Leistung „verdient“ wurde. Eine solche Immunisierung des Privateigentums gegenüber verfassungsrechtlichen Legitimationsdebatten lässt sich nur durch formale Schutzbereichsmerkmale erreichen, die dann aber auch in jedem Einzelfall vorliegen müssen, damit ihre Gewährleistung durch Art. 14 GG gerechtfertigt ist.⁵⁷

⁵³ Ständige Rechtsprechung, siehe BVerfGE 24, 367 (390); 31, 229 (240); 37, 132 (140) („zeichnet sich dadurch aus“); 50, 290 (339); 52, 1 (30); 53, 257 (290); 68, 361 (367); 72, 175 (193); 79, 292 (303); 81, 12 (16); 83, 201 (208) m.w.N.; 88, 366 (377); 91, 294 (307); 100, 226 (241); 101, 54 (74 f.); 102, 1 (15); NJW 2006, 1191 (1192).

⁵⁴ Für den Ausstattungsschutz nach dem Warenzeichengesetz BVerfGE 78, 58 (73); NVwZ 2006, 1041 (1042, 1046) (ein ausdrücklich offengelassener Schutz der Geheimnisse gem. Art. 14 GG gehe jedenfalls nicht weiter als der von Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete).

⁵⁵ Oben 2.1.

⁵⁶ BVerfGE 95, 64 (82); NJW 2005, 2363 (2372) (auf die Frage, ob und inwieweit ein vermögenswertes Recht sich als Äquivalent eigener Leistungen darstelle, komme es bei privatrechtlichen Eigentumspositionen grundsätzlich nicht an); BURGHART, in: LEIBHOLZ/RINCK, Grundgesetz, Loseblatt, Stand: 2006, Art. 14 GG Rn. 115; MEYER-ABICH (Fn. 17), 49; WENDT (Fn. 49), 64 ff.

⁵⁷ Genau diese Kombination aus umfassender Garantie und Definitionshoheit des Gesetzgebers war der Kompromiss, auf den man sich im Parlamentarischen Rat einigte, nachdem das auf Arbeit beruhende „kleine Eigentum“ abgelehnt worden war; siehe Parlamentarischer Rat 5/I, 207, 210 (Abstimmung, bei der die Gewährleistung nur des kleinen Eigentums bei Stimmengleichheit abgelehnt, eine Entsprechung zur jetzigen Formulierung mit 6:5 Stimmen angenommen wurde); zutreffend WAHL (Fn. 49), 245 (257) („notwendigerweise kompliziertes Denken in verfassungsrechtlichen Anforderungen an das einfache Gesetz (anstatt der Vorstellung der unmittelbaren Ableitung aus der Eigentumsgarantie) ...“); WENDT (Fn. 49), 65; wohl auch DEPENHEUER (Fn. 17), 109 (146).

Freilich belässt Art. 14 GG dem Gesetzgeber keine völlig freie Hand bei der Ausgestaltung der Eigentumsordnung. Wie alle Grundrechte unterwirft die Eigentums-
garantie die hoheitlichen Ge walten e iner ausdifferenzierten Bi ndung un d d amit
zugleich einem Untermaßverbot, das durchaus in e ine Pflicht zur Schaffung von
Eigentum münden kann. Dabei hängt das Ausmaß der verfassungsrechtlichen Bin-
dung von der Konkretisierung der Eigentumsposition im einfachen Recht und der
Intensität des Eingriffs ab. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsge-
richts sind insoweit mehrere Ebenen zu unterscheiden. Im Hinblick auf bestehende
Eigentumspositionen wie z.B. Immaterialgüterrechte ist mehrfach eine hoheitliche
Pflicht zur Gewährleistung e ffektiven Re chtsschutzes a usgesprochen worde n,
jedoch nicht im Sinne eines spezifisch „hohen“ Schutzniveaus.⁵⁸ Im Übrigen lässt
sich aus Art. 14 GG als abstrakter Institutsgarantie nur die Vorgabe ableiten, dass
der Gesetzgeber mindestens so viele Ausschließlichkeitsrechte zur Verfügung zu
stellen hat, dass ein selbstbestimmtes, nicht von staatlichen Almosen abhängiges
Auskommen erzielt werden kann. Deshalb dürfen etwa das Eigentum an persönli-
chen Sachen und nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts ein Kernbestand
des Urheber- und Patentrechts nicht abgeschafft werden.⁵⁹ Bisher ist in keinem Fall
festgestellt worden, dass die deutsche Rechtsordnung dieses Minimum an Eigen-
tumspositionen unterschreitet und deshalb ein verfassungswidriger Zustand gege-
ben wäre.

3. Das Rechtsprinzip gleicher Freiheit

Zur positiv-exklusiven Zuordnung von Gütern im deutschen Recht ist nach alledem
festzuhalten: Ausschließlichkeitsrechte wie Immaterialgüterrechte haben erstens
einen punktuellen, gesetzlich konkretisierten Schutzbereich, der zweitens von den
Gerichten nicht auf der Basis zivilrechtlicher Generalklauseln oder der verfas-
sungsrechtlichen Eigentumsgarantie dynamisiert werden darf, um dem Postulat
eines möglichst „hohen“ Schutzniveaus für Früchte der eigenen Arbeit nachzu-
kommen.

⁵⁸ Siehe BVerfGE 24, 367, (401); 35, 348 (361 f.); 37, 132 (141) (verfassungskräftiger Anspruch auf effektiven Rechtsschutz); 45, 297 (322, 333) (Anspruch auf umfassende gerichtliche Prüfung); 46, 325 (334) (Pflicht, bei Eingriffen effektiven Rechtsschutz zu gewähren); dazu auch PAPIER, in: MAUNZ/DÜRIG/HERZOG, Grundgesetz, Loseblatt, Stand: 2007, Art. 14 GG Rn. 43 ff. (Eigentumsschutz durch Verfahren); SIECKMANN, in: FRIAUF/HÖFLING, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt, Stand: 2006, Art. 14 GG Rn. 81. Zum Gebot eines angemessenen Eigentumsschutzes noch unten.

⁵⁹ Siehe für das Urheberrecht BVerfGE 51, 193 (217); ferner 31, 229 (243); 31, 248 (252); 31, 255 (263) (Garantie des geistigen Eigentums); 31, 270 (274) („verfassungsrechtliche[s] Gebot, die Verwertungsbefugnis eines Werkes dem Urheber zuzuordnen“); 49, 382 (392) (der Gesetzgeber sei verpflichtet, das vermögenswerte Ergebnis der schöpferischen Leistung dem Urheber zuzuordnen und ihm die Freiheit einzuräumen, in eigener Verantwortung darüber verfügen zu können); 79, 29 (40); NJW-RR 2005, 686 (687) („grundsätzliche Zuordnung der vermögenswerten Seite des Urheberrechts an den Urheber“); für das Patentrecht 36, 281 (290 f.); NJW 2001, 1783 (1785).

Die Schwäche der bisherigen Argumentation ist ihre gewissermaßen negative Ausrichtung. Sie besagt lediglich, dass die Ausschließlichkeitsrechte – auch unter Berücksichtigung allgemein-zivilrechtlicher Grundlagen – *nicht* weiter gehen als gesetzlich vorgesehen. Unbeantwortet bleibt dabei die Frage, ob *jenseits* dessen – bzw. mit Blick auf die *Zukunft* etwa der Durchsetzungsproblematik – nicht doch die Eigentumslogik des „hohen“ Schutzniveaus geboten ist. Diese Behauptung kann letztlich nur durch den Nachweis eines kollidierenden, die Eigentumsordnung überwölbenden und damit zugleich begrenzenden Rechtsprinzips zurückgewiesen werden. Und tatsächlich lässt sich ein solch *geltender* Grundsatz in der deutschen Rechtsordnung nachweisen. Gemeint ist das *Rechtsprinzip gleicher Freiheit*:

3.1. Die verfassungsrechtliche Verankerung

Damit wird Bezug genommen auf den Ausgangs- und Angelpunkt der grundgesetzlichen Ordnung, nämlich auf „Wert und Würde der Person, die in freier Selbstbestimmung als Glied einer freien Gesellschaft wirkt“.⁶⁰ Hier kulminieren Würde, Freiheit im Sinne der Abwesenheit von Zwang⁶¹ sowie Gleichheit vor dem Gesetz

⁶⁰ BVerfGE 65, 1 (41); 115, 118 (153 f., 159) (es gehöre zum Wesen des Menschen, in Freiheit sich selbst zu bestimmen und sich frei zu entfalten); COING, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 1993, 153 (Freiheit und Gleichheit als Grundlagen der gesamten rechtlichen Entwicklung des modernen Staats); BÖCKENFÖRDE, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, 1529, 1537 f.; ENDERS, in: FRIAUF/HÖFLING, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt, Stand: 2006, vor Art. 1 GG Rn. 3 ff.; BURGHART, in: LEIBHOLZ/RINCK, Grundgesetz, Loseblatt, Stand: 2006, vor Art. 1-19 GG Rn. 4 m.w.N.

⁶¹ Zu diesem klassisch-liberalen Freiheitsbegriff etwa HOBBS, Leviathan, 1651, Chapter XIV („By liberty is understood, according to the proper signification of the word, the absence of external impediments ...“), XXI („Liberty, or freedom, signifieth properly the absence of opposition (by opposition, I mean external impediments of motion); and may be applied no less to irrational and inanimate creatures than to rational.“); HUME, An Enquiry Concerning Human Understanding, 1748, 78 (Sect. VIII Part 1) („By liberty, then, we can only mean a power of acting or not acting, according to the determinations of the will; that is, if we choose to remain at rest, we may; if we choose to move, we also may.“); LOCKE (Fn. 19) („for *liberty* is, to be free from restraint and violence from others“); KANT, Die Metaphysik der Sitten, Erster Theil, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1797, in: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften, Kants gesammelte Schriften, Bd. VI, 1902/1910, 237; v. HAYEK (Fn. 20), 13 f.; BERLIN, Liberty, 2. Aufl. 2002, 168; JELLINEK, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905, 87 (103); LADEUR, Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation, 2000, 6; DI FABIO, Die Kultur der Freiheit, 2005, 75; BYDLINSKI, in: KESSAL-WULF/MARTINEK/RAWERT (Hrsg.), Formale Freiheitsethik oder materiale Verantwortungsethik, 2006, 99 (118) (for *maler* Freiheitsbegriff); HOHFELD, Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, Yale L. J. 23 (1913/14), 16, 43; DWORKIN, Taking Rights Seriously, 1977, 262 (*liberty as license vs. liberty as independence*); auch SCHAPP, Über die Freiheit im Recht, AcP 192 (1992), 355 (358, 364) (allerdings unter Hinweis auf den negativen Aspekt des Eigentums gem. § 903 BGB). Siehe zu anderen Freiheitsbegriffen nur etwa v. HAYEK (Fn. 20), 13 ff. m.w.N.; BERLIN (Fn. 61), 167 (es seien mehr als zweihundert Bedeutungen des Wortes nachgewiesen). Zur Kritik des liberalen Freiheitsbegriffs unter Hinweis auf die realen Vorbedingungen persönlicher Entfaltung (materiale Freiheit) nur etwa BERLIN (Fn. 61), 168 ff. m.w.N.; BYDLINSKI (Fn. 61), 99 (118); ZIPPELIUS, Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 2007, 141 f. m.w.N.

(Rechtsgleichheit). Jede Person ist um ihre selbstwillen mit dem gleichen Anspruch auf Würde und Freiheit ausgestattet. Dies sind die angeborenen Rechte, die in den klassischen Grundrechtstexten an erster Stelle oder gar allein genannt werden und die mit naturrechtlichen Argumenten gegen evidenten staatlichen Unrecht bewahrt werden – nicht das Eigentum am Erworbenen.⁶² Auch für Kant ist die Freiheit im Sinne der „Unabhängigkeit von eines Anderen nöthigender Willkür“ das „einzige, ursprüngliche, jedem Menschen kraft seiner Menschheit zustehende Recht“.⁶³ Diese Vorstellung erschöpft sich in einer freiheitlichen Rechtsordnung wie der deutschen nicht in der bloßen Abwehr staatlicher Einmischung, sondern hat darüber hinausweisenden, konstitutiven, Institutionen bildenden Effekt, der durch die Verknüpfung mit der Erfahrung als Wissensbasis die Herausbildung von unpersonlichen Beziehungsnetzwerken zwischen den Individuen in Gang hält.⁶⁴

Rechtsgleichheit und negative – weil nicht mit einem bestimmten Zweck oder Gehalt versehene – Freiheit werden von der deutschen Rechtsordnung *umfassend* gewährleistet, also auch und gerade dort, wo die Eigentumsordnung (noch) keine exklusiven Bereiche abgesteckt hat. Dies ergibt sich aus dem Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG, der nach zutreffender, ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die freie Entfaltung der Persönlichkeit in allen Lebensbereichen ohne Rücksicht auf das Gewicht der jeweils in Frage stehenden Form menschlichen Handelns schützt.⁶⁵ Hierin drückt sich das Verteilungsprinzip freiheitlicher Rechtsordnungen aus, wonach die Freiheit des Einzelnen prinzipiell unbegrenzt, die Befug-

⁶² Siehe Art. 1 Virginia Bill of Rights v. 12.6.1776: That all men are by nature equally free and independent, and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety. Unabhängigkeitserklärung der USA v. 4.7.1776: We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed with certain unalienable rights, that among these are life, liberty and the pursuit of happiness. Art. 1 S. 1 der französischen Menschenrechtserklärung vom 26.8.1789: Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Ebenso die Naturrechtslehre des 17. Jahrhunderts; siehe DREIER, Eigentum in rechtsphilosophischer Sicht, A RSP 72 (1987), 159, 161; RYFFEL, in: SCHWARTLÄNDER/WILLOWEIT (Fn. 18), 61, 75 (Menschenrecht auf eigentätige und selbstverantwortliche Daseinsgestaltung). Zu unverfügbaren Menschenrechten FIKENTSCHER, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. 4, 1977, 610, 617, 621 (Meinungsfreiheit in den existentiellen Dingen, habeas corpus); DERS., in: TIETZ (Hrsg.), Wert- und Präferenzprobleme in den Sozialwissenschaften, 1981, 43 (72); aber auch DERS., Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. 4, 1977, 637, 655 (Grundrechtskern des Eigentums).

⁶³ KANT (Fn. 61), 237. Zur Ideengeschichte der individuellen Freiheit nur etwa STERN (Fn. 51), 879 ff.; DI FABIO (Fn. 61), 71 ff.; zum Zusammenhang mit der Aufklärung MESTMÄCKER, A Legal Theory Without Law, 2007, 16.

⁶⁴ LADEUR (Fn. 61), 59 und öfter. Zur Entwicklung informeller, im Zweifel effizienter Regeln innerhalb überschaubarer Gruppen und der Folgerung, Raum für solche Regelbildungen zu lassen ELLICKSON, Order Without Law, 1991, 282 f.

⁶⁵ BVerfGE 6, 32 (36 ff.); 80, 137 (152 ff.); 95, 267 (303). Aus der Literatur etwa STERN, in: STERN (Fn. 51), 888 ff. m.w.N. auch zur Gegenauffassung.

nis des Staates zu Eingriffen hingegen prinzipiell begrenzt ist.⁶⁶ Zu den staatlichen Einschränkungen individueller Freiheit zählen insbesondere auf dem Klagewege durchsetzbare private Ansprüche gegen die nicht gestattete Nutzung von Gütern, seien jene bereits durch primäre Ausschließlichkeitsrechte zugewiesen oder nicht. Der mit einem entsprechenden Urteil einhergehende, zwangsweise Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit oder speziellere Freiheitsgrundrechte des Schuldners muss zur verfassungsmäßigen Ordnung zählen, also insbesondere auf einer ihrerseits gültigen Rechtsgrundlage beruhen und verhältnismäßig sein.⁶⁷

Demgegenüber ist die Eigentümerfreiheit, nach Belieben mit dem exklusiv zugeordneten Gut zu verfahren, wie erläutert nur nach Maßgabe des einfachen Rechts gem. Art. 14 Abs. 1 GG gewährleistet. Während die allgemeine Handlungsfreiheit potentieller Schuldner lückenlos und ohne staatliche Vorleistung geschützt ist, bedürfen subjektiv-ausschließliche Privatrechte der punktuellen, gesetzlich vermittelten Konstituierung. Die herausgehobene Freiheitszone des Eigentümers reicht nur so weit, wie sich der gesetzliche Schutzbereich erstreckt. Der prinzipiell unbegrenzten Handlungsfreiheit steht also eine von staatlicher Vorleistung abhängige, punktuelle Eigentümerfreiheit gegenüber.⁶⁸

Die Überordnung des Schutzes gleicher Freiheit im Verhältnis zur Eigentümerfreiheit bestätigt eine teleologische Analyse. Das Grundgesetz garantiert die rechtsgleiche Würde und Freiheit der Person um ihrer selbst willen. Eigentum hingegen stellt „nur“ ein dienendes Instrument zur Ermöglichung genau jener Höchstwerte im vermögensrechtlichen Bereich dar. Denn das Vertrauen in den vorhandenen Bestand des Eigentums⁶⁹ wird eben nicht um seiner selbst willen geschützt, sondern weil ohne diese Sicherheit *eine eigenverantwortliche Lebensgestaltung im vermögensrechtlichen Bereich* nicht möglich ist.⁷⁰ Diese zweite, übergeordnete Zielsetzung der Eigentumsgarantie ist bereits 1952 vom großen Senat des Bundesgerichtshofs formuliert worden. Demnach bedarf der in den Staat eingegliederte Einzelne, um unter seinesgleichen als Person, das heißt frei und eigenverantwortlich leben zu

⁶⁶ SCHMITT, Verfassungslehre, 1928/1954, 126 („Die Freiheitssphäre des Einzelnen wird als etwas vor dem Staat Gegebenes vorausgesetzt, und zwar ist die Freiheit des Einzelnen *prinzipiell unbegrenzt*, während die Befugnis des Staates zu Eingriffen in diese Sphäre *prinzipiell begrenzt* ist.“). In diesem Sinne auch SCHAPP, Freiheit, Moral und Recht, 1994/2005, 8 („Schrankenmodell der Freiheit“); CANARIS, Grundrechte und Privatrecht – Eine Zwischenbilanz, 1999, 47 („Prinzip vom Vorrang der Gesellschaft gegenüber dem Staat ..., wonach der Verkehr der Bürger untereinander grundsätzlich von staatlichen Eingriffen frei ist und solche daher jeweils einer besonderen Legitimation bedürfen.“); STERN, in: STERN (Fn. 51), 894 f.

⁶⁷ Siehe Art. 2 Abs. 1 GG.

⁶⁸ GALLWAS, Grundrechte, 2. Aufl. 1995, Rn. 529 f.; tendenziell auch WENDT (Fn. 49), 68 f.

⁶⁹ Hierzu zählt nicht die Freiheit *zum Erwerb* von Eigentum! Jedenfalls nicht klar differenzierend LEISNER, in: LEISNER, Eigentum, Schriften zu Eigentumsgrundrecht und Wirtschaftsverfassung 1970-1996, 1996, 3 (zur Freiheit, Eigentum erwerben zu können, im Kontext der Eigentumsgarantie).

⁷⁰ BVerfGE 58, 300 (349 f.); NJW 1992, 36 f. m.w.N.; BADURA (Fn. 49), 14; WENDT, in: SACHS, Grundgesetz, 4. Aufl. 2007, Art. 14 GG Rn. 12 (die objektive Schutzfunktion der Eigentumsgarantie sei gegenüber der Gewährleistung des personalen Freiheitsrechts akzessorisch).

können und nicht zum bloßen Objekt einer übermächtigen Staatsgewalt zu werden, einer rechtlich streng gesicherten Sphäre des Eigentums.⁷¹ Auch das Bundesverfassungsgericht sieht in ständiger Rechtsprechung den Zweck des Art. 14 GG darin, dass dem Grundrechtsträger ein Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich gesichert werden soll, *damit* der Einzelne sich im privaten und wirtschaftlichen Bereich entfalten und eigenverantwortlich leben kann. Nach dieser Vorstellung gewährleistet die Eigentumsgarantie die wirtschaftlichen Voraussetzungen für ein Leben nach individuellen Vorstellungen.⁷² In der Person des Eigentümers und der aus ihr – und nicht dem Eigentum – erwachsenden Entfaltung der Persönlichkeit findet das verfassungsrechtliche Eigentum seine letzte, *akzessorische* Rechtfertigung.⁷³

3.2. Privatrechtliche Parallelstrukturen

Das dargestellte verfassungsrechtliche Verhältnis zwischen umfassender Handlungsfreiheit und punktueller Eigentümerfreiheit findet wiederum im Privatrecht seine Entsprechung.

3.2.1. Grenzen der Zuordnung und Haftung

Wie skizziert, endet der Schutz individueller Interessen am exklusiven Haben dort, wo die allgemeine Handlungsfreiheit unverhältnismäßig beeinträchtigt wird. Die normierten Ausschließlichkeitsrechte haben einen gesetzlich definierten Schutzbereich, jenseits dessen jedermann die gleiche Freiheit zur Nutzung des betreffenden Gutes hat. Soweit die gesetzlichen Schuldverhältnisse Verstöße gegen primäre Güterzuordnungen sanktionieren, verweisen sie lediglich auf die entsprechenden gesetzlichen Grundlagen, ohne den Kreis dieser Vorzugsbereiche aus sich heraus zu erweitern. Das Rechtsverkehrsrecht geht ebenfalls von punktuellen subjektiven Rechten aus, für die es Regelungen zur rechtsgeschäftlichen Verwertung zur Verfügung stellt. Schließlich nehmen das Einzel- und Gesamtvollstreckungsrecht als die verfahrensrechtlichen Materien zur zwangsweisen Durchsetzung von Eigentumspositionen auf die allgemeine Handlungsfreiheit Rücksicht, indem sie ein abgestuftes Haftungssystem bilden, das dem Schuldners erst in der Insolvenz seine Befugnis zum Erwerb weitgehend – aber eben auch nicht vollständig, etwa im Hinblick auf die eigene Arbeitsleistung – nimmt.

In dieses Bild *begrenzter* individueller Vorzugsbereiche und umgekehrt potentieller Haftung fügt sich ein, dass sämtliche gesetzlichen Schuldverhältnisse des BGB und des UWG dem Enumerationsprinzip unterliegen, wonach eine Haftung für

⁷¹ BGHZ 6, 270 (276).

⁷² BVerfGE 24, 367 (389); 30, 292 (334); 31, 229 (239); 40, 65 (83 f.); 42, 64 (76); 42, 263 (293); 46, 325 (334); 50, 290, (339, 344); 51, 193 (218); 53, 257 (290); 58, 137 (151); 68, 193 (222); 68, 361 (375); 69, 272 (300); 78, 58 (73); 79, 292 (303 f.); 81, 208 (220); 83, 201 (208); NJW 1992, 36 f.; 88, 366 (377); 89, 1 (6); 91, 294 (307); 97, 350 (370 f.) (Gewährleistung der privat verfügbaren ökonomischen Grundlage individueller Freiheit); 100, 1, (32); 102, 1 (15); 104, 1 (8); NJW 2006, 1191 (1192); ebenso BGHZ 132, 181 (186 f.).

⁷³ Insoweit zutreffend SCHACK (Fn. 14), 123 (140).

eigene Verhaltensweisen nur nach Maßgabe der abschließend normierten Anspruchsgrundlagen in Frage kommt.⁷⁴ Tatbestand und Rechtsfolgen des Delikts- und Bereicherungsrechts sowie der Geschäftsführung ohne Auftrag sind differenziert, aufeinander abgestimmt und nicht im Sinne pauschaler Generalklauseln geregelt.⁷⁵ Damit lässt das Gesetz ein Bekenntnis zum Verteilungsprinzip der freiheitlichen Rechtsordnung sowie die Absicht des historischen Gesetzgebers erkennen, eine unverhältnismäßige Beschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit potentieller Schuldner zu verhindern. Dementsprechend statuiert das Deliktsrecht des BGB und des UWG keinen Grundsatz des *neminem laedere*. Ausgangspunkt deliktsrechtlichen Denkens ist vielmehr, dass jeder die ihn treffenden Schäden selbst zu tragen hat, wenn das Gesetz nicht ausnahmsweise eine mit hoheitlichen Mitteln durchsetzbare Schadensverlagerung auf Dritte vorsieht (*casum sentit dominus*).⁷⁶ Parallel dazu verwirklichen das Bereicherungsrecht und die Geschäftsführung ohne Auftrag eben kein generelles Verbot der Bereicherung bzw. Gewinnerzielung aus fremdem Schaden.⁷⁷

Die fundamentale Entscheidung zugunsten des Enumerationsprinzips steht trotz der teilweise über 100-jährigen Geltung der einschlägigen Vorschriften nicht zur Disposition des Rechtsanwenders. Sie bezweckt die Wahrung von Handlungsspielräumen. Denn, so *Canaris*, „zur freien Entfaltung der Persönlichkeit wie zum Wettbewerb gehört nun einmal auch, daß der Bürger Vermögensinteressen des anderen beeinträchtigen darf – und zwar häufig sogar vorsätzlich ... Warum soll sich denn jemand Einschränkungen seiner Handlungsfreiheit auferlegen oder gar Vermögensseinbußen hinnehmen, nur um genau die gleichen Interessen anderer Bürger zu schonen?!“⁷⁸

3.2.2. Instrumente zur Wahrung gleicher Freiheit unter allgemeinen Gesetzen

Das Rechtsprinzip gleicher Freiheit entfaltet sich aber nicht nur als begrenzendes Regulativ privatrechtlicher Zuordnung bzw. Haftung. Kollisionen gleichgeordneter,

⁷⁴ A.A. insbesondere PICKER, Positive Vertragsverletzung und culpa in contrahendo – Zur Problematik der Haftungen „zwischen“ Vertrag und Delikt, AcP 183 (1983), 369 ff. Von der Aufgabe des Zivilrechts, „als Rechtszuweisungsordnung den rechtlichen Schutz der zugewiesenen Rechte zu gewährleisten“, spricht PICKER, in: KOZIOL (Hrsg.), FS für F. Bydlinski, 269 (276, 313 ff.).

⁷⁵ Bezeichnenderweise beruft sich PICKER auf gerade *nicht* Gesetz gewordene deliktische Generalklauseln aus dem Gesetzgebungsverfahren, ausländischen Rechtsordnungen sowie aus Vorschlägen der Akademie für Deutsches Recht im dritten Reich; siehe PICKER (Fn. 74), AcP 183 (1983), 369 (467 f.).

⁷⁶ Hier prägt sich das Verteilungsprinzip freiheitlicher Rechtsordnungen in Gestalt des Art. 2 Abs. 1 GG aus.

⁷⁷ Zu letztgenanntem Grundsatz bereits SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. III, 1840, 451 f. (Würde die Regel gelten, „daß sich niemand durch den Schaden eines Andern bereichern soll“, wäre es „um die Sicherheit eines lebendigen Verkehrs, die auf der Möglichkeit des Gewinns und Verlustes durch freyen Austausch beruht, ... alsdann geschehen.“).

⁷⁸ CANARIS, in: CANARIS/DIEDERICHSEN (Hrsg.), FS für K. Larenz, 27 (37); zur Begrenzung des Verantwortungsbereichs im Interesse der Freiheit v. HAYEK (Fn. 20), 107 (Freiheit verlange, dass die Verantwortung sich nur auf das erstreckt, was der Einzelne beurteilen könne).

individueller Freiheiten, die anders als Eigentumspositionen gerade nicht inhaltlich fixiert sind (dazu sogleich), können nicht abschließend ex ante reguliert werden. Weil solche Konflikte jenseits der Eigentumsordnung – man denke z.B. an den Streit zwischen Mitbewerbern um die Zulässigkeit einer geschäftlichen Werbung – gleichwohl der Lösung unter allgemeinen Gesetzen bedürfen, sieht das deutsche Recht insoweit Generalklauseln in Gestalt der §§ 826 BGB, 3 UWG vor.⁷⁹ Hierauf basierende Ansprüche markieren keine fest definierten, positiv-exklusiven Ausschließlichkeitsrechte, sondern dienen der Herstellung praktischer Konkordanz bei im Konflikt gleichgeordneter Freiheitsansprüche. Um die Ausübung der allgemeinen Handlungs- oder Wettbewerbsfreiheit des Gläubigers zu sichern, wird diejenige des Schuldners durch Sanktionen in die Schranken verwiesen; sie darf keine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung oder unlauteren Wettbewerb darstellen. Diese Sichtweise ist etwa für das Lauterkeitsrecht allgemein anerkannt. Das UWG garantiert und generiert keine Eigentumspositionen, sondern gleiche Siegchancen im Wettbewerb. Die Verbote auf der Basis des UWG dienen demgemäß der Verwirklichung der Grundrechte aus den Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG im rechtlich geordneten Wettbewerb.⁸⁰

Entsprechende Zwecke verfolgen die rechtsfortbildend anerkannten „sonstigen Rechte“ wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht und das Recht am Gewerbebetrieb.⁸¹ Zwar wird hiermit die Enumeration der Haftung ausnahmsweise überwunden.⁸² Aber auch dies geschieht nicht zur Sicherung des statisch Erworbenen bzw. zur inzidenten Anerkennung verfassungsrechtlichen Eigentums. So schützt das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner klassischen Ausprägung die freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG),⁸³ das Recht am Gewerbebetrieb

⁷⁹ Hierzu näher PEUKERT (Fn. 14), §§ 6 C, 7.

⁸⁰ BVerfGE 32, 311 (317 ff., 319) („Unlauteres Wettbewerbsverhalten kann keinen objektiven Besitzstand – als ‚Eigentum‘ – begründen und keinen Vertrauensschutz für den Betriebsinhaber rechtfertigen.“); GRUR 1993, 751 (753); für Goodwill und den Unternehmensruf offengelassen von BVerfG NZG 2004, 616 (617); BGHZ 140, 134 (145); KÖHLER, in: HEFERMEHL/KÖHLER/BORNKAMM, Wettbewerbsrecht, 25. Aufl. 2007, § 3 UWG Rn. 5; unklar FEZER, in: BEIER (Hrsg.), FS 100 Jahre GRUR, Bd.2, 1991, 939 (942) (die Anerkennung des verfassungsrechtlichen Schutzes der Immaterialgüterrechte dürfe der grundrechtlichen Verankerung des schlichten Interessenschutzes im Wettbewerbsrecht keinen Abbruch tun); a.A. BEATER, Unlauterer Wettbewerb, 2002, § 9 Rn. 25 (Art. 14 GG sei einschlägig für den wettbewerbsrechtlichen Ausschließlichkeitsschutz von Innovationen); OHLY, in: PIPER/OHLY, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 4. Aufl. 2006, Einf D Rn. 16 (mit ungelöstem Hinweis auf Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG).

⁸¹ Dazu näher PEUKERT (Fn. 14), § 6 B IV.

⁸² Zu den insoweit geltenden Voraussetzungen siehe PEUKERT (Fn. 14), § 13 A II 1.

⁸³ Siehe BVerfGE 34, 269 (272, 280 ff.); zur Schutzpflicht des Staates im Hinblick auf die Gewährleistung des aPR auch E 73, 118 (201); NJW 2006, 595 m.w.N. (die Rechtsprechung zur Geldentschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen gehe auf den verfassungsrechtlichen Schutzauftrag zurück). Aus der zivilrechtlichen Rechtsprechung etwa BGH NJW 1959, 525 (526); NJW 2000, 2194 (2195) (das aPR sei unter Beachtung der Ausstrahlungswirkung des Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG zu konkretisieren); GRUR 2002, 690 (691 f.); GRUR 2005, 76 (77) (das „berechtignte Interesse“ gem. § 23 Abs. 2 KUG stehe dem Grundrechtseinfluss offen); GRUR 2005, 78 8 (790 ff.) (Abwägung Persönlichkeitschutz und Kunstfreiheit als „kollidierender Grundwerte“); OLG Hamburg ZUM 2004, 309 (310); KG GRUR 2005, 79; AG Charlottenburg ZUM-RD 2002, 221 (222) (in ausdrücklicher Unterscheidung zum Urheberrecht).

die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1, 5 Abs. 1 S. 2 GG),⁸⁴ Ansprüche im familienrechtlichen Kontext s chirmen einen nichtvermögensrechtlichen Kernbereich freier Entfaltung in der Ehe, zu Kindern und zu Verstorbenen im Verhältnis zu Dritten ab (Art. 6 Abs. 1 GG),⁸⁵ und im Arbeitsrecht wird in direkter Umsetzung des Art. 9 Abs. 3 GG ein Schutz der Koalitionsfreiheit verwirklicht.⁸⁶ Die Funktion dieser Haftungstatbestände als flexibler Instrumente zur Herstellung praktischer Konkordanz erweist sich an ihren von Ausschließlichkeitsrechten grundlegend abweichenden Wirkungen. Insbesondere ist ihr Schutzbereich nicht abschließend festgelegt, und als „Rahmenrechte“ sind als solche weder verkehrsfähig noch folgen sie dem Modell des Erfolgsunrechts. Vielmehr ist die Rechtswidrigkeit des angegriffenen Verhaltens in jedem Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände positiv festzustellen.⁸⁷

In diesem Zusammenhang verdient gesonderte Erwähnung, dass das Rahmenrecht am Gewerbebetrieb vom Großen Zivilsenat des BGH sogar zur *Begrenzung* der Durchsetzung von Immaterialgüterrechten im Falle objektiv unbezogener Schutzrechtsverwarnungen eingesetzt wurde.⁸⁸ Zur Begründung wurde angeführt, die einschneidende, die Freiheit des Wettbewerbs begrenzende Wirkung eines Immaterialgüterrechts verlange nach einem Korrelat, welches sicherstelle, dass der Wettbewerb nicht über die objektiven Grenzen hinaus eingeschränkt wird, durch die das Gesetz den Schutzbereich bestimmt. Die potentielle Haftung für unberechtigte

⁸⁴ Wird eine zivilgerichtliche Entscheidung zu diesem Rahmenrecht als verfassungswidrig angegriffen, prüft das BVerfG die Position des Gewerbetreibenden anhand der Berufs- oder Pressefreiheit; siehe BVerfGE 17, 231 (248); 66, 237 (248); Pressefreiheit: 25, 256 (263, 268); 60, 234 ff.; NJW 1983, 1181 (§ 1 UWG 1909 in Bezug auf den Boykott eines Presseorgans); 66, 116 (133 ff., 138); ohne Nennung eines verletzten Grundrechts NJW 1989, 381 (382) (unzulässiger, von Art. 5 Abs. 1 GG nicht mehr gedeckter Aufruf zum Mietboykott in den Medien). Die Einschlägigkeit der Eigentumsgarantie wird demgegenüber offengelassen; siehe BVerfGE 18, 85 (90); insbesondere 30, 292 (335); 45, 272 (296); 51, 193 (221 f.); 66, 116 (145 f.); 68, 193 (222 f.); 84, 212 (232); NJW 1992, 36 f.; NJW 1993, 1969 (1971); 96, 375 (397) („etwaiges“ Recht am eingerichteten Gewerbebetrieb); ausdrücklicher Verweis auf die Offenheit dieser Rechtsfrage bei NJW 2005, 589. So zuletzt auch BGHZ 166, 84 (109) (das Recht am Gewerbebetrieb sei „bisher nicht“ als „eigenständiges Schutzgut der Eigentumsgarantie“ anerkannt).

⁸⁵ BGHZ 34, 80 (86) (kein Schutz des positiven Entfaltungsinteresses); LIPP, Die eherechtlichen Pflichten und ihre Verletzung – ein Beitrag zur Fortbildung des persönlichen Ehrechts, 1988, 184 ff. (keine ausschließliche Zuordnung des räumlichen Bereichs der Ehe zum Haben und Nutzen); für das elterliche Sorgerecht RG JW 1913, 202 f.; BGHZ 111, 168 (175) (nichtvermögensrechtliches, absolutes Recht); OLG Jena NJW-RR 2005, 1566 (1568) (Recht auf ungestörte Trauer um Familienangehörige im Schutzauftrag der Art. 1, 2 Abs. 1, 6 Abs. 1 und 2 GG).

⁸⁶ Siehe BAG NJW 1969, 861 (863) (das Recht der Beklagten finde seine Grenze darin, dass durch seine Ausübung nicht berechnete Belange der Klägerin beeinträchtigt würden); AP Art. 9 GG Nr. 49 (1987); NJW 1999, 3281 (3284, 3286) (Schutz des Rechts der Koalition auf koalitionsmäßige Betätigung durch Anspruch auf Unterlassung von Eingriffen, nicht hingegen durch Ansprüche auf ein positives Tun (Einwirkungsklage)).

⁸⁷ Siehe BGHZ 45, 296 (306 f.); LARENZ/CANARIS, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2, Besonderer Teil, 2. HalbBd., 13. Aufl. 1994, 369; LESER, Zu den Instrumenten des Rechtsgüterschutzes im Delikts- und Gefährdungshaftungsrecht, AcP 183 (1983), 568 (584 f.).

⁸⁸ BGHZ 164, 1 (2 ff.); zuvor in diesem Sinne RGZ 58, 24 (30); BGHZ 38, 200 (204).

Schutzrechtsverwarnungen bringe den Schutz der geistigen Leistung einerseits und die Freiheit des Wettbewerbs andererseits auch hinsichtlich der Mittel ihrer Durchsetzung und der Haftung für die Überschreitung dieser Grenzen ins Gleichgewicht. Das Recht am Gewerbebetrieb ist also kein Vehikel zur Sicherung erlangter Marktpositionen, sondern im Gegenteil ein Instrument zur Verhinderung überschießender Wirkungen der Immaterialgüterrechte.

3.3. Zwischenergebnis

Die vorstehende Skizze erhellt, dass die Vorschriften, auf denen die Güterzuordnung basiert, durchweg unter dem Vorbehalt einer unverhältnismäßigen Einschränkung des Prinzips gleicher Freiheit stehen. Die Wahrung individueller Entfaltungsspielräume ist demnach durch die Eigentumsordnung umschließende, übergreifende Rechtsprinzip. Es gilt auch und gerade dort, wo (noch) keine speziellen Regelungen bestehen; insoweit kann eine freiheitliche Rechtsordnung durchaus als lückenlos bezeichnet werden.⁸⁹

Dieses Ergebnis korrespondiert mit der grundsätzlichen wirtschaftsverfassungsrechtlichen⁹⁰ Entscheidung zugunsten der dezentralen Mehrplanwirtschaft. Eine bedarf zwar subjektiver Rechte, die privatautonom⁹¹ gehandelt werden und um die gerungen wird, aber sie nimmt ihren Ausgangspunkt wie die gesamte Rechtsordnung beim Individuum, das selbst über die Befriedigung seiner Bedürfnisse entscheiden soll und dessen negative Freiheit daher stets im Auge zu behalten ist.⁹² Wären subjektive Rechte einschließlich der Immaterialgüterrechte unbegrenzt, würde vom Freiraum, der nach eigenen Vorstellungen ohne Vorgaben des Gesetzes ausgefüllt werden kann, nichts übrig bleiben. In der ökonomischen Analyse ist dieses inakzeptable Bedrohungspotential seit langem erkannt, denn: „A system in which

⁸⁹ Zur Lückenlosigkeit des Rechts im Gegensatz zur Lückenhaftigkeit der Gesetze REICHEL, Gesetz und Richterspruch, 1915, 108; im Ergebnis auch DWORKIN (Fn. 61), 116 („The law may not be a seamless web; but the plaintiff is entitled to ask Hercules to treat it as if it were.“); STERN (Fn. 51), 894 (lückenloser Freiheitsschutz).

⁹⁰ Zum Begriff der „Wirtschaftsverfassung“ BÖHM, Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung, 1937, 54 f. (rechtsverbindliche Entscheidung zugunsten einer bestimmten Art des Wirtschaftens).

⁹¹ Zur Privatautonomie als weiterer Ausprägung des Rechtsprinzips gleicher Freiheit BVerfGE 81, 242 (254); NJW 2005, 596 (598); BGHZ 106, 269 (272); 125, 206 (209); 130, 371 (375 f.) (Vertragsfreiheit als maßgebliches privatrechtliches Element des freiheitlichen marktwirtschaftlichen Systems); v. TUHR, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II/2, 1918/1957, 1; FLUME, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 3. Auflage, 1979, 1 ff.; SCHAPP (Fn. 61), 355 (356); BYDLINSKI, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, 179 ff.

⁹² Siehe BVerfGE 50, 290 (337 ff.); 65, 196 (210) (ein angemessener Spielraum zur Entfaltung von Unternehmerinitiative sei unantastbar); MESTMÄCKER, Macht – Recht – Wirtschaftsverfassung, ZHR 137 (1973), 97 (99) („Es trifft sich, daß die Radikalkritik am Wirtschaftsliberalismus immer auch die Kritik am bürgerlichen Rechtsstaat gewesen ist.“); SCHÜNEMANN, in: HARTE/HENNING, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2004, § 3 UWG Rn. 164 m.w.N.; RITTNER, in: FISCHER/HEFERMEHL (Hrsg.), FS für W. Schilling, 1973, 363 (381 f.) (überwiegend privatautonom gestaltete Wirtschaftsordnung); PAPIER, in: MAUNZ/DÜRIG/HERZOG, Grundgesetz, Loseblatt, Stand: 2007, Art. 14 GG Rn. 34.

the rights of individuals were unlimited would be one in which there were no rights to acquire.⁹³

4. Positive und negative Freiheit

Hinter diesen Unterschieden zwischen den statischen, güterzuordnenden Rechtsgrundlagen und dem dynamischen, auch der Rechtsfortbildung offenstehenden Deliktsrecht steht ein teleologischer Gesichtspunkt. Zwar wird dem begünstigten Gläubiger sowohl durch Immaterialgüterrechte als auch durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht, das Recht am Gewerbebetrieb oder das UWG ein Raum verschafft, in dem er sich ohne Beeinträchtigung durch andere zu entfalten vermag. Nur ist diese *Freiheit* von unterschiedlichem Gehalt. Die erste Kategorie dient nämlich dem Schutz *positiver*, die zweite dem Schutz *negativer* Freiheit.

4.1. Negative Freiheit

Mit negativer Freiheit ist der klassisch liberale Freiheitsbegriff angesprochen, der unter Freiheit die Abwesenheit von Zwang versteht.⁹⁴ Es wird nichts darüber ausgesagt, wie der Einzelne sich verhalten soll – deshalb der Zusatz „negative“ Freiheit. Dieser Freiheitsbegriff liegt namentlich der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG zugrunde, die nur bestimmt, *dass* der Einzelne ein *Grundrecht* auf freie Entfaltung der Persönlichkeit hat, *nicht* aber, *was* er damit anfängt. In ihrem umfassenden Schutzbereich ist das Verteilungsprinzip der einheitlichen Rechtsordnung verwirklicht, wonach individuelle Freiheit als dem Staat und seinen Gesetzen vorausliegend gedacht wird und daher nicht gestattet, sondern nur noch eingeschränkt werden kann. Das Abwehrrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit etabliert demnach kein Dürfen, sondern einen von staatlicher und privater Einflussnahme abgeschirmten Bereich, in dem der Einzelne nach seinen Vorstellungen agieren kann. Diese allgemeine Handlungsfreiheit kommt jedermann in gleichem Ausmaß zu.

Der Schutz der negativen Freiheit zeichnet sich bildlich gesprochen dadurch aus, dass ein „leerer Raum“ markiert wird, der von Dritten nicht beeinträchtigt werden darf, dessen Ausfüllung durch den Geschützten aber offenbleibt, weil hier Autonomie herrschen *soll*.⁹⁵ Gerade diesen Zweck verfolgen die dynamischen Bereiche

⁹³ COASE, *The Problem of Social Cost*, J. L. & Econ. 3 (1960), 1 (44); FIKENTSCHER, *Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz*, 1958, 208 („Würden die verfügbaren Güter der Erde durch ein vollständiges System der Herrschaftssicherung aufgeteilt, so geriete das Leben und damit auch der Rechtsverkehr in Stagnation.“); WILLGERODT, in: SAUERMAN/MESTMÄCKER (Hrsg.), *FS für F. Böhm*, 1975, 687 (704) („Die vollständige Privatisierung von Leistungserfolgen ist sogar unmöglich und absurd.“); ELLGER, *Bereicherung durch Eingriff*, 2000, 15 (wären alle denkbaren werthaltigen Gegenstände ihren Schöpfern als absolute subjektive Rechte zugewiesen, würde „die wirtschaftliche Handlungsfreiheit und damit der Wettbewerb beseitigt“); DRUEY, *Information als Gegenstand des Rechts*, 1995, 95 („Zuordnung als flächendeckende Regelung der Informationsfrage“ sei „geradezu das Gegenstück“ zur Freiheit der Information).

⁹⁴ Oben Fn. 61.

⁹⁵ Kritisch FIKENTSCHER (Fn. 93), 213 f. („leere Form“).

des Deliktsrechts. So beschreiben die gesetzlichen Generalklauseln (§§ 826 BGB, 3 UWG) und die rechtsfortbildend anerkannten Deliktstatbestände (allgemeines Persönlichkeitsrecht, Recht am Gewerbebetrieb) kein bestimmtes Verhalten des Geschädigten. Sie orientieren sich vielmehr am Handeln des Verletzers, der z.B. vorsätzliche sittenwidrige Schädigungen und unlauteres Wettbewerbshandeln zu unterlassen hat, weil er damit einen anderen in inakzeptabler Weise in dessen persönlicher Entfaltung beeinträchtigt. All diese Tatbestände treffen keine Aussage darüber, was der Geschädigte in der Privatsphäre, in Ehe und Familie oder mit seinem Vermögen im Wettbewerb tun darf oder gar soll. Auch der Schutz der Lebensgüter gem. § 823 Abs. 1 BGB enthält keine positiven Vorgaben, wie man z.B. mit seiner Gesundheit umzugehen hat. Bei all diesen genuin deliktsrechtlichen Tatbeständen geht es nicht um eine vordefinierte und damit begrenzte Privilegierung, sondern um die Ermöglichung, „in der Gemeinschaft als Person zu existieren“.⁹⁶ Dazu bedarf es eben erst einmal eines von äußeren Zwängen freien Raumes, in dem sich selbstbestimmtes Leben entfalten kann.

Deliktsrechtlich konstituierte Rechtskreise sind also nicht zufällig auf den negativ-abwehrenden Aspekt beschränkt, der bei subjektiven Rechten noch um eine positive Zuweisung ergänzt wird. Die Offenheit des Schutzobjekts negative Freiheit erklärt ferner, warum weder die Generalklauseln noch die richterrechtlich anerkannten Deliktstatbestände dem Modell des Erfolgsunrechts folgen, die geschützten Rechtskreise also nicht ex ante fest definiert sind, die Feststellung ihrer Verletzung vielmehr eine umfassende Abwägung mit der schließlich ebenfalls tangierten, gleichrangigen negativen Freiheit des Handelnden voraussetzt. Ziel dieser Abgrenzung von Handlungsspielräumen ist die Herstellung praktischer Konkordanz, also letztlich die Erfüllung des Rechtsbegriffs nach *Kant*, wonach der Terminus Recht den „Inbegriff der Bedingungen“ beschreibt, „unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann“.⁹⁷ Die Vielgestaltigkeit des Lebens schließt es aus, diese

⁹⁶ LARENZ, in: BAUR/LARENZ/WIEACKER (Hrsg.), FS für J. Sontis, 1977, 129 (144 f.) (Körper, Ehre, Stimme usw. seien nicht wie Eigentum „zuerteilt“, so dass das aPR seiner Struktur nach weniger ein Herrschaftsrecht als ein Recht auf Achtung der Person sei); JELLINEK (Fn. 61), 83 mit Fn. 1 („... Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre ... fallen nicht unter die Kategorie des Habens, sondern des Seins“), 84 („Ein Recht hat man, Persönlichkeit ist man. Das Recht hat ein Haben, die Person ein Sein zum Inhalt.“); SCHAPP (Fn. 66), 238; zumindest im Ergebnis auch LARENZ/CANARIS (Fn. 87), 374 (die in § 823 Abs. 1 BGB genannten Lebensgüter seien keine „Herrschaftsrechte“).

⁹⁷ KANT (Fn. 61), 230, 237 („Freiheit (Unabhängigkeit von eines Anderen nöthigender Willkür), sofern sie mit jedes Anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann ...“); ähnlich FICHTE, Grundlage des Naturrechts nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre, 1796, 1 (8) („Der Begriff des Rechts ist sonach der Begriff vom notwendigen Verhältnisse freier Wesen zueinander.“). Siehe zu diesem Kontext auch FIKENTSCHE/HEINEMANN, Schuldrecht, 10. Aufl. 2006, Rn. 1402 (Rahmenrechte); EHMANN, in: Ertman, Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Aufl. 2008, Anh § 12 BGB Rn. 1 (aPR); BECKER, Das Recht der unerlaubten Handlungen, 1976, 12. Kritisch v. HIPPEL, Zum Aufbau und Sinneswandel unseres Privatrechts, 1957, 47 (wechselseitige Sozialität werde zum naturrechtlichen Ausgangspunkt gemacht).

ständige Aufgabe durch gesetzliche Vorgaben im Detail zu erfüllen. Deshalb obliegt der Schutz negativer Freiheit vor allen Dingen den Gerichten.

4.2. Positive Freiheit

Der Schutz *positiver* Freiheit im Verhältnis zu jedermann ist hingegen dem *parlamentarischen Gesetzgeber* vorbehalten, und zwar unabhängig davon, ob diese exklusive Zuweisung von Handlungsbefugnissen die Gestalt eines Ausschließlichkeitsrechts annimmt oder sich sonst aus dem Gesetz ergibt und dem Bereicherungsgläubiger bzw. Geschäftsherrn dann zu Herausgabeansprüchen verhilft. Ob der Berechtigte diese Freiräume ausübt, ist wiederum ihm überlassen. Anders als bei der bloß negativen Freiheit ist dieser Raum aber nicht „leer“, sondern vom Gesetz mit einem bestimmten Inhalt gefüllt. Es besagt nämlich *ex ante*, was allein der Berechtigte tun darf.⁹⁸ So ergibt sich beispielsweise aus der Gesamtheit der auf die Immaterialgüterrechte bezogenen Vorschriften, wie weit die Befugnis des Rechtsinhabers reicht, nach Belieben mit dem Werk, der Erfindung usw. zu verfahren.⁹⁹ Anders als beim Schutz der negativen Freiheit enthält sich der Gesetzgeber also nicht der Aussage über das zulässige Verhalten des Bürgers, sondern definiert es im Einzelnen.

Diese Festlegung führt zur Statik derjenigen Regelungen, die das *Erworbene* sichern, während die Abwägung gleichgeordneter negativer Freiheiten *zum Erwerb* der dynamischen Entwicklung durch die Rechtsprechung offensteht.¹⁰⁰ Der Unterschied zwischen definierter positiver Freiheit und inhaltsoffener negativer Freiheit trennt die Eigentümer- von der allgemeinen Handlungsfreiheit. Positive Freiheit betrifft das Haben, negative Freiheit das Personsein. Wie tief verurzelt die Differenzierung im Rechtsdenken ist, beweist die Unüblichkeit der Aussage, die Freiheit zu handeln oder zu erwerben „gehöre“ mir, während eine entsprechende Zuordnungsartikulation im Hinblick auf eine bestimmte Sache oder eine persönliche geistige Schöpfung gängig ist. Die von den Gerichten auf der Basis des Deliktsrechts formulierten allgemeinen Verhaltenspflichten grenzen gleichgeord-

⁹⁸ V. TUHR (Fn. 31), 151; ZITELMANN, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99 (1906), 1 (25) („Darfrechte“); DAMM, Neue Risiken und neue Rechte, ARSP 79 (1993), 159 (181 f.) (offensive Rechte und schutzorientierte Rechte, die sich in ihrer rechtsdogmatischen Struktur und rechtspolitischen Funktion unterscheiden); SCHAPP (Fn. 61), 355 (375); MÖSCHEL, in: ENGEL/MÖSCHEL (Hrsg.), FS für E.-J. Mestmäcker, 2006, 355 (364, 365); undifferenziert hingegen FEZER, Teilhabe und Verantwortung, 1986, 525; HOHFELD (Fn. 61), 16, (36, 55) (Identifizierung positiver „privileges“ mit „liberties“).

⁹⁹ Dazu PEUKERT (Fn. 14), § 11 B II 1.

¹⁰⁰ Zum Unterschied zwischen dem Schutz des Erworbenen und dem Schutz der Freiheit zum Erwerb RAISER, in: SCHWARTLÄNDER/WILLOWEIT (Hrsg.), Das Recht des Menschen auf Eigentum, 1983, 121 (124). Wenig glücklich daher die Formulierung FIKENTSCHERS, der zwischen der Freiheit *zum* Erwerb und der Freiheit *von* der Beeinträchtigung des schließlich Erworbenen unterscheidet; siehe FIKENTSCHER, Intellectual Property and Competition – Human Economic Universals or Cultural Specificities?, II C 38 (2007), 137 (138 f.); anders denn auch das Verständnis etwa bei BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht, 2006, 313 (Freiheit von Datenüberwachung und Freiheit zur Kommerzialisierung des eigenen Datenbestandes).

nete negative Freiheiten ab, die verfassungsrechtlich in den Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1, 5 Abs. 1, 6 Abs. 1, 9 Abs. 3, 12 Abs. 1 GG verankert sind. Diese Rechtspositionen als staatlich verliehene Rechtsmacht zu denken, steht im Widerspruch zum Verteilungsprinzip der freiheitlichen Rechtsordnung. Eine solche Vorstellung würde in letzter Konsequenz sogar zur Aufhebung der freien Entfaltung der Persönlichkeit führen. Denn an die Stelle einer flexiblen Abwägung der gleichrangig geschützten Interessen, nicht beinträchtigt zu werden, träte ein starres System aufeinanderprallender Darfrechte, in dem die Dynamik individueller, ergebnisoffener Freiheit erlischt.¹⁰¹

Da der Begriff des subjektiven Rechts genau diese hoheitliche Erlaubnis zum exklusiven Tun impliziert, ist die Rede von einem subjektiven Privatrecht, spazieren zu gehen, im Wettbewerb zu agieren oder nicht (sic!) betrogen zu werden, verfehlt.¹⁰² Vielmehr sollte der deliktsrechtliche Schutz negativer Freiheit in der Privatrechtsdogmatik¹⁰³ begrifflich eindeutig von subjektiven ausschließlichen Rechten unterschieden werden. Auch wenn sich die Rede vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht und dem Recht am Gewerbebetrieb wohl so eingebürgert hat, dass ein Alter-

¹⁰¹ Auf der Basis einer formalen Freiheitsethik REUTER, Die ethischen Grundlagen des Privatrechts, AcP 189 (1989), 199 (214 f.) („Insbesondere kommt danach kein Verständnis von Privatautonomie und subjektivem Recht in Betracht, das die Kompetenz umfaßt, den Gebrauch von Privatautonomie und subjektiven Rechten für bestimmte Lebensbereiche unmittelbar oder mittelbar vorweg festzulegen.“); anders FIKENTSCHER (Fn. 93), 210 (244) (es wäre unrichtig, ein subjektives Recht an der Wettbewerbsfreiheit zu verneinen).

¹⁰² Ebenso zur ohne Erlaubnistitel zulässigen Meeresfischerei BGHZ 45, 150 (159 f.); ferner RAISER (Fn. 26), 465, 472; v. TUHR (Fn. 31), 150 f., 155; ESSER, Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates, 1949, 155 („Es gibt kein ‚subjektives Recht‘ zum Atmen oder Spaziergehen ...“); EIDENMÜLLER, Rights, Law and Philosophy 10 (1991), 1 (9); LARENZ (Fn. 96), 129 (143) (Privatautonomie kein Gestaltungsrecht); LEHMANN, Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht, 1911/1969, 9; LOBE, Die Bekämpfung des Unlauteren Wettbewerbs, Bd. I, 1907, 148; STEPHAN, Die Unterlassungsklage, 1908, 145; BROSE, Die Unterlassungsklage zur Abwehr künftiger rechtswidriger Eingriffe in die durch die §§ 823, 824 und 826 BGB geschützten Rechtsgüter und rechtlichen Interessen, 1930, 55; BUCHNER, Die Bedeutung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb für den deliktsrechtlichen Unternehmensschutz, 1971, 264; KÖRNER, Der Rechtsschutz des Unternehmens nach § 823 Abs. 1 BGB, 1959, 64 (ein Recht, das durch alle gleichartigen Rechte der anderen beschränkt werden könne, sei kein Recht); für das europäische Wirtschaftsrecht DREXL, in: v. BOGDANDY (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, 747 (769 ff.); wenig klar ELTZBACHER, Die Unterlassungsklage, 1906, 107 (es gebe kein Recht, spazieren zu fahren, weil zum Schutz dieser Interessen keine besondere Rechtsvorschrift ergangen sei); PEIFER, Individualität im Zivilrecht, 2001, 135 (unter Privaten bedürfe es eines Rechts auf Gähnen nicht, weil es kaum vorstellbar sei, dass man dadurch andere in ihren Rechtsgütern verletze); anders FIKENTSCHER (Fn. 93), 210 (244) (es wäre unrichtig, ein subjektives Recht an der Wettbewerbsfreiheit zu verneinen); DERS. (Fn. 100), 137 (158) („rights to property and rights to freedom“); wohl auch KOHLER, Der unlautere Wettbewerb, 1914, 23 (keine scharfe Trennung der Immaterialgüterrechte und des Individualrechts in der Metapher von den Sperrforts und der „ganzen Feste“).

¹⁰³ Dass das Grundgesetz von einem „Recht“ auf freie Entfaltung der Persönlichkeit spricht, steht in Anbetracht der primären Abwehrfunktion der Grundrechte im Verhältnis zum Staat nicht im Widerspruch zur hier vertretenen Auffassung im Kontext der Privatrechtsverhältnisse.

nativvorschlag a ussichtslos erscheint,¹⁰⁴ sollten jene offenen Deliktstatbestände zumindest eindeutig als „Rahmenrechte“ deklariert und nicht mehr unter den Begriff des „sonstigen Rechts“ subsumiert werden. Letztlich doch auf ein „Recht“ lautende Beschreibungen der deliktsrechtlich vermittelten Wahrung gleicher Freiheit – wie das Ausschluss-¹⁰⁵, Ausschließungs-¹⁰⁶, Verbots-¹⁰⁷ oder Abwehrrecht¹⁰⁸, das negative Herrschaftsrecht¹⁰⁹ oder gar das „unvollkommen“ absolute Recht¹¹⁰ – sollten hingegen vermieden werden, weil sie den kategorialen Unterschied zwischen einer begrenzten Privilegierung und der umfassenden, aber undefinierten negativen Freiheit verwischen und so zur verfehlten Übertragung ausschließlichsrechtlicher Konzepte auf den Freiheitsschutz verleiten.¹¹¹

5. Rangfolge zwischen Güterzuordnung und gleicher Freiheit

Festzuhalten ist also, dass sich positive Eigentümer- und negative Handlungsfreiheit im Hinblick auf ihre rechtliche Struktur und die Reichweite ihrer Gewährleistung grundlegend unterscheiden. Sie können sich sogar – wie auch in der Durchsetzungsrichtlinie zum Ausdruck kommt – konfliktig gegenüberstehen, wenn sich die

¹⁰⁴ Aufgrund der eingeschliffenen Sprachübung zurückhaltend zum hier propagierten Konzept des Freiheitsschutzes anstelle der alleinigen Rede von Rechten und Pflichten EIDENMÜLLER (Fn. 102), 1 (10).

¹⁰⁵ Siehe RAISER (Fn. 26), 465 (468) (im Unterschied zu „Herrschaftsrechten“); MEDICUS, Besitzschutz durch Ansprüche auf Schadensersatz, AcP 165 (1965), 115 (136) (Besitz „mehr ein Ausschluß- denn ein Herrschaftsrecht“); DEUTSCH, Entwicklung und Entwicklungsfunktion der Deliktstatbestände, JZ 1963, 385 (387); JANSEN, Die Struktur des Haftungsrechts, 2003, 494 (für den Deliktsschutz des Unternehmens ohne Zuweisungsgehalt); SCHWERTNER, Das Persönlichkeitsrecht in der deutschen Zivilrechtsordnung, 1977, 246 (für das aPR); KOPPENSTEINER/KRAMER, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl. 1988, 77 (für Rechte ohne Zuweisungsgehalt im Hinblick auf die Eingriffskondition).

¹⁰⁶ So die Terminologie bei BAG NJW 1999, 164 (165) (als Bezeichnung für das absolute Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB); öOGH GRUR Int. 1976, 211 (212) (im Hinblick auf Rechte gegen eine unerlaubte Sendung eines Boxkampfes); MEDICUS, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl. 2007, Rn. 67.

¹⁰⁷ ROEBER, Zur Konkurrenz der Rechte, FuR 2/1961, 3, 4 (zum aPR im Gegensatz zum Urheberrecht); v. WESTERHOLT, Übertragung von Sportveranstaltungen im Fernsehen, ZIP 1996, 264 (266) (zur Fernsehübertragung von Sportveranstaltungen).

¹⁰⁸ BGHZ 106, 229 (233); NJW 1998, 756 (758) (zur Rechtsposition der Veranstalter von Sportereignissen gegen die unerlaubte Aufnahme und Sendung auf der Basis des § 1 UWG 1909 und der §§ 823 ff. BGB); OLG Hamm NJW-RR 1987, 232 (für das aPR); KG NJWE-WettBR 1996, 187 (189); SCHACK (Fn. 33), 594 (595).

¹⁰⁹ WOLFF/RAISER, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957, 161 f. (Vormerkung); SCHUMACHER, Schutz des Eigentums, ZHR 113 (1950), 166 (170 f.)

¹¹⁰ ZITELMANN, Internationales Privatrecht, Bd. 1, 1897, 49 f. (Schutz der Handlungsfreiheit als subjektives Recht); I SAY, Das Recht am Unternehmen, 1910, 30; HUECK, Unkörperliche Geschäftswerte, 1913, 39 f. (zur Unterscheidung des Patents und des Rechts am Gewerbebetrieb).

¹¹¹ Siehe insbesondere BGHZ 16, 172 (175) (im Konkurs übertragbares „Ausschlußrecht“ am nicht patentgeschützten Geheimwissen in Abgrenzung zum Patent als absolutes Recht mit „dinglicher Ausschlußwirkung“); 143, 214 (222) (aPR als Abwehrrecht).

Ausgeschlossenen auf eine unverhältnismäßige Einschränkung ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit berufen, der Eigentümer hingegen auf seine garantierte Rechtsposition.

Wenn aber die Zuordnung von Gütern durch Ausschließlichkeitsrechte mit abwehrendem und positivem Gehalt in latentem Konflikt zum Rechtsprinzip des Schutzes gleicher Freiheit steht, kann eine Rechtsordnung nicht beide Grundsätze auf ihre Fahnen schreiben. Entweder es werden grundsätzlich alle Güter auf möglichst hohem Schutzniveau zugewiesen und einzelne Ausnahmen zugelassen *oder* die grundsätzlich unbegrenzte Handlungsfreiheit wird durch Ausschließlichkeitsrechte und entsprechende Durchsatzungsmechanismen punktuell durchbrochen. Die deutsche Rechtsordnung folgt wie gezeigt letztgenannter Alternative.

Nach welchen Regeln der Ausgleich der kollidierenden Grundrechtspositionen zu erfolgen hat, ist davon abhängig, ob das einfache Recht bereits verfassungsrechtliches Eigentum anerkennt oder nicht. *Bevor* das – wie bei „neuen“ Gütern, etwa virtuellen Gegenständen aus Online-Spielen¹¹², oder vor einer beabsichtigten Verlängerung der Schutzdauer von Immaterialgüterrechten – der Fall ist, stehen sich Schutz- und Zugangsinteressen gleichrangig gegenüber, weil zu diesem Zeitpunkt alle Beteiligten mit gleichen Rechten und Ansprüchen auf persönliche Entfaltung ausgestattet sind. Rechtfertigungsbedürftig ist die Zurückdrängung der allgemeinen Handlungsfreiheit durch Gewährung positiv-ausschließlicher Befugnisse an einem Gut, weil das Gefüge grundsätzlich gleicher Freiheiten zugunsten bestimmter Personen verändert wird.¹¹³ Die häufig anzutreffende Argumentation, es seien keine Gründe ersichtlich, die Zuordnung „neuer“ Güter zu versagen, greift daher von vornherein zu kurz.¹¹⁴

¹¹² Zu den technischen und wirtschaftlichen Hintergründen dieses Gutes LOBER/WEBER, *Money for Nothing? Handel mit virtuellen Gegenständen und Charakteren*, MMR 2005, 653 ff.; DIES., *Den Schöpfer verklagen*, CR 2006, 837; TRUMP/WEDEMEYER, *Zur rechtlichen Problematik des Handels mit Gegenständen aus Onlinecomputerspielen*, K & R 2006, 397 f. (allein der mit Spielfiguren erzielte Umsatz bei eBay.com belaufe sich auf mindestens 100 Mill. US-\$); aus US-amerikanischer Sicht JANKOWICH, *Property and Democracy in Virtual Worlds*, Boston U. J. Sci. & Tech. L. 11 (2005), 173 ff. Zur rechtlichen Einordnung dieser Güter im deutschen Recht PEUKERT (Fn. 14), §§ 4 B VIII, 13 B VIII.

¹¹³ BROCKER, *Arbeit und Eigentum*, 1992, 398 f.; a. A. offenbar ENGEL, *Eigentumsschutz für Unternehmen*, AöR 118 (1991), 169 (205 f.) (bei einer an Leistung und Marktwert orientierten Anwendung des Art. 14 GG drohe keine eigentumsrechtliche Verfestigung von Erwerbsausichten, weil der Gesetzgeber einen *begründungsbedürftigen* (sic!) Gestaltungsspielraum habe).

¹¹⁴ A. A. ENGEL (Fn. 113), 169, 199 (die Argumente gegen die Anwendung von Art. 14 GG auf den Gewerbebetrieb rechtfertigten dessen Ausklammerung nicht); FOURNIER, *Bereicherungsausgleich bei Verstößen gegen das UWG*, 1999, 93 f. (es sä kein sachlicher Grund ersichtlich, weshalb schutzwürdige Leistungen keinen Schutz gem. Art. 14 GG erhalten sollen, so dass der Schutz geboten sei, wenn er sonst ungerechtfertigt verkürzt werde); CLAUS (Fn. 49), 176 (es sei nicht ersichtlich, wieso die grundsätzliche Zuordnung bei Persönlichkeitsrechten ausgeschlossen sein sollte).

Überdies ist bei der Erfüllung des Regelungsauftrags aus Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG die Sozialbindung des Eigentums gem. Abs. 2 als verbindliche Richtschnur zu beachten. Hiermit erteilt das Grundgesetz einer Eigentumsordnung die Absage, in der das Individualinteresse den unbedingten Vorrang vor den Interessen der Gemeinschaft hat.¹¹⁵ Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind die grundgesetzliche Gewährleistung des Eigentums und das Sozialgebot in ein *ausgewogenes*, nicht einseitig bevorzugendes bzw. benachteiligendes Verhältnis zu bringen, so dass ein sozial gebundenes Privateigentum als das von Art. 14 Abs. 1 und 2 vorgegebene Sozialmodell erreicht wird.¹¹⁶ Des Weiteren ist anerkannt, dass nicht jedes Rechtsgut von Verfassungs wegen einer privatrechtlichen Herrschaft unterworfen sein muss.¹¹⁷ Auch das grundsätzliche Zuordnungsgebot im Hinblick auf das Urheber- und Patentrecht erstreckt sich nicht auf „jede nur denkbare Verwertungsmöglichkeit“. Vielmehr hat der Gesetzgeber den Schutzbereich des Eigentums nach dem Sozialmodell des Grundgesetzes durch sachgemäße Maßstäbe festzulegen, so dass eine *angemessene*, wirtschaftlich sinnvolle Disposition und Nutzung ermöglicht wird.¹¹⁸

Anders stellt sich das Rangverhältnis zwischen den konfligierenden Interessen des Eigentümers und der Ausgeschlossenen nur dar, *nachdem* das verfassungsrechtliche Eigentum und die Instrumente zu seiner Verwirklichung einfachgesetzlich niedergelegt sind und *soweit* ein Verhalten in Rede steht, das dem Begünstigten positiv-exklusiv zugewiesen wurde. Innerhalb des betroffenen punktuellen Schutzbereichs garantiert Art. 14 GG dann die ungestörte Ausübung der Eigentümerfreiheit, so dass

¹¹⁵ BVerfGE 102, 1 (15). Aus der Entstehungsgeschichte in diesem Sinne Parlamentarischer Rat, Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band 5/I, Ausschuss für Grundsatzfragen, 19 93, 209 ff.

¹¹⁶ BGHZ 6, 270 (282); BVerfGE 18, 121 (132); 21, 150 (155); 25, 112 (117 f.); 36, 281 (292); 37, 132 (140); 38, 348 (370); 49, 382 (394) (ausgewogener Schutz bei verfassungsrechtlichem Anspruch auf angemessene Nutzung der schöpferischen Leistung); 50, 290 (340); 52, 1 (29); 58, 137 (147 ff.); 68, 361 (367); 70, 191 (200); 72, 66 (77 ff.); 79, 29 (40 f.); 79, 174 (198 ff.); 100, 226 (240 ff.); 101, 54 (75); 101, 239 (259); 104, 1 (11); 110, 1 (28); 112, 93 (109); NJW 2006, 1191, 1193 f. Siehe Parlamentarischer Rat 5/I (Fn. 115), 209 f. (über ein Abgehen vom „heiligen Eigentum“ brauche man nicht zu streiten).

¹¹⁷ BVerfGE 58, 300 (339); 67, 329 (342) (keine Verpflichtung zum Ausbau des Pflichtteilsrechts); 81, 208 (220); LEISNER, in: HdbStR, § 149 Rn. 82.

¹¹⁸ Für das Urheberrecht BVerfGE 31, 229, (241); 31, 270, (273) (angemessene Zuordnung der vermögenswerten Befugnisse); 31, 275, (286 f.) (keine Pflicht zur Gewährung „ewiger“ ausschließlicher Urheber- und Leistungsschutzrechte); 49, 382, (403) (nicht für jede öffentliche Wiedergabe müsse ein Ausschließungsrecht eingeräumt werden); 77, 263, (271 f.) (kein verfassungsrechtliches Gebot der Vergütungspflicht für das Auslegen von Zeitschriften in Geschäfts- und Praxisräumen); 79, 29, (44, 46) (kein Anspruch auf Zuordnung jedweden noch so geringen Ergebnisses der Werknutzung); 81, 12, (17) (für das verwandte Schutzrecht des Tonträgerherstellers); 81, 208, (220) (Rechte des ausübenden Künstlers); für das Patentrecht 36, 281, (290 f.) (vor Patenteilung kein Recht am Erfindungsgedanken); NJW 2001, 1783, (1784) (keine Pflicht zum Schutz vor Konkurrenz nach Ablauf der Schutzfrist).

in der Tat *jede* Einschränkung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedarf und als Ausnahme erscheint.¹¹⁹

In diesem auf einer Zeitachse gedachten System kommt dem Transformationsvorbehalt des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG eine weitere, auch in der Staatsrechtslehre bisher kaum beachtete Funktion zu.¹²⁰ Indem nämlich hoheitliche Veränderungen der prinzipiell gleichen Freiheit aller an die Durchführung eines parlamentarischen Verfahrens geknüpft werden, verhindert das Grundgesetz ein wucherndes Anwachsen der Zahl subjektiver Vermögensrechte unter Berufung auf eine „natürliche“ Eigentumsordnung. Die Zuständigkeit des Gesetzgebers und nicht der Gerichte entpuppt sich als verfahrensrechtliches Instrument zur Wahrung privater Handlungsspielräume.

6. Folgerungen für das Generalthema

Abschließend ist auf die Implikationen der vorstehenden Ausführungen für das Generalthema dieses Bandes, die Durchsetzung von Immaterialgüterrechten, zurückzukommen.

6.1. Relevanz für das Gemeinschaftsrecht

Das überwölbende Rechtsprinzip gleicher Freiheit, das Immaterialgüterrechte und ihre Sanktionierung als Ausnahmereiche umschließt, wurde für die *deutsche* Rechtsordnung nachgewiesen. Die Richtlinie 2004/48 vergemeinschaftet jedoch die zivilrechtlichen Rechtsfolgen von Immaterialgüterrechtsverletzungen. Gleichwohl sind die Erkenntnisse zum deutschen Privatrecht für die europäische Ebene von Belang:

Zunächst enthält das geltende Gemeinschaftsrecht keine geschlossene Eigentumskonzeption, wie sie für das deutsche Recht umrissen wurde. Die güterzuordnungsrelevanten General- und Auffangklauseln des BGB, des UWG, des ZPO und des InsO jenseits der normierten Ausschließlichkeitsrechte haben allesamt kein Pendant im europäischen Sekundärrecht, denn ein europäisches Zivil- und Verfahrensrecht in diesen allgemeinen Bereichen existiert bis her nicht. Ferner lässt Art. 295 EGD die Eigentumsordnungen der Mitgliedstaaten ausdrücklich

¹¹⁹ In diese Richtung WOLFF/RAISER (Fn. 109), 181 („Doch gilt die Schrankenlosigkeit nur für den ‚positiven‘ Kern des Eigentums, für das freie Eigentümerbelieben des Grundeigentümers. Sein Recht, andere von der Einwirkung auszuschließen (‚negativer Kern‘), ist dagegen durch sein Interesse an der Ausschließung begrenzt ...“). Siehe ferner BVerfGE 26, 215, (222); 275, (294); 42, 263 (295); LEISNER (Fn. 25), § 149 Rn. 9.

¹²⁰ Siehe HERDEGEN, in: BADURA/DREIER (Hrsg.), FS 50 Jahre BVerfG, Bd. II, 273 (die Staatsrechtslehre müsse sich einem „Auswachsen im materieller Eigentumspositionen zu einem Herrschaftsinstrument auf den Märkten“ stellen); V. B. RÜNNECK, Die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes, 1984, 317 (die Literatur neige dazu, die Rechte der Eigentümer auszuweiten).

unberührt;¹²¹ das „gewerbliche und kommerzielle Eigentum“ erscheint nur als Rechtfertigungsgrund für mitgliedstaatliche Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit (Art. 30 S. 1 EG). Es verwundert daher nicht, dass die Rechtsakte im Immaterialgüterrecht primär auf die Binnenmarkt- und Abrundungskompetenz gem. Art. 95 Abs. 1, 308 EG gestützt wurden.¹²² Die Formulierung eines europäischen, die mitgliedstaatlichen Eigentumsordnungen überwölbenden und modifizierenden Rechtsprinzips, wonach Immaterialgüter auf einem hohen Niveau zuzuordnen und zu schützen sind, dürfte mit Art. 295 EG kaum in Einklang zu bringen sein.¹²³

Ein solcher Ansatz widerspräche im Übrigen den europäischen Grundrechten, die den Rahmen der Aktivitäten der Gemeinschaft bilden. Hierzu zählt gem. Art. 6 Abs. 2 EUV zuvorderst die Europäische Menschenrechtskonvention. Jene versammelt in den Art. 2 ff. individuelle „Rechte und Freiheiten“, während die Eigentumsgarantie in Art. 1 des ersten Zusatzprotokolls zur EMRK niedergelegt ist. Nach Auffassung des EGMR läuft diese Eigentumsgarantie – entsprechend der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 14 GG – auf das Gebot hinaus, eine „gerechte Balance“ zwischen dem Allgemeininteresse und dem Recht auf Achtung des Eigentums zu gewährleisten.¹²⁴ Diesen Grundsätzen folgt das vom EuGH entwickelte gemeinschaftsrechtliche Eigentumsgrundrecht ebenfalls. Insbesondere hat der EuGH stets betont, privates Eigentum genieße in keinem Fall „uneingeschränkten Vorrang“ vor kollidierenden Rechtsgütern anderer und dem Allgemeininteresse, sondern müsse im Kontext seiner gesellschaftlichen Funktion gesehen werden.¹²⁵ Für den Inhalt der gem. Art. 6 Abs. 2 EUV von der EU/EG zu achtenden Grundrechte sind ferner die „gemeinsamen Verfassungsverfassungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts“ maßgeblich. Für das hier interessierende Ver-

¹²¹ Siehe unter Verweis auf Art. 295 EG im Zusammenhang mit der Frage, ob Sportveranstaltern „Fernsehrechte“ zustehen, EG-Kommission, Vermarktung UEFA Champions League, Ziff. 122 mit Fn. 61 („The Commission takes note of the fact that there is no common uniform concept in the EEA Member States regarding the ownership of the property media rights to football events nor is there any Community or EEA law concept. ... The question of ownership is for national law and the Commission's appreciation of the issue in this case is without prejudice to any determination by national courts.“). An Handelsnamen besteht nach Auffassung der EG-Kommission dann ein „Recht des geistigen Eigentums“ gem. Art. 2 Abs. 1 RL 2004/48/EG, „soweit es sich dabei nach dem Recht des betreffenden Mitgliedstaates um ausschließliche Rechte handelt“; siehe EG-Kommission, Erklärung zu Artikel 2 RL 2004/48/EG. Ferner HILTY/HENNING-BODEWIG, Leistungsschutzrechte zugunsten von Sportveranstaltern?, 2007, 22 ff.

¹²² Siehe HILTY, in: BEHRENS (Hrsg.), Stand und Perspektiven des Schutzes Geistigen Eigentums in Europa, 2004, 139 (140 ff.) m.w.N.

¹²³ Der Reformvertrag von Lissabon bringt insoweit keine grundlegenden Änderungen mit sich. Art. 295 EG wird Art. 345 des künftigen Vertrags über die Arbeitsweise der EU, siehe ABl. 2007 C 306/227.

¹²⁴ Siehe zuletzt EGMR, Anheuser-Busch/Portugal, GRUR Int. 2007, 901 (906, 908) m.w.N.

¹²⁵ EuGH, Rs. 4/1973, Nold, Slg. 1974, 491 (Rn. 14); Rs. 44/1979, Hauer, Slg. 1979, 3727 (Rn. 17 ff.); Rs. 200/1996, Metronome Music, Slg. 1998, I-1953 (Rn. 21); verb. Rs. 20/2000, 64/2000, Booker Aquaculture, Slg. 2003, I-7411 (Rn. 64-68); Rs. C-275-06, Promusicae/Telefónica, GRUR 2008, 241 ff. (Rn. 61 ff.).

hältnis von Eigentum und Freiheit wurden die einschlägigen Strukturen der deutschen Verfassung dargelegt. Selbst wenn der Eigentumsverfassung eines anderen Mitgliedstaats ein „hohes Schutzniveau“ für Immaterialgüterrechte entnommen werden könnte, so handelte es sich doch jedenfalls nicht um eine „gemeinsame“ Verfassungsüberlieferung der Mitgliedstaaten, die für den europäischen Gesetzgeber maßgeblich wäre.

Vor diesem Hintergrund verbietet es sich schließlich, Art. 17 Abs. 2 der Charta das Gebot einer „uneingeschränkten“ Achtung geistigen Eigentums und das einer Durchsetzung unter Hintansetzung der Allgemeininteressen an Zugang zu Informationen zu zuerkennen.¹²⁶ Zunächst ist daran zu erinnern, dass die Charta derzeit rechtlich unverbindlich ist, auch wenn die Kommission die grundrechtliche Dimension jedes Legislativaktes „systematisch und gründlich“ prüfen und ihr Ergebnis in den Erwägungsgründen offenlegen möchte.¹²⁷ Ferner stellt Art. 53 Abs. 3 der Charta ausdrücklich klar, dass die in ihr enthaltenen Grundrechte „die gleiche Bedeutung und Tragweite“ haben wie entsprechende Gewährleistungen der EMRK. Ein „weitergehender Schutz“, wie er von Art. 53 Abs. 3 S. 2 Charta für zulässig erklärt wird, ist auf den Grundrechtsschutz im Verhältnis Union/Bürger gerichtet und kann schon deshalb keine Abkehr vom Gebot einer umfassenden Interessenabwägung bei der Ausgestaltung der Eigentumsordnung bedeuten, weil die Kodifizierung von Eigentumspositionen für diejenigen, die dieses Recht künftig zu achten haben, immer eine *Verkürzung* ihrer Freiheitsrechte mit sich bringt. Im Übrigen ergibt sich aus der Systematik des Art. 17 Charta, dass die in Abs. 1 S. 3 vorgesehene Zulässigkeit, die Nutzung des Eigentums zum Wohle der Allgemeinheit zu regeln, auch für die Gewährleistung des in Abs. 2 gesondert genannten geistigen Eigentums gilt. Die „sinngemäße“ Anwendung der in Abs. 1 niedergelegten, herkömmlichen Grundsätze auf das geistige Eigentum entspricht schließlich der historischen Regelungsabsicht des Konvents.¹²⁸

6.2. Rechtsdurchsetzung de lege lata und de lege ferenda

Sind die zusammengetragenen Strukturen zur Eigentumsordnung und zur Wahrung negativer Freiheit mithin auch bei weitgehender gemeinschaftsrechtlicher Prägung zu beachten, ergeben sich hieraus bedeutsame Folgerungen für die Rechtsanwendung und die künftige Fortentwicklung des europäischen Immaterialgüterrechts.

Zunächst verbietet sich eine Auslegung etwa der Durchsetzungsrichtlinie 2004/48, die einseitig an den Interessen des Rechtsinhabers an einer möglichst effektiven, „uneingeschränkten“ Durchsetzung seiner Rechte orientiert ist. Solche

¹²⁶ So auch DEPENHEUER, in: TETTINGER/STERN (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, Art. 17 Rn. 29 (keine „Höherwertigkeit“ des geistigen Eigentums im Vergleich zu anderen Eigentumspositionen).

¹²⁷ Siehe Mitteilung der Kommission, Berücksichtigung der Charta der Grundrechte in den Rechtsetzungsvorschlägen der Kommission, Methodisches Vorgehen im Interesse einer systematischen und gründlichen Kontrolle, KOM (2005) 172 endg. v. 27.4.2005.

¹²⁸ Siehe Vermerk des Präsidiums, Erläuterungen zum vollständigen Wortlaut der Charta v. 11.10.2000, Dok. CHARTE 4487/00 CONVENT 50, 19 f.

Tendenzen lassen sich in der Rechtsprechung freilich bereits beobachten. So rechtfertigte der EuGH das aus Art. 4 Abs. 2 RL 2001/29/EG entnommene Verbot internationaler Erschöpfung im Urheberrecht unter anderem damit, dass die Unzulässigkeit von Parallelimporten aus Drittstaaten zur Erreichung eines hohen Schutzniveaus verhältnismäßig sei und diese Politik kulturelle Aspekte (Bildung) gerade befördere.¹²⁹ Dass die Bereitstellung von Fernsehgeräten in Hotelzimmern eine „öffentliche Wiedergabe“ urheberrechtlich geschützter Werke i.S. einer weiten Auslegung des Art. 3 Abs. 1 RL 2001/29/EG darstellt, wurde vom EuGH maßgeblich mit just jenem generellen Zug der Urheberrechtsrichtlinie begründet.¹³⁰ Inzwischen beeinflusst diese teleologische Argumentation auch die Rechtsprechung der mitgliedstaatlichen Gerichte. In einer Vorlagefrage betreffend die Reichweite des in Art. 4 Abs. 1 RL 2001/29/EG kodifizierten Verbreitungsrechts präferiert der BGH einen weiten Schutzbereich dieses Verwertungsrechts, weil von einem „hohen Schutzniveau“ auszugehen sei und „rigorose und wirksame Regelungen zum Schutz des Urheberrechts“ geschaffen werden sollten.¹³¹ Ganz auf dieser Linie liegt ferner die Bereitschaft des BGH, bereits vor Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie 2004/48/EG durch europarechtskonforme Auslegung erweiterte Sanktionsmechanismen und Ansprüche bei Immaterialgüterrechtsverletzungen zur Verfügung zu stellen.¹³²

Ohne an dieser Stelle auf die Einzelheiten dieser Entscheidungen eingehen zu können, bleibt doch festzuhalten: Immaterialgüterrechte und ihre Verwirklichung im Verletzungsfall finden ihre Grenzen an der allgemeinen Handlungsfreiheit angeblicher Rechtsverletzer, die nicht unverhältnismäßig eingeschränkt werden darf. Die Entscheidung des EuGH v. 29.1.2008 zur zivilrechtlichen Auskunftspflicht von Internet-Service-Providern trägt – bei allen berechtigten Zweifeln am konkreten Auslegungsergebnis – diesem verfassungsrechtlichen Verbot einseitiger Sichtweise Rechnung. Demnach *verpflichtet* das Gemeinschaftsrecht die Mitgliedstaaten sogar dazu, sich bei der Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie und ggf. kollidierender Datenschutzrichtlinien „auf eine Auslegung derselben zu stützen, die es ihnen erlaubt, ein *angemessenes Gleichgewicht* zwischen den verschiedenen durch die Gemeinschaftsrechtsordnung geschützten Grundrechten sicherzustellen“.¹³³

Diese Vorgabe betrifft nicht nur die Auslegung des Gemeinschaftsrechts und hierauf beruhender nationaler Gesetze, sondern auch legislative Entscheidungen im Rahmen der Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie. Weder die Gerichte noch der Gesetzgeber dürfen sich auf das in der Richtlinie angesprochene „hohe Schutzniveau“ kaprizieren. Die mit einer effektiven Sanktionierung von Immaterialgüter-

¹²⁹ Siehe EuGH, Rs. 479/04, Laserdisken/Kulturministeriet, GRUR Int. 2007, 237 (Rn. 57, 75).

¹³⁰ EuGH, Rs. 306/05, Sociedad General de Autores y Editores de España/Rafael Hotels, GRUR Int. 2007, 316 (Rn. 36).

¹³¹ BGH GRUR 2007, 50 (52).

¹³² Siehe im Kontext des Markenrechts BGHZ 166, 233 (242 ff.) (Auskunftsanspruch auch im Hinblick auf den sog. grauen Markt); GRUR 2007, 877 (879) (Schadensersatz auch für die Zeit, in der noch keine konkrete Verletzung nachgewiesen wurde); im Kontext des Patentrechts BGHZ 169, 30 ff. (Anordnung zur Vorlage von Urkunden und sonstigen Unterlagen in richtlinienkonformer Auslegung von § 142 ZPO).

¹³³ EuGH, Rs. C-275-06, Promusicae/Telefónica, GRUR 2008, 241 ff. (Rn. 61 ff.).

rechtsverletzungen einhergehenden Beschränkungen der allgemeinen Handlungsfreiheit und ihre Ausprägungen etwa im Bereich des Datenschutzes *müssen gleichrangig* berücksichtigt werden und dürfen in keinem Fall unverhältnismäßig sein. Diese Vorgabe beschlägt auch eine „überschießende“ Umsetzung in Gestalt weiterer nationaler Sanktionen, denn jene müssen gem. Art. 16 RL 2004/48 ebenfalls *angemessen* sein. In Anbetracht dessen ist bedauerlich, dass der deutsche Gesetzgeber die Richtlinienumsetzung nicht zum Anlass genommen hat, die Entscheidung des großen Zivilsenats zur Haftung für unberechtigte Schutzrechtsverwarnungen¹³⁴ zu kodifizieren oder gar zu einem allgemeinen Instrument zur Verhinderung von Mißbräuchen bei der Durchsetzung von Immaterialgüterrechten fortzuentwickeln, um diese Eigentumspositionen und die Wettbewerbsfreiheit auch hinsichtlich ihrer Durchsetzung in ein angemessenes Gleichgewicht zu bringen.¹³⁵

Die Bedeutung des Rechtsprinzips gleicher Freiheit nimmt sogar noch zu, wenn eine über den gegenwärtigen Stand des *acquis communautaire* hinausreichende, weitere Expansion der Immaterialgüterrechte oder der Durchsetzungsmechanismen in Betracht gezogen wird. Eine derartige, wohl primär auf Gemeinschaftsebene zu erwartende Politik¹³⁶ ist aus mehreren Gründen in besonderer Weise begründungs- und rechtfertigungsbedürftig: generell als Veränderung des status quo und speziell als Verschiebung des verbliebenen Bereichs gleicher Freiheiten zugunsten individueller Vorzugsbereiche. Je weiter die ursprünglich umfassend garantierten „leeren Räume“ schrumpfen, desto höher werden die Anforderungen an eine zusätzliche Etablierung positiv-exklusiver Darfbereiche.

6.3. Ausblick: Dynamik statt Besitzstandswahrung

Die konkreten Implikationen des Verhältnisses von Güterzuordnung und Freiheitsschutz für die Durchsetzungsproblematik sind jedoch nur *ein* Aspekt einer umfassenderen Kritik der gegenwärtig noch immer weit verbreiteten „Eigentumslogik“, die möglichst viele Güter und Handlungsmöglichkeiten für zurechnungswürdig hält.¹³⁷ Die erläuterten Strukturen der Eigentumsordnung sowie das Rechtsprinzip gleicher Freiheit sind nämlich für das Funktionieren einer freiheitlichen, europäischen Privatrechtsordnung generell von zentraler Bedeutung.

Der langfristige Erfolg einer offenen Gesellschaft mit dezentraler Mehrplanwirtschaft beruht gerade auf ihrer Fähigkeit, sich vermittels über die Ausübung individueller Freiräume an neue Gegebenheiten anpassen und erneuern zu können.

¹³⁴ BGHZ 164, 1 ff.

¹³⁵ Siehe dazu Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums, BT-Drs. 16/5048 v. 20.4.2007.

¹³⁶ Siehe zur Verlängerung der Schutzdauer von verwandten Schutzrechten ausübender Künstler und ggf. auch Tonträgerhersteller den Binnenmarktkommissar MCCREEVY, Künstler sollen nicht mehr die „armen Vettern“ des Musikgeschäftes sein, IP/08/240, abrufbar unter <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/240&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en>.

¹³⁷ Begriff und Kritik bei DREIER (Fn. 25), 51, 76 ff. Eine liberal-rechtsstaatliche Kritik der Eigentumslogik findet sich in PEUKERT (Fn. 14), § 15 B I.

Eine Eigentumpolitik, die einseitig auf ein „hohes Schutzniveau“ abzielt, untergräbt hingegen die Akzeptanz des Privateigentums als eines in der Tat unverzichtbaren Ordnungsinstrument¹³⁸ und erfüllt darüber hinaus partikuläre Wünsche nach Besitzstandswahrung. Die ser Ansatz begünstigt eine weitere Verkrustung, ja Erstarrung von Wirtschaft und Gesellschaft. Kreativität und Innovation brauchen jedoch nicht nur Sicherheit gegen unerlaubte Übernahme bzw. Nachahmung, sondern vor allen Dingen *Freiraum*, in dem sie sich entfalten können – auch wenn das Risiken und Verluste für Manche mit sich bringt. Die Rekonstruktion des Rechtsprinzips gleicher Freiheit soll dazu beitragen, diese Zusammenhänge aufzuweisen und zu betonen.

¹³⁸ So zutreffend BIEDENKOPF, in: DEPENHEUER/PEIFER (Fn. 14), Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungsmittel, 23 (37) (es sei darauf zu achten, dass sich das geistige Eigentum nicht „selbst durch Überdehnung, durch Relativierung und durch positivistische Interpretation zerstört“).

Vertragliche Ausdehnung von geistigen Eigentumsrechten

Erscheinungsformen und Vertragskontrolle nach deutschem und europäischem Recht

Axel Metzger

Abstract

Der Beitrag gibt einen Überblick über verschiedene Erscheinungsformen der vertraglichen Ausdehnung von geistigen Eigentumsrechten. Die Ausdehnung kann am Schutzgegenstand, an den Verbotsrechten oder bei den erlaubnisfreien Nutzungsformen ansetzen. Als Grenzen der Vertragsfreiheit sind neben einzelnen zwingenden Vorschriften in den Spezialgesetzen zum Immaterialgüterrecht, etwa §§ 69d, 69g UrhG, insbesondere § 307 Abs. 2 BGB und Art. 81 EG zu beachten. Aus ökonomischer Sicht können vertragliche Extensionen von Immaterialgüterrechten, sofern sie faktische erga omnes-Wirkungen erzeugen, zu Effizienzverlusten führen, wenn nicht gegenläufige Effekte die Wohlfahrtsminderung von Nutzern und Allgemeinheit ausgleichen. Erforderlich ist dabei stets eine Einzelfallbetrachtung. Diese kann im Rahmen der offenen Tatbestände der § 307 Abs. 2 BGB und Art. 81 EG vorgenommen werden.

1. Einleitung: Gibt es eine „Rechtsausdehnung durch Vertragsgestaltung“?

Als die Organisatoren des Max-Planck-Forums 2007 an den Verfasser mit dem Themenvorschlag „Rechtsausdehnung durch Vertragsgestaltung“ herantraten, war dessen erste Reaktion die, welche auch den geeigneten Leser ereilen dürfte: Klingt interessant, aber gibt es das eigentlich? Die genauer gefasste Frage nach den rechtlichen Möglichkeiten und Grenzen einer solchen Ausdehnung fußt letztlich auf zwei Prämissen, ohne die die Themenstellung nur wenig Sinn ergibt und welche zugleich zu einer gewissen Eingrenzung führt.

1.1 Zwei Prämissen

Erstens ist darauf hinzuweisen, dass Schuldverträge stets nur zu *inter partes*-Bindungen führen und streng genommen keine absoluten Rechte mit *erga omnes*-Wirkung erzeugen können.¹ Natürlich versuchen Inhaber von geistigen Eigentums-

¹ Zur Relativität der Schuldverhältnisse vgl. nur KRAMER, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl. 2007, Einl. vor § 241, Rn. 15 ff.; DÖRNER, Dynamische Relativität, 1985, passim; DUBISCHAR, Über die Grundlagen der schulsystematischen Zerteilung der Rechte in sogenannte absolute und relative, 1961, passim.

rechten durch entsprechende Vertragskonstruktionen ihre Bedingungen faktisch gegenüber jedermann durchzusetzen, insbesondere durch Bindungen in vertikalen Vertriebssystemen und standardisierten Endnutzer-Lizenzverträgen. Hiervon wird im Folgenden bei den verschiedenen Vertragskonstellationen eingegangen. (Quasi-)Dinglich wirkende Ausdehnungen von Immaterialgüterrechten lassen sich durch Verträge aber nicht erreichen.

Zweitens verdient nicht jede schuldrechtliche Pflicht in Verträgen über die Nutzung von Immaterialgüterrechten die Bezeichnung „Rechtsausdehnung“. Nur solche Vertragsbedingungen, die gesetzliche Rechte der Nutzer beschränken, etwa Urheberrechtsschranken, den Erschöpfungsgrundsatz oder Vorbenutzungsrechte, oder die zusätzliche, „immaterialgüterrechtsähnliche“ Verbotsrechte des Rechtsinhabers hervorbringen, etwa gesetzlich nicht anerkannte Verbotsrechte an immateriellen Gütern schaffen oder den Schutzbereich der gesetzlich anerkannten geistigen Eigentumsrechte erweitern, weisen eine ausgeprägte Ähnlichkeit mit den immaterialgüterrechtlichen Schutzmechanismen auf. Sonstige Pflichten der Vertragsparteien, beispielsweise zur Fälligkeit der geschuldeten Leistungen, zu den Rechten und Pflichten bei Mängeln der erbrachten Leistungen etc. gehören dem allgemeinen Vertragsrecht an und sind hier auszuklammern.²

1.2 Gang der Darstellung

Sind es also die immaterialgüterrechtsähnlichen Vertragsbedingungen, auf welche die Themenstellung abzielt, so kommen verschiedene Ansatzpunkte für eine vertragliche Ausdehnung in Betracht. Zunächst ist an die vertragliche Ausdehnung des *Schutzgegenstands* zu denken, sei es, dass gesetzlich nicht geschützte Immaterialgüter durch entsprechende vertragliche Gestaltungen vergleichbaren Restriktionen unterworfen werden, sei es, dass gesetzlich anerkannte Schutzrechte ihrem Gegenstand nach erweitert werden (2.). Zudem können die *Verbotsrechte* des Rechtsinhabers vertraglich erweitert werden, mit der Folge, dass den Vertragspartnern Handlungen im Hinblick auf geschützte Gegenstände untersagt werden, welche nach der gesetzlichen Konzeption des Immaterialgüterrechts nicht verboten werden können (3.). Schließlich können gesetzlich anerkannte *Rechte von Nutzern* durch privat-autonome Gestaltungen beschränkt werden (4.). Es ist die Vielfalt der Vertragsgestaltungen, welche den besonderen Reiz der Themenstellung ausmacht, zugleich aber auch den notwendig kursorischen Charakter dieses Beitrags erklärt. Der Überblick schließt mit einer kurzen rechtsökonomischen Skizze (5.) und fasst die wesentlichen Ergebnisse in Thesen zusammen (6.).

² Verträge zur Übertragung geistiger Eigentumsrechte bestehen ebenso wie Lizenzverträge und sonstige Verträge über die Nutzung von Immaterialgütern zu großen Teilen aus allgemein vertragsrechtlichen Bestimmungen, vgl. bspw. die Mustersammlungen zum Patent-, Know-how-, Marken- und Urheberrecht bei SCHÜTZE/WEIPERT (Hrsg.), Münchener Vertragshandbuch, Band 3, 5. Aufl. 2004, 491 ff.

2. Erweiterung des Schutzgegenstands von Immaterialgüterrechten

Vertragliche Erweiterungen des Schutzgegenstands von Immaterialgüterrechten können in unterschiedlicher Gestalt auftreten.

2.1 Vorbehalt gesetzlich nicht geschützter Immaterialgüter: Know-how-Lizenzen

In der Rechtspraxis überaus relevant ist die vertragliche Einräumung von Rechten an geheimem Unternehmenswissen („Know-how“), für welches kein immaterialgüterrechtlicher Schutz besteht.³ Entsprechende Verträge können zu Bindungen des Lizenznehmers führen, die denen eines immaterialgüterrechtlichen Lizenznehmers vergleichbar sind. Die vertragliche Vereinbarung verschafft dem Lizenzgeber hierbei eine Rechtsposition *inter partes*, die mit derjenigen eines Schutzrechtsinhabers vergleichbar ist, wobei die Geltendmachung von Ansprüchen im Fall der Vertragsverletzung von der Wirksamkeit des Vertrags bzw. der jeweiligen Klausel abhängt und konkurrierende deklaratorische Ansprüche nur nach Maßgabe der allgemeinen Bestimmungen in Frage kommen.

Art. 39 Abs. 2 des TRIPS-Übereinkommens enthält eine weite Begriffsbestimmung der nach Maßgabe des Wettbewerbsrechts zu schützenden vertraulichen Informationen. Hierzu gehören solche Informationen, die

„a) in dem Sinne geheim sind, dass sie entweder in ihrer Gesamtheit oder in der genauen Anordnung und Zusammenstellung ihrer Bestandteile Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit den fraglichen Informationen zu tun haben, nicht allgemein bekannt oder leicht zugänglich sind,

b) wirtschaftlichen Wert haben, weil sie geheim sind, und

c) Gegenstand von den Umständen nach angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen seitens der Person waren, unter deren Kontrolle sie rechtmäßig stehen.“⁴

Eine ähnlich weite Definition des Begriffs „Know-how“ findet sich in Art. 1 Abs. 1 lit. i) der Gruppenfreistellungsverordnung für Technologietransfervereinbarungen (GFVO-TT) aus dem Jahr 2004, welche nunmehr neben technisch geprägten Informationen auch „praktische Kenntnisse“ und damit auch kaufmännisches Erfahrungswissen einbezieht.⁵ Dieser weite Begriff wird auch von Rechtsprechung und Literatur in Deutschland zugrunde gelegt, welche die Kriterien der Nichtoffen-

³ Vgl. die empirische Untersuchung von GROSS, Aktuelle Lizenzgebühren in Patentlizenzen, Know-how- und Computerprogrammlicenzverträgen: 2007, K&R 2007, 228 ff.

⁴ Siehe hierzu PETER, in: BUSCHE/STOLL (Hrsg.), TRIPS: Internationales und europäisches Recht des geistigen Eigentums, 2007, Art. 39, Rn. 18 ff.

⁵ Verordnung (EG) Nr. 772/2004 der Kommission vom 27. April 2004 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. Nr. L 123 vom 27. April 2004, S. 11 ff. Siehe hierzu SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, Gruppenfreistellungsverordnung für Technologietransfervereinbarungen, 2005, Art. 1, Rn. 156 f.

kundigkeit, des Bezugs zu einem Unternehmen, des Geheimhaltungswillens sowie des Geheimhaltungsinteresses als begriffsbestimmend ansehen.⁶

Jenseits der Straftatbestände der §§ 17 ff. UWG, welche spezifische Modalitäten der Erlangung von Know-how unter Strafe stellen, genießen die vertraulichen Informationen von Unternehmen nur unvollständigen zivilrechtlichen Schutz nach Maßgabe der allgemeinen Bestimmungen des UWG sowie der §§ 823, 826 BGB.⁷ Vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Beteiligten, welche den Geheimnisschutz privatrechtlich verstärken und erweitern, kommen deswegen besondere Bedeutung zu.⁸

Know-how kann gemeinsam mit einem Patent oder Gebrauchsmuster in einem einheitlichen Vertrag lizenziert werden; die Vertragspraxis kennt aber auch die isolierte Know-how-Lizenz.⁹ Betrachtet man übliche Vertragsgestaltungen in Know-how-Lizenzen, so findet man immaterialgüterrechtstypische Klauseln und Gestaltungen, etwa einfache und ausschließliche Lizenzen,¹⁰ Regelungen zur Übertragung der Lizenzen und zur Vergabe von Unterlizenzen,¹¹ Nichtangriffsabreden¹² oder Regelungen zur Lizenzgebühr, die eine prozentuale Beteiligung am Umsatz aus Herstellung und Vertrieb der Lizenzgegenstände vorsehen.¹³

Die Wirksamkeit von Know-how-Lizenzverträgen ist grundsätzlich anerkannt, sofern die allgemeinen vertragsrechtlichen Vorgaben erfüllt werden. Besondere Anforderungen ergeben sich allerdings aus dem Kartellrecht und insbesondere aus der GFVO-TT, welche in Art. 4 „Kernbeschränkungen“ definiert, für die die Freistellung von Art. 81 EG nicht eingreift. Besondere Beachtung verdienen hierbei die „field of use“-Beschränkungen in Art. 4 Abs. 1 lit. c) sowie die Forschungs- und Entwicklungsbeschränkungen in Art. 4 Abs. 1 lit. d) GFVO-TT. Jenseits der kartellrechtlichen Grenzen werden Know-how-Lizenzverträge als vertragsrechtlich unproblematisch eingestuft, obwohl es sich um die vertragliche Ausdehnung oder Anerkennung gesetzlich nicht gewährter Verbotsrechte an Immaterialgütern handelt.

⁶ Vgl. zuletzt BGH, GRUR 2003, 356, 358 – Präzisionsmessgeräte sowie ANN, Know-how: Stiefkind des Geistigen Eigentums?, GRUR 2007, 39 ff.; HARTE-BAVENDAMM, in: HARTE-BAVENDAMM/HENNING-BODEWIG (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2004, § 17, Rn. 1 ff.; KÖHLER, in: BAUMBACH/KÖHLER/BORNKAMM, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 26. Aufl. 2008, § 17, Rn. 4 ff. jeweils m. w. N.

⁷ Vgl. die Übersicht bei KÖHLER (Fn. 6), Rn. 53 ff.

⁸ So auch ausdrücklich HARTE-BAVENDAMM (Fn. 6), Vor §§ 17, Rn. 7; OHLY, in: PIPER/OHLY, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 4. Aufl. 2006, Rn. 10.

⁹ Siehe hierzu sowie zu weiteren Vertragstypen BARTENBACH, Patentlizenz- und Know-how-Vertrag, 6. Aufl. 2007, Rn. 2670 ff.; WINZER, in: PFAFF/OSTERRIETH (Hrsg.), Lizenzverträge, Formulkommentar, 2. Aufl. 2004, Rn. 566 ff.; SCHULTZ-SÜCHTING, in: Münchener Vertragshandbuch, Band 3, 5. Aufl. 2004, 524 ff.

¹⁰ Siehe BARTENBACH (Fn. 9), Rn. 2809 f.; WINZER, in: PFAFF/OSTERRIETH (Fn. 9), Rn. 637 ff.

¹¹ Siehe BARTENBACH (Fn. 9), Rn. 2855 ff.

¹² Siehe BARTENBACH (Fn. 9), Rn. 2845 ff.

¹³ WINZER, in: PFAFF/OSTERRIETH (Fn. 9), Rn. 683 ff.

2.2 Nichtangriffsklauseln in Lizenzverträgen

Eine zweite Fallgruppe der vertraglichen Ausdehnung des Schutzgegenstands von Immaterialgüterrechten betrifft Nichtangriffsklauseln in Lizenzverträgen, also vertragliche Absprachen, durch die sich der Lizenznehmer gegenüber dem Inhaber eines registrierten Schutzrechts, insbesondere eines Patents oder einer eingetragenen Marke, dazu verpflichtet, kein Nichtigkeits- oder Lösungsverfahren hinsichtlich des Schutzrechts einzuleiten. Erfüllt das in Frage stehende Schutzrecht die gesetzlichen Voraussetzungen nicht, so sind vielfach die Lizenznehmer die einzigen Parteien, die ein wirtschaftliches Interesse und auch die notwendigen Kenntnisse besitzen, um ein Schutzrecht erfolgreich anzugreifen. Wären entsprechende Nichtangriffsklauseln wirksam, so würde dies in entsprechenden Fällen nicht nur zur Erhaltung der Wirkungen des Schutzrechts *inter partes* führen, sondern hätte den zusätzlichen Effekt, dass sich kein Kläger bzw. Antragsteller für ein Nichtigkeits- oder Lösungsverfahren finden würde.

Der Europäische Gerichtshof hatte wegen dieser Gefahr in der Entscheidung *Windsurfing* zunächst den Standpunkt eingenommen, dass Nichtangriffsklauseln in Lizenzverträgen grundsätzlich gegen Art. 81 EG (Art. 85 EGV a.F.) verstoßen,¹⁴ modifizierte diese strikte Linie aber wenig später in der Entscheidung *Süßhöfer* dahingehend, dass Nichtangriffsabreden kartellrechtlich zulässig sein können, „wenn mit dem Vertrag, der die Nichtangriffsabrede enthält, eine kostenlose Lizenz erteilt wird und der Lizenznehmer daher nicht die mit der Gebührenzahlung zusammenhängenden Wettbewerbsnachteile zu tragen hat, oder wenn die Lizenz zwar kostenpflichtig erteilt worden ist, sich aber auf ein technisch überholtes Verfahren bezieht, von dem das Unternehmen, das die Verpflichtung, das Patent nicht anzugreifen, eingegangen ist, keinen Gebrauch gemacht hat.“¹⁵

Die GFVO-TT aus dem Jahr 2004 und die „Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Art. 81 EG-Vertrag auf Technologietransfervereinbarungen“¹⁶ haben das Regel-Ausnahme-Verhältnis aus der Rechtsprechung des EuGH übernommen. Gem. Art. 5 Abs. 1 lit. c) der GFVO-TT gehören Nichtangriffsabreden zu den „nicht freigestellten Beschränkungen“ und können dementsprechend grundsätzlich dem Kartellverbot des Art. 81 Abs. 1 EG unterfallen. Nach den Leitlinien der Kommission liegt der Grund für die Nichtfreistellung entsprechender Klauseln darin, dass „Lizenznehmer in der Regel am besten beurteilen können, ob ein Schutzrecht gültig ist oder nicht. Im Interesse eines unverzerrten Wettbewerbs und in Übereinstimmung mit den Grundsätzen, die dem Schutz des geistigen Eigentums zugrunde liegen, sollten ungültige Schutzrechte aufgehoben werden. Ungültige Schutzrechte verhindern eher die Innovationstätigkeit, anstatt sie zu fördern. Art. 81 Abs. 1 gilt für Nichtangriffsabreden, wenn die Technologie wertvoll ist und somit ein Wettbewerbsnachteil für die Unternehmen entsteht, die an ihrer Nutzung gehin-

¹⁴ EuGH, Rs. 193/83, *Windsurfing*, Slg. 1986, 611 (Rn. 89 ff.).

¹⁵ EuGH, Rs. 65/86, *Süßhöfer*, Slg. 1988, 5249 (Ls. 3).

¹⁶ Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 EG-Vertrag auf Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. Nr. C 101 vom 27. April 2004, S. 2 ff.

dert werden oder die sie nur gegen Zahlung von Lizenzgebühren nutzen können.“¹⁷ In Fußnote 49 v erweisen die Leitlinien darauf, dass eine Technologie auch dann nicht wertvoll sei, wenn die lizenzierte Technologie veraltet ist. Damit erkennen die Leitlinien die beiden in der Entscheidung *Süßhöfer* genannten Fallkonstellationen an, in denen entsprechende Klauseln mit Art. 81 EG vereinbar sind, erklären jedoch Nichtangriffsklauseln an „wertvoller Technologie“ im Übrigen für kartellrechtswidrig.¹⁸

Diese Grundsätze sind aufgrund der Harmonisierung des deutschen Kartellrechts mit dem EG-Kartellrecht durch die 7. GWB-Novelle künftig auch im Bereich des GWB heranzuziehen. Zwar besteht insoweit keine rechtliche Pflicht zur Beachtung der europäischen Maßstäbe, da es anders als bei Gruppenfreistellungsverordnungen (§ 2 Abs. 2 GWB) an einer Verweisung auf die Rechtsprechung des EuGH und die Leitlinien der Kommission fehlt. Es steht aber zu erwarten, dass die europäischen Grundsätze von den deutschen Kartellbehörden und Gerichten dennoch beachtet werden.¹⁹

2.3 Vorbehalt gesetzlich nicht geschützter Bestandteile von schutzfähigen Gegenständen: Valve-Lizenzbestimmungen

Eine dritte typische Fallkonstellation der Rechtsausdehnung durch Vertrag bietet der vertragliche Vorbehalt nicht schutzfähiger Bestandteile von an sich schutzfähigen Werken. Ein Beispiel bieten hier die Lizenzbestimmungen des Videospielherstellers Valve, welche in der aktuellen Version für das Spiel „Half-Life 2“ folgende Klausel enthalten:

„2. Eigentumsrechte. Alle Besitz- und Eigentumsrechte sowie geistigen Eigentumsrechte am Programm und an Programmkopien (einschließlich u. a. Eigentumsrechte, Computercode, Themen, Objekte, Charaktere, Namen von Charakteren, Storys, Dialoge, geflügelte Ausdrücke, Orte, Konzepte, Artwork, Animationen, Klänge, musikalische Kompositionen, audiovisuelle Effekte, Betriebsmethoden, moralische Rechte, verwandter Dokumentation und in das Programm integrierte „Applets“) sind im Besitz von Valve bzw. ihren Lizenznehmern. Das Programm ist durch die Urhebergesetze der Vereinigten Staaten, internationale Urheberrechtsverträge und Konventionen und andere Gesetze geschützt. Alle Rechte sind vorbehalten. Das Programm enthält

¹⁷ Rn. 112.

¹⁸ Vgl. hierzu auch allgemein AXSTER, Nichtangriffsklauseln in Lizenzverträgen, GRUR 1989, 335 (Vortragsbericht); FUCHS, in: IMMENGA/MESTMÄCKER (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1, EG/Teil 1, 4. Aufl. 2007, TT-VO Rn. 325; ØRSTAVIK, Technology Transfer Agreements: Grant-Backs and No-Challenge Clauses in the New EC Technology Transfer Regulation, IIC 2005, 83 ff. Vgl. auch speziell zum Markenrecht INGERL/ROHNKE, Markengesetz, 2. Aufl. 2003, § 30, Rn. 93 (Nichtangriffsklauseln unwirksam, „wenn das Zeichen wesentliche Voraussetzung für den Markterfolg ist.“). Rechtsvergleichend HILTY, Lizenzvertragsrecht, 2001, 523 ff. m. w. N. In den USA werden Nichtangriffsabreden als nicht bindend angesehen, vgl. *Lear, Inc. v. Adkins*, 395 U.S. 653 (1969) sowie LEMLEY, Beyond Preemption: The Law and Policy of Intellectual Property Licensing, 87 Cal. L. Rev. 111(126 f.) (1999).

¹⁹ Vgl. FUCHS, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, Band 2, GWB, 4. Aufl. 2007, § 2, Rn. 38 ff. m. w. N.

gewisse lizenzierte Materialien und die Lizenznehmer von Valve dürfen ihre Rechte im Falle von Verletzungen dieses Vertrags schützen.“²⁰

Die Lizenzbestimmungen richten sich an den jeweiligen Nutzer des Spiels. Dieser soll die Bedingungen vor der Installation des Programms akzeptieren. Geht man davon aus, dass es hierbei zum Abschluss eines wirksamen Endnutzer-Lizenzvertrags kommt,²¹ so würde dies zu einem vertraglichen Verbotsrecht des Lizenzgebers-Rechtsinhabers auch im Hinblick auf solche Bestandteile des Videospieles führen, die vom Urheberrechtsschutz ausgenommen sind. Da aus Sicht des Rechtsinhabers idealerweise jeder Nutzer einen entsprechenden Lizenzvertrag abschließt, würde sich dieses Verbotsrecht zumindest faktisch wie ein *erga omnes*-Verbotsrecht auswirken.²² „Geflügelte Ausdrücke“ oder „Klänge“ sind dem Urheberrechtsschutz mangels Individualität jedoch gerade nicht zugänglich.²³ Auch „Themen“ oder „Konzepte“ als solche sind nicht schutzfähig, sondern nur die konkrete Ausgestaltung, mit der der Urheber ein Thema oder Konzept ausarbeitet.²⁴ Erwirbt ein Wettbewerber eine Kopie des Videospieles und übernimmt aus diesem entsprechende Elemente, so handelt es sich zwar nicht um eine Verletzung des Urheberrechts an dem Spiel, wohl aber um eine Vertragsverletzung, vorausgesetzt die Klausel ist wirksam.

Das Urheberrecht verbietet eine solche vertragliche Ausdehnung des Schutzgegenstands nicht. Anders als in den ersten beiden Fallgruppen kommt bei Endnutzer-Lizenzverträgen auch nicht das Kartellverbot als externe Schranke in Betracht, da es an einem Vertrag zwischen Unternehmen im Sinne von Art. 81 EG bzw. § 1 GWB fehlt. Als möglicher Ansatzpunkt für eine Kontrolle bleibt deshalb allein § 307 Abs. 2 BGB. Handelt es sich beim vertraglichen Vorbehalt nicht schutzfähiger Elemente um eine „unangemessene Benachteiligung“ des Vertragspartners, weil von der Grenzziehung des Urheberrechtsgesetzes zwischen schutzfähigen und gemeinfreien Bestandteilen eines Werkes abgewichen wird? Insofern bewahrheitet sich, dass die Kontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen im Urheberrecht besonders problematisch ist, weil es jenseits des Verlagsvertrags an gesetzlich geregelten Vertragstypen fehlt, so dass die Bestimmung eines „Leitbildes“ im Rahmen des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB problematisch ist. Es können jedoch nicht nur die dispositiven Vorschriften der klassischen BGB-Vertragstypen bei der Klauselkontrolle herangezogen werden, sondern auch die Abweichung von nicht vertragsrechtlichen

²⁰ Die Klausel wurde den Lizenzbedingungen der folgenden Spielversion entnommen: „The Orange Box mit Half-Life 2: Episode Two, Team Fortress 2“ aus dem Jahr 2007. Der Verf. dankt Herrn Assessor Clemens Mayer-Wegelin für den Hinweis. Zu weiteren umstrittenen Klauseln in den Valve-Lizenzbestimmungen siehe KREUTZER, Verbraucherschutz bei digitalen Medien, 2007, 183 ff.

²¹ Die Frage soll hier und im Folgenden ausgeklammert werden, vgl. hierzu eingehend MARLY, Softwareüberlassungsverträge, 4. Aufl. 2004, 213 ff.; SCHNEIDER, Handbuch des EDV-Rechts, 3. Aufl. 2003, 1613 ff. jeweils m. w. N.

²² So auch dezidiert BECHTOLD, Vom Urheberrecht zum Informationsrecht, 2002, 273 ff.

²³ Vgl. nur SCHULZE, in: DREIER/SCHULZE, Urheberrecht, 2. Aufl. 2006, § 2, Rn. 76 f.

²⁴ Vgl. nur LOEWENHEIM, in: SCHRICKER (Hrsg.), Urheberrecht, 3. Aufl. 2006, § 2, Rn. 50 ff.

Bestimmungen kann zu einer unangemessenen Benachteiligung führen.²⁵ Dies hat die Rechtsprechung beispielsweise für den Bereich des Datenschutzes anerkannt.²⁶ Es erscheint deswegen als denkbar, Abweichungen vom urheberrechtlichen Interessenausgleich zu Lasten der Nutzer als unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 2 BGB einzuordnen. Zu beachten ist hierbei allerdings, dass nach der herrschenden Meinung in die Abwägung nur die Interessen der beteiligten Vertragsparteien einbezogen werden können, während das Allgemeininteresse außer Betracht zu bleiben hat.²⁷ Das Interesse aller an einer uneingeschränkten Entfaltungsmöglichkeit von kreativ tätigen Nutzern kann bei dieser engen Betrachtungsweise nur als erwünschter Nebeneffekt des Schutzes des Nutzers berücksichtigt werden.²⁸ Die Beurteilung einer Klausel am Maßstab des § 307 Abs. 2 BGB erfordert dabei stets den Blick auf den Gesamtvertrag. Es ist insbesondere zu prüfen, ob die Benachteiligung der anderen Vertragspartei durch andere Bestimmungen des Vertrags ausgeglichen wird.²⁹ An einem entsprechenden Ausgleich fehlt es in den Valve-Lizenzbestimmungen jedoch, so dass im Ergebnis erhebliche Zweifel an der Wirksamkeit der Klausel bestehen.

3. Ausdehnung von Verbotsrechten

Die vertragliche Erweiterung von Immaterialgüterrechten kann auch beim Umfang der Verbotsrechte des Rechtsinhabers ansetzen.

3.1. Verbot gesetzlich erlaubter Handlungen: Jamba-Nutzungsbedingungen

Eine erste Fallgruppe der Ausdehnung von Verbotsrechten betrifft den vertraglichen Vorbehalt von Nutzungsformen, welche nach der gesetzlichen Regelung nicht vom Verbotsrecht des Rechtsinhabers umfasst sind. Ein entsprechendes Verbot findet sich beispielsweise in Nutzungsbedingungen von Jamba, einem der führenden Anbieter von Klingeltönen und anderen Mobiltelefon-Anwendungen, insbesondere

²⁵ KIENINGER, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Recht, 5. Aufl. 2007, § 307, Rn. 64.

²⁶ BGHZ 95, 362 (367 ff.).

²⁷ Siehe etwa COESTER, in: STAUDINGER (Begr.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bearb. 2006, § 307, Rn. 151; GRÜNEBERG, in: PALANDT (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, 67. Aufl. 2008, § 307, Rn. 7; KIENINGER (Fn. 25), § 307, Rn. 48 jeweils m. w. N.

²⁸ Manche Stimmen halten die Beschränkung auf das Individualinteresse im Rahmen des § 307 Abs. 2 BGB jedoch für nicht zwingend, vgl. insb. BAETGE, Allgemeininteressen in der Inhaltskontrolle, AcP 202 (2002), 972 ff.; WOLF, in: FS. für F. Baur, 1981, 147 (154 ff.). Bereits RAISER, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1935, 277 ff., insb. 279, hat das gesellschaftliche Interesse an der Unwirksamkeit missbräuchlicher Klauseln betont. Legt man diesen Maßstab an, so könnte das gesellschaftliche Interesse an der Freiheit der kreativen Nutzung gemeinfreier Werkbestandteile unmittelbar berücksichtigt werden.

²⁹ COESTER, in: STAUDINGER (Fn. 27), § 307, Rn. 124 f.; GRÜNEBERG, in: PALANDT (Fn. 27), § 307, Rn. 10; KIENINGER (Fn. 25), § 307, Rn. 34 jeweils m. w. N.

von Spielen. In den „Nutzungsbedingungen für Klingeltöne, Logos, Spiele und TV“³⁰ heißt es:

„4.3 Alle Produkte von Jamba unterliegen dem Urheberrechtsschutz und dem Markenrechtsschutz. Der Nutzer ist berechtigt, die Produkte auf seinem Mobiltelefon zu speichern. Eine andere weitige Speicherung, insbesondere die Übertragung auf ein anderes Mobiltelefon, ist unzulässig. Ebenfalls unzulässig ist ein Kopieren oder sonstiges Vervielfältigen oder Weiterbearbeiten der vom Nutzer bezogenen Produkte.“

Die Klausel ist im hiesigen Zusammenhang vor allem im Hinblick auf das Bearbeitungsverbot von Interesse.³¹ Nimmt man sie beim Wort, so wäre dem Nutzer entgegen § 23 S. 1 UrhG jegliche Bearbeitung der bei Jamba erworbenen schutzfähigen Klingeltöne, Spiele oder sonstigen schutzfähigen Inhalte verboten, und zwar auch dann, wenn er die bearbeiteten Versionen lediglich nicht-öffentlich nutzt. Dies schränkt die Freiheit kreativer Nutzer spürbar ein, selbst wenn es sich zahlenmäßig nur um eine kleine Gruppe handeln dürfte. Nach der gesetzlichen Regelung ist es erlaubnisfrei zulässig, im internen Bereich Bearbeitungen von schutzfähigen Werken herzustellen, etwa Cover-Versionen von Beatles-Songs am heimischen Klavier zu spielen.³² Die Nutzungsbedingungen von Jamba verbieten jedoch genau dies und erweitern das Verbotshinweis in das Wohnzimmer des Nutzers, ohne die Beschränkung der Nutzerrechte auf andere Weise auszugleichen. Als Ansatzpunkt für die Kontrolle der Klausel kommt auch hier § 307 Abs. 2 BGB in Betracht. Insoweit kann auf die Ausführungen unter 2.3 verwiesen werden.

3.2 Verbot der Umgehung unwirksamer technischer Schutzmaßnahmen: iTunes-Dienstleistungsbedingungen

Vertragliche Verbote können den rechtlichen Schutz technischer Schutzmaßnahmen im Sinne der §§ 95a ff. UrhG zusätzlich absichern. Um eine vertragliche Ausdehnung des Urheberrechts handelt es sich insbesondere dann, wenn die betreffende technische Sicherung nicht die Voraussetzungen einer „wirksamen“ Maßnahme gem. § 95a Abs. 2 UrhG erfüllt. Ein Beispiel bieten hier die Dienstleistungsbedingungen des iTunes Musikangebots im Internet („iTunes Store“).³³ Hier heißt es:

„9. Erwerb von iTunes-Inhalten (...) Nutzungsbedingungen (...)

(x) Sie erklären sich damit einverstanden, dass Sie weder selbst versuchen noch andere Personen dazu ermutigen oder dabei unterstützen, technische Sicherheitsvorkehrungen oder Software, die Teil des Dienstes ist, oder der Umsetzung dieser Nutzungsbedingungen dient, zu umgehen oder zu verändern.“

³⁰ <http://www.jamba.de/jcw/all/terms.do>.

³¹ Zur Wirksamkeit des Verbots, den Klingelton auf andere Geräte zu übertragen, vgl. KREUTZER (Fn. 20), 127 f., der allerdings entgegen der herrschenden Meinung von der analogen Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf unkörperliche Werkkopien ausgeht. Zu dieser Frage siehe eingehend JAEGER, Der Erschöpfungsgrundsatz im neuen Urheberrecht, in: HILTY/PEUKERT (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, 2004, 47 ff.

³² Vgl. nur LOEWENHEIM, in: SCHRICKER (Fn. 24), § 23, Rn. 17.

³³ <http://www.apple.com/legal/itunes/de/service.html>.

Die Klausel scheint auf den ersten Blick mit der gesetzlichen Regelung in § 95 Abs. 1 UrhG zu harmonieren, nach welcher die Umgehung technischer Schutzmaßnahmen untersagt werden kann. Dieser Schein trägt jedoch, weil ernsthafte Zweifel an der Wirksamkeit des technischen Schutzes gem. § 95a Abs. 2 UrhG angezeigt sind. Zwar verweigert die iTunes-Software die direkte Umwandlung geschützter Musikdateien in ein ungeschütztes MP3-Format. Die iTunes-Software selbst lässt eine Umwandlung jedoch mit wenigen Handgriffen zu, die auch ein technisch nicht versierter Verbraucher ohne Weiteres vornehmen kann. Erforderlich hierfür ist das einfache Brennen der Dateien auf eine CD, eine Funktion, welche die Software selbst anbietet, sowie der nachfolgende Import der dann ungeschützten MP3-Dateien.³⁴ Selbst wenn man den Standard für die Wirksamkeit von DRM-Systemen sehr niedrig ansetzen wollte,³⁵ dürften ernstliche Zweifel an der Wirksamkeit eines so einfachen Schutzmechanismus bestehen. Dies würde die Klausel in den iTunes-Dienstleistungsbedingungen als vertragliche Ausdehnung des gesetzlich gewährten Rechtsschutzes erscheinen lassen, so dass sich wiederum die Frage der Wirksamkeit einer solchen Klausel gem. § 307 Abs. 2 UrhG stellt (vgl. hierzu oben 2.3). Hierbei ist allerdings zu beachten, dass die iTunes-Dienstleistungsbedingungen ansonsten recht großzügige Bestimmungen über die Nutzerrechte enthalten. So ist der Nutzer berechtigt, Listen mit Stücken („Audio Playlists“) bis zu sieben Mal zu brennen.³⁶ Auch dürfen die Dateien auf bis zu fünf unterschiedlichen Geräten benutzt werden.³⁷ Bedenkt man, dass Nutzer DRM-geschützter digitaler Inhalte nach der gesetzlichen Regelung des § 95b Abs. 1 UrhG jegliche Berechtigung zur Erstellung digitaler Privatkopien verloren haben, so erscheint das Gesamtbild der iTunes-Bedingungen als vergleichsweise nutzerfreundlich. Die Klausel sollte deswegen einer gerichtlichen Überprüfung am Maßstab des § 307 Abs. 2 BGB standhalten.³⁸

4. Ausschluss und Beschränkung von Nutzerrechten

Schließlich kann sich eine vertragliche Ausdehnung von Immaterialgüterrechten auch darin manifestieren, dass gesetzlich anerkannte Rechte der Nutzer durch vertragliche Bestimmung beschnitten werden. Die Grenze zur Fallgruppe der Ausdehnung von Verbotsrechten (oben 3.) ist dabei fließend, weil die immaterialgüterrechtlichen Verbotsrechte sowohl durch positive als auch durch negative Merkmale

³⁴ Vgl. hierzu KREUTZER (Fn. 20), 108 m. w. N.

³⁵ Zu den verschiedenen Vorschlägen für die Bestimmung des Maßstabs bei § 95a Abs. 2 UrhG vgl. nur PEUKERT, in: LOEWENHEIM (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 2003, 497 f.; GÖTTING, in: SCHRICKER (Hrsg.), Urheberrecht, 3. Aufl. 2006, § 95a, Rn. 20 ff.; insoweit DREIER, in: DREIER/SCHULZE (Fn. 23), § 95a, Rn. 15 f.

³⁶ Siehe Ziffer 9 (v).

³⁷ Siehe Ziffer 9 (iii).

³⁸ KREUTZER (Fn. 20), 108 f. hält die Klausel mit beachtlichen Argumenten für unwirksam gem. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB. Die Frage der Transparenz von AGB-Klauseln soll hier ebenso wie die Einbeziehungsfrage ausgeklammert werden.

charakterisiert sind. Jedes „Mehr“ bei den Verbotsrechten bedeutet zugleich ein „Weniger“ bei den Nutzerrechten.

4.1. Ausschluss von explizit erlaubnisfreien Handlungen: Microsoft-EULAs und Valve-Lizenzbestimmungen

Ein erstes Beispiel bieten die Microsoft Lizenzbedingungen für das Programmpaket Microsoft Office Home and Student 2007.³⁹ Diese sehen für den Kunden die Pflicht vor, seine Programmkopie zu „aktivieren“, das heißt, Informationen über die Hard- und Software des Kunden an Microsoft zu übermitteln. Kommt der Kunde dieser Pflicht nicht nach, so werden nach einer gewissen Zeit seine Rechte zur Nutzung der Software technisch beschränkt. In Ziffer 4 der Lizenzbedingungen heißt es ausdrücklich:

„Obligatorische Aktivierung. (...) Nach dem Ablauf des für die Aktivierung empfohlenen Zeitraums sind ihre Rechte zur Nutzung der Software beschränkt, bis die Software aktiviert wird.“

Die Wirksamkeit der Klausel ist in doppelter Hinsicht zweifelhaft. Dies gilt zunächst im Hinblick auf § 69d Abs. 1 UrhG.⁴⁰ Legt man die Vorschrift im Lichte von Art. 5 der Computerprogramm-Richtlinie aus,⁴¹ so wird deutlich, dass der Erwerber einer rechtmäßig in Verkehr gelangten Programmkopie zur bestimmungsgemäßen Benutzung der Software berechtigt ist, auch wenn er keinen zusätzlichen Lizenzvertrag mit dem Rechtsinhaber abschließt. Kommt es dennoch zum Abschluss eines Endnutzer-Lizenzvertrags, was vielfach zweifelhaft sein dürfte, so können die Rechte aus § 69d Abs. 1 UrhG zwar vertraglich eingeschränkt werden. Der Kernbestand des Rechts auf eine bestimmungsgemäße Benutzung des Programms ist aber zwingend gewährt und kann dementsprechend nicht abbedungen werden.⁴² Die Aktivierungspflicht aus den Office-Lizenzbedingungen verstößt hiergegen, weil sie die Wahrnehmung des Benutzungsrechts an Bedingungen knüpft.⁴³ Die Klausel dürfte zugleich als unangemessene Benachteiligung des Nutzers gemäß § 307 Abs. 2 BGB einzuordnen sein, weil es sich um eine den Nutzer erheblich benachteiligende Abweichung vom gesetzlichen Leitbild des Softwareüberlassungsvertrags im Sinne der §§ 69d, 69e UrhG handelt, die nicht durch ein überwiegendes Interesse des Herstellers gerechtfertigt werden kann.⁴⁴

³⁹ <http://office.microsoft.com/de-de/products/HA102103171031.aspx>.

⁴⁰ § 69d Abs. 1 UrhG ist freilich keine Schranke im engeren Sinne, siehe zur Rechtsnatur eingehend SCHULZ, Dezentrale Softwareentwicklungs- und Softwarevermarktungskonzepte, 2005, 122 ff.

⁴¹ Richtlinie 91/250/EWG des Rates vom 14. Mai 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl. L 122 vom 17. Mai 1991, S. 42 ff.

⁴² Allgemeine Ansicht, vgl. nur DREIER, in: DREIER/SCHULZE (Fn. 23), § 69 d, Rn. 12; GRÜTZMACHER, in: WANDTKE/BULLINGER (Hrsg.), Praxiskommentar zum Urheberrecht, 2. Aufl. 2006, § 69d, Rn. 34.

⁴³ Eingehend MARLY (Fn. 21), 531 ff.

⁴⁴ Siehe MARLY (Fn. 21), 533 ff.; SCHNEIDER (Fn. 21), 2098.

Auch in den bereits erwähnten Lizenzbestimmungen des Videospiegelherstellers Valve⁴⁵ finden sich vertragliche Restriktionen urheberrechtlicher Schranken. Dort findet sich die folgende Klausel:

„1. Lizenz zur beschränkten Installation. (...)“

B. Sie dürfen das Programm weder ganz noch teilweise: kopieren, fotokopieren, reproduzieren, übersetzen, zurückentwickeln (mit Ausnahme bestimmter Umstände, bei denen dies gesetzlich gestattet ist), davon Quellcode ableiten, modifizieren, disassemblieren, dekompileieren oder Bearbeitungen erstellen, die auf dem Programm basieren, eigentumsrechtliche Hinweise oder Beschriftungen auf dem Programm entfernen oder in irgendeiner Weise versuchen, jegliche Sicherheitsmaßnahmen zu umgehen, die zur Kontrolle des Zugriffs auf das Programm implementiert wurden.“

Wendet man auf Computerspiele die Vorschriften der §§ 69a ff. UrhG über Computerprogramme an,⁴⁶ so sind gleich mehrere als zwingend ausgestaltete Schrankenbestimmungen betroffen. Wörtlich genommen zielt die Klausel nicht nur darauf ab, das Erstellen einer Sicherungskopie aus § 69d Abs 2 UrhG auszuschließen, sondern auch die Dekompilierung gem. § 69e UrhG vollständig zu verbieten. Beide Nutzerrechte sind gem. § 69g Abs 2 UrhG zwingend ausgestaltet, so dass entgegenstehende vertragliche Vereinbarungen unwirksam sind. Die salvatorische Klausel in der Klammer bezieht sich dabei nach ihrer Satzstellung nur auf „zurückentwickeln“ und kann dementsprechend für die anderen hier besonders interessierenden vertraglichen Verbote („kopieren“, „reproduzieren“, „dekompileieren“ etc.) keine Bedeutung erlangen, so dass die Frage, ob entsprechende Klauseln im Rahmen des § 69g Abs. 2 UrhG zu beachten sind, dahingestellt sein kann. Für die parallel zu beachtende Unwirksamkeit gem. § 307 Abs. 2 BGB wäre der Vorbehalt entgegenstehender gesetzlicher Regelungen ohnehin bedeutungslos.⁴⁷

Im Zusammenhang der vertraglichen Beschränkung erlaubnisfreier Handlungen sind schließlich auch Weiterveräußerungsverbote zu nennen. Entsprechende Klauseln finden sich zum einen in den bereits genannten Microsoft Office Lizenzbedingungen.⁴⁸ Dort liest man in Ziffer 14:

„14. Übertragung an Dritte. Der erste Nutzer der Software ist berechtigt, die Software mit diesem Vertrag einmalig direkt an Dritte zu übertragen. (...) Vor jeder gestatteten Übertragung muss sich die andere Seite damit einverstanden erklären, dass dieser Vertrag für die Übertragung und Verwendung der Software gilt.“

Noch restriktiver lautet die Bestimmung in den Valve-Lizenzbestimmungen:⁴⁹

„1. B. (...) Sie dürfen das Programm ohne die vorherige schriftliche Genehmigung von Valve nicht an andere verkaufen.“

⁴⁵ Siehe oben Fn. 20.

⁴⁶ So die einschlägige Ansicht für das den Spielablauf steuernde Programm, vgl. DREIER, in: DREIER/SCHULZE (Fn. 23), § 69a, Rn. 17; LOEWENHEIM, in: SCHRICKER (Fn. 24), § 69a, Rn. 25.

⁴⁷ Siehe BGHZ 93, 48 sowie GRÜNEBERG, in: PALANDT (Fn. 27), Vorb. V. § 307, Rn. 13 m. w. N.

⁴⁸ Siehe oben Fn. 39.

⁴⁹ Siehe oben Fn. 20.

Weitergabeverbote kollidieren mit dem im gesamten Immaterialgüterrecht anerkannten Erschöpfungsgrundsatz, im (Software-)Urheberrecht konkret mit den §§ 17 Abs. 2, 69c Nr. 3 S. 2 UrhG sowie Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft⁵⁰ und Art. 4 lit. c) S. 2 der Computerprogrammrichtlinie.⁵¹ Der Erschöpfungsgrundsatz wird von der urheberrechtlichen Literatur als zwingendes Recht betrachtet, so dass der Ausschluss der Weiterveräußerungsfreiheit jedenfalls keine dinglichen Wirkungen nach sich zieht.⁵² Für den zwingenden Charakter der Norm spricht das Allgemeininteresse an klaren Rechtsverhältnissen im Hinblick auf in den Verkehr gelangten Kopien. Auf der schuldrechtlichen Ebene scheitern jedenfalls vollständige Weitergabeverbote an § 307 Abs. 2 BGB, „wegen Verstoßes gegen den wesentlichen Grundgedanken der §§ 17 Abs. 2, 69c Nr. 3 UrhG“.⁵³ Nichts anderes gilt für vertragliche Klauseln, welche – wie die Valve-Lizenzbestimmungen – die Weiterveräußerung von der vorherigen Zustimmung des Rechtsinhabers abhängig machen.⁵⁴ Klauseln, die wie die Microsoft Office Lizenzbedingungen, die (schuldrechtliche) Zulässigkeit der Weiterveräußerung von der Zustimmung des Zweiterwerbers zu den Lizenzbedingungen voraussetzen, werden im Hinblick auf das Schutzinteresse des Rechtsinhabers von Teilen der Literatur dagegen als wirksam angesehen.⁵⁵ Die Folge eines Verstoßes wäre allerdings auch bei der Annahme der (fraglichen) Einbeziehung und Wirksamkeit der Klausel lediglich eine Vertragsverletzung des Ersterwerbers und nicht etwa die Unwirksamkeit der Veräußerung des Programms.⁵⁶

4.2. Vertragliche Verbote über die Schutzdauer hinaus: „Linda“

Ein anschauliches Beispiel für die Versuche von Schutzrechtsinhabern, auch nach Ablauf der gesetzlichen Schutzfrist eines Immaterialgüterrechts die betreffenden Güter zu monopolisieren, bietet der Konflikt um die Kartoffelsorte „Linda“. Der Inhaber des Sortenschutzrechts an der Kartoffelsorte, der Marktführer Europlant aus Lüneburg, hatte seine Pflanzgutproduzenten auch über die Schutzfrist des § 13 SortenSchG hinaus zur Ablieferung allen Pflanzguts verpflichtet, um die weitere Vermehrung und Vermarktung der Sorte zu verhindern und die geschützte Nachfol-

⁵⁰ Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. L 167 vom 22. Juni 2001, S. 10 ff.

⁵¹ Siehe oben Fn. 41.

⁵² Siehe GRÜTZMACHER, in: WANDTKE/BULLINGER (Fn. 42), § 69c, Rn. 38; LOEWENHEIM, in: SCHRICKER (Fn. 24), § 17, Rn. 50.

⁵³ So das OLG Frankfurt am Main, NJW-RR 1997, 494.

⁵⁴ So auch ausdrücklich das OLG Frankfurt am Main, NJW-RR 1997, 494. Zustimmend DREIER, in: DREIER/SCHULZE (Fn. 23), § 69c, Rn. 33; GRÜTZMACHER, in: WANDTKE/BULLINGER (Fn. 42), § 69c, Rn. 38.

⁵⁵ Vgl. insb. BARTSCH, Grad der Marktdurchdringung von Software als rechtliches Kriterium, CR 1994, 667 (672); SCHUPPERT/GREISSINGER, Gebrauchthandel mit Software, CR 2005, 81 (84). Dagegen KREUTZER (Fn. 20), 48 ff.

⁵⁶ Zutreffend GRÜTZMACHER, in: WANDTKE/BULLINGER (Fn. 42), § 69c, Rn. 39.

gesorte „Belana“ im Markt zu etablieren. Die Folge war ein von erheblichem öffentlichen Interesse begleiteter Konflikt zwischen Europlant und einer Gruppe von Biobauern, welche die Sorte für besonders geeignet für den biologischen Anbau hielt und diese nach Ablauf des Sortenschutzes weiter anbauen wollte.⁵⁷ Nach der Anordnung der Beschlagnahme des Pflanzguts durch das Schiedsgericht der Landwirtschaftskammer Hannover einigten sich die Parteien schließlich auf die Herausgabe und die Verpflichtung von Europlant, das Pflanzgut in Deutschland zum marktüblichen Preis zu vertreiben.⁵⁸ Für die Beurteilung der rechtlichen Wirksamkeit der Verträge wäre die Kenntnis des ganzen Sachverhalts einschließlich des genauen Vertragswortlauts erforderlich. Soviel kann gleichwohl festgehalten werden: Hätten die vom Schutzrechtsinhaber geschlossenen Verträge zur Folge, dass potentielle Produzenten von Pflanzgut vertraglich an der Herstellung gehindert sind, so dass die vom Sortenschutzrecht angeordnete erlaubnisfreie Nutzungsmöglichkeit nach Ablauf der Schutzfrist faktisch unzulässig wäre, so dürfte hierin ein Verstoß gegen Art. 81 EG liegen.⁵⁹

5. Rechtsökonomische Skizze

Fasst man die bisherigen Ergebnisse zusammen, so ergibt sich folgender Befund. Das Konzept der vertraglichen Ausdehnung von Immaterialgüterrechten bildet nicht mehr als eine lose gemeinsame Klammer für sehr unterschiedliche Fallgestaltungen. De lege lata kommen als Kontrollmechanismen einzelne zwingende Spezialnormen in Betracht, etwa die §§ 69d, 69g UrhG. Daneben sind die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 2 BGB sowie die kartellrechtliche Grenze der Vertragsfreiheit aus Art. 81 EG zu beachten. Die vertragliche Ausdehnung von Immaterialgüterrechten steht damit positivrechtlich an der Schnittstelle zwischen Immaterialgüter-, Vertrags- und Kartellrecht. Die grenzüberschreitende Natur der Fragestellung führt zugleich dazu, dass auf unterschiedliche Modelle der ökonomischen Analyse des Rechts zurückgegriffen werden kann.

So wäre es denkbar, für die Fälle allgemeiner Geschäftsbedingungen eine Inhaltskontrolle im Hinblick auf die dadurch reduzierten Informationskosten der Nutzer geschützter Gegenstände zu rechtfertigen.⁶⁰ Die Drittinteressen bei der Beschneidung von Nutzerrechten, etwa das Interesse der Allgemeinheit an der Gemeinfreiheit nicht schutzfähiger Elemente in Videospielen, wären dabei als Externalitäten zu berücksichtigen und würden die Legitimität der Vertragskontrolle

⁵⁷ Vgl. Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung, 19. Februar 2006 und Tagesspiegel, 12. April 2005.

⁵⁸ http://www.kartoffelvielfalt.de/rettet_linda/index.php.

⁵⁹ Nach dem Ablauf der Schutzfrist greift die Gruppenfreistellungsverordnung für Technologietransfervereinbarungen (Fn. 5) nicht mehr ein, siehe Art. 2 Abs. 2 S. 2 der Verordnung. Vgl. hierzu BECHTOLD/BOSCH/BRINKER/HIRSBRUNNER, EG-Kartellrecht, 2005, Art. 2 VO 772/2004, Rn. 6; FUCHS, in: IMMENGA/MESTMÄCKER (Fn. 18), TT-VO Rn. 190; SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER (Fn. 5), 120 f.

⁶⁰ Vgl. hierzu SCHÄFER/OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, 4. Aufl. 2005, 513 ff.

gegebenenfalls zusätzlich absichern.⁶¹ Im Hinblick auf wettbewerbsbeschränkende Absprachen ließen sich die verschiedenen Wettbewerbsmodelle der ökonomischen Theorie fruchtbar machen.⁶²

Schließlich könnte für alle genannten Fälle die ökonomische Analyse der geistigen Eigentumsrechte herangezogen werden. Die Anwendung eines eigentumsbasierten Modells auf vertragliche Absprachen dürfte aus Sicht der Ökonomik jedenfalls dann zulässig sein, wenn die Vertragsgestaltung faktisch zu ähnlichen Ausschlusswirkungen führt wie ein gesetzlich bestimmtes absolutes Recht.⁶³ Als (nur im Rahmen eines theoretischen Modells tragfähige) Prämisse könnte dabei die Annahme zugrunde gelegt werden, dass der Gesetzgeber geistige Eigentumsrechte in effizienter Weise ausgestaltet.⁶⁴ Jede Abweichung vom gesetzlichen Ausgleich der beteiligten Interessen würde dann als potentiell wohlfahrtsmindernd anzusehen sein, weil die Wohlfahrtsverluste der Nutzer und der Allgemeinheit höher sind als die zusätzlichen Gewinne des Rechtsinhabers, sofern die Verluste nicht im Einzelfall durch gegenläufige Effekte ausgeglichen werden.⁶⁵ Wenn beispielsweise der Gesetzgeber eine 30-jährige Dauer des Sortenschutzrechts bei Kartoffeln im Regelfall für effizient erachtet, so bedarf die vertragliche Ausdehnung der Schutzdauer mit faktischer *erga omnes*-Wirkung der besonderen Rechtfertigung, etwa außergewöhnlich hohe Entwicklungskosten, die im Rahmen der gewöhnlichen Schutzdauer nicht amortisiert werden können. Die ökonomische Analyse kann im Rahmen dieses Beitrags über eine erste Skizze möglicher Fragen nicht hinausgehen und bedürfte der weiteren Vertiefung, um zu definitiven Aussagen zu gelangen.

6. Wesentliche Ergebnisse in Thesen

(1) Das Konzept der vertraglichen Rechtsausdehnung bietet einen Rahmen für sehr vielfältige Gestaltungen. Erweitert werden kann der Kreis der schutzfähigen Gegenstände, indem sich Parteien für an sich ungeschützte Immaterialgüter oder nicht-schutzfähige Bestandteile von Schutzrechten vertraglich Rechte vorbehalten. „Ausdehnung“ kann sich auch auf die Erweiterung der Verbotsrechte bei gesetzlich anerkannten Schutzrechten oder die Einschränkung anerkannter Nutzerrechte beziehen. Entsprechende Vertragsgestaltungen finden sich bei allen geistigen Eigentumsrechten.

(2) Aus Sicht des Immaterialgüterrechts sind die Fälle faktischer *erga omnes*-Wirkung von besonderem Interesse. Diese sind dadurch gekennzeichnet, dass der

⁶¹ Vgl. SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, 2004, 320.

⁶² Vgl. hierzu umfassend KERBER/SCHWALBE, in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, Band 1, 2007, Einl. Rn. 960 ff., insb. 991 ff. m. w. N.

⁶³ So ist es in der ökonomischen Theorie verbreitet, Know-how-Schutz anhand eigentumsbasierter Modelle zu betrachten, vgl. nur LANDES/POSNER, *The Economic Structure of Intellectual Property*, 2003, 354 ff.; SHAVELL (Fn. 61), 159 ff.

⁶⁴ Zur Effizienz geistiger Eigentumsrechte, insb. des Urheberrechts vgl. die klassische Darstellung von LANDES/POSNER, *An Economic Analysis of Copyright*, 18 J. Legal Stud. 325 (325–333) (1989).

⁶⁵ Ähnlich LANDES/POSNER (Fn. 64), 393 f.

Rechtsinhaber restriktive Bedingungen durch massenhaft eingesetzte allgemeine Geschäftsbedingungen im Endkundenbereich oder durch Vereinbarungen mit seinen Vertriebspartnern faktisch gegenüber jedermann durchsetzt.

(3) De lege lata sind drei Ansatzpunkte für die rechtliche Kontrolle entsprechender Vertragsgestaltungen verfügbar: zwingende Normen in den immaterialgüterrechtlichen Spezialgesetzen, § 307 Abs. 2 BGB sowie Art. 81 EG. Zwingende spezialgesetzliche Normen finden sich vereinzelt im Urheberrecht, insbesondere in den §§ 69d, 69g UrhG. Bei Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen, insbesondere bei Endnutzer-Lizenzverträgen, ergeben sich aus § 307 Abs. 2 BGB Grenzen der Vertragsfreiheit. Handelt es sich um Bindungen von Vertriebspartnern, so kommt Art. 81 EG in Betracht.

(4) Betrachtet man faktische *erga omnes*-Gestaltungen unter Rückgriff auf die ökonomische Theorie der geistigen Eigentumsrechte und unterstellt als Prämisse, dass der Gesetzgeber die betreffenden Eigentumsrechte in effizienter Weise zugeschnitten hat, so liegt es nahe, vertragliche Erweiterungen des Schutzzumfangs als wohlfahrtsmindernd anzusehen. Dies gilt allerdings nur, sofern die Effizienzverluste nicht durch gegenläufige Effekte ausgeglichen werden. Pauschale Aussagen sind insoweit kaum möglich. Ob besondere Gewinne auf der Seite des Rechtsinhabers die Wohlfahrtsverluste bei den Nutzern ausgleichen können, bedarf der Betrachtung im Einzelfall.

(5) Wegen der Notwendigkeit der Einzelfallbetrachtung erweist sich der Rückgriff auf die Generalklauseln des allgemeinen Vertrags- und Wettbewerbsrechts als grundsätzlich geeignetes Korrektiv. Diese gilt umso mehr, als § 307 Abs. 2 BGB und Art. 81 EG exakt die hier interessierenden Fälle der faktischen *erga omnes*-Wirkung betreffen, nämlich massenhaft verwendete Endnutzer-Lizenzverträge und vertikale Vertriebsverträge.

Rechtsdurchsetzung bei Intermediären – Lösungsansätze für das Web 2.0

Volker Kitz

Abstract

Das Web 2.0 macht es leichter, Immaterialgüterrechte zu verletzen – und schwerer, sie gegenüber einem einzelnen, oft anonymen Internetnutzer durchzusetzen. Die Rechtspraxis hat deshalb entgegen dem gesetzlichen Grundkonzept diesen einzelnen Nutzer weitgehend ausgeblendet und den Streit zwischen den Rechtsinhaber und den Plattformbetreiber als Intermediär verlagert. Das bringt Probleme im Verhältnis dieser beiden mit sich, aber auch negative Effekte in der jeweiligen Wirkung auf Rechtsverletzer und auf rechtstreue Nutzer. Sinnvoll erscheint daher ein verletzterorientiertes System, das den Streit wieder zwischen die eigentlichen Beteiligten bringt, nämlich zwischen den verletzenden Nutzer und den Rechtsinhaber. Ein solches System ließe sich durch ein formalisiertes Entferungsverfahren verwirklichen, das Elemente des gerichtlichen Mahnverfahrens und der vorläufigen Vollstreckung sinnvoll miteinander kombiniert.

1. Ein Fall vorweg

Stellen wir uns vor:¹ Wir sind Justiziar beim Betreiber einer Auktionsplattform im Internet. Eines Tages landet auf unserem Schreibtisch ein Brief der Hugo Boss AG. Darin befindet sich der Ausdruck eines Angebots auf unserer Plattform, das so aussieht:



The screenshot shows the eBay interface for an auction. At the top, there is a search bar with the text 'Finden' and 'Suche'. Below the search bar, there are navigation links for 'Kategorien', 'Motors', 'Express', and 'Shops'. The breadcrumb trail indicates the category: 'Kategorie: Kleidung & Accessoires > Herrenbekleidung > Sakko > Korrektionsgröße 52-54 (L)'. The main heading of the listing is 'Boss Herrensakko Gr. 54 in hellgrün'. Below this, there is a link to 'Verkaufers dieses Artikels? Einloggen zur Statusabfrage'. The item is displayed in a photograph on the left. To the right of the photo, the current price is 'EUR 1,00'. There is a field for 'Ihr Maximalgebot: EUR' with a 'Bieten >' button. Below the bidding field, it says '(Geben Sie mindestens EUR 1,00 ein)'. The auction ends in '31 Minuten 30 Sekunden (13.11.07 17:48:48 MEZ)'. Shipping costs are listed as 'EUR 4,00' with 'Versicherter Versand' and 'Service nach: Deutschland'.

Screenshot der Versteigerungsplattform eBay, Copyright © 1995-2008 eBay Inc.

¹ Vgl. hierzu etwa den Fall in BGH, GRUR 2007, 708 ff.

In dem Brief heißt es weiter: Das abgebildete Sakko stamme nicht von Boss, sondern sei eine Fälschung. Das Angebot verstoße daher unter anderem gegen § 14 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 2 MarkenG. Die Hugo Boss AG fordert uns als Plattformbetreiber auf, das Angebot unverzüglich von der Plattform zu entfernen.

Zunächst eine Frage an die Zuhörer: Wer ist der Meinung, dass das abgebildete Sakko eine Fälschung ist?² Und wer meint, dass es sich um ein echtes Boss-Sakko handelt?³ Unentschieden – keine dankbare Frage für einen Publikums-Joker. In der Tat lässt sich diese Frage anhand des kleinen Fotos auch kaum beantworten. Dieses kleine Foto ist aber alles, was uns momentan vorliegt.

Welche Handlungsmöglichkeiten haben wir nun? Alternative eins: Wir können das Angebot auf der Plattform stehen lassen. Stellt sich hinterher heraus, dass das Sakko tatsächlich gefälscht war, so wird wieder Post von der Hugo Boss AG kommen – diesmal wahrscheinlich mit einer Schadensersatzforderung. Alternative zwei: Wir können das Angebot löschen. Stellt sich dann heraus, dass das Sakko in Wirklichkeit ein echtes Boss-Sakko war, so werden wir möglicherweise Post von dem Nutzer bekommen, der das Angebot auf unserer Plattform eingestellt hat. Er hat nämlich Geld dafür bezahlt, dass wir sein Angebot veröffentlichen. Es zu löschen, könnte unter diesen Umständen eine Vertragsverletzung sein, die uns ebenfalls zum Schadensersatz verpflichten könnte – diesmal gegenüber dem Plattformnutzer für entgangenen Gewinn. Was wir also auch tun, beides trägt ein Schadensersatzrisiko in sich.

Eine Risikoabwägung legt es nahe, dass wir uns für die erste Alternative entscheiden und das Angebot entfernen: Zum einen ist die Wahrscheinlichkeit, dass der einzelne Nutzer Schadensersatz verlangt, wohl geringer, als dass dies in der Rechtsverfolgung routinierter Markeninhaber tut. Zum anderen dürfte es auch der nachweisbare Schaden beim Nutzer, der dieses eine Sakko verkaufen wollte, wesentlich geringer ausfallen.

Damit haben wir bereits Grundkonstellation und Grundprobleme bei Rechtsverletzungen im Web 2.0 kennen gelernt. Wir werden im Folgenden zunächst genauer bestimmen, welche Besonderheiten im Web 2.0 neue rechtliche Fragen aufwerfen. Dann werden wir untersuchen, was das Gesetz zu der Konstellation sagt und wie demgegenüber die Wirklichkeit aussieht. Es werden sich dabei Unstimmigkeiten zeigen, für die wir sodann Lösungsmöglichkeiten untersuchen werden.

2. Was ist das Web 2.0?

2.1. Elemente von Web-2.0-Anwendungen

Beispiele für Web-2.0-Anwendungen gibt es inzwischen viele: Bei Kontaktplattformen wie Xing geht es in erster Linie um persönliche Informationen, also Name, Ausbildung, Tätigkeit. In Meinungsforen, wie sie z.B. bei heise.de geschaltet sind, stellt der Nutzer Meinungsäußerungen ein, in Informationsangeboten wie Wikipedia Tatsachenäußerungen, in Onlinetagebüchern wie bei blog.de beides. Auf Medienplattformen können die Nutzer Fotos (z.B. flickr.com) und Videos (z.B.

² Etwa die Hälfte der Anwesenden hebt die Hand.

³ Etwa die andere Hälfte der Anwesenden hebt die Hand.

YouTube) veröffentlichten, auf elektronischen Marktplätzen Verkaufangebote (eBay), auf wieder anderen Plattformen Linklisten (delicio.us). Umfassende Sozialnetzwerke wie MySpace schließlich vereinen vieles davon.

All diese Anwendungen enthalten folgende Grundelemente in jeweils unterschiedlichen Ausprägungen und Gewichtungen:⁴

- Ein Host-Provider (Intermediär) bietet eine Plattform mit Speicherplatz für individuelle Nutzer an.
- Die Nutzer laden eigene Inhalte – Texte, Bilder, Töne, Videos – auf den Server des Plattformbetreibers und werden so selbst zum Inhaltsanbieter.⁵
- Nutzer interagieren miteinander durch Verlinkungen, Kommentare, Veränderungen, Gebote, Zitate. Hierfür bietet die soziale Software, die den Web-2.0-Anwendungen zugrunde liegt, die jeweils nötigen Funktionen an.
- Die Software stellt Beziehungen zwischen den einzelnen Angeboten her. Dies kann dadurch geschehen, dass sie Nutzer und Inhalte nach Themenkategorien ordnet, dass sie Bekanntschaften und Bekanntheitsgrade zwischen Nutzern anzeigt oder dass sie Inhalte auf Ähnlichkeit vergleicht und dem Nutzer auf diese Weise Inhalte vorschlägt, die ihn auch interessieren könnten. Speziell bei Blogs stellt die Software Beziehungen zwischen Ausgangstext und Kommentaren in anderen Beiträgen über so genannte Trackback-URLs⁶ und Pings⁷ her.

2.2. Definition von Web-2.0-Anwendungen

Aufgrund dieser Merkmale schlage ich für die heutige Diskussion⁸ folgende Definition für Web-2.0-Anwendungen vor:⁹ Web-2.0-Anwendungen sind

- Internetanwendungen, die
- nach einheitlichen Regeln und Formaten

⁴ Hierzu näher KITZ, in: H. OFFMANN/LEIBL (Hrsg.), *Vernetztes Rechnen – Softwarepatente – Web 2.0*, 2008, 135 (137 ff.).

⁵ Zur Anbietereigenschaft des Nutzers auch im medienrechtlichen Sinne KITZ (Fn. 4), 141, 143; ders., *Das neue Recht der elektronischen Medien in Deutschland – sein Charme, seine Fallstricke*, ZUM 2007, 368 (371); WEINER/SCHMELZ, *Die elektronische Presse und andere neue Kommunikationsformen im neuen rechtlichen Regulierungsrahmen*, K & R 2006, 453 (455).

⁶ Die URL des referenzierten Beitrags, den ein Autor in seinen Kommentar einfügt.

⁷ Softwaregenerierte Nachricht an den Ursprungsblog, mit deren Hilfe der referenzierende Beitrag dort verlinkt werden kann.

⁸ Zu anderen, für hiesige Zwecke zu weiten Definitionen BÄCHLE, *Social Software*, Informatik-Spektrum 2006, 121; BRÜCKMANN, *Web 2.0–Social Software der neuen Generation*, Sciencegarden, Februar/März 2007, erhältlich unter <http://www.sciencegarden.de/berichte/200702/web20/web20.php>; RICHTER/KOCH, *Social Software – Status Quo und Zukunft*, in: Technischer Bericht Nr. 2007-01, *Fakultät für Informatik, Universität der Bundeswehr München*, Februar 2007, erhältlich unter http://www.unibw.de/wow5_3/forschung/social_software, S. 7; sowie die Selbstdefinition bei der Social-Software-Anwendung Wikipedia unter http://de.wikipedia.org/wiki/Soziale_Software.

⁹ Entsprechend der für soziale Software entwickelten Definition bei KITZ (Fn. 4), 136 f.

- Nutzer und nutzergenerierte Inhalte verwalten und dabei
- Bezüge herstellen
 - zwischen Nutzern,
 - zwischen Inhalten sowie
 - zwischen Nutzern und Inhalten.

2.3. Web 2.0 und Rechtsverletzungen

2.3.1. Angebots- und Publikationsdelikte

Die typischen Rechtsverletzungen, die bei Web-2.0-Anwendungen auftauchen, lassen sich in zwei grobe Kategorien einteilen:¹⁰ Bei den Angebotsdelikten geht es um ein rechtswidriges Angebot von Waren oder Dienstleistungen. Häufige Verstöße in diesem Bereich sind Immaterialgüterrechtsverletzungen¹¹, Wettbewerbsverstöße¹², Jugendschutzverstöße¹³. Bei den Publikationsdelikten ist bereits die Veröffentlichung des Inhalts an sich rechtsverletzend. Hier finden sich alle eben genannten Delikte wieder und zusätzlich noch die Äußerungsdelikte.¹⁴

2.3.2. Tatsächliche und rechtliche Implikationen

Die massenhafte Anwendung von Web-2.0-Anwendungen hat auch in tatsächlicher Hinsicht Auswirkungen auf Rechtsverletzungen:

- Die dramatisch gestiegene Menge an Inhalten und Inhaltsproduzenten lässt auch die Zahl der Rechtsverletzungen ansteigen.
- Die Rechtsverletzungen bekommen eine größere Intensität durch die Kanalisierung, welche die Web-2.0-Anwendungen bewirken: Wenn ich das neue Video von Madonna auf meiner privaten Homepage online stelle, so können Madonna und die anderen Rechtsinhaber immerhin darauf hoffen, dass meine Seite möglicherweise nicht viele Besucher hat. Stelle ich allerdings das Video bei YouTube ein, so wird das interessierte Publikum zielgerichtet zu genau diesem Video geleitet: Es sucht die Seite YouTube auf, weil es weiß, dass dort Videos eingestellt werden. Über die Such- und Ordnungsfunktionen, über die bereits besprochenen Beziehungen¹⁵, welche die Plattform herstellt, stößt jeder Interessierte dann auch schnell auf dieses ganz bestimmte Video.
- Vervielfältigung, Bezugnahme und Archivierung von Beiträgen in Internetgemeinschaften perpetuieren Rechtsverletzungen.¹⁶

¹⁰ KITZ (Fn. 4), 139.

¹¹ Z.B. BGH, GRUR 2007, 708 ff.

¹² Z.B. BGH, GRUR 2007, 890 ff.

¹³ Z.B. BGH, GRUR 2007, 890 ff.

¹⁴ Z.B. BGH, NJW 2007, 2558 ff.

¹⁵ Siehe oben unter 2.1.

¹⁶ Hierauf stellt ausdrücklich OLG Hamburg, MMR 2006, 744 (746) ab; s. auch MICKEL/BERGMANN, Handlexikon der Europäischen Union, 3. Aufl. 2005, Stichwort: Medienentwicklung in Europa.

- Die meist bestehende Anonymität der Nutzer erschwert die Rechtsverfolgung.¹⁷

3. Was sagt das Gesetz?

Das wesentliche Element der sozialen Software ist das Einstellen eigener Inhalte durch Nutzer; diese Nutzer werden dadurch selbst zu Anbietern von Telemedien.¹⁸ Den zentralen, in Diskussion und Rechtspraxis vernachlässigten¹⁹ rechtlichen Grundsatz für diese Konstellation finden wir in § 7 Abs. 1 TMG: Danach ist für jede Information deren Anbieter selbst verantwortlich.²⁰ Das gilt unabhängig davon, ob er die Inhalte auf eigenen oder fremden Rechnern bereithält.²¹ Er ist Täter der oben²² genannten Delikte.

Die Intermediäre hingegen sollen nach der gesetzlichen Grundkonstruktion nur unter bestimmten Voraussetzungen haften: Für sie gibt es Verantwortlichkeitsprivilegierungen in den §§ 8 – 10 TMG.²³

4. Was sagt die Wirklichkeit?

4.1. Normalfall Störerhaftung

Die Rechtswirklichkeit sieht nun allerdings genau umgekehrt aus: Hier ist die Störerhaftung des Intermediärs die Regel, nicht die Ausnahme. Dass der Nutzer für seine eigenen Inhalte zur Verantwortung gezogen wird, kommt hingegen kaum vor. Oft erfährt er gar nichts von dem Vorgang. Wie in unserem Eingangsfall wenden sich die Rechtsinhaber fast ausschließlich direkt an den Intermediär: Das geht schneller und einfacher und ist manchmal sogar die einzige Möglichkeit – nämlich dann, wenn sich die Identität des einzelnen Nutzers aus dem Angebot gar nicht ergibt. So konnte die Hugo Boss AG in unserem Einstiegsfall zum Beispiel dem Angebot gar nicht entnehmen, wer der individuelle Verkäufer ist. Das Ergebnis: In Justiz, aber auch in der Wissenschaft, hat sich die Störerhaftung zum alles andere verdrängenden Thema entwickelt.²⁴ Der Streit, der theoretisch zwischen Rechtsinhaber und dem Nutzer als Verletzer besteht, ist verlagert ins Verhältnis zwischen Rechtsinhaber und Intermediär. Der Nutzer ist als Verletzer aus dem Blickfeld geraten.

¹⁷ Vgl. hierzu WEBER/MECKBACH, Äußerungsdelikte in Internetforen – Zugleich Anmerkung zu LG Mannheim, Beschluss vom 13.5.2005 – 5 Qs 23/05, NStZ 2006, 492 (493 ff.).

¹⁸ Siehe unter 2.1.

¹⁹ Siehe unter 4.1.

²⁰ Zur Zuordnung der Inhalte zu einem bestimmten Nutzer ausführlich KITZ (Fn. 4), 144 ff.

²¹ DUSTMANN, Die privilegierten Provider: Haftungseinschränkungen aus urheberrechtlicher Sicht, 2001, 150 f.; PANKOKE, Von der Presse- zur Providerhaftung: eine rechtspolitische und rechtsvergleichende Untersuchung zur Inhaltsverantwortlichkeit im Netz, 2000, 51.

²² Siehe unter 2.3.1.

²³ Zur praktischen Anwendung der Verantwortlichkeitsprivilegien siehe unter 4.3.1.

²⁴ Siehe hierzu die Verweise unter 4.2. und 4.3.

4.2. Voraussetzungen der Störerhaftung

Die Gerichte mussten sich daher bislang häufig zur Störerhaftung der Plattformbetreiber äußern; einige Kriterien lassen sich den Entscheidungen entnehmen. Der Plattformbetreiber²⁵ kann als Störer haften, wenn Nutzer auf seiner Plattform Rechtsverletzungen begehen. Die Grundsätze hierfür hat der BGH vor allem in seinen Rolex-Entscheidungen aufgestellt²⁶ und bestätigt²⁷: Notwendig ist ein willentlich und adäquat-kausaler Beitrag zur Rechtsverletzung.²⁸ Damit die Störerhaftung nicht ausufert, gereift sie aber nur, wenn der Plattformbetreiber zumutbare Prüfpflichten verletzt.²⁹ Kriterien zur Bestimmung dieser Prüfpflichten³⁰ sind unter anderem: Rang der betroffenen Rechtsgüter und Intensität der Rechtsverletzung, Kommerzialität des Angebots,³¹ Sozialadäquanz, Beitrag zur Meinungsbildung oder -äußerung³². Den Plattformbetreiber trifft keine Vorabprüfungspflicht hinsichtlich der eingestellten fremden Inhalte.³³ Teilweise wurde versucht, in sol-

²⁵ Auch für die Zugangsvermittler ist eine Störerhaftung in die Diskussion gekommen, hierzu GERCKE, Zugangsprovider im Fadenkreuz der Urheberrechtsinhaber, CR 2006, 210 (213 ff.); SCHÖTTLE, Sperrungsverfügungen im Internet, K&R 2007, 366 (369 f.); ablehnend: LG Kiel, K&R 2008, 61 (64); SCHNABEL, „Porn not found“ – Die Arcor-Sperre, K&R 2008, 26 (29).

²⁶ BGH, MMR 2004, 668 ff. m. Anm. HOEREN; s. auch BGH, GRUR 2007, 890 ff.

²⁷ BGH, MMR 2007, 507 ff. m. Anm. SPINDLER; dazu LEIBLE/SOSNITZA, Haftung von Internetauktionshäusern – reloaded, NJW 2007, 3324 ff.; Überblick zur jüngsten Rechtsprechungsentwicklung bei HOFFMANN, Die Entwicklung des Internet-Rechts bis Mitte 2007, NJW 2007, 2594 (2597).

²⁸ BGH, MMR 2007, 507 (510) m. Anm. SPINDLER; MMR 2004, 668 (671) m. Anm. HOEREN, jeweils m.w.N.; OLG Köln, ZUM-RD 2007, 581 (583).

²⁹ BGH, MMR 2007, 507, 510; MMR 2004, 668, 671; OLG Köln, K&R 2008, 58, 60; LG München I, CR 2007, 807 (809).

³⁰ Hierzu ausführlich FÜLBIER, Web 2.0 – Haftungsprivilegierungen bei MySpace und YouTube, CR 2007, 515 (519 f.); LIBERTUS/SCHNEIDER, Die Anbieterhaftung bei internetspezifischen Kommunikationsplattformen, CR 2006, 626 (630); MORITZ/DREIER/NEUBAUER, Rechtshandbuch E-Commerce, 2. Aufl. 2005, Teil D Rn. 59; SPINDLER/VOLKMANN, Die zivilrechtliche Störerhaftung der Internet-Provider, WRP 2003, 1 (8); VOLKMANN, Der Störer im Internet, 2005, S. 131 ff.; zusammenfassend FELDMANN (Fn. 30), Anm. zu OLG Hamburg, Urteil vom 22.8.2006 – 7 U 50/06, MMR 2006, 747 (748); STEINLE, Anm. zu LG München, Urteil vom 8.12.2005 7 O 16341/05, MMR 2006, 180 (181).

³¹ BGH, MMR 2007, 507 (510) m. Anm. SPINDLER; MMR 2004, 668 (671) m. Anm. HOEREN; LG Düsseldorf, ZUM 2008, 338 (342), OLG Düsseldorf, MMR 2006, 618 (619 f.); OLG München, MMR 2006, 739 (740); LG München I, MMR 2006, 179 (180) m. Anm. STEINLE, bestätigt durch OLG München, K&R 2007, 104.

³² OLG München, MMR 2006, 739 (741).

³³ BGH, GRUR 2007, 890 (894); MMR 2004, 668 (671) m. Anm. HOEREN; OLG Brandenburg, MMR 2006, 617 (618); OLG Düsseldorf, MMR 2006, 618 (619); OLG Hamburg, MMR 2006, 744 (746); OLG München, NJW 2002, 2398 (2398 f.); MMR 2006, 739 (740); LG München, CR 2007, 807 (809); als krasse Ausnahme zu dieser ansonsten einhelligen Rechtsprechung hat nur das LG Hamburg versucht, in Gesamtanalogie zu § 7 StVG, § 833 S. 1 BGB und § 84 AMG eine Art Gefährdungshaftung für Forenbetreiber zu konstruieren: LG Hamburg, MMR 2006, 491 (492) m. Anm. GERCKE („jedenfalls“ aber Überwachungspflicht bei Diskussionen zu besonders kontroversen Themen).

chen Fällen eine Prüfungspflicht für eingestellte Beiträge zu begründen, in denen der Betreiber durch sein eigenes Verhalten vorhersehbar rechtswidrige Beiträge Dritter provoziert hat oder in denen bereits eingetretene Rechtsverletzungen weitere Rechtsverletzungen indizieren.³⁴ Das ist jedoch nur schwer mit dem Verbot allgemeiner Überwachungspflichten in Einklang zu bringen. Erlangt der Plattformbetreiber allerdings Kenntnis von dem rechtswidrigen Inhalt,³⁵ so aktiviert dies nach der Rechtsprechung eine auch zukunftsgerichtete Prüfpflicht hinsichtlich der beanstandeten Rechtsverletzung,³⁶ was in der Praxis viele Probleme bereitet.³⁷

Uneinheitlich beurteilt die Rechtsprechung derzeit die zumutbaren Prüfpflichten und damit die Störerhaftung insbesondere bei Usenet-Angeboten.³⁸ Deren Besonderheit liegt darin, dass die von Nutzern hochgeladenen Inhalte originär auf unterschiedlichen Servern gespeichert werden, die jeweils ihren Kunden den Zugang zum Usenet vermitteln. Hier müssen die Besonderheiten der Zwischenspeicherung im Vergleich zum Host-Providing berücksichtigt werden, wie sie auch in der Wertung des § 9 TMG zum Ausdruck kommen: Zumutbare Prüfpflichten entstehen erst ab Kenntnis davon, dass der Inhalt am Ausgangsort entfernt oder die Entfernung dort zumindest angeordnet ist.³⁹

4.3. Ansätze zur Einschränkung der Störerverantwortlichkeit

4.3.1. Privilegierung nach § 10 TMG

Die Verantwortlichkeitsprivilegierung des § 10 TMG wendet die Rechtsprechung nicht auf Unterlassungsansprüche an, sondern nur auf eine strafrechtliche Verant-

³⁴ OLG Hamburg, MMR 2006, 744 (746) m. Anm. FELDMANN.

³⁵ Zur Frage der Erkennbarkeit der Rechtsverletzung JÜRGENS, Anm. zu BGH Urt. v. 19. April 2007 I ZR 35/04, K&R 2007, 392 (394).

³⁶ BGH, GRUR 2007, 890 (894), MMR 2007, 507 (510 f.) m. Anm. SPINDLER; NJW 2007, 2558 (2559); MMR 2004, 668 (672) m. Anm. HOEREN; OLG Koblenz, MIR-Dok 320/2007; OLG Köln, ZUM 2007, 927 (929); OLG Hamburg, MMR 2006, 744 (746); OLG München, MMR, 2006, 739 (740); LG Köln, MMR 2003, 601 (602 f.); OLG Köln, K&R 2008, 58, 60; OLG Köln, ZUM-RD 2007, 581 (583); problematisch AG Winsen, MMR 2005, 722 (722), das im Ergebnis den Zugang der Benachrichtigung bereits mit positiver Kenntnis gleichsetzt; zu den Musiktaschbörsen „unter Freunden“: SCHAPIRO, Die neuen Musiktaschbörsen „unter Freunden“, ZUM 2008, 273 (280).

³⁷ Hierzu ROßNAGEL, Das Telemediengesetz – Neuordnung für Informations- und Kommunikationsdienste, NVwZ 2007, 743 (747).

³⁸ Ablehnung einer Haftung des Usenet-Providers wegen Unzumutbarkeit der Prüfpflicht: OLG Düsseldorf, ZUM 2008, 332 (334); Überblick hierzu bei HOFFMANN, Die Entwicklung des Internet-Rechts bis Mitte 2007, NJW 2007, 2594 (2597); HÜTTEN (Fn. 38), 554 ff.; KITZ, Haftung für Usenet-Zugangsdienst – Anmerkung zu LG Düsseldorf, Urt. v. 23. Mai 2007 – 12 O 151/07, CR 2007, 603 ff.; jüngst: OLG Hamburg, CR 2007, 797 (798): Keine Mitstörerhaftung des Admin-C.

³⁹ Ausführliche Begründung bei KITZ (Fn. 38), 604 f.; a.A. HÜTTEN (Fn. 38), 557 f.

wortlichkeit und auf Schadensersatzansprüche.⁴⁰ Diese Auslegung ist zu Recht kritisiert worden: Gegen sie spricht, dass die Begriffe „entfernen“ und „sperren“ sich darauf beziehen, konkret bestehende Verletzungshandlungen zu unterbinden, nicht aber proaktiv darauf, künftige ähnliche Rechtsverletzungen zu verhindern.⁴¹ Auch bringt sie einen bisher ungelösten Konflikt mit dem Verbot proaktiver Überwachungspflichten in Art. 15 der E-Commerce-Richtlinie⁴² mit sich⁴³ und damit auch Konfliktstoff mit der Europäischen Kommission und dem EuGH.⁴⁴

4.3.2. Theorie vom „Markt der Meinungen“

Die Oberlandesgerichte haben in jüngster Zeit neue Ansätze entwickelt, um die Störerhaftung zumindest bei Meinungsforen⁴⁵ zu begrenzen. Um es vorwegzunehmen: Der BGH hat auch all dem eine Absage erteilt. Bei der Theorie vom „Markt der Meinungen“ geschah dies wohl zu Recht: *OLG München* und *OLG Düsseldorf* haben die vom BGH für Fernsehliveausstrahlungen aufgestellten Grundsätze („Markt der Meinungen“)⁴⁶ für Diskussionsforen entsprechend herangezogen: Bei meinungsbildenden Inhalten oder kommunikationsbezogenen Diensten wie Meinungsforen könne der Forenbetreiber nicht auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, selbst wenn er die rechtswidrigen Inhalte kenne – hier sei dem Charakter einer „quasi-

⁴⁰ Grundlegend BGH, MMR 2004, 668 (669 f.); ebenso BGH, GRUR 2007, 890 (892); MMR 2007, 507 (508) m. Anm. SPINDLER; NJW 2007, 2558 (2558 f.); OLG Düsseldorf, MMR 2006, 618 (619); OLG München, MMR 2006, 739 (741); NJW 2002, 2398 (2399); LG Düsseldorf, ZUM 2008, 338 (341); LEMENT, Zur Haftung von Internet-Auktionshäusern – Anm. zu BGH „Internet-Versteigerung“, GRUR 2005, 210 (210); NEUBAUER, Haftung der Betreiber von Internet-Auktionsplattformen für (marken-) rechtsverletzende Inhalte Dritter, K&R 2004, 482 (483); SCHULTZ, Die Haftung von Internetauktionshäusern für den Vertrieb von Arzneimitteln, WRP 2004, 1347 (1350 ff.); SPINDLER/VOLKMANN (Fn. 30), 3; a. A. etwa OLG Brandenburg, MMR 2004, 330 (331) und noch OLG Düsseldorf, MMR 2004, 315 (317).

⁴¹ FELDMANN (Fn. 30), 747; GERCKE, Anm. zu LG Hamburg, Urt. v. 2. Dezember 2005 – 324 O 721/05, MMR 2006, 493 (493); LEIBL/SOSNITZA, Neues zur Störerhaftung von Internetauktionshäusern, NJW 2004, 3225 (3226); SOBOLA/KOHL, Haftung von Providern für fremde Inhalte, CR 2005, 443 (449); für eine regelmäßige Anwendbarkeit von § 11 S. 1 TDG a. F. auch EHRET, Internet-Auktionshäuser auf dem haftungsrechtlichen Prüfstand, CR 2003, 754 (759).

⁴² Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABl. EG 2000 Nr. L 178, 1 ff.

⁴³ HOEREN, Anm. zu BGH Internetversteigerung – Rolex, Urt. v. 11. März 2004 – I ZR 304/01, MMR 2004, 672 (673); RÜCKER, Notice and take down-Verfahren für die deutsche Providerhaftung, CR 2005, 347 (348 f.); SCHREIBAUER/MULCH, Neuere Rechtsprechung zum Internetrecht – Zeichen-, Urheber-, Wettbewerbsrecht und Verantwortlichkeit, WRP 2005, 452 (457); VOLKMANN, Anm. zum Urteil des BGH v. 27. März 2007 – VI ZR 101/06, K&R 2007, 398 (398).

⁴⁴ Hierzu JÜRGENS (Fn. 35), 393; SPINDLER, Anm. zu BGH, Internetversteigerung II, Urt. v. 19. April 2007 – I ZR 35/04, MMR 2007, 511 (512).

⁴⁵ Zur Übertragbarkeit auf reine Immaterialgüterrechtsverletzungen siehe unter 5.4.2.

⁴⁶ BGHZ 66, 182 (188).

live“-Sendung Rechnung zu tragen.⁴⁷ Wegen der „grundrechtlich verbürgten Freiheiten“ genüge es, wenn der Plattformbetreiber sich vom fremden Inhalt distanzieren. Dies müsse allerdings auch bei einem Meinungsforum ausdrücklich geschehen.⁴⁸ Ein Unterlassungsanspruch komme dann nur vor, wenn sich Äußernde in Betracht.⁴⁹

Der *BGH* lässt das jedenfalls dann nicht gelten, wenn der rechtsverletzende Inhalt dem Betreiber bekannt ist.⁵⁰ Überzeugend begründet er dies damit, dass das Medienprivileg bei Livesendungen unstreitig nicht für Wiederholungen, also für bewusste Rechtsverletzungen, gilt. Das Stehenlassen eines als unzulässig erkannten Beitrags in einem Meinungsforum ist aber mit der Wiederholung einer rechtsverletzenden Fernsehsendung vergleichbar.

4.3.3. Subsidiäre Haftung des Intermediärs

Das *OLG Düsseldorf* wollte zudem den Forenbetreiber nur subsidiär nach dem Verletzer haften lassen: Bei Meinungsforen⁵¹ sei vorrangig derjenige in Anspruch zu nehmen, der sich geäußert habe. Nur wenn der Plattformbetreiber nicht die Identität des sich Äußernden preisgebe, sei er selbst zur Unterlassung verpflichtet.⁵² Dem Betreiber sei es zumutbar, die Forenteilnahme von einer Registrierung abhängig zu machen.

Der *BGH* widersprach dem: Er verglich den Forenbetreiber mit einem Verleger, der die „Quelle einer vom Presseerzeugnis ausgehenden Störung beherrscht und deshalb grundsätzlich neben dem Autor eines beanstandeten Artikels verantwortlich ist“,⁵³ und mit einem Sendeunternehmen, das „Herr der Sendung“ sei.⁵⁴ So sei auch der Betreiber eines Internetforums „Herr des Angebots“; er verfüge „vorrangig“ über rechtlichen und tatsächlichen Zugriff.⁵⁵

⁴⁷ *OLG Düsseldorf*, MMR 2006, 553 (555) unter Berufung auf SPINDLER/SCHMITZ/GEIS/SPINDLER, TDG, 1. Aufl. 2004, § 11 Rn. 59 und 74; vgl. auch GOUNALAKIS/RHODE, Persönlichkeitsschutz im Internet, 1. Aufl. 2002, Rn. 121; SPINDLER, Das Gesetz zum elektronischen Geschäftsverkehr – Verantwortlichkeit der Diensteanbieter und Herkunftslandprinzip, NJW 2002, 921 (923).

⁴⁸ *OLG München*, NJW 2002, 2398 (2399); anders wohl *OLG Hamburg*, MMR 2006, 744 (746): Distanzierung ergibt sich aus Natur des Meinungsforums.

⁴⁹ *OLG Düsseldorf*, MMR 2006, 553 (555).

⁵⁰ *BGH*, NJW 2007, 2558 (2559) unter Berufung auf JÜRGENS, Von der Provider- zur Provider- und Medienhaftung, CR 2006, 188 (189); PANKOKE (Fn. 21), 90.

⁵¹ Zur Übertragbarkeit auf reine Immaterialgüterrechtsverletzungen siehe unter 5.4.2.

⁵² *OLG Düsseldorf*, MMR 2006, 553 (555) und die in MMR nicht abgedruckten Ausführungen in Abs. 27 (JurPC Web-Dok 64/2006); ausdrückliche Beschränkung dieses Ansatzes auf „von presse- und meinungsrechtlichen Grundsätzen geprägte Konstellation“ in *OLG München*, MMR 2006, 739 (741); kritisch zum Ansatz FELDMANN (Fn. 30), 747.

⁵³ *BGH*, NJW 2007, 2558 (2559) unter Berufung auf BGHZ 3, 270 (275 ff.); LÖFFLER/STEFFEN, PresseR, 5. Aufl. 2006, § 6 LPG Rn. 276 f.; zuletzt: *LG Hamburg*, MMR 2008, 265; für die Haftung eines Pressegroßhändlers für rechtswidrige Berichterstattung: *OLG Frankfurt*, ZUM-RD 2008, 128 (129).

⁵⁴ *BGH*, NJW 2007, 2558 (2559) unter Berufung auf BGHZ 66, 182 (188).

⁵⁵ *BGH*, NJW 2007, 2558 (2559).

Dieser Vergleich ist wenig überzeugend: Ist ein Zeitungsbeitrag einmal gedruckt oder ein Fernsehbeitrag aufgezeichnet, so haben darin enthaltene Äußerungen den Machtbereich des sich Äußernden verlassen. Hier kann tatsächlich nur noch das Presse- oder Sendeunternehmen die weitere Verbreitung aufhalten. Die Aussage, diese verfügten „vorrangig“ über rechtlichen und tatsächlichen Zugriff, trifft hier zu. Deshalb ist es sachgerecht, sie als Störer auch dann vorrangig in Anspruch zu nehmen, wenn der Verletzer selbst bekannt ist. Anders ist dies bei Inhalten, die ein Nutzer in eine Anwendung der sozialen Software einstellt: Dieser Nutzer behält die tatsächliche Verfügungsmacht über diesen Inhalt, kann den Inhalt über sein Nutzerprofil jederzeit ändern oder löschen. Der Plattformbetreiber kann den Inhalt zwar auch löschen, aber nicht rechtlich und tatsächlich „vorrangig“. Anders als im Print- und Fernsehbereich wechselt der rechtsverletzende Inhalt hier gerade nicht die tatsächliche und rechtliche Einflussphäre; der Nutzer selbst ist und bleibt der „Herr“ seines Angebots. Es erscheint daher sachgerecht, zuerst den Verletzer selbst in Anspruch zu nehmen, wenn er bekannt ist. Ist er nicht bekannt, so lässt sich auf den Plattformbetreiber als Störer zurückgreifen.

5. Was ist das Problem dabei?

Diese Rechtswirklichkeit schafft eine Reihe von Problemen:

5.1. Unlösbarer Konflikt zwischen Intermediär und Rechtsinhaber

Zwischen den Interessen der Rechtsinhaber und denen der Plattformbetreiber ist ein bis heute ungelöster Konflikt entstanden: Die Intermediäre wehren sich zu Recht gegen Überwachungspflichten, weil diese in der Praxis kaum umzusetzen sind. Dies gilt auch schon für die Überwachungspflichten ab Kenntnis einer Rechtsverletzung, welche die Rechtsprechung zum Unterlassungsanspruch faktisch hervorruft.⁵⁶ Die Rechtsinhaber hingegen beklagen – ebenfalls zu Recht – dass die Überwachungspflichten bis zur Kenntnis des Plattformbetreibers auf sie „überspringen“: Musste einst ein potenzieller Nutzer auf sie, die Rechtsinhaber, zugehen und vorab ihre Zustimmung zur Nutzung geschützten Materials einholen, so kann nach derzeitiger Rechtslage der Plattformbetreiber zunächst einmal alle von Nutzern eingestellten Inhalte ungeprüft hochladen und muss erst reagieren, wenn er von einer Rechtsverletzung Kenntnis erlangt. Der Rechtsinhaber muss also nunmehr das Internet überwachen und – in Umkehrung der früheren Situation – auf die Plattformbetreiber zugehen, um eine Lizenzierung zu erreichen. Die Last des ersten Schrittes hat sich verlagert.

5.2. Haftungsdilemma des Intermediärs

Das Haftungsdilemma, in das der Intermediär dabei kommt, haben wir bereits in dem Beispielfall am Anfang kennen gelernt: Dem Intermediär stehen – wie in unserem Ausgangsfall auch – meist nicht die nötigen Informationen zur Verfügung, um

⁵⁶ Siehe unter 4.2.

beurteilen zu können, ob wirklich eine Rechtsverletzung vorliegt.⁵⁷ Jahrelange, komplizierte Gerichtsprozesse, die sich oftmals nur um die Frage einer bloßen Rechtsinhaberschaft ranken, belegen dies anschaulich. Hier entscheidet am Ende ein Gericht aufgrund umfangreicher Unterlagen; und wenn die Entscheidung trotzdem falsch war, haftet der Richter nicht persönlich. Der Intermediär hingegen muss binnen kürzester Zeit ohne weitere Unterlagen über Rechtsinhaberschaft und -verletzung entscheiden und trägt dabei das volle Schadensersatzrisiko einer Fehleinschätzung. Vertragliche Haftungsfreistellungen gegenüber dem individuellen Plattformnutzer sind zum einen in Altverträge nicht ohne weiteres aufnehmbar, zum anderen wälzen sie unsachgemäß das Risiko einer Fehleinschätzung durch den Provider auf den Nutzer ab.

5.3. Rechtsbewusstsein der Verletzer verwässert (weiter)

Die Rechtspraxis hat aber auch Auswirkungen auf die Nutzer. Ist der Nutzer tatsächlich Rechtsverletzer, so ist es seinem ohnehin ausbaufähigen Rechtsbewusstsein nicht förderlich, dass als eigentlicher Verletzer aus dem Streit ausgeklammert wird: Viele Nutzer bekommen einfach nur mit, dass ihre Inhalte auf einer Plattform plötzlich gelöscht wurden.⁵⁸ Darüber wundern sie sich vielleicht, erfahren aber möglicherweise nie, dass sie rechtswidrig gehandelt haben. Der Plattformbetreiber, der als Störer in Anspruch genommen wird und handelt, wirkt wie ein Puffer, der die eigentlichen Verletzer vor der rechtlichen Realität abschirmt. Der Verletzer bleibt von den Folgen seiner Rechtsverletzung verschont; bei ihm wächst da her das Bewusstsein: „Im Internet darf man alles.“

5.4. Zensureffekt gegenüber rechtstreuen Nutzern

5.4.1 Sonderbehandlung von Meinungsforen

Aber auch gegenüber den rechtstreuen Nutzern wirkt es sich negativ aus, wenn sie in einen Streit, der sie betrifft, gar nicht mehr einbezogen werden. Wir haben am Anfang gesehen, dass eine Risikoabwägung beim Intermediär eher dafür spricht, den Inhalt ohne vertiefte Nachprüfung zu löschen.⁵⁹ In Meinungsforen führt dies zu einem handfesten Problem mit der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG: Wenn der Intermediär nicht weiter nachprüft, nicht weiter nachprüfen kann, ob etwa

⁵⁷ Zu den Problemen für Außenstehende, eine Rechtsverletzung klar zu erkennen, KITZ, Urheberrecht im Internet und seine Einfügung in den Gesamtrechtsrahmen – Gelöste und ungelöste Fragen zwischen E-Commerce-Richtlinie und Datenschutzrecht, ZUM 2006, 444, 446; sowie die Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten am geistigen Eigentum, BT-Drs. 16/5048 v. 20.4.2007, 101: Provider kann „kaum beurteilen“, ob eine Rechtsverletzung vorliegt.

⁵⁸ Zum virtuellen Hausrecht des Plattformbetreibers OLG Hamm, MMR 2008, 175; OLG Köln, MMR 2001, 52 (52); LG München, CR 2007, 264 (264); MAUME, Bestehen und Grenzen des virtuellen Hausrechts, MMR 2007, 620 ff.

⁵⁹ Vgl. HOLZNAGEL, Zur Providerhaftung – Notice and Take-Down in § 512 U.S. Copyright Act, GRUR Int. 2007, 971 (982).

tatsächlich ein Äußerungsdelikt vorliegt, und einen Eintrag vorsichtshalber löscht, ohne dass der Äußernde in irgend einer Form an dem Verfahren beteiligt ist – dann hat dies einen Zensureffekt. Deshalb beziehen sich die oben⁶⁰ geschilderten Entscheidungen, die eine zu vorschnelle Haftung des Intermediärs verhindern wollen, auch ausdrücklich auf Meinungsforen. Wegen der in diesen Fällen offensichtlich relevanten Meinungsfreiheit genießen Entscheidungen zu Meinungsforen einen Sonderstatus in der Plattform-Rechtsprechung. Wenn es „nur“ um die Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums geht, sieht man Zensurprobleme offenbar nicht.

5.4.2. Übertragbarkeit auf Immaterialgüterrechtsverletzungen?

Das ist in einer Meinung nicht gerechtfertigt. Denn die Überlegungen zu Meinungsforen sind übertragbar auf andere Plattformen, auf denen es „nur“ um Immaterialgüterrechtsverletzungen geht: Zum einen sind hier ebenfalls Grundrechte betroffen, insbesondere auch Art. 5 GG. Die Meinung kann nämlich nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG in „Wort, Schrift und Bild“ geäußert werden. So kann etwa auch die Entfernung eines angeblich urheberrechtsverletzenden Bildes die Meinungsfreiheit verletzen. Betroffen können weiterhin die Informationsfreiheit und die Kunstfreiheit sein. Zum anderen haben wir es – wie auch bei vielen Äußerungsdelikten – ebenfalls mit vielen normativen Tatbestandsmerkmalen zu tun. Dies gilt insbesondere bei der Frage nach der Schutzfähigkeit (z.B. § 2 UrhG, „persönlichgeistige Schöpfung“, Gestaltungshöhe) und den Schranken: Oft wird es etwa darauf ankommen, ob eine freie Benutzung nach § 24 UrhG oder eine Bearbeitung nach § 23 UrhG vorliegt oder ob ein Zitat nach § 51 UrhG durch den vom Zweck gebotenen Umfang gedeckt ist. Gerade § 24 UrhG etwa hat in der nicht immer einheitlichen Rechtsprechung bekanntlich eine große Wandlung durchgemacht.⁶¹ Gerade diese Vorschrift ist aber zentral, wenn es etwa um die Beurteilung der im Web 2.0 inzwischen sehr populär gewordenen „Mashups“⁶² geht.⁶³ Auch der kürzlich erst entschiedene „Perlentaucher“-Fall⁶⁴ zeigt anschaulich am Beispiel von Rezensionen zusammenfassungen, wie fließend die Grenze zwischen freier Benutzung und unfreier Bearbeitung sein kann. Normative Tatbestandsmerkmale bringen immer ein gesteigertes Prozessrisiko mit sich. Und ein gesteigertes Prozessrisiko ist der Nährboden der Abschreckung. Die Meinungsforen stellen daher im Vergleich zu Plattformen, auf denen Immaterialgüterrechtsverletzungen infrage stehen, keinen Sonderfall dar. Die Gedanken zum Zensureffekt sind ohne weiteres übertragbar.

⁶⁰ Siehe unter 4.3.2. und 4.3.3.

⁶¹ Siehe zu den unterschiedlichen Abgrenzungen je nach Anlehnungszweck etwa WANDTKE/BULLINGER/BULLINGER, UrhR, 2. Aufl. 2006, § 24 Rn. 11 ff.

⁶² Mashups sind Werkneuschöpfungen durch Kombination bestehender Werke.

⁶³ Zu den Unklarheiten siehe HAEDICKE, in: HOFFMANN/LEIBL (Hrsg.), Vernetztes Rechnen – Softwarepatente – Web 2.0, 159 ff.

⁶⁴ OLG Frankfurt, NJW 2008, 770 ff.

6. Was könnten Lösungen sein? – Vorschlag für ein verletztorientiertes System

Sinnvoll wäre es daher in der Tat, zu einem „verletztorientierten System“ zurückzukehren, das den Streit wieder in das Verhältnis zwischen Verletzer und Verletztem, also Nutzer und Rechtsinhaber, überführt. Freilich hat der *BGH* die Entwicklung zu einem solchen System vorerst gestoppt.⁶⁵ Jedoch kann der Gesetzgeber den Weg dorthin ebnen.⁶⁶ Sowohl auf nationaler⁶⁷ als auch auf europäischer⁶⁸ Ebene denkt man derzeit über die Zukunft des Verantwortlichkeitsregimes im E-Commerce-Recht nach. Folgende Lösungsmöglichkeiten kann man diskutieren:

6.1. Gesetzliche Sekundärhaftung des Intermediärs

Zunächst könnte man die vom OLG Düsseldorf vorgeschlagene⁶⁹ Sekundärhaftung des Intermediärs gesetzlich verankern. Der Intermediär könnte dann erst und nur in Anspruch genommen werden, wenn eine Inanspruchnahme des Verletzers erfolglos war. Eine solche Lösung bringt aber immer noch Probleme mit sich:

6.1.1. Anonymität des Verletzers

Zum einen ist der Verletzer – wie im Ausgangsfall – für den Verletzten oft anonym. Zwar hat der Gesetzgeber bei Immaterialgüterrechtsverletzungen inzwischen einen Anspruch auf Drittauskunft geschaffen (vgl. z.B. § 101 Abs. 2 UrhG),⁷⁰ der „insbesondere ein Auskunftsanspruch gegenüber Internet-Providern“ sein soll.⁷¹ Dies dient der bereits überfälligen Umsetzung⁷² der so genannten Durchsetzungsrichtlinie⁷³. Bei anonymen Plattformen – und das sind die meisten⁷⁴ – hinterlassen die Nutzer allerdings Spuren höchstens in Form einer IP-Adresse. Den Namen des Nut-

⁶⁵ Siehe unter 4.3.2. und 4.3.3.

⁶⁶ Zur Zurückhaltung des Gesetzgebers bei der Verabschiedung des Telemediengesetzes KITZ (Fn. 5), 374.

⁶⁷ Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMWi) hat eine Befragung zur Entwicklung und zu den praktischen Auswirkungen der Vorschriften des Telemediengesetzes zur Anbieterverantwortlichkeit durchgeführt. Fragebogen und eingegangene Stellungnahmen sind abrufbar unter <http://www.bmwi.de/BMWi/Navigation/Technologie-und-Innovation/Informationsgesellschaft/medienrecht.html>.

⁶⁸ Die EU-Kommission hat u.a. eine Expertengruppe zur Evaluierung der E-Commerce-Richtlinie eingesetzt, siehe ABIEG Nr. L 282 v. 26. Oktober 2005, 20.

⁶⁹ Siehe unter 4.3.3.

⁷⁰ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums, BT-Drs. 16/5048 v. 20. April 2007; mit Änderungen des Rechtsausschusses vom Deutschen Bundestag beschlossen am 11. April 2008, vgl. Plenarprotokoll 16/155.

⁷¹ Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 16/5048 v. 20. April 2007, 49.

⁷² Hierzu demnächst KITZ in NJW 2008.

⁷³ Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums vom 29. April 2004, ABl. EU Nr. L 195, 16.

⁷⁴ eBay ist hier eine Ausnahme, weil sein Dienst kostenpflichtig ist und der Betreiber deshalb Abrechnungsdaten seiner Nutzer benötigt.

zers, der unter einer bestimmten IP-Adresse im Internet eingewählt war, kann dann wiederum nur sein Zugangsvermittler zuordnen.⁷⁵

Es ist aber derzeit im Rahmen von § 101 Abs. 2 UrhG meist nicht möglich, den Zugangsvermittler zu einer entsprechenden Auskunft heranzuziehen. Hier steht das Datenschutzrecht im Weg: Zwar hat die Umsetzung⁷⁶ der EU-Richtlinie zur Vorratspeicherung von Kommunikationsdaten⁷⁷ einen Systemwechsel bei der *Datenspeicherung* bewirkt: Während die Speicherung nicht abrechnungsrelevanter Daten, also vor allem dynamischer IP-Adressen⁷⁸, bis vor kurzem noch verboten war,⁷⁹ ist sie nun nicht nur erlaubt, sondern in § 113a Abs. 4 Nr. 1 TKG für die Anbieter öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste sogar verpflichtend vorgeschrieben.⁸⁰ Damit sind die Daten zwar grundsätzlich vorhanden.⁸¹ Eine andere Frage ist aber, ob diese gespeicherten Daten auch *verwendet* werden dürfen, um Immaterialgüterrechtsverletzungen aufzuklären. Denn nach § 4 Abs. 1 BDSG bedarf nicht nur – in Verbindung mit § 3 Abs. 4 BDSG – die Übermittlung einer gesetzlichen Erlaubnis, sondern auch jedwede andere Nutzung der vorhandenen personenbezogenen Daten.⁸² Fehlt sie, ist der der Auskunftsanspruch wegen rechtlicher Unmöglichkeit

⁷⁵ Zu den technischen Gegebenheiten KITZ, Die Auskunftspflicht des Zugangsvermittlers bei Urheberrechtsverletzungen durch seine Nutzer, GRUR 2003, 1014 (1014 f.); KÖCHER, Anm. zu LG Berlin, Urteil v. 6. September 2007 – 23 S 3/07, MMR 2007, 800 (801).

⁷⁶ Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG vom 21. Dezember 2007, BGBl I 2007 Nr. 70, 3198.

⁷⁷ Richtlinie 2006/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über die Vorratspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsnetze erzeugt oder verarbeitet werden, und zur Änderung der Richtlinie 2002/58/EG, Abl. L 105 v. 13. April 2006, 54 ff.

⁷⁸ Art. 5 Abs. 1 lit. c) 1. ii) der Richtlinie sowie der neue §§ 113 a Abs. 4 Nr. 1 TKG nennen als speicherpflichtige Daten ausdrücklich auch dynamische IP-Adressen.

⁷⁹ Hierzu KITZ (Fn. 57), 447 f.

⁸⁰ Ausführlich zur Speicherpflicht B RINKEL/LAMMERS, Innere Sicherheit auf Vorrat? Ein erster kritischer Blick auf die Vorratsdatenspeicherung in Deutschland, ZUM 2008, 11 ff.; GIETL, Die Einführung der Vorratsdatenspeicherung, K&R 2007, 545 ff.; PUSCHKE/SINGELNSTEIN, Telekommunikationsüberwachung, Vorratsdatenspeicherung und (sonstige) heimliche Ermittlungsmaßnahmen der StPO nach der Neuregelung vom 1.1.2008, NJW 2008, 113 ff.

⁸¹ KITZ (Fn. 57), 448.

⁸² Soweit im Bereich der Internetprotokolladressen umstritten ist, ob in der Auskunftserteilung eine Übermittlung der Internetprotokolladressen selbst liegt (s. hierzu BR-Drs. 275/07 vom 27. April 2007, 53), hat dieser Streit keinen Einfluss auf die datenschutzrechtliche Erlaubnisbedürftigkeit der Auskunft, weil die Zuordnung eines Namens zu einer dynamischen Internetprotokolladresse auf jeden Fall eine Nutzung der Adresse ist, KITZ (Fn. 57), 448.

gemäß § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen.⁸³ Dabei kann auch eine zivilrechtliche Anspruchsgrundlage die erforderliche datenschutzrechtliche Erlaubnisnorm genau so wenig ersetzen wie etwa § 631 Abs. 1 BGB eine Baugenehmigung dadurch, dass er einen Unternehmer zum Bau eines genehmigungsbedürftigen Hauses verpflichtet.⁸⁴ Ob die aufgrund § 113 a Abs. 4 Nr. 1 TKG gespeicherten, also die nicht abrechnungsrelevanten Daten⁸⁵ für eine zivilrechtliche Rechtsverfolgung datenschutzrechtlich „frei gegeben“ werden sollen oder nicht, war und ist Gegenstand heftiger Debatte.⁸⁶ Beide Seiten haben Argumente für sich.⁸⁷ Der Gesetzgeber hat sich im neuen § 113b Satz 2 HS 2 TKG inzwischen dafür entschieden, die Daten nicht freizugeben: Die neue Vorschrift untersagt ausdrücklich eine Verwendung der auf Vorrat gespeicherten Daten zu anderen als den dort genannten Zwecken, die eine private Rechtsverfolgung nicht einschließen.⁸⁸ Der Auskunftsanspruch läuft also leer, wenn es darum geht, den Inhaber einer dynamischen IP-Adresse festzustellen.⁸⁹ Der Europäische Gerichtshof hat jüngst entschieden,⁹⁰ dass die Mitgliedstaaten auch nicht verpflichtet sind, dem Auskunftsanspruch auch datenschutzrechtlich zur Geltung zu verhelfen.

6.1.2. Zeitmoment

Ein weiteres Problem ist das Zeitmoment. Rechtswidrig zugängliche Inhalte müssen schnell entfernt werden, denn sie verbreiten sich schnell und richten

⁸³ KITZ, § 101a UrhG: Für eine Rückkehr zur Dogmatik, ZUM 2005, 298, 301. § 275 Abs. 1 BGB ordnet eine Rechtsfolge an für die bisher unter den Stichworten „datenschutzrechtliche Grenzen“ (SPINDLER/DORSCHER, Auskunftsansprüche gegen Internet-Service-Provider, C R 2005, 38 (38)) oder „Normenkollision“ (SIEBER/HÖFINGER, Drittauskunftsansprüche nach § 101a UrhG gegen Internetprovider zur Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen, MMR 2004, 575 (583)) zwischen zivilrechtlichem Anspruch und öffentlich-rechtlichem Verbot diskutierten Probleme. Eine rechtliche Unmöglichkeit besteht u. a. dann, wenn die Erfüllung des Anspruchs gegen ein inländisches oder ausländisches rechtliches Verbot verstößt, vgl. BGH, NJW 1983, 2873 (2874); ebenso BAG, NJW 1977, 1023 (1024).

⁸⁴ KITZ (Fn. 57), 448.

⁸⁵ Bestands- und Nutzungsdaten dürfen hingegen nach §§ 14, 15 TMG bzw. §§ 95 ff. TKG gespeichert und verwendet werden, dazu KITZ (Fn. 5), 373 f.; zum Unterschied zwischen Bestands- und Nutzungsdaten und dynamischen IP-Adressen: KITZ (Fn. 57), 447 f.; zur Europarechtsfestigkeit der Vorschriften: ders. ZUM 2006, 444 (449).

⁸⁶ Siehe die Anhörung im Rechtsausschuss des deutschen Bundestages, Protokoll der 70. Sitzung vom 20. Juni 2007, unter http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoeungen/22_Geistiges_Eigentum/05_Protokoll.pdf.

⁸⁷ Siehe KITZ, Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums Anhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 20. Juni 2007, unter http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoeungen/22_Geistiges_Eigentum/04_Stellungnahmen/Kitz.pdf

⁸⁸ Vgl. die abschließende Erläuterung des Rechtsausschusses in BT-Drs. 16/6979, 71; der Stellungnahme Nr. 20 des Bundesrates in BR-Drs. 275/07, die eine Nutzungsmöglichkeit der aufgrund § 113a TKG gespeicherten Daten im Rahmen des zivilrechtlichen Auskunftsanspruchs vorschlug, ist der Bundestag ausdrücklich nicht gefolgt.

⁸⁹ So zutreffend der Bundesrat in seiner Stellungnahme Nr. 20 in BR-Drs. 275/07.

⁹⁰ EuGH, GRUR 2008, 241, 243 f.

mit jeder weiteren Minute, die sie zugänglich sind, einen größeren Schaden an.⁹¹ Ein womöglich erst langwieriger Rechtsstreit mit einem Nutzer wäre hier nicht praktikabel.

6.1.3. Einschüchterungspotenzial

Schließlich birgt eine solche Lösung, bei der sich der Rechtsinhaber unmittelbar an den einzelnen Nutzer wenden muss, ein Einschüchterungspotenzial: Der Nutzer wird, wenn sich ein bedeutender Rechtsinhaber bei ihm meldet, oftmals schnell klein beigeben und seinen Inhalt ungeprüft entfernen. Der Zensureffekt unterscheidet sich damit nicht von dem gegenwärtigen Effekt,⁹² bei dem der Nutzer meist erst gar nicht beteiligt wird, weil bereits der Intermediär den Inhalt ohne nähere Prüfung unmittelbar entfernt.

6.2. Formalisiertes Entferungsverfahren

Besser erscheint mir daher ein formalisiertes Entferungsverfahren, das den Nutzer zwar einbindet und ihm eine Gegenwehr ermöglicht, ohne ihn unnötig einzuschüchtern – bei dem aber gleichzeitig die Anonymität des Nutzers gegenüber dem Rechtsinhaber die Rechtsverfolgung nicht von vornherein praktisch unmöglich macht.⁹³ Art. 14 Abs. 3 der E-Commerce-Richtlinie⁹⁴ ermöglicht es den Mitgliedstaaten ausdrücklich, ein solches formalisiertes Verfahren zu schaffen.⁹⁵

6.2.1. Grundsätzlicher Verfahrensablauf

Wie könnte ein solches formalisiertes Entferungsverfahren nun funktionieren? Meiner Meinung nach lassen sich einige Elemente aus dem gerichtlichen Mahnverfahren und dem vorläufigen Vollstreckungsverfahren fruchtbar machen und miteinander kombinieren. Eine mögliche Ausgestaltung könnte so aussehen: Der Rechtsinhaber schickt eine Mitteilung an den Intermediär. Diese Mitteilung muss – wie ein Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids – nur gewissen formellen Anforderungen genügen. Sie sollte Folgendes enthalten:

- Versicherung der Rechtsinhaberschaft und einer eventuellen Vertretungsbefugnis
- Beschreibung des Schutzgegenstands
- Beschreibung des angeblich verletzenden Inhalts
- Versicherung, dass das Recht nach eigener sorgfältiger Prüfung verletzt ist
- einen Ansprechpartner bei dem sich berühmenden Rechtsinhaber

⁹¹ Vgl. KITZ (Fn. 57), 444 f.; ders. (Fn. 75), 1018.

⁹² Siehe unter 5.4.2.

⁹³ Vgl. zum grundsätzlichen Vorschlag eines formalisierten Verfahrens schon KITZ, Die Zukunft der Auskunft oder: Die abenteuerliche Karriere des § 10 1a UrhG, MMR 2005, 133, 134; so auch UFER, Wenn zwei sich streiten, freut sich der Dritte, MMR 2008, 69 (70).

⁹⁴ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABl. EG 2000 Nr. L 178, 1 ff.

⁹⁵ In den USA gibt es ein ähnliches Verfahren unter dem Namen „notice and takedown“, das jedoch einige Probleme mit sich gebracht hat (dazu HOLZNAGEL (Fn. 59), 971 ff.) und sich von dem hiesigen Vorschlag daher in wesentlichen Punkten unterscheidet.

Der Intermediär muss – wie ein Mahngericht beim Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids – dann nur überprüfen, ob diese rein formellen Anforderungen erfüllt sind. Anders als bisher braucht er die Rechtsverletzung nicht mehr materiell zu prüfen.⁹⁶ Erfüllt die Mitteilung die formellen Anforderungen, so entfernt der Intermediär den Inhalt. Dies gibt dem Rechtsinhaber eine schnelle und einfache Möglichkeit, einen rechtsverletzenden Inhalt zu entfernen, bevor weiterer Schaden entsteht: Weder eine Anonymität des Nutzers ihm gegenüber noch eine langwierige Auseinandersetzung mit dem Nutzer führt zu Verzögerungen.

Zu lösen bleiben aber das Haftungsdilemma des Intermediärs⁹⁷ und der Zensureffekt gegenüber dem Nutzer⁹⁸. Hier ist folgende gesetzliche Regelung denkbar:

6.2.2. Freistellung des Plattformbetreibers

Das Haftungsdilemma des Intermediärs lässt sich dadurch lösen, dass das Gesetz den Intermediär von einer potenziellen Haftung frei stellt,⁹⁹ wenn er den Inhalt aufgrund einer formell einwandfreien Mitteilung des (angeblichen) Rechtsinhabers entfernt hat. Diese Freistellung gilt dann sowohl gegenüber dem Rechtsinhaber als auch gegenüber seinem eigenen Vertragspartner, dem Plattformnutzer.

6.2.3. Einbeziehung des Plattformnutzers

Der Zensureffekt gegenüber dem Nutzer¹⁰⁰ lässt sich beheben, indem das Gesetz den Nutzer offiziell in das Verfahren einbezieht und ihm eine Gegenwehr ermöglicht. Dies kann durch ein Widerspruchssystem geschehen: Nachdem der Intermediär den Inhalt entfernt hat, muss er dem Nutzer eine automatische elektronische Nachricht schicken. Der Nutzer wird darin über den Vorwurf gegen ihn informiert und darüber, dass sein eingestellter Inhalt zunächst entfernt worden ist. Wichtig ist, dass die Nachricht – wiederum wie ein Mahnbescheid – darauf hinweist, dass der Intermediär nicht geprüft hat, ob tatsächlich eine Rechtsverletzung vorliegt. Der Intermediär ist damit ein zwischengeschalteter Puffer, der den Einschüchterungseffekt mindert, der bestünde, wenn der Rechtsinhaber sich direkt an den Nutzer wenden würde. Dem Nutzer wird abschließend mitgeteilt, dass er der Entfernung seines Inhalts binnen einer bestimmten Frist durch Mitteilung gegenüber dem Intermediär widersprechen kann.

Weiß der Nutzer, dass er sich unrechtmäßig verhalten hat, so wird er nicht widersprechen, und der Inhalt bleibt entfernt. Anders als in der bisherigen Praxis wird dem Nutzer aber bewusst gemacht, dass seine Rechtsverletzung bemerkt wurde und Folgen hatte. Ein solcher „Schuss vor den Bug“ genügt in vielen Fällen schon, damit sich der Nutzer in Zukunft rechtstreu verhält. Auf diese Weise wirkt das vorgeschla-

⁹⁶ Dies kann er ja meist gar nicht, siehe hierzu den Eingangsfall.

⁹⁷ Siehe unter 5.2.

⁹⁸ Siehe unter 5.4.2.

⁹⁹ So auch UFER (Fn. 93), 70.

¹⁰⁰ Siehe unter 5.4.2.

gene System der oben angesprochenen¹⁰¹ weiteren Verwässerung des Rechtsbewusstseins entgegen.

Ist der Nutzer jedoch der Ansicht, rechtmäßig gehandelt zu haben, so wird er der Entfernung seines Inhalts widersprechen. In diesem Fall beginnt für den Rechtsinhaber eine Frist zu laufen, innerhalb derer er Klage erheben muss. Hier wiederum zeigt sich, wie ernst es der Rechtsinhaber meinte: War sein Vorstoß nur ein „Testballon“, so merkt er nun, dass er auf Widerstand stößt, und wird die Sache möglicherweise auf sich beruhen lassen. Nach fruchtlosem Fristablauf stellt der Intermediär den Inhalt wieder online. Der Rechtsinhaber hat in diesem Fall die Daten des konkreten Nutzers nie erfahren.

Ist sich aber wiederum der Rechtsinhaber sicher, dass eine Rechtsverletzung vorliegt, wird er reagieren und Klage erheben wollen. Hierfür braucht er die Nutzerdaten. Der oben¹⁰² skizzierte Konflikt zwischen Datenschutz und privater Rechtsverfolgung ließe sich also vermittelnd lösen, indem das Gesetz dem Rechtsinhaber zwar die Daten zur Verfügung stellt, jedoch erst in diesem Stadium, in dem er gezeigt hat, dass es ihm mit der Rechtsverfolgung auch ernst ist. Mit den erhaltenen Nutzerdaten kann er dann Klage gegen den Nutzer erheben. Der Intermediär hat damit nichts mehr zu tun; der Streit ist auf diese Weise dort angelangt, wo er ausgetragen werden sollte: zwischen den eigentlichen Beteiligten.

6.2.4. Flankierender Missbrauchsschutz

Darüber hinaus stelle ich mir flankierende Regeln vor, die zusätzlich einem Missbrauch des Verfahrens durch (angebliche) Rechtsinhaber entgegen wirken. Denn formale Verfahren sind naturgemäß missbrauchsanfällig.¹⁰³

6.2.4.1. Gefährdungshaftung des Meldenden

Denkbar ist erstens eine Schadensersatzhaftung für ein falsches Entfernungsverlangen gegenüber dem Plattformnutzer. Diese sollte meiner Ansicht nach als Gefährdungshaftung ausgestaltet sein. Eine Verschuldenshaftung würde für den Nutzer unüberwindbare Beweisprobleme mit sich bringen. Vorbild für eine solche Gefährdungshaftung kann § 717 Abs. 2 ZPO sein, der meiner Ansicht nach auf diese Konstellation gut übertragbar ist: Nach § 717 Abs. 2 ZPO haftet derjenige, der ein vorläufig vollstreckbares Urteil vollstreckt hat, dem Vollstreckungsgegner, wenn das Urteil später aufgehoben oder abgeändert wird. Und im hier beschriebenen Verfahren ist die Inhaltsentfernung auch eine Art vorläufiger Vollstreckung: Sie ist noch vorläufiger als im Fall des § 717 Abs. 2 ZPO, da eine gerichtliche Entscheidung noch gar nicht ergangen ist. Das rechtfertigt es erst recht, den „Vollstreckenden“ verschuldensunabhängig haften zu lassen.

¹⁰¹ Siehe unter 5.3.

¹⁰² Siehe unter 6.1.1.

¹⁰³ Hierzu HOLZNAGEL (Fn. 59), 982 f.

6.2.4.2. Angemessenes Kostenrisiko für Plattformnutzer

Zweitens darf nicht das Risiko einer unangemessen hohen Kostenbelastung den Nutzer davon abschrecken, sich zu wehren, wenn er der Ansicht ist, sein Inhalt sei zu Unrecht entfernt worden. Gerade bei Immaterialgüterrechtsverletzungen haben Abmahnungen mit hohen Kostennoten für Aufsehen gesorgt und eine gewisse Einschüchterung verbreitet.¹⁰⁴

6.2.4.2.1. Der neue § 97a Abs. 2 UrhG

Ein neuer § 97a Abs. 2 UrhG¹⁰⁵ soll solche Fälle in Zukunft verhindern: Missbrauchswillige Abmahner sollen die ohnehin schwache Akzeptanz des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft nicht weiter dadurch beschädigen können, dass sie von Verletzern über erhöhte Abmahnkosten verlangen. Die Vorschrift beschränkt den Ersatzanspruch für Rechtsanwaltskosten bei Abmahnungen auf 100 Euro – vorausgesetzt, es handelt sich um eine erstmalige Abmahnung in einem einfach gelagerten Fall, und die Rechtsverletzung ist nur unerheblich und geschieht außerhalb des geschäftlichen Verkehrs.

Einen solchen Weg halte ich jedoch nicht für geeignet, Missbrauch tatsächlich zu unterbinden: Missbrauchsabmahner werden dann einfach behaupten, weder handle es sich um einen einfachen Fall, noch sei die Rechtsverletzung unerheblich. Da § 97a Abs. 2 UrhG zudem nur für die – subjektiv aus Verletzersicht zu bestimmende¹⁰⁶ – erstmalige Abmahnung gilt, werden sie sich vor allem an solche Verletzer halten, bei denen sie Anlass für zwei Abmahnungen kurz hintereinander finden. Weil schließlich der „geschäftliche Verkehr“ laut Entwurfsbegründung¹⁰⁷ weit auszulegen ist, wird ohnehin kaum eine Verletzungshandlung tatsächlich unter die Vorschrift fallen: Schon der Betreiber einer privaten Homepage mit Werbebanner handelt demnach geschäftlich.¹⁰⁸ Schließlich würde eine solche, auf Abmahnungen beschränkte Regelung ohnehin nicht den Abschreckungseffekt vor einem Prozess nehmen, den manche Gerichte mit unberechenbar hohen Streitwertfestsetzungen hervorgerufen haben. Steht aber – wie im hier beschriebenen Verfahren – ein direktes Prozessrisiko in Rede, so können unberechenbar hohe Kosten den Nutzer von einem ansich begründeten Widerspruch abhalten.

6.2.4.2.2. Regelung beim Gegenstandswert

Anzusetzen ist meiner Meinung nach besser bei einer Regelung der Gegenstandswerte,¹⁰⁹ die in das Abmahn- und das Gerichtsverfahren gleichermaßen eine gewisse Berechenbarkeit bringen würde. Hohe Gegenstandswerte sind oft tatsäch-

¹⁰⁴ Hierzu KITZ, Beschränkung der Abmahnkosten im Urheberrecht – was verhindert den Missbrauch wirklich?, MMR 2007, 477 ff.

¹⁰⁵ BT-Drs. 16/5048 v. 20. April 2007, mit Änderungen des Rechtsausschusses vom Deutschen Bundestag beschlossen am 11. April 2008, vgl. Plenarprotokoll 16/155.

¹⁰⁶ BT-Drs. 16/5048 v. 20. April 2007, 126.

¹⁰⁷ BT-Drs. 16/5048 v. 20. April 2007, 126.

¹⁰⁸ KITZ (Fn. 104), 478.

¹⁰⁹ Näher KITZ (Fn. 104), 478.

lich gerechtfertigt, wenn es sich um die Verletzung sehr wertvoller Rechte handelt. In Missbrauchsfällen aber sind die Gegenstandswerte regelmäßig stark überhöht angesetzt; hier nutzen die missbräuchlichen Abmahner oder Kläger die Rechtsunsicherheit aus: Der Wert von Immaterialgüterrechten ist schwer zu bestimmen, und die Wertfestsetzung steht am Ende im freien Ermessen des Gerichts.¹¹⁰ Es ist daher riskant, es auf einen Prozess ankommen zu lassen. Die Stadtplanausschnitt-Rechtsprechung hat „die in der Praxis zurecht beklagte Unberechenbarkeit der Streitwerthöhe“¹¹¹ anschaulich aufgezeigt: In einer unverhohlenen Quasi-Analogie zur Strafvorschrift des § 106 Abs. 1 UrhG stellt etwa das OLG Hamburg¹¹² generalpräventive Erwägungen an. Es sieht eine „wirkungsvolle Abschreckung“ ausdrücklich als streitwertbestimmenden Faktor. Ähnlich berücksichtigt das KG¹¹³ die „Nachahmungsgefahr aus einem verbreiteten leichtfertigen Umgang mit derartigen Urheberrechten“. Die Gerichte setzten mit solchen Begründungen den Streitwert für den Unterlassungsanspruch teilweise auf mehr als das Zwölfwache dessen fest, was eine unbefristete Lizenz gekostet hätte. In anderen Fällen wurde der Angriffsfaktor pauschal „aufgrund der Begehung im Internet mit weltweiter Abrufbarkeit“ als hoch angesehen.¹¹⁴

Will man der Missbrauchsgefahr entgegenwirken, muss man diese Rechtsunsicherheit reduzieren. Eine Vorschrift wie der neue § 97a Abs. 2 UrhG, die gleich mehrere unbestimmte Rechtsbegriffe enthält, ist hierzu kaum geeignet. Dies gilt umso mehr, als sich die zur Beurteilung notwendigen Umstände oft erst im Prozess herausstellen¹¹⁵ und zudem die Beweislast beim potenziellen Missbrauchsoffer liegt.

Besser könnte der Gesetzgeber in § 3 ZPO das klarstellen, was außerhalb bestimmter urheberrechtlicher Fälle gängiges Verständnis der Vorschrift ist:¹¹⁶ dass generalpräventive Erwägungen nicht in die Wertbestimmung einfließen. Weiter ist an normative Wertvorgaben für urheberrechtliche Streitigkeiten zu denken. Die bereits in anderen Bereichen bestehenden normativen Vorgaben¹¹⁷ verfolgen alle das auch hier einschlägige Ziel, Rechtsunsicherheit abzubauen. Orientieren könnten sich solche Vorgaben an den Lizenzgebühren für einen bestimmten Zeitraum¹¹⁸ oder an den von verschiedenen Gerichten bereits intern benutzten Streitwerttabellen.¹¹⁹

¹¹⁰ Vgl. §§ 2 Abs. 1, 23 Abs. 1 S. 1 RVG, § 48 Abs. 1 S. 1 GKG, § 3 ZPO.

¹¹¹ So AG Charlottenburg, GRUR-RR 2006, 70, 71.

¹¹² OLG Hamburg, GRUR-RR 2004, 342, 343.

¹¹³ KG, GRUR 2005, 88.

¹¹⁴ Vgl. LG München I, MMR 2006, 339, 340.

¹¹⁵ Siehe zur „einfach gelagerten Sache“ in § 12 Abs. 4 UWG HEFERMEHL/KÖHLER/BORN-KAMM/KÖHLER, WettbewerbsR, 24. Aufl. 2006, § 12 UWG Rn. 5.25.

¹¹⁶ Vgl. MUSIELAK/HEINRICH, ZPO, 5. Aufl. 2007, § 3 Rn. 9; OLG Frankfurt/Main, GRUR-RR 2005, 71, 72.

¹¹⁷ Z.B. §§ 41 f., 48 ff. GKG, §§ 6 ff. ZPO.

¹¹⁸ In diese Richtung AG Charlottenburg, GRUR-RR 2006, 70, 71, das dann allerdings noch den GEMA-Zuschlag analog anwendet.

¹¹⁹ Näher hierzu EWERT/v. HARTZ, Die Abmahnung im Urheberrecht auf dem Weg in die Bedeutungslosigkeit?, ZUM 2007, 450, 452.

Für verbleibende echte Härtefälle – vieles spricht dafür, dass die Bundesregierung mit ihrem Regelungsvorschlag neben dem Missbrauch auch solche verhindern will – könnte man in § 97 a Abs. 2 UrhG statt der jetzigen Formulierung eine Streitwertherabsetzung nach dem Vorbild von § 12 Abs. 4 Alt. 2 UWG aufnehmen. Danach wirkt es sich Wertmindernd aus, wenn die Kostenbelastung einer Partei nach dem vollen Wert angesichts ihrer Vermögens- und Einkommensverhältnisse nicht tragbar erscheint. Diese Regelung setzt keine erhebliche Gefährdung der wirtschaftlichen Lage voraus. Damit geht sie weiter als die Streitwertbegünstigungen in § 142 MarkenG, § 14 4 PatG, § 26 GebrMG, § 11 Abs. 2 HalbschG, § 54 GeschmMG und § 23b UWG a.F., deren praktischer Anwendungsbereich gering ist bzw. war.

7. Zusammenfassung

Die Rechtspraxis beim Web 2.0. steht im krassen Gegensatz zum gesetzlichen Konzept „Jeder haftet für eigene Informationen“. Das derzeit praktizierte System der Störerhaftung beinhaltet einen unlösbaren Konflikt zwischen Rechteinhabern und Intermediären, bringt Intermediäre in ein Haftungsdilemma, verwässert das Rechtsbewusstsein der Verletzer weiter und wirkt zensierend gegenüber rechtstreuen Nutzern – auch jenseits von Meinungsforen.

Diese Probleme sind nur lösbar mit einem verletzessorientierten System, in dem die wirklichen Beteiligten (Nutzer – Rechteinhaber) den Streit miteinander austragen. Eine bloße gesetzlich normierte Sekundärhaftung des Intermediärs brächte wegen der Anonymität des Verletzers, des kritischen Zeitmoments und des Einschüchterungspotenzials gegenüber dem Nutzer eigene Probleme mit sich.

Eine angemessene Lösung *de lege ferenda* sollte vielmehr ein Bündel aufeinander abgestimmter Elemente berücksichtigen, die teilweise aus dem Mahnverfahren und dem vorläufigen Vollstreckungsverfahren entlehnt werden können. Diese Elemente umfassen ein formales Entferungsverfahren mit dem Intermediär als Vermittler; eine Benachrichtigung, Belehrung und Widerspruchsmöglichkeit des Nutzers; einen begrenzten Auskunftsanspruch des Rechteinhabers; eine Gefährdungshaftung bei Missbrauch sowie berechenbarere Regelungen zum Gegenstandswert bei Immaterialgüterrechtsverletzungen.

Kompensation von Verletzungen des geistigen Eigentums – Die Förderung von Markttransaktionen als Leitprinzip

Carsten Herresthal

Abstract

Die Durchsetzungsrichtlinie 2004/48/EG trifft allgemeine Vorgaben für die Kompensation von Verletzungen des geistigen Eigentums. Das deutsche Umsetzungs-gesetz hält die besonderen Methoden zur Berechnung des Schadensersatzes, die von der Rechtsprechung im nationalen Recht bei Immaterialgüterrechtsverletzungen entwickelt wurden, für richtlinienkonform und kodifiziert diese daher. Die hiermit verbundene Einführung des Präventionsprinzips als selbständiges Prinzip des nationalen Schadensrechts führt dort zu einem Systembruch. Vorzugswürdig ist eine Lösung, die den Grundkonflikt zwischen Marktförderung und Rechtsinhaberschutz zum Ausgangspunkt nimmt und zu differenzierten Haftungstatbeständen gelangt.

1. Einleitung

Die Frage nach Zweck und Umfang der Kompensation von Verletzungen des geistigen Eigentums wurde bislang in Rechtsprechung und Schrifttum zum nationalen Recht überwiegend unter den Stichworten der „dreifachen Schadensberechnung“ sowie der „doppelten Lizenzgebühr“ diskutiert.¹ Diese Diskussion hatte ihren Schwerpunkt in der Struktur und den Grundprinzipien des nationalen Haftungs- und Schadensersatzrechts. Hieran änderte auch die Vorgabe in Art. 45 TRIPS nichts, denn die selbe Norm verpflichtet die Unterzeichnerstaaten lediglich, einen „angemessenen Schadensersatz“ bei der schuldhaften Verletzung des geistigen Eigentums vorzusehen und lässt demnach der nationalen Dogmatik ausreichenden Freiraum.

¹ Vgl. monographisch dazu AHRENS, Wettbewerbsverfahrensrecht, 1983, 85 ff.; GOTTWALD, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, 1979, 170 ff.; STOLL, Die dreifache Schadensberechnung im Wettbewerbs- und Markenrecht als Anwendungsfall des allgemeinen Schadensrechts, Tübingen, Diss. 2000; TEPLITZKY, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Aufl. 2007, 384 ff.; DREIER, Kompensation und Prävention, 2002, 80-91, 256-308; zum internationalen Rechtsvergleich jüngst NEUBERGER, Der wettbewerbsrechtliche Gewinnabschöpfungsanspruch im europäischen Rechtsvergleich, 2006.

2. Die gemeinschaftsrechtliche Überlagerung der Kompensation von Verletzungen des geistigen Eigentums

2.1. Die Europäisierung der Bemessung angemessener Kompensation – Die Vorgaben der Richtlinie 2004/48/EG

Durch die EG-Richtlinie zum Schutz des geistigen Eigentums² wird auch diese Frage des mitgliedstaatlichen Rechts nun (partiell) vom *Gemeinschaftsrecht* überlagert. Denn nach Art. 13 der Richtlinie haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass der Verletzer bei einer vorsätzlichen oder fahrlässigen³ Verletzung des geistigen Eigentums zum Ausgleich des „tatsächlichen Schadens“ einen „angemessenen Schadensersatz“ zu leisten hat; die Richtlinie gibt hierfür zwei Berechnungsmethoden vor: Nach der ersten müssen die Gerichte bei der Festsetzung des Schadensersatzes „alle in Frage kommenden Aspekte“ „berücksichtigen“. Zu diesen Aspekten zählen die „negativen wirtschaftlichen Auswirkungen“, einschließlich der Nachteile des Verletzten und des Verletzergewinns sowie „in geeigneten Fällen“ auch „andere als die rein wirtschaftlichen Faktoren“, z.B. der „immaterielle Schaden“ des Rechteinhabers. Nach der zweiten Methode können die Gerichte „in geeigneten Fällen“ den Schadensersatz als Pauschalbetrag festsetzen, dessen Untergrenze die übliche Lizenzgebühr für die Inanspruchnahme des Immaterialgüterrechts bildet.

Der ursprüngliche Richtlinienentwurf⁴ sah noch die Verdoppelung der angemessenen hypothetischen Lizenzgebühr als eine Form des angemessenen Schadensersatzes bei Verletzungen des geistigen Eigentums zwingend vor. Nach Art. 17 des Entwurfs sollte der Geschädigte bei einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung eines Immaterialgüterrechts die Wahl zwischen der Verdoppelung der hypothetischen Lizenzgebühr und kompensatorischem Schadensersatz haben, zu dem auch die Auskehr des Verletzergewinns gerechnet wurde. In der endgültigen Richtlinien-

² Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. EU L 195, 16. Die Richtlinie war bis zum 29. April 2006 in mitgliedstaatliches Recht umzusetzen; zum resultierenden Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen der verspäteten Umsetzung vgl. E uZW 2007, 5 25; zur richtlinienkonformen Auslegung des deutschen (Zivilprozess-) Rechts seit Ablauf der Umsetzungsfrist vgl. BGH, GRUR 2006, 962 (966).

³ Der deutsche Verschuldensmaßstab entspricht prinzipiell jenem der Richtlinie („wusste oder vernünftigerweise hätte wissen müssen“); allenfalls geht ersterer über letzteren geringfügig hinaus, so auch DREIER, Ausgleich, Abschreckung und andere Rechtsfolgen von Urheberrechtsverletzungen – Erste Gedanken zur EU-Richtlinie über die Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte an geistigem Eigentum, GRUR Int. 2004, 706 (707), ohne dass sich hiermit eine Abschreckung verbindet, die zu einer Schranke für den rechtmäßigen Handel führt.

⁴ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte an geistigem Eigentum v. 30. Januar 2003, KOM (2003), 46 endg.; krit. zu diesem DREXL/HILTY/KUR, Vorschlag für eine Richtlinie über die Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte am geistigen Eigentum, GRUR Int 2003, 605 ff.; METZGER/WURMNEST, Auf dem Weg zu einem Europäischen Sanktionenrecht des geistigen Eigentums?, ZUM 2003, 922 ff.; HOEREN, High-noon im europäischen Immaterialgüterrecht – Überlegungen zum Vorschlag für eine EU-Richtlinie über die Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte an geistigem Eigentum, MMR 2003, 299 f.

fassung ist diese Vorgabe nicht mehr enthalten.⁵ An ihre Stelle ist die vorstehend genannte Berechnung des angemessenen Schadens unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles getreten. Zugleich stellt der 26. Erwägungsgrund der Richtlinie ausdrücklich klar, dass nicht „die Einführung einer Verpflichtung zu einem als Strafe angelegten Schadensersatz, sondern eine Ausgleichsentschädigung für den Rechtsinhaber auf objektiver Grundlage unter Berücksichtigung der ihm entstandenen Kosten, z.B. im Zusammenhang mit der Feststellung der Rechtsverletzung und ihrer Verursacher“ bezweckt sei.

Auf den ersten Blick scheinen die Vorgaben der endgültigen Richtlinienfassung weitgehend kompatibel mit der bisherigen Rechtslage in Deutschland.⁶ Indes trifft die Richtlinie in Deutschland zwar auf eine gefestigte Rechtsprechung, deren Grundsätze der dreifachen Schadensberechnung bei einer Verletzung von Immaterialgüterrechten sind aber dogmatisch nicht überzeugend verortet. Ihre Grenzen werden in jüngerer Zeit neu ausgelotet, so z.B. bei der Berücksichtigung des Gemeinkostenanteils bei der Herausgabe des Verletzergewinns.⁷ Auch die Legitimität der Prävention mit Mitteln des Privatrechts wird unlängst wieder intensiver diskutiert.⁸

2.2. Die Besonderheiten bei einer schuldhaften Verletzung von Immaterialgüterrechten im deutschen Recht

2.2.1. Die Grundsätze der dreifachen Schadensberechnung

Bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten oder wettbewerbsrechtlich geschützten Positionen hat die Rechtsprechung bekanntlich – mit überwiegender Zustimmung des Schrifttums zum Ergebnis, nicht aber zu den Voraussetzungen und zur dogmatischen Verortung – Sonderregelungen einer „dreifachen Schadensberechnung“ entwickelt.⁹ Nach diesen kann der Verletzte den ihm entstandenen Vermögensschaden konkret gem. §§ 249 f. f. BGB einschließlich des entgangenen Gewinns (§ 252 BGB) berechnen. Alternativ kann er zur abstrakten Schadensberechnung auf der Basis eines hypothetischen Lizenzvertrages übergehen, also jenen Betrag verlangen, den der Verletzer üblicherweise auf der Grundlage eines

⁵ Bedauernd G. WAGNER, 66. Deutscher Juristentag, 2007, Gutachten A, 104, wonach die wichtige Chance vertan sei, durch eine Verdoppelung der hypothetischen Lizenzgebühr für einen „effektiven Schutz geistigen Eigentums“ in der EU zu sorgen; für diese Verdoppelung im nationalen Recht bereits ASSMANN, Schadensersatz in mehrfacher Höhe des Schadens, BB 1985, 15 (20 f.).

⁶ Vgl. dazu unten bei und in Fn. 25.

⁷ Vgl. dazu unten bei und in Fn. 119.

⁸ Vgl. nur G. WAGNER (Fn. 5), 68 ff.; DERS., Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006), 352 ff.

⁹ Für eine ausf. Darstellung vgl. nur MünchKomm/OETKER, BGB, 5. Aufl. 2007, § 252 Rn. 53 ff.; PALANDT/SPRAU, BGB, 67. Aufl. 2008, § 687 Rn. 6 f.; STAUDINGER/SCHIEHMANN, BGB, 2005, § 249 Rn. 198 ff.; SCHAUB, Schadensersatz und Gewinnabschöpfung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht, GRUR 2005, 918 ff.; zur historischen Entwicklung u.a. MEIER-BECK, Herausgabe des Verletzergewinns – Strafschadensersatz nach deutschem Recht?, GRUR 2005, 617 (618 ff.); STAUDINGER/BERGMANN, BGB, 2006, § 687 Rn. 65; BEUTHIEN/WASMANN, Zur Herausgabe des Verletzergewinns bei Verstößen gegen das Markengesetz, GRUR 1997, 255 ff.

solchen Vertrages für die Legalisierung der Handlung, mit der die Rechtsposition widerrechtlich in Anspruch genommen wurde, hätte entrichten müssen.¹⁰ Schließlich kann der Verletzte die Herausgabe des vom Verletzer mit der Rechtsverletzung erzielten Gewinns begehren und zwar unabhängig davon, ob auch er diesen Gewinn hätte erzielen können. Diese dreifache Berechnungsmethode ist nach der Rechtsprechung gewohnheitsrechtlich verfestigt¹¹ und wird von ihr auf die Mehrzahl der Immaterialgüterrechte erstreckt.¹² Sie nimmt verschiedene Liquidationsformen eines *einheitlichen* Schadensersatzanspruchs an,¹³ so dass materiellrechtlich § 252 BGB Anwendung findet, prozessual ein einheitlicher Streitgegenstand vorliegt und die Berechnung des Schadens unter dem Regime des § 287 ZPO steht.¹⁴

Die Qualifikation als unterschiedliche Berechnungsmethoden eines einheitlichen Schadensersatzanspruchs wird vom allgemeinen schadensrechtlichen Schrifttum überwiegend abgelehnt.¹⁵ Der Anspruch auf die hypothetische angemessene

¹⁰ Zur möglichst präzisen Abbildung eines solchen hypothetischen Vertrages und vermögensmäßigen Gleichstellung des Verletzers mit der Rechtsposition bei einem solchen vgl. u.a. BGH, NJW 1981, 1151; BGH, NJW-RR 2006, 184.

¹¹ Vgl. schon RGZ 46, 14 (18); 70, 249 (250); 108, 1 (5 f.); 130, 108 (110); 156, 65 (67); BGHZ 34, 320 (322) = GRUR 1961, 354 (355 f.) – Vitasulfal; BGHZ 38, 200 (205) = GRUR 1963, 255 – Kündernähmaschinen; BGH, NJW 1962, 1507 (1508) = GRUR 1962, 509 (511 f.) – Diarrähmchen II (Patentrechtsverletzung); weiterhin auch BGHZ 57, 116 (119) = GRUR 1972, 189 (190) – Wandsteckdose II; BGHZ 119, 20 (23) = GRUR 1993, 55 – Tchibo/Rolex II; BGHZ 77, 16 (25) = NJW 1980, 2522 – Tolbutamid; BGHZ 145, 366 (374) = GRUR 2001, 329 – Gemeinkostenanteil; BGHZ 150, 32 (44) = GRUR 2002, 532 (535) – Unikatrahmen; aus der Literatur vgl. PALANDT/SPRAU (Fn. 1), § 687 Rn. 7; bei der Lizenzanalogie auch DREIER (Fn. 1), 263; s.a. GOTTWALD (Fn. 1), 174.

¹² Vgl. BGHZ 20, 345 (353) = GRUR 1956, 427 (Urheberrecht); BGH, NJW 1962, 1507 (Patentverletzung; da zu HAEDICKE, Die Gewinnhaftung des Patentverletzers, GRUR 2005, 529 ff.); BGH, NJW 1973, 1837; BGH, NJW-RR 2006, 184 (Geschmacks- und Gebrauchsmusterrechte); BGHZ 44, 372 (374) = GRUR 1966, 375 – Meßmer-Tee II (Warenzeichen); bestimmte Wettbewerbsverstöße: BGHZ 57, 116 = GRUR 1972, 189 – Wandsteckdose II; BGHZ 60, 168 = NJW 1973, 800; BGHZ 119, 20 = GRUR 1993, 55 – Tchibo/Rolex II (Nachahmung); BGH, NJW 1977, 1062 (Verletzung von Betriebsgeheimnissen); BGHZ 122, 262 = GRUR 1993, 757 – Kollektion Holiday; BGH, NJW-RR 1992, 232 – Kastanienmuster (Verletzung des Rechts am eigenen Bild).

¹³ Vgl. BGHZ 119, 20 (23) = GRUR 1993, 55 – Tchibo/Rolex II.

¹⁴ Die Wahlmöglichkeit erlischt erst mit Erfüllung oder rechtskräftigem Urteil, vgl. nur BGHZ 119, 20 (24 f.) = GRUR 1993, 55 – Tchibo/Rolex II.

¹⁵ Vgl. STAUDINGER/BERGMANN (Fn. 9), § 687 Rn. 66 f.; STAUDINGER/SCHIEMANN (Fn. 9), § 249 Rn. 201; MünchKomm/OETKER (Fn. 9), § 252 Rn. 55; BEUTHIEN/WASMANN, Zur Herausgabe des Verletzergewinns bei Verstößen gegen das Markengesetz, GRUR 1997, 255 (256 ff.); ERMAN/EHMANN, BGB, 12. Aufl. 2008, § 687 Rn. 16; SCHACK, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 691; a.A. wohl HOEREN, Kompensation und Prävention, MMR 2003, Heft 5, XXI, wonach diese im Wesentlichen auch von DREIER (Fn. 1) geteilte Ansicht „radikal“ sei; vgl. auch die abw. eichenden dogmatischen Verortungen bei der Eingriffskondition (BRANDNER, Die Herausgabe von Verletzervorteilen im Patentrecht und im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb, GRUR 1980, 359 (362)) oder bei einer Analogie zu §§ 97 Abs. 1 S. 2 UrhG, 42 Abs. 2 GeschmMG (so BEUTHIEN/WASMANN, Zur Herausgabe des Verletzergewinns bei Verstößen gegen das Markengesetz, GRUR 1997, 255 (259 ff.)). Im Schrifttum zu Immaterialgüterrechten finden sich hingegen auch Stellungnahmen, die von einer gewohnheitsrechtlichen Verfestigung ausgehen, vgl. zum Patentrecht MEIER-BECK, Herausgabe des Verletzergewinns – Strafschadensersatz nach deutschem Recht?, GRUR 2005, 617 (618 m.w.N. in Fn. 13).

Lizenzgebühr sei vielmehr sachlich bei der Eingriffskondition zu verorten; der Anspruch auf den Verletzergewinn bestehe nach § 687 Abs. 2 BGB nur unter strengen Voraussetzungen, v.a. dem Vorsatzerfordernis, so dass diese Norm bei Verletzungen von Immaterialgüterrechten (entsprechend) heranzuziehen sei.¹⁶

Der nationale Gesetzgeber hat sich bislang noch nicht eindeutig festgelegt; eine *schadensrechtliche* Verortung der dreifachen Berechnungsweise konnte aus den einzelnen spezialgesetzlichen Normen nicht mit hinreichender Deutlichkeit abgeleitet werden.¹⁷

2.2.2. Die Verdoppelung der Lizenzgebühr bei der Verletzung musikalischer Urheberrechte

Bei der Verletzung eines von der GEMA wahrgenommenen Urheberrechts, also insbes. kleiner Musikaufführungsrechte, spricht die Rechtsprechung – wiederum entgegen einer deutlichen Ablehnung in der Literatur¹⁸ – zudem die doppelte Lizenzgebühr als Schadensersatz zu.¹⁹ Dies rechtfertigt sich aus der umfangreichen Überwachungsorganisation und teilweisen Abgeltung der Überwachungs- und Kontrollkosten durch den Verletzer.²⁰ Aufgrund dieser Besonderheiten scheidet zugleich eine Übertragung auf andere Immaterialgüterrechte und gewerbliche Schutzrechte²¹ sowie auf die rechtswidrige Vervielfältigung und Verbreitung von Musikwerken auf Tonträgern aus.²²

¹⁶ Vgl. LARENZ, Schuldrecht I, 14. Aufl. 1987, 515 f.; LANGE/SCHIEMANN, Schadensersatz, 3. Aufl. 2003, 361 f.; unlängst auch DREIER (Fn. 1), 278-282.

¹⁷ Die §§ 139 PatG, § 24 GebrMG, §§ 14, 128, 135 MarkenG, § 97 UrhG, § 42 GeschmMG und § 37 Sortenschutzgesetz, jeweils a.F., gewährten einen Schadensersatzanspruch bei zu vertretener Verletzung des geistigen Eigentums. Nach § 42 Abs. 2 GeschmMG a.F. und § 97 Abs. 1 UrhG a.F. kann „an Stelle des Schadensersatzes“ die „Herausgabe des Gewinns“ des Verletzers verlangt werden (jeweils S. 2). Ersatz für immaterielle Schäden gewährte § 97 Abs. 2 UrhG nur unter engen Voraussetzungen. Nach § 139 Abs. 2 S. 2 PatG, § 24 Abs. 2 S. 2 GebrMG, § 42 Abs. 2 S. 3 GeschmMG und § 37 SortSchG, jeweils a.F. konnte im Falle einer leicht fahrlässigen Verletzung das Gericht „statt des Schadensersatzes eine Entschädigung festsetzen, die in den Grenzen zwischen dem Schaden des Verletzten und dem Vorteil bleibt, der dem Verletzer erwachsen ist“.

¹⁸ Vgl. nur MünchKomm/OETKER (Fn. 9), § 249 Rn. 200 m.w.N. in Fn. 792; LANGE/SCHIEMANN (Fn. 16), 297 f.; ERMAN/KUCKUK, 11. Aufl. 2004, § 249 Rn. 74 („einhellige Ablehnung“); MEDICUS, Schuldrecht, 17. Aufl. 2006, § 55 VII 1 Rn. 637; STAUDINGER/SCHIEMANN (Fn. 9), § 249 Rn. 118; SCHACK (Fn. 15), Rn. 692 a.E.; a.A. PALANDT/HEINRICHS (Fn. 9), Vor § 249 Rn. 45 mit der Annahme gewohnheitsrechtlicher Verfestigung.

¹⁹ BGHZ 17, 376 (383) = NJW 1955, 1356; BGHZ 59, 286 (287 f.) = NJW 1973, 96; BGHZ 97, 37 (49 ff.).

²⁰ BGHZ 17, 376 (383) = NJW 1955, 1356; BGHZ 59, 291 (292 f.).

²¹ BGHZ 77, 16 (26 f.) = NJW 1980, 2522; BGHZ 37, 57; 16, 23; dazu näher DREIER (Fn. 1), S. 303 ff.

²² BGHZ 97, 37 (49 ff.) = NJW 1987, 1405.

2.3. Die legislative Umsetzung der Richtlinie 2004/48/EG

2.3.1. Die Kodifikation der dreifachen Schadensberechnung

Das deutsche Umsetzungsgesetz²³ geht davon aus, dass die in Art. 13 der Richtlinie 2004/48/EG genannten *Komponenten des Schadensersatzes*²⁴ bereits auf der Grundlage der dreifachen Schadensberechnung durch die Rechtsprechung erfasst werden.²⁵ Das Gesetz sieht freilich vor, dass in die Vorschriften über die jeweiligen Immaterialgüterrechte breitflächig Normen zum Schutz des Rechteinhabers eingefügt werden, nach denen derjenige, der eine Verletzungshandlung vorsätzlich oder fahrlässig vornimmt, dem Verletzten „zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet“ ist.²⁶ Bei der „Bemessung des Schadensersatzes“ soll „auch der Gewinn, den der Verletzer durch die Verletzung des Rechts erzielt hat, berücksichtigt werden“ können. Der „Schadensersatzanspruch“ könne „auch auf der Grundlage des Betrages berechnet werden, den der Verletzer als angemessene Vergütung hätte entrichten müssen, wenn er die Erlaubnis zur Benutzung des geistigen Eigentums eingeholt hätte“. Die Sonderregelungen, die für den Fall einer leicht fahrlässigen Verletzung eine Entschädigung zwischen Schaden und Verletzervorteil vorsehen²⁷, werden aufgehoben, da die Richtlinie in Art. 13 Abs. 2 die Möglichkeit der Festsetzung einer – niedrigeren – Entschädigung nur in Fällen anerkenne, in denen *kein* Verschulden vorliegt.

Die nach der Rechtsprechung bestehende²⁸ Alternativität der drei genannten Berechnungsmethoden wird legislativ nicht angetastet, da der Richtlinie insoweit keine abweichende Vorgabe hinreichend deutlich entnommen werden könne.²⁹ Schließlich sahen die Gesetzesverfasser keinen Anlass, die Ersatzfähigkeit *immaterieller* Schäden über § 97 Abs. 2 UrhG und etwaige Verletzungen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts hinaus zu erweitern, da die Richtlinie den Ersatz immaterieller Schäden nur „in geeigneten Fällen“ (Art. 13 Abs. 1 lit. a) vorschreibe.

²³ Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums, BR-Drs. 279/08 (Beschluss des Bundestages vom 11.4.2008 sowie des Bundesrates vom 23.5.2008); s. für die Gesetzesbegründung auch den RegE BT-Drs. 16/5048.

²⁴ Dazu näher oben Ziff. 2.1.

²⁵ Vgl. RegE BT-Drs. 16/5048, 33 li. Sp., 37 li. Sp., 61 re. Sp.; auch nach DREIER, Ausgleich, Abschreckung und andere Rechtsfolgen von Urheberrechtsverletzungen – Erste Gedanken zur EU-Richtlinie über die Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte an geistigem Eigentum, GRUR Int 2004, 706 (709 f.), G. WAGNER, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006), 352 (379) und SCHAUB, Schadensersatz und Gewinnabschöpfung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht, GRUR 2005, 918 (920) können die Grundsätze der dreifachen Schadensberechnung fortgeführt werden.

²⁶ Vgl. die Änderungen der § 139 PatG, § 24 GebrMG, §§ 14, 15, 128 und 135 MarkenG, § 9 Halbleiterschutzgesetz, § 97 UrhG, § 42 GeschmMG und § 37 SortSchG.

²⁷ Vgl. § 139 PatG, § 24 GebrMG, § 42 GeschmMG, § 37 SortSchG jeweils a.F.; dazu auch oben Fn. 17.

²⁸ Vgl. nur BGHZ 119, 20 (24 f.) = GRUR 1993, 55 – Tchibo/Rolex II.

²⁹ Vgl. RegE BT-Drs. 16/5048, 33 re. Sp.

2.3.2. Die Verdoppelung der hypothetischen Lizenzgebühr

2.3.2.1. Die restriktive Behandlung im Umsetzungsgesetz

Das Umsetzungsgesetz ist hinsichtlich der Möglichkeit, die Lizenzgebühr zu verdoppeln, sehr zurückhaltend. Schon der Regierungsentwurf konstatiert mit Blick auf § 97 UrhG, dass es im Einzelfall zum sachgerechten Schadensausgleich notwendig sein kann, den Schadensersatz *höher* als die übliche Lizenzgebühr zu bemessen. Die von der Rechtsprechung bei der Verletzung musikalischer Urheberrechte formulierten Grundsätze würden durch die Neuregelung daher „nicht berührt“.³⁰ Zu § 139 PatG findet sich im Regierungsentwurf zudem der Hinweis, dass der Schadensersatz hiernach im Einzelfall höher als die niedrigste Lizenzgebühr zu bemessen ist, sofern dies zum sachgerechten Schadensausgleich geboten sei. Auch dies entspreche geltendem Recht.³¹

Da der Gesetzentwurf insoweit im weiteren Gesetzgebungsverfahren keine Änderung erfuhr, erhält die Verdoppelung der Lizenzgebühr durch das Umsetzungsgesetz weder eine legislative Anerkennung noch wird sie ausgeweitet³² oder beschränkt, sondern i. E. weiterhin Rechtsprechung und Literatur übernimmt („nicht berührt“). Da sie im Spannungsverhältnis zu den Grundsätzen des Schadensrechts³³ steht und in der Literatur deutlichen Widerspruch auslöst, bedürften Anerkennung oder Ausweitung durch den Gesetzgeber einer deutlicheren Formulierung der Gesetzesverfasser als die genannte und zudem eine substantielle Begründung.

2.3.2.2. Die Ausweitung auf alle Verletzungen geistigen Eigentums im Regelungsvorschlag des Bundesrates

Besondere Sprengkraft wies insoweit indes die Stellungnahme des Bundesrates auf. Dieser schlug vor, alle einschlägigen Normen, die bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten einen Schadensersatz gewähren, um folgenden S. 2 zu ergänzen:³⁴ „Nach Wahl des Verletzten kann als Schadensersatz auch der Gewinn, den der Verletzte durch die rechtsverletzende Handlung erzielt hat, herausverlangt werden; als Gewinn kann die doppelte angemessene Vergütung für die Nutzung des verletzten Rechts geltend gemacht werden, soweit der Verletzte nicht nachweist, dass ein

³⁰ Vgl. Reg. Begr. BT-Drs. 16/5048, 48 re. Sp.; die Möglichkeit der Fortschreibung dieser Grundsätze unter der Richtlinie bejaht auch DREIER, Ausgleich, Abschreckung und andere Rechtsfolgen von Urheberrechtsverletzungen – Erste Gedanken zur EU-Richtlinie über die Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte an geistigem Eigentum, GRUR Int 2004, 706 (711).

³¹ Vgl. Reg. Begr. BT-Drs. 16/5048, 37 re. Sp.

³² Auch zu § 139 PatG wird sie nur als Referenz und Beispiel für die Überschreitung der üblichen Lizenzgebühr in angemessenen Fällen herangezogen; der Reg. Entw. legt auch hier *nicht* die grundsätzliche Übertragung auf § 139 PatG nahe, vgl. Reg. Entw. BT-Drs. 16/5048, 37 re. Sp. Zu diesen näher unten Ziff. 3.2.1.

³⁴ Vgl. § 139 Abs. 2 Satz 2 PatG; § 24 Abs. 2 Satz 2 GebrMG; § 14 Abs. 6 Satz 2 MarkenG; § 128 Abs. 2 Satz 2 MarkenG; § 97 Abs. 2 Satz 2 UrhG; § 42 Abs. 2 Satz 2 GeschmMG; § 37 Abs. 2 Satz 2 SortSchG.

Gewinn nicht entstanden oder niedriger ist; die Geldentwertung eines höheren Gewinns bleibt unberührt.³⁵

Hiermit wollte der Bundesrat die dreifache Schadensberechnung legislativ hinreichend deutlich festschreiben und als alternative Berechnungsmethode verankern. Die weitergehende nach oben und nach unten widerlegliche Vermutung des Verletzergewinns in doppelter Höhe der hypothetischen Lizenzgebühr wurde nicht als Strafschadensersatz qualifiziert. Sie reagiere auf die unbefriedigende Rechtslage, wonach der Rechteinhaber regelmäßig auf die hypothetische Lizenzgebühr verwiesen sei, weil er den Verletzergewinn trotz Auskunftsanspruch nicht nachweisen könne. Die Bundesregierung hat diesen Vorschlag als Verstoß gegen die Grundsätze des Schadensrechts zurückgewiesen.³⁶ Während der Gewinn bei der dreifachen Schadensberechnung allein Berechnungsfaktor sei, lasse sich für die vorgeschlagene Vermutung keine empirische Grundlage aufzeigen, so dass es sich i.E. um einen Strafschadensersatz handele. Dieser Überlegung hat der Bundesrat in seiner EntschlieÙung v. 23.5.2008 widersprochen, indem er vielmehr eine tatsächliche Vermutung dahingehend behauptet, dass derjenige, der ein fremdes Recht nutzt, mindestens ebensoviel Gewinn erreicht, wie er an den Lizenzgeber zu zahlen hat. Freilich geht der Bundesrat auch hier nicht auf die mangelnde Tragfähigkeit dieser Überlegung bei (leicht) fahrlässiger Verkennung fremder Rechtspositionen ein.

2.3.3. Der Systembruch und resultierende Folgefragen

Auch wenn die Gesetzesverfasser – mit Ausnahme der Aufhebung der § 139 PatG, § 24 GebrMG, § 42 GeschmMG und § 37 Sortenschutzgesetz – keine Änderung der Rechtslage beabsichtigten,³⁷ trifft diese Bewertung allenfalls zu, wenn man fälschlich³⁸ eine gewohnheitsrechtliche Verfestigung der dreifachen Schadensberechnung zugrunde legt.

Richtigerweise ist der neuen gesetzlichen Regelung hingegen zu entnehmen, dass der *Gesetzgeber* die Berücksichtigung des *Verletzergewinns* und der *hypothetischen Lizenzgebühr* bei der „Bemessung des Schadensersatzes“ konstitutiv anerkennt und damit zu den allgemeinen Regeln der §§ 249 ff. BGB spezielles *Schadensrecht* kodifiziert. Mit der weitgehenden Übernahme des Richtlinienwortlauts in das nationale Recht, wonach bei der „Bemessung (!) des Schadensersatzes“ auch Umstände jenseits der Differenzhypothese, nämlich der Gewinn, „berücksichtigt

³⁵ Vgl. Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 16/5048, 53 f.; s.a. die EntschlieÙung des Bundesrates v. 23.5.2008, BR-Drs. 279/08, 2 f.

³⁶ Gegenäußerung der BReg. BT-Drs. 16/5048, 61 f.; zust. aber BODEWIG/WANKE GRUR 2008, 220.

³⁷ So ausdrücklich Reg. Begr. BT-Drs. 16/5048, 37 (zu § 139 Pat G), wonach eine konkrete Berechnungsmethode des Schadens nicht vorgegeben wird, eine gesetzliche Korrektur der Rechtsprechung nicht beabsichtigt ist und die weitere Entwicklung der Rechtsprechung überlassen bleibt.

³⁸ Wie hier u.a. HAEDICKE, Die Gewinnhaftung des Patentverletzers, GRUR 2005, 529 (530); BEUTHIEN/WASMANN, Zur Herausgabe des Verletzergewinns bei Verstößen gegen das Marken-gesetz, GRUR 1997, 255 (258 f.); TILMANN, Gewinnherausgabe im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht – Folgerungen aus der Entscheidung „Gemeinkostenanteil“, GRUR 2003, 647 (649).

werden“ können bzw. der Schadensersatzanspruch auf anderer „Grundlage“, nämlich der hypothetischen Lizenzgebühr, „berechnet werden“ kann, wird eine neue Form der abstrakten Schadensberechnung gesetzlich anerkannt.³⁹ Damit wird *de lege lata* die grundsätzliche Kritik an der Verortung der dreifachen Schadensberechnung im Schadensrecht obsolet. Die mit dieser Berechnung verbundenen Problemkreise⁴⁰ bestehen indes fort. Auch bleibt bei der neuen gesetzlichen Regelung unklar, ob stets *alle* Aspekte bei der Schadensberechnung berücksichtigt werden müssen und ob eine graduelle Abstufung, also Zwischenstufen zwischen der Lizenzgebühr und der Gewinnherausgabe, zulässig ist.

Folge der neuen Regelungen ist des Weiteren eine fundamentale Systemmodifikation, da mit ihnen die Prävention als selbständiges⁴¹ Prinzip im *Schadensrecht* anerkannt wird. Immerhin lässt sich weder die hypothetische Lizenzgebühr noch die Herausgabe des Verletzergewinns mit dem Kompensationsgedanken vereinbaren.⁴² So spricht auch die bisherige Rechtsprechung der Sache nach nicht den Ersatz konkret entstandenen Schadens zu, sondern „in anderer Weise einen billigen Ausgleich des Vermögensnachteils, den der Verletzte erlitten hat“⁴³ und zwar auf der Grundlage der „Fiktion“,⁴⁴ dass der Verletzte ohne Rechtsverletzung in gleicher Weise einen Gewinn erzielt hätte wie der Verletzer. Es handelt sich nach der Rechtsprechung um ein „Instrument zur Sanktionierung des schädigenden Verhaltens“.⁴⁵ Der hier vertretenen Bewertung der gesetzlichen Neuregelung als fundamentale Systemmodifikation steht auch § 10 UWG nicht entgegen. Zwar kann nach dieser Norm der Verletzergewinn bei sog. Streuschäden zugunsten des Bundeshaushaltes abgeschöpft werden; diese besondere Sanktion⁴⁶ ist aber gerade nicht im *Schadensrecht*

³⁹ Auch wenn hiermit der Wortlaut der höchstrichterlichen Rechtsprechung aufgegriffen wird, wonach der Verletzte seinen Schaden in dreifacher Weise „berechnen“ könne, vgl. nur BGH, GRUR 2000, 715 (717) – Blauer Engel; GRUR 2000, 226 (227) – Planungsmappe.

⁴⁰ Genannt seien nur die Berücksichtigung von Gemeinkosten bei der Gewinnberechnung, vgl. BGHZ 145, 366 (372 ff.) = GRUR 2001, 329 – Gemeinkostenanteil, sowie die Möglichkeit einer Gewinnabschöpfung, wenn dem Verletzten nachweisbar kein oder kein mit dem Gewinn positiv korrelierender Schaden entstanden ist, vgl. BGH, GRUR 1995, 349 (351).

⁴¹ Zur Unterscheidung zwischen selbständigen und unselbständigen Funktionen des Schadensrechts vgl. STOLL, Haftungsfolgen im Bürgerlichen Recht, 1993, 151 ff., 184 ff.

⁴² Die ausdrückliche Ablehnung der Einführung eines Strafschadensersatzes durch die Gesetzesverfasser (vgl. Gegenäußerung der BReg. BT-Drs. 16/5048, 61 f.) steht dieser Bewertung nicht entgegen, da ein solcher primär der Bestrafung und nicht der Prävention dient.

⁴³ BGH, NJW 2007, 1524 (1525) bei der Übertragung der Grundsätze auf den wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutz; s.a. BGH, GRUR 1995, 349 (352): „billiger Ausgleich“.

⁴⁴ So ausdrücklich BGH, GRUR 1973, 478 (480) und BGH, NJW 2007, 1524 (1525); s.a. BGHZ 68, 90 (94) = GRUR 1977, 250 – Kunststoffhohlprofil I.

⁴⁵ BGHZ 145, 366 (372 ff.) = GRUR 2001, 329 – Gemeinkostenanteil unter Berufung auf BGHZ 68, 90 (94); zustimmend G. WAGNER, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006), 352 (376).

⁴⁶ Vgl. Reg. Begr. BT-Drs. 15/1487, 24; krit. zur Norm aus diesem Grund u.a. SACK, Der Gewinnabschöpfungsanspruch von Verbänden in der geplanten UWG-Novelle, WRP 2003, 549 (552 f.); WIMMER-LEONHARDT, UWG-Reform und Gewinnabschöpfungsanspruch oder „Die Wiederkehr der Drachen“, GRUR 2004, 12 (16 ff.).

verortet. Die Bedeutung der Systemmodifikation wird offensichtlich, wenn man bedenkt, dass es keines methodisch kühnen Aktes bedarf, um im Wege einer Gesamtanalogie zu den genannten Vorschriften auch bei der Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu entsprechenden Ergebnissen zu gelangen.⁴⁷

Neues gilt nach Erlass des Umsetzungsgesetzes auch für die konkrete Berechnung des herauszugebenden Gewinns; insofern überführt das Gesetz letztlich den Rechtsgedanken des § 287 ZPO in das materielle Recht. Denn die vom Gesetzgeber kodifizierte Rechtsprechung knüpft bislang an § 287 ZPO an und bestimmt „wertend“ den Verletzererfolg insoweit, als er auf der Rechtsgutsverletzung „beruht“.⁴⁸ Dies wird nun durch das Umsetzungsgesetz zu einem Element des materiellen (Schadens-)Rechts.

Die systematischen Verwerfungen setzen sich dahingehend fort, dass die neuen Haftungsregeln nicht nach dem Verschuldensgrad bei der „Berücksichtigung“ des Verletzererfolgs unterscheiden. Dies widerspricht der Abstufung von Sanktionen bei Eingriffen in fremde Rechtsgüter durch das BGB,⁴⁹ wonach bei unverschuldeten Eingriffen grundsätzlich nur eine bereicherungsrechtliche Abschöpfung in Betracht kommt (§§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 816 Abs. 1 S. 1 BGB), die sich primär am objektiven Verkehrswert orientiert. Der schuldhaft eingegriffen wird mit einem Schadensersatzanspruch sanktioniert, der sich rechtsfolgenseitig an der Einbuße des Geschädigten orientiert (§§ 249 ff. BGB). Nur bei *vorsätzlichen* Eingriffen ist gem. §§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 S. 2, 667 BGB auch ein etwaiger Übererlös herauszugeben.⁵⁰

Freilich ist die Formulierung eines konsistenten dogmatischen Systems nicht Aufgabe des Gesetzgebers, sondern die vornehmste Aufgabe der Rechtswissenschaft. Sofern der Gesetzgeber aber dessen Systemgrenzen mit fundamentalen Modifikationen überschreiten will, löst dies einen gewichtigen Begründungsbedarf aus. Gleichwohl wird die legislative Verortung der dreifachen Berechnungsweise im Schadensrecht vom Umsetzungsgesetz nicht hinreichend begründet.

3. Die Förderung von Markttransaktionen als Leitprinzip der Haftungsregeln

Angesichts dieser Verwerfungen ist ins Bewusstsein zu rufen, dass das Schadensrecht bislang primär dem Ausgleich einer verletzungsbedingten Vermögensfehlallokation dient. Bei der Frage, ob daneben weitere Zwecke anzuerkennen sind,

⁴⁷ Zu den Ersatzansprüchen in diesen Fällen vgl. nur BGHZ 128, 1; ausf. CANARIS, in: AHRENS u.a. (Hrsg.), FS für E. Deutsch, 1999, 85 ff.; dazu auch unten bei und in Fn. 70.

⁴⁸ BGH, NJW 2007, 1524 (1527) m.w.N.

⁴⁹ Vgl. zu dieser „Haftungsleiter“ MEDICUS, Bürgerliches Recht, 21. Aufl. 2007, Rn. 726.

⁵⁰ Beispielhaft ist die Gewinnherausgabe bei *vorsätzlichen* Eingriffen in fremde Persönlichkeitsrechte; auf §§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 S. 2, 667 BGB rekurrend FRIEDRICH, Persönlichkeitschutz bei unerlaubter Vermarktung, 2003, 85 ff. m.w.N.; auf §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB, 285 (= § 281 a.F.) BGB abstellend CANARIS (Fn. 47), 91 ff. Auch insoweit folgt aus § 10 UWG kein Systembruch, denn die Gewinnherausgabe setzt nach dieser Norm *vorsätzliche* Wettbewerbsverstöße voraus.

besteht die Gefahr, dass genuin juristische Prinzipien ohne angemessene Substitution durch andere tragfähige Grundsätze auf dem Altar der Modernität geopfert werden. Das Haftungsrecht, also die Haftungstatbestände und das Schadensrecht, ist hierfür besonders anfällig, weil seine Regelungen vergleichsweise breite Einfallstore bieten, durch welche – im allgemeinen juristischen Diskurs mittlerweile angekommene – geronnene Erkenntnisse der ökonomischen Analyse des Rechts und vermeintlich moderne Prinzipien wie die Prävention oder Abschreckung schreiten können. Indes sind drei *caveats* insoweit zu bedenken:

Zum Ersten ist dies die *Gefahr der Vereinfachung*; sie besteht in zweifacher Hinsicht. So droht einerseits eine wesentliche Verkürzung der Wertungsgrundlagen des Haftungsrechts: Die Konkretisierungsleistungen des Gesetzgebers und der Rechtswissenschaft haben leistungsfähige juristische Prinzipien und Regeln im Zuge der Wertungsjurisprudenz ausdifferenziert. Es gilt, auf ihnen *aufzubauen*, statt sie vollständig durch neue Prinzipien zu ersetzen. Andererseits dürfen auch die an das Haftungsrecht herangetragenen neuen Prinzipien nicht verkürzt werden. Paradigmatisch für die zuletzt genannte Gefahr ist die Heranziehung der ökonomischen Analyse, der keine normpräzisen Aussagen entnommen werden können und die oft ein differenziertes Bild aufweist, als bei ihrer Anwendung im Schadensrecht vielfach suggeriert wird; dies trifft gerade auch auf die Bewertung von Verletzungen fremder Immaterialgüterrechte zu.⁵¹ Gleiches gilt für den Präventionsgedanken. Mit ihm wird oft vorschnell der vorsätzliche Zugriff auf fremdes geistiges Eigentum als „Regelfall“ in Blick genommen, also der Schutz vor der Anmaßung fremder Schöpfungsleistung, ohne weniger drastische Konstellationen zu bedenken.

Zum Zweiten ist die *Transformation* neuer Prinzipien statt ihrer bloßen *Transplantation* anzumahnen. Die anderen Regelungsbereichen oder Lösungsansätzen wie der ökonomischen Analyse entspringenden Konzepte dürfen nicht unmodifiziert übernommen werden, sondern müssen an die Sachstruktur des konkreten Regelungsgegenstandes angepasst und zu den Rechtsprinzipien ins Verhältnis gesetzt werden. Denn bei der Rechtssetzung und der Rechtsanwendung ist eine Wertungsentscheidung zu treffen, deren Ziel eine möglichst wertungspräzise und der konkreten Sachstruktur angemessene Lösung sein muss.

Hiermit verbindet sich drittens die *Warnung vor einer monothematischen Ausrichtung*, so z.B. des Haftungsrechts allein auf die Prävention von Rechtsverletzungen.

⁵¹ Vgl. dazu nur SCHÄFER/OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, 617 ff.; C. C. v. WEIZSÄCKER, Barriers to Entry, A Theoretical Treatment, 1980, 22 ff., 208 f.; F. A. HAYEK, The Use of Knowledge in Society, Am. Econ. Rev. 35 (1945), 519 ff. sowie die Beiträge in SCHÄFER/OTT (Hrsg.), Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen, 1994; ausf. unten Ziff. 3.2.4.

3.1. Die Ausweitung des Präventionsgedankens im Privatrecht und die Gefahr der Überkompensation

Die genannten Kritikpunkte treffen gerade auch auf den Präventionsgedanken zu, der in jüngster Zeit besonders wirkmächtig ist. Er wird breitflächig an alle Regelungsbereiche herangetragen, indem die „Notwendigkeit einer ‚Präventiven Jurisprudenz‘“ beschworen wird.⁵² In der Folge hat er mittlerweile auch das Zivilrecht erreicht.⁵³ Dort erweist sich das Haftungsrecht aufgrund der evidenten Bedeutung von Sanktionsdrohungen für das Verhalten von Rechtssubjekten sowie aufgrund der weiten Tatbestände als prädestiniert, Überlegungen der Verhaltenssteuerung aufzunehmen und den Brückenkopf des Präventionsgedankens im Zivilrecht zu bilden.⁵⁴ Als Instrumente der Umsetzung kommen u. a. nicht streng am Kompensationsgedanken orientierte (potentiell überkompensierende) Haftungsregelungen sowie korrespondierende prozessuale Beweiserleichterungen in Betracht. Paradigmatisch ist die dreifache Schadensberechnung im Immaterialgüterrecht,⁵⁵ v. a. die Herausgabe des Verletzergewinns⁵⁶ sowie die Verdoppelung der Lizenzgebühr in den sog. GEMA-Fällen.⁵⁷ Indem die Sanktion einen hinreichenden Anreiz zu pflichtgemäßem Verhalten setzen soll, wird die Prävention zu einem selbständigen Zweck des Schadensrechts aufgewertet und von der bloßen Kompensation des Verletzten abgewichen, so z. B. wenn ein Ersatz auch ohne (nachweisbaren) Vermögensschaden zugesprochen wird.

Zwar ist dem deutschen Haftungsrecht der Gedanke der Prävention nicht fremd.⁵⁸ Jede Kompensationspflicht hat eine verhaltenssteuernde Wirkung, indem der Schädiger zur Sorgfalt gehalten ist, die materiellen und immateriellen Einbußen bei einer Ersatzpflicht zu vermeiden, so dass die Verletzungshandlung in der Folge weniger wahrscheinlich wird.⁵⁹ Diese Verhaltenssteuerung erweist sich aber nur als

⁵² So der Titel des Beitrages von v. HIPPEL, ZRP 2001, 145 ff.

⁵³ Vgl. G. WAGNER, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006), 352 ff.; SCHÄFER, Strafe und Prävention im Bürgerlichen Recht, AcP 202 (2002), 397 ff.; zu den Bereichen Verbraucherschutz und Anlegerschutz auch v. HIPPEL, Zur Notwendigkeit einer „Präventiven Jurisprudenz“: Vorbeugen ist besser als Heilen, ZRP 2001, 145 (148 f.).

⁵⁴ Vgl. nur MÖLLERS, Rechtsgüterschutz im Umwelt- und Haftungsrecht, Präventive Verkehrspflichten und Beweiserleichterungen in Risikolagen, 1996; LÖWE, Der Gedanke der Prävention im deutschen Schadensersatzrecht, 2000; G. WAGNER (Fn. 5); vgl. schon STEINER, Schadensverhütung als Alternative zum Schadensersatz, 1983.

⁵⁵ So wohl G. WAGNER, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006), 352 (373): präventiv motivierte Sanktionen; s. a. DREIER (Fn. 1), 274 ff.

⁵⁶ Vgl. KÖNDGEN, Gewinnabschöpfung als Sanktion unerlaubten Tuns, RablsZ 64 (2000), 661 (668 f.).

⁵⁷ Vgl. dazu unter dem Aspekt der Prävention SCHÄFER, Strafe und Prävention im Bürgerlichen Recht, AcP 202 (2002), 397 (417 ff.); MÜLLER, Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht, 2000, 126 ff.

⁵⁸ Vgl. STOLL (Fn. 41), 60 ff.; CANARIS (Fn. 47), 105; PALANDT/HEINRICHS (Fn. 9), Vor § 249 Rn. 4.

⁵⁹ Vgl. BYDLINSKI, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, 190 f.

ein zweifellos „erwünschtes Nebenprodukt“⁶⁰ der Ersatzpflicht und hat bislang im Schadensrecht nur eine unselbständige Funktion,⁶¹ während dort die Befriedigung des Wiedergutmachungsinteresses des Verletzten als rechtsethisches Prinzip im Vordergrund steht. Hingegen ist der Präventionsgedanke auf der Tatbestandsseite von Haftungsregeln durchaus anerkannt.⁶² Das Verschulden ist danach beim Schadensersatz – abgesehen von § 254 BGB – grundsätzlich nur auf der Tatbestandsebene, nicht aber rechtsfolgenreich von Interesse.⁶³

Bei der Einführung des selbständigen Präventionsprinzips auch in das Schadensrecht zeigen sich die drei genannten Defizite; paradigmatisch ist der o.g. (zu Recht erfolglos gebliebene) Vorschlag des Bundesrates, eine widerlegliche Vermutung des Verletzergewinns in Höhe der doppelten Lizenzgebühr zu kodifizieren. Insofern erfolgt keine wechselseitige Zuordnung zu den übrigen Prinzipien der Kompensation und des Bereicherungsverbots im Schadensrecht; die Gefahr der Überkompensation wird nicht effektiv verhindert. Die Widerleglichkeit der Vermutung ist insofern ein stumpfes Schwert. Immerhin legt der Bundesrat selbst zugrunde, dass die Auskunftsklage selten Erfolg verspricht. Die doppelte Lizenzgebühr weist keinen Bezug zur Schadenshöhe auf; eine für alle Immaterialgüterrechte zutreffende Rechtfertigung ist nicht ersichtlich. Das Präventionsprinzip selbst wird auf die Vermeidung vorsätzlicher Verletzungen von Immaterialgüterrechten mit hohem Verletzergewinn verkürzt. Auch werden Steuerungsziel und -mittel nicht dem Regelungsgegenstand angepasst, sondern vielmehr *alle* Immaterialgüterrechte gleich behandelt; die föhigrane Grenze zwischen erwünschter Abschreckung und unerwünschter Behinderung der Rechtswahrnehmung wird nicht gezogen.

Im Gegensatz dazu erfordert auch eine angemessene Prävention – unabhängig vom Bestehen und der Reichweite ihrer Anerkennung – jedenfalls bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten eine wertungspräzisere Ausdifferenzierung der Rechtsbehelfe sowohl auf der Tatbestandsebene hinsichtlich Vorsatz und Fahrlässigkeit als auch auf der Rechtsfolgenreichseite. Denn wenn rechtliche Feinheiten und tatsächliche, v.a. technische Zweifelsfragen den Rechtsbereich und die Haftungsprozesse bei Immaterialgüterrechten prägen,⁶⁴ dann muss sich die Prävention als selbständige Funktion – ihre Anerkennung vorausgesetzt – hieran orientieren. Andernfalls droht eine Überkompensation und Überprävention, die bekanntlich in mehrfacher Hinsicht schädlich ist: Sie kann den Wettbewerb auf dem jeweiligen Teilmarkt reduzieren und über statische Marktbedingungen zu ineffizienten Wettbewerbskonditionen führen. Des Weiteren können Dritte bei der Schaffung neuer Immaterialgüterrechte übermäßig beschränkt werden, mithin dynamische Ineffi-

⁶⁰ LARENZ (Fn. 16), 423.

⁶¹ Vgl. LANGE/SCHIEHMANN (Fn. 16), 11; LARENZ (Fn. 16), 423; CANARIS (Fn. 47), 105.

⁶² Vgl. unten bei und in Fn. 72.

⁶³ Eine Abstufung der Ersatzpflicht nach Art und Maß des Verschuldens hat der historische BGB-Gesetzgeber abgelehnt, vgl. Mot. II, 17 f; s.a. LANGE/SCHIEHMANN (Fn. 16), 13 f.

⁶⁴ Aus diesem Grund erachtet G. WAGNER, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006), 352, 467 eine Abschreckung durch das Strafrecht in diesem Bereich als ungeeignet.

zienen die Folge sein. Die geschützten Rechteinhaber können bemüht sein, sich eine übermäßige Rente zu sichern. Die Durchsetzungskosten zur Wahrung der übermäßig präventiv geschützten Rechte erreichen eine ineffiziente Höhe. Schließlich kann eine Überinvestition in Forschung und Entwicklung resultieren.

3.2. Die maßgebenden Wertungen für das Haftungsrecht

Vorrangiges Ziel muss es daher sein, die Haftungstatbestände auszudifferenzieren und ihnen jeweils angemessene Rechtsfolgen zuzuordnen. Um dem gerecht zu werden, wird hier die *Förderung von Markttransaktionen* (kurz: Marktförderung) als übergreifendes Leitprinzip der legislativen Ausgestaltung von Verletzungen geistigen Eigentums gewählt. Denn der Fokus der Diskussion hat sich unzutreffend von der Förderung von Markttransaktionen zu den haftungsrechtlichen Prinzipien bzw. der Prävention von Rechtsgutsverletzungen oder gar Abschreckung potentieller Verletzer verengt, also zu Tatbeständen der *Marktumgehung*. Diese Aspekte bilden aber nur einen Ausschnitt aus dem übergreifenden Ziel der *Förderung von Markttransaktionen* durch die Ausgestaltung von Regelungen, so dass unter diesem Leitprinzip eine Zusammenführung der Präventionserwägungen mit anerkannten schadensrechtlichen Prinzipien und bisherigen Konkretisierungsleistungen gelingen kann. Das Umsetzungsgesetz hat mit seiner nicht weiter differenzierenden Gleichbehandlung aller Konstellationen diese Chance nicht aufgegriffen.

3.2.1. Die Unterscheidung zwischen Haftungsbegründung und Schadensausfüllung

Dies richtet zunächst den Blick auf die Unterscheidung zwischen *Haftungstatbestand* und rechtsfolgenseitiger *Schadensberechnung* sowie die jeweiligen Grundprinzipien. Ruft man sich die bislang weitgehend konsentierten Grundprinzipien des (deutschen) *Schadensrechts* ins Bewusstsein, so steht die Ausgleichsfunktion an erster Stelle.⁶⁵ Das Schadensrecht soll im Wege der Totalreparation⁶⁶ grundsätzlich unabhängig vom Verschuldensgrad jenen hypothetischen Zustand herstellen, der ohne das schädigende Ereignis bestünde. Der rechtsfolgenseitigen Bemessung des Umfangs der Ersatzpflicht nach Maßgabe der §§ 249 ff. BGB kommt nach tradierter Ansicht als solcher keine selbständige Präventionsfunktion⁶⁷ und erst recht keine Strafffunktion⁶⁸ zu. In umgekehrter Richtung verhindert das Bereicherungsverbot⁶⁹ eine Überkompensation des Geschädigten. Etwas anderes folgt auch nicht aus einer etwaigen Anerkennung einer primären Präventionsfunktion des aus Art. 1 Abs. 1, 2

⁶⁵ MünchKomm/OETKER (Fn. 9), § 249 Rn. 8 m.w.N.; LANGE/SCHIEMANN (Fn. 18), 9 f.; BGH, NJW 2004, 2526 (2528).

⁶⁶ Vgl. STAUDINGER/SCHIEMANN (Fn. 9), § 249 Rn. 2 ff.

⁶⁷ LARENZ (Fn. 16), 423 f.; LANGE/SCHIEMANN (Fn. 18), 12 f.

⁶⁸ LARENZ (Fn. 16), 423; THÜSING, Wertende Schadensberechnung, 2001, 18 ff.; LANGE/SCHIEMANN (Fn. 16), 12 f.; EBERT, Pönale Elemente im deutschen Schadensersatzrecht, 2004, 442 ff.; MünchKomm/OETKER (Fn. 9), § 249 Rn. 8; PALANDT/HEINRICHS (Fn. 9), Vor § 249 Rn. 4.

⁶⁹ LANGE/SCHIEMANN (Fn. 16), 10; MünchKomm/OETKER (Fn. 9), § 249 Rn. 20; s. aus der Rechtsprechung u.a. RGZ 93, 144 (145); BGH, NJW 2001, 673 (674); BGHZ 124, 86 (95).

Abs. 1 GG hergeleiteten Schadensersatzanspruchs im Falle einer Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts.⁷⁰ Ihre allgemeine Übertragung auf das Schadensrecht wird zu Recht bestritten.⁷¹ Selbst wenn man sie aber mit der Rechtsprechung anerkennt, erklärt sie sich aus den Besonderheiten von Verletzungen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, u. a. der Ablehnung der dreifachen Schadensberechnung in diesen Fällen.

Hingegen kann ein *Haftungstatbestand* durchaus eigene und über die Zwecke der Schadenswiedergutmachung hinausgehende Ziele, also auch die Prävention verfolgen.⁷² Insoweit ist Raum für steuernde Eingriffe des Gesetzgebers; zugleich ermöglicht der Haftungstatbestand über die Tatbestandsmerkmale (und ggf. spezifische Rechtsfolgen außerhalb des Schadensrechts wie die Herausgabe des Verletzergewinns) eine wesentlich präzisere Steuerung des Verhaltens des potentiellen Verletzers. Bereits diese Unterscheidung zeigt verschiedene Ansatzpunkte für den Gesetzgeber auf, um die Durchführung von Markttransaktionen zu fördern und auf Verletzungen von Immaterialgüterrechten angemessen zu reagieren.

3.2.2. Die Besonderheiten von Immaterialgüterrechten und ihrer Verletzung

Weitere Anhaltspunkte für eine sachgerechte Differenzierung liefern die Besonderheiten der Immaterialgüterrechte. Die besondere Verletzbarkeit ihrer gesetzlich garantierten Ausschließlichkeit ist anerkannt.⁷³ Gleiches gilt hinsichtlich der notorischen Beweisnot des Verletzten bei der Darlegung und beim Beweis des konkreten Vermögensschadens.⁷⁴ Weniger Beachtung erfährt in der Diskussion über die Rechtsfolgen einer Verletzung die tatbestandliche Komplexität der Immaterialgüterrechte, aufgrund derer tatsächliche, v. a. technische Details den Rechtsbereich und die Haftungsprozesse prägen. Insoweit ist es dann durchaus überraschend, wenn der Gesetzgeber im Umsetzungsgesetz *alle* Verschuldensformen, also vorsätzliche und fahrlässige Rechtsgutsverletzungen, rechtsfolgenseitig gleichbehandelt.

Unzureichende Beachtung erfuhr bislang zudem die Transaktionseignung und Transaktionsneigung der Immaterialgüterrechte. Die *Transaktionseignung* meint, dass bei Immaterialgüterrechten eine vorherige rechtsgeschäftliche Lizenzierung grundsätzlich möglich ist,⁷⁵ was diese von anderen Rechts(guts)verletzungen wesentlich unterscheidet, in denen vorausgehende Verhandlungen zwischen den Parteien nicht möglich sind oder wesentliche Hindernisse insoweit bestehen. Die *Transaktionsneigung* soll ausdrücken, dass bei Immaterialgüterrechten – im Gegen-

⁷⁰ Vgl. BGHZ 128, 1 (15) – Caroline I; BGH, GRUR 2005, 179 (180) – Tochter von Caroline.

⁷¹ Vgl. nur CANARIS (Fn. 47), 105 ff.; DERS., Karlsruher Forum 1996, 1997, 60; GOUNALAKIS, Persönlichkeitsschutz und Geldersatz, AfP 1998, 10 (15 f.).

⁷² Vgl. zur Prävention als legitime Rolle des Rechts der unerlaubten Handlungen LARENZ/CANARIS, Schuldrecht II/2, 1994, 354; die Unterscheidung zwischen der Prävention bei der Begründung von Haftungsregeln und bei der Bestimmung des konkret ersatzfähigen Schadens klingt auch an bei BYDLINSKI (Fn. 59), 190 f.

⁷³ Vgl. nur BGHZ 68, 90 (94) = GRUR 1977, 250.

⁷⁴ Vgl. z.B. BGHZ 119, 20 (30) = GRUR 1993, 55 – Tchibo/Rolex II.

⁷⁵ Diesen Aspekt betonen zu Recht auch POLINSKY/SHAVELL, Punitive Damages: An Economic Analysis, Harv.L.Rev 111 (1998), 869 (945 f.), freilich mit abweichenden Schlussfolgerungen.

satz zu anderen Rechtsgütern – mit der Nutzung im Wege der Transaktion in der Regel gerade der besondere Vermögenswert dieses Rechts realisiert wird. Die Verletzungen geistigen Eigentums sind somit auch hiernach besonders prädestiniert für eine differenziertere Betrachtung auf der *Tatbestandsseite*.

3.2.3. Die Gefahr der Freiheitsverkürzung durch überkompensierende Haftungsregeln

3.2.3.1. Die Verkürzung verfassungsrechtlich garantierter Freiheiten durch inadäquate Verletzungsfolgen

Die angedeutete Sachgerechtigkeit einer weiteren, im Umsetzungsgesetz freilich unterbliebenen Differenzierung korrespondiert auch mit dem Grundgesetz. So sind beim Schutz des geistigen Eigentums nach Art. 14 GG auch die Interessen der Allgemeinheit und kollidierende Grundrechte Dritter, u. a. die Freiheit des Wettbewerbs, zu bedenken.⁷⁶ Daher müssen das nach Art. 14 GG verfassungsrechtlich geschützte Interesse des Schutzrechtsinhabers, sein Recht nach eigenem Belieben zu nutzen, und das geschützte Interesse des Wettbewerbs, sich außerhalb des Schutzbereichs bestehender Rechte unter Beachtung der Gesetze frei entfalten zu können, einem angemessenen Ausgleich zugeführt werden.⁷⁷ Verfassungsrechtlich ist also ein *ausgewogenes Verhältnis* zwischen dem effektiven Schutz der Immaterialgüterrechte und der Wettbewerbs- und Handlungsfreiheit der Marktteilnehmer geboten.

Dieser notwendige Ausgleich betrifft zum Ersten die Interessen der Marktteilnehmer und den angemessenen Schutz der Rechteinhaber, also die Bestimmung von Schutzgegenstand und -reichweite der Immaterialgüterrechte. Zum Zweiten darf die Freiheit des Wettbewerbs aber auch *jenseits* der objektiven Grenzen der Gesetze, die den Schutzgegenstand und seinen Schutzzumfang bestimmen, nicht übermäßig beschränkt werden.⁷⁸ Es werden also auch die Sanktionen bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten erfasst.⁷⁹ Insbesondere Sanktionsdrohungen können qua Verhaltenssteuerung die Berufsfreiheit und die allgemeine Handlungsfreiheit verkürzen, jedenfalls dann, wenn die Haftungsfolgen außer Verhältnis zum potentiellen

⁷⁶ BVerfGE, GRUR 2001, 149 (151) – Germania 3.

⁷⁷ Zu diesem notwendigen Ausgleich auch BGH GS, NJW 2005, 3141 (3142) = GRUR 2006, 219 – Detektionseinrichtung II.

⁷⁸ Daneben wird die selbständige Verfolgung präventiver Ziele im Zivilrecht, u. a. mit Schadensersatzandrohungen, wegen des Funktionsvorranges des Strafprozesses mit den Verfahrensgarantien des Art. 103 GG sowie des Funktionsvorranges des öffentlichen Rechts bei der Wahrnehmung staatlicher Steuerungsaufgaben als verfassungswidrig bewertet, vgl. bereits BÖTTICHER, Die Einschränkung des Ersatzes immateriellen Schadens und der Genugtuungsanspruch wegen Persönlichkeitsminderung, 196 3, 3 53 (359 f.); HIRSCH, in: BOCKELMANN (Hrsg.), FS für K. Engisch, 1969, 326 f. Indes ist die Wahrnehmung von Steuerungszwecken nach der Verfassung nicht das Monopol einer Teilrechtsordnung. Entscheidend ist vielmehr die Funktionsgerechtigkeit der Instrumente und hinreichende Beachtung der Freiheitsgewährleistung.

⁷⁹ I. E. auch PEUKERT/KUR, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zur Umsetzung der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums in deutsches Recht, GRUR Int 2006, 292.

Verletzervorteil sowie zum Verschuldensvorwurf stehen. Diese Wirkung wird deutlich verstärkt, wenn eine unpräzise Grenzziehung bei Umfang und Reichweite des Schutzrechts hinzu tritt, also die Grenze zwischen einer noch zulässigen Nutzung und einem unzulässigen Übergriff auf die geschützte Rechtsposition mit einer undifferenzierten Ausgestaltung der Haftungsregelungen kombiniert wird.

Aus diesen Verfassungsvorgaben lassen sich freilich keine normpräzisen Vorgaben für den einfachen Gesetzgeber ableiten, zumal jenem eine Einschätzungsprärogative bei der Normsetzung zukommt. Immerhin hat sich der Gesetzgeber aber im verfassungsrechtlichen Rahmen zu bemühen, bei Meidung der Gefahr einer verfassungswidrigen Norm mit sachadäquaten Regelungen im Privatrecht den verfassungsrechtlich vorgegebenen Ausgleich der Rechtspositionen zu erreichen. Um der Sachstruktur des Regelungsbereichs angemessen zu begegnen, wären die Haftungsregelungen daher soweit ausdifferenzieren, als dies nach ihr geboten ist.

3.2.3.2. Die Vorgabe der Gemeinschaftsgrundrechte, des Gemeinschaftsrechtssystems und der Richtlinie 2004/48/EG

Freilich darf nicht übersehen werden, dass der Ausgleich der Rechtspositionen nach Maßgabe der mitgliedstaatlichen Verfassung mittlerweile bis zur Grenze des Kernbereichsschutzes zur Disposition des primären wie sekundären Gemeinschaftsgesetzgebers steht.

Bei allen Defiziten, die der *Grundrechtsschutz im Gemeinschaftsrecht* noch aufweist, bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass nicht auch die Gemeinschaftsgrundrechte eine wechselseitige Zuordnung von geistigem Eigentum und Wettbewerbsfreiheit vornehmen. Denn das geistige Eigentum ist als eigentumsfähige Position anerkannt.⁸⁰ Der freie Wettbewerb ist als zentrales Ordnungsprinzip des Gemeinschaftsrechts anerkannt.⁸¹ Auch wenn ein Institut wie die praktische Konkordanz der Grundrechte im Gemeinschaftsrecht noch nicht mit hinreichender konzeptioneller Schärfe entwickelt wurde, so lassen sich doch Anhaltspunkte aufzeigen, dass der wechselseitige Ausgleich von Rechtspositionen vom EuGH zugrunde gelegt wird.⁸²

Auch dem *System des sekundären Gemeinschaftsrechts* ist eine differenzierte Betrachtung des Haftungsrechts zu entnehmen. So anerkennt das Gemeinschaftsrecht die Funktion von Schadensersatzklagen, den wirksamen Wettbewerb in der EG aufrechtzuerhalten,⁸³ wenn Verstöße gegen das Europäische Wettbewerbsrecht (u.a.

⁸⁰ Vgl. dazu WEIß, in: CALLIES/RUFFERT, EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 81 Rn. 226 m.w.N.; auch nach Art. 17 Abs. 2 der GR-Charta werden Immaterialgüterrechte „geschützt“.

⁸¹ Vgl. zum System des unverfälschten Wettbewerbs nur EuGH, Rs. 202/88, Frankreich / Kommission, Slg. 1991, I-1223 (Rn. 41): Auslegung der Art. 28 ff. EG im Lichte dieses Grundsatzes.

⁸² Vgl. EuGH, Rs. C-5/73, Balkan-Import-Export, Slg. 1973, 1091 (Rn. 24); Rs. 29/77, Roquette, Slg. 1977, 1835 (Rn. 29/31); Rs. 139/79, Maizena, Slg. 1980, 3393 (Rn. 23); Rs. C-280/93, Deutschland/Rat, Slg. 1994, I-4973 (Rn. 47); Rs. C-44/94, Fishermen's Organisations, Slg. 1995, I-3115 (Rn. 37); auf den Terminus der praktischen Konkordanz insoweit zurückgreifend STREINZ/STREINZ, EUV/EGV, 2005, Art. 2 EGV Rn. 38; RUFFERT, in: CALLIES/RUFFERT (Fn. 80), Art. 2 EGV Rn. 10.

⁸³ EuGH, Rs. C-453/99, Courage, Slg. 2001, I-6297 (Rn. 27).

Art. 81 f. EG) mit einem solchen Anspruch sanktioniert sind. Auch der Schutz und die Durchsetzung von Marktordnungen⁸⁴ können zur vollen Wirksamkeit einen Schadensersatzanspruch erfordern. Zugleich wird der vollständige Ausgleich jedweden Schadens gefordert;⁸⁵ auf der anderen Seite ist das schadensrechtliche Bereicherungsverbot ebenfalls gemeinschaftsrechtlich anerkannt.⁸⁶

Diese Differenzierung entspricht auch der *Richtlinie 2004/48/EG*.⁸⁷ Immerhin wird sie auf die Binnenmarktcompetenz (Art. 95 EG) gestützt und soll die Durchsetzung des Binnenmarktes fördern. Dementsprechend soll mit der Richtlinie einerseits ein Umfeld geschaffen werden, das Investitionen und Innovationen begünstigt.⁸⁸ Insoweit werden die Diskrepanzen bei der Berechnung der Schadensersatzansprüche beispielhaft genannt, die durch ein unterschiedliches Schutzniveau ein reibungsloses Funktionieren des Binnenmarktes beeinträchtigen.⁸⁹ Zugleich wird andererseits ein hohes und gleichwertiges Schutzniveau für das geistige Eigentum im Binnenmarkt angestrebt.⁹⁰ Auch bei den Haftungsregeln lässt sich eine differenzierte Zielsetzung aufzeigen. So gebietet Erwägungsgrund Nr. 17 ausdrücklich, die Sonderaspekte des jeweiligen Falles zu berücksichtigen. Weiterhin ist dem Umstand, ob die Rechtsverletzung vorsätzlich oder nicht vorsätzlich erfolgte, „gebührend Rechnung zu tragen“. Dies hat der Gemeinschaftsgesetzgeber nicht nur in den Erwägungsgründen, sondern auch im Normtext verankert. Denn Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie schreibt vor, dass die Rechtsbehelfe wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen, damit mitgliedstaatliche Gesetzgeber aber zugleich die Einrichtung von Schranken für den rechtmäßigen Handel vermeiden muss. Auch der Wortlaut des Art. 13 verlangt einen *angemessenen Schadensersatz* und die Berücksichtigung *aller relevanten Aspekte*. Einem aus der Richtlinie folgenden Gebot zur Differenzierung steht ebensowenig entgegen, dass die Richtlinie nur eine Mindestharmonisierung vorsieht (vgl. Art. 2 Abs. 2). Denn diese betrifft sowohl das Haftungsniveau als auch die Förderung des Binnenmarktes für Immaterialgüterrechte. Indem der – von der Richtlinie anerkannte – Ausgleich von Schutzhöhe und Verwertungsmöglichkeit den Immaterialgüterrechten strukturell inhärent ist, erweist sich – anders als im Verbraucherrecht – eine Erhöhung des Schutzniveaus, z.B. durch härtere Sanktionen, nicht stets als unproblematisch aufgrund der Mindestharmonisierung. Denn die Mindestharmonisierung erfasst mit diesem Ausgleich auch die Ver-

⁸⁴ Vgl. dazu EuGH, Rs. C-253/00, Muñoz, Slg. 2002, I-7289 (Rn. 28 ff.).

⁸⁵ EuGH, Rs. C-168/00, Leitner, Slg. 2002, I-2631 (Rn. 23).

⁸⁶ EuGH, Rs. C-453/99, Courage, Slg. 2001, I-6297 (Rn. 30); s.a. Rs. 238/78, Ireks-Arkady, Slg. 1979, 2955 (Rn. 14); Rs. C-441/98 und C-442/98, Michaílídis, Slg. 2000, I-7145 (Rn. 31).

⁸⁷ Dies lassen PEUKERT/KUR, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zur Umsetzung der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums in deutsches Recht, GRUR Int. 2006, 292 f. unberücksichtigt, da nach ihnen die Richtlinie die uneingeschränkte Achtung des geistigen Eigentums sicherstellen möchte.

⁸⁸ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 1.

⁸⁹ Vgl. Erwägungsgründe Nr. 7, 8; dies kann sinnvoller Weise nicht auf Produktpiraten bezogen sein, sondern betrifft rechtmäßige Inhaber von Lizenzen.

⁹⁰ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 10.

meidung von Schranken für den rechtmäßigen Handel. Demnach gehen sehr scharfe mitgliedstaatliche Sanktionen zwar über die Mindestharmonisierung der Rechtsfolgen hinaus, verstoßen aber zugleich gegen die in Art. 3 Abs. 2 verankerte Förderung des rechtmäßigen Handels mit Immaterialgüterrechten.

Dieser Bewertung steht auch Art. 13 Abs. 2 der Richtlinie nicht entgegen. Nach der Norm können die Mitgliedstaaten bei einer Verletzung, die *weder* vorsätzlich *noch* fahrlässig erfolgt, die Möglichkeit vorsehen, dass die mitgliedstaatlichen Gerichte die Herausgabe des Verletzergewinns oder die Zahlung von Schadensersatz anordnen dürfen. Denn diese Regelung ist aus mehreren Gründen ein systematischer, inhaltlicher sowie teleologischer Fremdkörper in der Richtlinie.⁹¹ Zum Ersten handelt es sich um eine bloße Möglichkeit für die Mitgliedstaaten (*können*), während die Vorgaben des Abs. 1 gewährleistet sein müssen, so dass Abs. 2 keine tragende Säule des Haftungskonzepts der Richtlinie enthält. Des Weiteren steht diese bloße *Möglichkeit* unter dem Vorbehalt jenes übergreifenden Gesamtkonzepts, das den wertenden Ausgleich von Inhaberschutz und Marktförderung vorsieht (vgl. Art. 3 Abs. 2). Systematisch und teleologisch steht die Norm auf das Deutlichste im Widerspruch zu Abs. 1, da sie die Gewinnherausgabe als härteste Sanktion bei *fehlendem* Vertretenmüssen erlaubt, während Abs. 1 bei einem *Vertretenmüssen* die Haftung unter Berücksichtigung aller relevanten Aspekte filigran ausdifferenziert und einen *angemessenen* Schadensersatz anordnet. Auch Art. 12 der Richtlinie droht neben Abs. 2 leerzulaufen. In den Erwägungsgründen wird die Regel nicht näher erläutert. Wenn man nicht einen teleologisch-systematisch begründeten, vollständigen Funktionsausfall des Abs. 2 annehmen will – eine methodische Konstruktion, die im Rahmen der sich erst herausbildenden Methoden des Gemeinschaftsrechts gegenwärtig wohl noch zu progressiv ist⁹² –, sondern sich um die Formulierung eines teleologisch-systematisch sinnvollen Gehaltes der Norm bemüht, so weist ein Vergleich mit Art. 12 den Weg. Jene Norm spricht ebenfalls bei einer *schuldlosen* Verletzung eine angemessene Entschädigung zu. Demnach kann man Abs. 2 als Residualnorm mit Aufopferungscharakter verstehen, die Mitgliedstaaten die Möglichkeit eröffnet, Gewinnherausgabe oder Schadensersatz in Konstellationen zuzusprechen, in denen bei einer schuldlosen Rechtsverletzung die Schutzinstrumente versagen oder aufgrund einer Interessenabwägung nicht durchgesetzt werden können.

3.2.4. Die Indifferenz der ökonomischen Analyse des Rechts am geistigen Eigentum

Wendet man sich schließlich der ökonomischen Analyse des Rechts am geistigen Eigentum zu, so zeichnen sich bekanntlich – bei allen Unterschieden im Detail –

⁹¹ So i.E. auch TILMANN, Schadensersatz bei der Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums, ZEuP 2007, 288 (291).

⁹² Vgl. zum Instrument des vollständigen Funktionsverlusts einer gesetzlichen Regel in der deutschen Methodenlehre CANARIS, Die Kreditkündigung gemäß § 247 BGB und der „Wandel der Normsituation“, WM 1978, 686 ff.; HERRESTHAL, Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen, 2006, 321 ff.

zwei Hauptansichten zu dessen marktgerechter Ausgestaltung ab.⁹³ Eine Auffassung versteht Rechte am geistigen Eigentum als begrenzte Ausnahme zum Prinzip des freien Wettbewerbs, deren Gewährung erfolgt, wenn und soweit sie erforderlich ist, um Innovationen zu ermöglichen und zu diesen zu ermutigen. Die entgegengesetzte Ansicht betont den Eigentumscharakter dieser Rechte, die prinzipiell unbegrenzten Schutz erfahren müssten, wenn auch dies nicht vollständig umgesetzt werden kann. Leitgedanken sind demnach – parallel zum Verfassungsrecht – einerseits das Wettbewerbsprinzip und andererseits der Eigentumsschutz.

Die zuletzt genannte Ansicht qualifiziert das geistige Eigentum als Ausschließlichkeitsrecht und betont seine Gleichbehandlung mit dem Sacheigentum (*property-rights-approach*).⁹⁴ Nach ihr soll das Urheberrecht den Markt für das immaterielle Gut bereiten; es hat also die Funktion, den Marktmechanismus auszulösen, indem es das geistige Gut künstlich verknappt und so Markttransaktionen mit der Folge einer effizienten Produktion und Verwertung der Rechte anregt. Zugleich sollen positive Externalitäten möglichst weitreichend internalisiert werden.⁹⁵ Nutzungsrechte und Nutzungsentgelte werden durch den Marktmechanismus bestimmt. Ein vorrangiges Ziel dieser Auffassung ist die Eliminierung des Trittbrettfahrers, um zu verhindern, dass die Inhaber von Immaterialgüterrechten in unzureichendem Umfang Ressourcen investieren, weil Dritte das geistige Eigentum als Ergebnis dieser Investitionen ohne weiteres nutzen können. Folglich steht diese Ansicht für strenge Sanktionen bei der Verletzung geistigen Eigentums, also für eine Gewinnabschöpfung und sogar *punitive damages*.

Alternativ hierzu sieht der *incentive-balancing-approach*⁹⁶ das zentrale Problem des Rechts am geistigen Eigentum darin, die richtige Balance zwischen dem (freien) Zugang zu Immaterialgüterrechten und den Anreizen zur Schaffung derselben zu

⁹³ Vgl. LEMLEY, Property, Intellectual Property, and Free Riding, 83 Texas Law Review (2005) 1031 ff.; die beiden vergleichsweise einfachen Alternativen kritisch beleuchtend: David McGowan, Copyright Nonconsequentialism, 69 Mo. L.Rev. 1, 2 f. (2004).

⁹⁴ Vgl. nur EASTERBROOK, Intellectual Property is Still Property, 13 Harv J.L. & Pub. Pol'y 108, 112 (1990), wonach das Ausschlussrecht bei geistigem Eigentum jenem bei Sacheigentum entspricht; DERS., Contract and Copyright, 42 Houston L. Rev. 953, 961 f., 971 f. (2005); DAM, Some Economic Considerations in the Intellectual Property Protection of Software, 24 J. Legal Stud 321 (1995); KITCH, Elementary and Persistent Errors in the Economic Analysis of Intellectual Property, 53 Vand. L. Rev. 1727 (2000); grundlegend DEMSETZ, Toward a Theory of Property Rights, 57 Am. Econ. Rev. Papers & proc. 347 (1967): "A primary function of property rights is that of guiding incentives to achieve a greater internalization of externalities" (aaO., 348), der für eine Gleichbehandlung mit dem Sacheigentum eintritt (aaO., 359); vgl. für eine ausf. Darstellung dieser Ansicht NETANEL, Copyright and a Democratic Civil Society, 106 Yale L.J., 283, 306-324 (1996).

⁹⁵ Dabei wird eine Parallele zur „Tragedy of Commons“ beim Sacheigentum gezogen, vgl. zu dieser HARDIN, The Tragedy of the Commons, 162 Sci. 1243, 1244 (1968).

⁹⁶ So LANDES/POSNER, The Economic Structure of Intellectual Property Law, 2003, 37; DIES., An Economic Analysis of Copyright Law, 18 J. Legal Stud., 325, 326 (1989); LEMLEY, Property, Intellectual Property, and Free Riding, 83 Texas Law Review (2005) 1031 (1065 f.); s.a. FRIEDMAN, Law's Order, 2000, 135 („...not merely an incentive but the right incentive“); aus der deutschen Literatur zu dieser Aufgabe der Rechtsordnung SCHÄFER/OTT (Fn. 51), 617 f.

finden. Diese Ansicht will den Wettbewerb schützen und zugleich monopolistischen Tendenzen entgegenwirken,⁹⁷ also einen Ausgleich zwischen der Anreizwirkung von Schutzrechten und der Zugangs- und Nutzungsoptimierung erreichen. Denn die Internalisierung aller positiven Externalitäten durch den Rechteinhaber wird Lizenzverhandlungen hemmen;⁹⁸ zumindest führt sie zu einer künstlichen Verknappung, die in einer unangemessenen Vergütung des Rechteinhabers resultieren kann.⁹⁹ Strenge Sanktionen bei der Verletzung dieser Rechte können auf der Grundlage dieser Ansicht die ökonomisch erwünschte Nutzung durch Marktteilnehmer verhindern, weil auch die legitime Nutzung im Hinblick auf die drohende, im Grenzbereich unverhältnismäßige Sanktion unterlassen wird;¹⁰⁰ als Folge droht das vorhandene Wissen nicht durch den Markt an den Ort seiner wertvollsten Nutzung transportiert zu werden.¹⁰¹ Daher soll das Recht am geistigen Eigentum positive Externalitäten fördern, indem Ideen genutzt werden, die sonst geheim blieben.¹⁰² Vorgeschlagen wird daher, dass der Rechteinhaber bei einer Rechtsverletzung seine Durchschnittskosten mit einem angemessenen Gewinn ersetzt bekommt.¹⁰³

Nimmt man die Neue Institutionenökonomik als dritte Ansicht in Blick, so scheint auch dort der durch die beiden dargestellten Positionen repräsentierte Grundkonflikt wieder durch. Diese dritte Ansicht fußt auf dem *property-rights*-Ansatz, von dem sie sich aber durch die Anerkennung von Transaktionskosten, das Fehlen vollständiger Informationen, die beschränkte Rationalität und das begrenzte Eigeninteresse unterscheidet.¹⁰⁴ Die Transaktionskostenökonomik als ein wichtiges

⁹⁷ Vgl. zu dieser Gefahr bei der unmodifizierten Übertragung der Regeln über das Sacheigentum auf Immaterialgüterrechte schon v. HAYEK, *Individualism and Economic Order*, 1948, 114.

⁹⁸ Zumal kein anderes Rechtsgut eine vollständige Internalisierung positiver Externalitäten gestattet; dazu ausf. LEMLEY, *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, 83 *Texas Law Review* (2005) 1031 (1046 ff.).

⁹⁹ Ein weiteres hiermit verbundenes Problem wird unter dem Terminus „Tragedy of Anticommons“ diskutiert, vgl. dazu SCHÄFER/OTT (Fn. 51), 625 f. m.w.N. Danach droht eine Unternutzung der Ressourcen, wenn Forschung und Entwicklung aus einem Strom von Innovationen bestehen und für die Herstellung eines Produktes Lizenzen von zahlreichen Rechteinhabern erforderlich sind, die jeweils das Gesamtprojekt blockieren können. Der einzelne Rechteinhaber hat dann eine hold-out-Position, die er nutzen kann, um sich einen übermäßigen Anteil an der Produzentenrente zu sichern.

¹⁰⁰ Vgl. aus der deutschen Literatur KUR, in: KUR/LUGINBÜHL/WAAGE (Hrsg.), *FS für G. Kolle und D. Stauder*, 2005, 365 (378 f.).

¹⁰¹ Vgl. schon HAYEK, *The Use of Knowledge in Society*, *Am. Econ. Rev.* 35 (1945), 519 ff.

¹⁰² Beispielhaft KREISS, *Accessibility and Commercialization in Copyright Theory*, 43 *UCLA L. Rev.* 1, 7 (1995): „The more works that are disseminated, the more (copyright’s) goal is advanced“.

¹⁰³ A.A., aber zu wenig differenziert SCHÄFER/OTT (Fn. 51), 619, nach denen – ohne tatbestandliche Differenzierung – der jeweils höchste Betrag aus Wert für den Verletzer und Wert für den Verletzten zu ersetzen ist, um eine vertragliche Transaktion zu erreichen.

¹⁰⁴ Vgl. JOLLS/SUNSTEIN/THALER, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, 50 *Stan.L.Rev.* 1471, 1476-1480 (1998); aus der deutschen Literatur grundlegend RICHTER/FURUBOTN, *Neue Institutionenökonomik*, 3. Aufl. 2006; zum Einfluß von Institutionen auf den Ablauf wirtschaftlicher Prozesse aus wirtschaftswissenschaftlicher Perspektive MARTIENSEN, *Institutionenökonomik*, 2003.

Teilgebiet hat sich zum Ziel gesetzt, die Transaktionskosten zu reduzieren und die Transaktionen zur Erhaltung und Nutzung der *property rights* zu erhöhen. Die Regeln zur Durchsetzung der Immaterialgüterrechte als *property rights* sind demnach so auszugestalten, dass einerseits ein effizienter Zugang zu den Nutzungsrechten und andererseits eine möglichst hohe wirtschaftliche Partizipation der Rechteinhaber an der Werknutzung erzielt werden. Ein hohes Schutzniveau kann aufgrund prohibitiv hoher Transaktionskosten diesem Ziel widersprechen; gleiches gilt für zu niedrige Schutzrechte, bei denen die wirtschaftliche Partizipation der Rechteinhaber zu gering ist. Auch wenn diese Ansicht prinzipiell sog. *liability rules* den *property rules* vorzieht,¹⁰⁵ kann ihr mitnichten eine eindimensionale Orientierung am Schutz oder an der Freigabe der Urheberrechte entnommen werden; vielmehr sucht sie ebenfalls den *Ausgleich* zwischen Nutzung der Rechte und Schutz der Rechteinhaber.

Man könnte aus diesem Meinungsbild schlussfolgern, dass die ökonomische Analyse (noch) keine hinreichend eindeutige Aussage bereithält, die bei der Regelung herangezogen werden kann.¹⁰⁶ Vorzugswürdig ist es indes zu konstatieren, dass die beiden Pole der genannten Theorien, Schutz der Immaterialgüterrechte und Wettbewerbsschutz, deren Ausgleich sich der *balancing approach* sogar zum Ziel gesetzt hat, ein Pendant zu den beiden Schutzpositionen auf Verfassungsebene bilden. Auch der nationale Verfassungsgesetzgeber und der Gemeinschaftsgesetzgeber haben den angemessenen Ausgleich zwischen Eigentumsschutz (Anreiz zur Hervorbringung neuen Wissens) und Wettbewerbsschutz (Transport des vorhandenen Wissens an den Ort der potentiell nützlichsten Verwendung), also eine differenzierte Lösung, *normativ* vorgegeben. Ohne dass an dieser Stelle eine umfassende Aussage zur etwaigen Verortung von Argumenten der ökonomischen Analyse im Prozess der Rechtsgewinnung im Allgemeinen noch zu ihrer Sinnhaftigkeit im Immaterialgüterrecht im Besonderen¹⁰⁷ getroffen werden soll, kann der ökonomischen Analyse immerhin entnommen werden, dass dieser Ausgleich nicht den Markt- und Wettbewerbsstrukturen vollkommen widerspricht. Vielmehr gebieten die Kategorien der ökonomischen Analyse unter Berücksichtigung der Anreizeschemata nach einer gewichtigen Ansicht ebenfalls diesen Ausgleich. Nach dieser Auffassung liefert die ökonomische Analyse des Immaterialgüterrechts keine „one right answer“,¹⁰⁸ son-

¹⁰⁵ Grundl. CALABRESI/MELAMED, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One view of the Cathedral, 85 Harv. L.Rev. 1089, 1105 ff. (1972).

¹⁰⁶ So RADIN, Regulation by Machine, 160 J. Institutional & Theoretical Econ. 142, 148 (2004); PRIEST, What Economists Can Tell Lawyers About Intellectual Property, 8 Res. L. & Econ. 19, 21 (1986); s. a. SCHÄFER/OTT (Fn. 51), 627, wonach es hinsichtlich der Institutionen des gewerblichen Rechtsschutzes keine theoretisch abgesicherte Aussage darüber gibt, ob diese den Markt für Ideen systematisch effizient organisieren.

¹⁰⁷ Vgl. dazu vorläufig die Untersuchungen von REICH, Die ökonomische Analyse des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, 2006; HALLER, Urheberrechtsschutz in der Musikindustrie, Eine ökonomische Analyse, 2005.

¹⁰⁸ Zu deren Suche DWORKIN, Bürgerrechte ernstgenommen, 1984, 144 ff., 181 ff.; DERS., Law's Empire, 1996, 225 ff.; dazu LARENZ/CANARIS, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, 116.

dern ist der angemessene Schutz der Rechte am geistigen Eigentum von der jeweiligen *Art des Rechts* und vom *Marktkontext* abhängig.¹⁰⁹

3.3. Die Förderung von Markttransaktionen durch Haftungsregeln

Das Haftungsrecht ist Bestandteil des Wirtschaftsordnungsrechts; aus zwei Gründen ist eine filigrane Justierung seiner Normen geboten: Zum einen muss die richtige Balance zwischen dem angemessenen Rechtsgüterschutz und dem Anreiz zu wirtschaftlich erwünschtem Verhalten gefunden werden, zum anderen geht mit unpräzisen, weil auf Tatbestands- und/oder Rechtsfolgenseite sehr weiten Haftungsnormen ein potentieller Verlust an Rechtssicherheit einher. Zugleich hat die vorstehend skizzierte ökonomische Analyse des Rechts am geistigen Eigentum den Blick auch auf die Möglichkeit zur angemessenen Vermarktung der Rechte gerichtet. Die Ausgestaltung des Haftungsrechts im Recht des geistigen Eigentums muss daher Anreize dafür schaffen, dass sich die potentiellen Verletzer die benötigte Rechtsposition durch Markttransaktionen beschaffen,¹¹⁰ also dafür, dass die Parteien *ex ante* die rechtsgeschäftliche Einigung suchen. Denn die Nachteile einer Marktumgehung sind offenkundig; mit ihr verbinden sich u.a. die Kosten des Schutzes der Immaterialgüterrechte gegen Verletzungen, also Rechtsüberwachungs-, Rechtsverfolgungs- und Rechtsdurchsetzungskosten. Auch die unterlassene Nutzung aufgrund einer zu großen Abschreckung potentieller Nutzer, d.h. das Absehen von der (wirtschaftlich erwünschten) Nutzung eines Immaterialgüterrechts verursacht Effizienzverluste.

Die gebotene *Förderung von Markttransaktionen* wird bislang allenfalls am Rande und nur in Bezug auf eine möglichst hohe Schadensersatzzahlung, v.a. mit Blick auf *punitive damages*, diskutiert und dort auch nur vergleichsweise grob in der Weise, dass drohende Schadensersatzzahlungen die Markttransaktionen umso eher fördern sollen, je höher sie sind.¹¹¹ Im Immaterialgüterrecht wird als Argument *gegen* eine Förderung von Markttransaktionen zudem vorgebracht, dass der Wettbewerb hier den Charakter eines Wettstreits, eines Turniers, also nicht eines normalen Marktes haben soll,¹¹² was die Förderung von Markttransaktionen fraglich erscheinen lasse.

3.3.1. Die Unterscheidung zwischen Primär- und Sekundärmarkt

Indes ist im Recht des geistigen Eigentums zwischen der tatbestandlichen Ausdifferenzierung der Immaterialgüterrechte auf einer ersten Stufe (Primärmarkt) und den

¹⁰⁹ LEMLEY, Property, Intellectual Property, and Free Riding, 83 Texas Law Review (2005) 1031 (1065 f.) ergänzt dies noch um die konkret betroffene Informationsart.

¹¹⁰ Dieser Gedanke klingt an bei POLINSKY/SHAVELL, Punitive Damages: An Economic Analysis, Harv.L.Rev 111 (1998), 869 (945 ff.); Kemezy v. Peters, 79 F.3d 33 (7th Cir. 1996), 34, freilich jeweils in Abhängigkeit zur Höhe von *punitive damages*; s.a. KAPLOW/SHAVELL, Property Rules Versus Liability Rules: An Economic Analysis, 109 Harv L. Rev. 713 (1996).

¹¹¹ So in der Tat POLINSKY/SHAVELL, Punitive Damages: An Economic Analysis, Harv.L.Rev 111 (1998), 869 (945 f.).

¹¹² So SCHÄFER/OTT (Fn. 51), 627.

Haftungsregeln bei ihrer Verletzung auf der zweiten Stufe (Sekundärmarkt) zu unterscheiden. Bei der tatbestandlichen Ausgestaltung dieser Rechte, dem hier sog. Primärmarkt, kann der Wettbewerb den spezifischen Charakter eines Wettstreits (Turniers) statt eines normalen Marktes haben. Denn hier zielen die Marktteilnehmer auf die erstmalige und zeitlich vorrangige Sicherung des konkreten Inhaltes des Schutzrechts. Daher wird die Rechtssetzung vom Ausgleich zwischen Innovationsförderung und angemessenem Schutz der bereits hinreichend umrissenen Rechte entscheidend geprägt. Hieran müssen sich die legislative Festlegung von Schutzzumfang und -dauer sowie Reichweite der Rechte am geistigen Eigentum orientieren.

3.3.2. Die Aktivierung von Markttransaktionen auf dem Sekundärmarkt

Etwas anderes gilt bei der Ausgestaltung der Haftungstatbestände auf der zweiten Stufe (dem hier sog. Sekundärmarkt). Sie knüpfen an dem auf der ersten Stufe festgelegten gesetzlichen Schutzzumfang an, setzen also bestehende Immaterialgüterrechte voraus, die für Markttransaktionen auf dem Sekundärmarkt geeignet sind. Insoweit ist der Wettbewerb auf dem Markt für bestehende Rechte betroffen, einem Markt mit einer prinzipiell normalen Struktur. Daher führen auf ihm – jedenfalls soweit die Verwertung der Rechte betroffen ist – Privateigentum und Vertragsfreiheit zur effizienten Organisation der Güter, hier der Immaterialgüterrechte. Wie auf dem Primärmarkt ist auch hier ein Ausgleich von Wettbewerb und Eigentumsschutz erforderlich; hinzu tritt aber das Ziel, die Marktinstrumente zu aktivieren. Auf der zweiten Stufe stehen somit neben dem Anreiz, kreative Tätigkeiten bei angemessenem Eigentumsschutz zu fördern, auch Anreize in Mitten, die Nutzung des Marktsystems zu unterstützen. Die Gründe, aufgrund derer der Gesetzgeber diese Anreize setzen sollte, folgen aus der prinzipiellen Überlegenheit des Marktsystems, dessen Fehlsteuerung zu Über- oder Unterinvestition führt. Die Nachteile der Marktumgehung durch den Nutzer (potentiellen Verletzer) auf dem Sekundärmarkt sind offenkundig:¹¹³ Bei einer zu hohen Prävention wird der potentielle Verletzer von der gesamtwirtschaftlich erwünschten Nutzung des Rechts absehen. Nutzer, die im normalen Geschäftsverkehr mit fremden Schutzrechten in Berührung kommen, können wirtschaftlich ineffiziente Vorsorgemaßnahmen treffen, so dass Innovationen und Neuschöpfungen behindert werden. Jenseits des angemessenen Ausgleichs beider Positionen und der Förderung von Markttransaktionen auf dem Sekundärmarkt muss das Strafrecht für Abschreckung sorgen; dieser Ansicht ist nicht nur der nationale Gesetzgeber, sondern auch der Gemeinschaftsgesetzgeber.¹¹⁴

¹¹³ Zu den Kosten vgl. bereits oben Ziff. 3.3.

¹¹⁴ Vgl. Reg. Begr. BT-Drs. 16/5048, 62 re. Sp. sowie den geänderten Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, KOM (2006) 168 endg.; a.A. G. WAGNER, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006), 352 (467), nach dem es „auf der Hand“ liege, dass sich im Bereich des geistigen Eigentums der gebotene Rechtsschutz nicht mit den Mitteln des Strafrechts erzielen lasse.

3.4. Die gebotenen, aber unterbliebenen Differenzierungen durch den nationalen Gesetzgeber

3.4.1. Die Differenzierung auf Tatbestandsebene und die Anordnung eigenständiger Rechtsfolgen außerhalb des Schadensersatzrechts

3.4.1.1. Die Differenzierung im Tatbestand der Haftungsregeln

Für den mitgliedstaatlichen Gesetzgeber bestehen somit beim originären Schutz der Immaterialgüterrechte auf der ersten Stufe (Schutzumfang und -reichweite) sowie bei den Haftungsvoraussetzungen und -folgen bei der Verletzung bestehender Immaterialgüterrechte auf der zweiten Stufe Steuerungsoptionen. Beide Stufen werden von unterschiedlichen Leitprinzipien geprägt. Nimmt man die hier interessierende zweite Stufe in Blick, so kann der Gesetzgeber auf der Tatbestands- und auf der Rechtsfolgenseite versuchen, durch eine Regelsetzung sowohl Eigentum und Wettbewerb zum wertungsgerechten Ausgleich zu bringen als auch Markttransaktionen zu fördern und Marktumgehungen zu verhindern. Da nach den o.g. allgemeinen schadensrechtlichen Prinzipien die *Rechtsfolgen* grundsätzlich und mit guten Gründen durch Kompensation und Ausgleich geprägt werden, bieten sich zunächst die *Tatbestände der Haftungsregeln* als Ansatzpunkte an. Durch diese sind solche Anreize zu schaffen, dass die Parteien *ex ante* die rechtsgeschäftliche Einigung suchen und ein rechtsgeschäftlicher Austausch statt eines nachfolgenden schadensrechtlichen Ausgleichs erfolgt.

Für eine Differenzierung auf der Tatbestandsebene können als Kriterien herangezogen werden, ob die Verletzung des Immaterialgüterrechts *vorsätzlich, fahrlässig oder gar schuldlos* erfolgt ist, ob sie *marktnah oder marktfern* ist, d.h. im Rahmen einer bestehenden Lizenz oder ohne vorausgehenden rechtsgeschäftlichen Kontakt stattgefunden hat sowie eine Unterscheidung nach etwaigen *Besonderheiten der jeweiligen Schutzrechtsart* und der *jeweiligen Marktstruktur*.

Richtet man aber den Blick auf die Verletzungstatbestände des Umsetzungsgesetzes, so ist eine erstaunliche Diskrepanz zur Ausdifferenzierung der Schutzrechte zu konstatieren. Die Schutzrechte selbst sind bereits gegenwärtig vergleichsweise wertungspräzise ausdifferenziert; genannt sei nur die Unterscheidung nach Erfindungshöhe, Schutzdauer und Schutzbreite, die Reihung nach dem Prioritätsprinzip sowie Zwangslizenzen und Offenlegungspflichten als Begrenzungen. Die Verletzungstatbestände im Umsetzungsgesetz legen hingegen ein vergleichsweise grobes Raster an, indem sie die unterschiedlichen Immaterialgüterrechte und Verletzungsarten gleich behandeln und für alle Verletzungen einheitliche Verletzungsfolgen vorsehen. Gerade weil es der tradierten Dogmatik des deutschen Schadensersatzrechts entspricht, dass *rechtsfolgenseitig* Kompensation und Bereicherungsverbot den Ausgleichsumfang prägen und dort nicht nach dem Verschuldensgrad, verletztem Rechtsgut oder Verletzung mit bzw. ohne Vertragsbeziehung unterschieden wird, war es nach dem Gesagten geboten, beim *Tatbestand* der Haftungsnormen weitergehend zu differenzieren.

3.4.1.2. Zur Ausgestaltung der einzelnen Haftungstatbestände

Vorzugswürdig zu den Regelungen des Umsetzungsgesetzes sind daher Normen, die (1) bei einer *schuldhaften*, also vorsätzlichen oder fahrlässigen, Verletzung des geistigen Eigentums Schadensersatz nach §§ 249 ff. BGB gewähren, (2) bei *jeder* Verletzung eine Zahlung in Höhe der objektiv üblichen Lizenzgebühr als eigenständige Rechtsfolge vorsehen und (3) bei *vorsätzlichen* Verletzungen die Gewinnherausgabe als besondere Rechtsfolge anordnen.¹¹⁵ Diese Ansprüche müssten in elektiver Konkurrenz stehen. Zudem sind – wie ausgeführt – weitere spezifische Rechtsbehelfe bei einzelnen Immaterialgüterrechten zu erwägen.¹¹⁶ So mag bei bestimmten Rechten der Gewinnherausgabeanspruch strukturell trotz Auskunftsanspruch versagen, so dass (nur) dort eine weiterer, präventiv wirkender Haftungstatbestand mit der Pflicht zur Zahlung der doppelten Lizenzanalogie als Rechtsfolge zu erwägen ist, bevor auf die noch unpräzisere Prävention mittels des Rechts der Ordnungswidrigkeiten bzw. des Strafrechts rekuriert wird.¹¹⁷

Die Vorteile dieser gestuften Lösung sind offenkundig. Den *Haftungstatbeständen*, v.a. der Gewinnherausgabe, aber auch der Lizenzanalogie kommt durchaus eine präventive Wirkung zu; hierdurch wird aber die Aufladung der Rechtsfolgende, v.a. des allgemeinen Schadensrechts in den §§ 249 ff. BGB mit einer Primärfunktion der Prävention verhindert. In der Konsequenz unterbleibt die anderenfalls erfolgende, fundamentale Systemmodifikation im *Schadensrecht*, deren besondere Gefahr in den methodisch unschwer erzielbaren Ausstrahlungen auf andere Haftungstatbestände liegt. Denn sofern für das allgemeine Schadensrecht die Prävention als Primärfunktion durch das Immaterialgüterrecht anerkannt wird, stellt sich konsequenterweise auch bei anderen Verletzungstatbeständen die Frage, ob nicht auch dort eine primäre Präventionsfunktion bei der Schadenberechnung zu berücksichti-

¹¹⁵ Für eine „besondere Sanktion“ bei der *vorsätzlichen* Verletzung auch ERMANN/EHMANN (Fn. 15), § 687 Rn. 16; i.E. auch KÖNDGEN, Gewinnabschöpfung als Sanktion unerlaubten Tuns, RabelsZ 64 (2000), 661 (683 f.); für eine Gewinnherausgabe nur bei *vorsätzlichen* Rechtsverletzungen auch G. WAGNER (Fn. 5), 104, allerdings mit einer nicht überzeugenden, umfassenden Verortung der Gewinnherausgabe im Schadensrecht und Aufhebung des § 687 Abs. 2 BGB (aaO., 97); die Rechtsprechung gewährt den Anspruch auf Gewinnherausgabe auch bei *fahrlässigen* Verletzungen wegen der besonderen Verletzlichkeit und Schutzbedürftigkeit der Immaterialgüterrechte, vgl. BGH, NJW 2007, 1524 (1525); BGHZ 145, 366 (371 f.) = GRUR 2001, 329 – Gemeinkostenanteil; zur hohen Abschreckungsfunktion der Gewinnabschöpfung WENCK-STERN, Die Geschäftsanmaßung als Delikt, AcP 200 (2000), 240 (242 f.).

¹¹⁶ Sofern man jener Ansicht folgt, die sich für einen „Allgemeinen Teil“ des Rechts am Geistigen Eigentum ausspricht, grundlegend JÄNICH, Geistiges Eigentum – eine Komplementäerscheinung zum Sacheigentum, 2002, 359 ff., s.a. AHRENS, Brauchen wir einen Allgemeinen Teil der Rechte am Geistigen Eigentum, GRUR 2006, 617 (619 ff.), so könnten die drei Haftungsgrundlagen dort verortet und jeweils spezifisch bei den einzelnen Rechten modifiziert werden.

¹¹⁷ Immerhin ist zu bedenken, dass kein zwingender innerer Zusammenhang zwischen dem Verletzergewinn und der Prävention besteht, d.h. auch die mit Verlust verbundene sowie die altruistische vorsätzliche Verletzung soll verhindert werden. Freilich wird eine präventive Steuerung durch die Gewinnherausgabe dort erreicht, wo der vorsätzliche Zugriff in der Regel aus dem Gewinninteresse erfolgt. I.E. ebenfalls für eine Verdoppelung der Lizenzgebühr bei fahrlässigen Delikten mit signifikanten Durchsetzungsdefiziten G. WAGNER (Fn. 5), 98, 104.

gen ist. Man mag sich nur den Fall vor Augen führen, in dem ein Pharmahersteller bei der Produktion eines neuen Medikaments leicht fahrlässig die gegenständlichen Grenzen einer Lizenz überschreitet. Lässt er dieses Medikament an Patienten ohne deren Wissen testen, woraus zunächst billigend in Kauf genommene Gesundheitsschäden der Patienten resultieren, deren Ursache der Hersteller eliminieren kann, um sodann mit dem geringfügig modifizierten Medikament große Gewinne zu erzielen, so kann der Lizenzgeber aufgrund der fahrlässigen Überschreitung der Lizenz die Gewinne teilweise abschöpfen, während der Patient auf den Ersatz seines Schadens nach §§ 823 Abs. 1, 249 ff. BGB und ggf. einen Anspruch aus Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG aufgrund einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts verwiesen wird. Es stellt sich aufgrund der Wichtigkeit der verletzten Rechtsgüter (Immaterialgüterrecht; Gesundheit) die Frage, ob nicht auch bei letzterem im Rahmen der Schadensberechnung nach §§ 249 ff. BGB einem *primären* Präventionsgedanken Rechnung zu tragen ist, wenn der Gesetzgeber diesen sogar in Bezug auf Immaterialgüterrechte im allgemeinen Schadensrecht anerkennt.

Hingegen handelt es sich bei den hier vorgeschlagenen Normen um Haftungsnormen, die zu den § 687 Abs. 2 (hinsichtlich der Gewinnherausgabe) bzw. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB (hinsichtlich der fiktiven Lizenzgebühr) speziell sind. Sie entlasten die Lizenzanalogie und die Gewinnherausgabe von der mit den allgemeinen Haftungstatbeständen verbundenen Rechtsunsicherheit und können an die Besonderheiten des jeweiligen Immaterialgüterrechts angepasst werden. Zugleich lassen sie das allgemeine Schadensrecht und seine Zwecke unberührt, da die präventive Steuerung außerhalb des Schadensrechts erfolgt. Eine Ausstrahlung auf andere Rechts(guts)verletzungen kommt nur durch eine analoge Anwendung der Haftungstatbestände in Betracht, für die aufgrund der Anpassung an das jeweilige Schutzrecht eine deutlich höhere Hürde besteht. Dem Präventionszweck ist zudem mehr gedient, wenn aus dem Normtext deutlich hervorgeht, dass bei der vorsätzlichen Verletzung des konkreten Immaterialgüterrechts der Gewinn herauszugeben ist, als „nur“ anzuordnen, dass er „zu berücksichtigen ist“. Gleiches gilt für die Rechtssicherheit. Die hier befürwortete Ausdifferenzierungsformulierung einer Haftungsstufenleiter deutlicher als die vom Gesetzgeber vorgenommene Verortung im Schadensrecht durch die Pflicht zur „Berücksichtigung“ des Verletzergewinns.

Diese Normen würden auch zu einer größeren dogmatischen Präzision führen. So könnte man in Konstellationen, in denen nach den Umständen dem Verletzten überhaupt kein Schaden entstanden sein kann oder dieser Schaden nicht positiv mit dem Verletzergewinn korreliert¹¹⁸ sowie in Bezug auf die Berücksichtigung von Gemeinkosten¹¹⁹ und Anerkennung der Gestaltungsmöglichkeiten des Bilanzrechts, die Rechtsfolgen mit dem konkreten Normzweck abwägen und ggf. teleologisch reduzieren, ohne dass dies im Rahmen des § 287 ZPO verbrämt geschehen muss.

¹¹⁸ Zu dem Ausschluss der „schadensrechtlichen“ Gewinnherausgabe in diesen Fällen nur BGH, GRUR 1995, 349 (351).

¹¹⁹ Vgl. dazu jüngst BGHZ 145, 366 (372 ff.) = GRUR 2001, 329 – Gemeinkostenanteil.

3.4.2. Die Umsetzungsvorgaben der Richtlinie

Mit Blick auf die Umsetzungsvorgaben der Richtlinie ist zunächst festzuhalten, dass diese eine Mindestharmonisierung vorsieht (vgl. Art. 2 Abs. 1). Neben einer *extensiv* überschießenden ist daher auch eine *intensiv* überschießende Umsetzung¹²⁰ durch die Mitgliedstaaten zulässig. Allerdings gebietet die Richtlinie mit ihren materiellen Regeln den Ausgleich zwischen dem Schutz des Rechteinhabers und der Marktförderung.¹²¹ Dies muss auch bei einer intensiv überschießenden Umsetzung in eine der beiden Richtungen bedacht werden, weshalb sowohl für die Ausweitung des Inhaberschutzes als auch der Marktförderung durch die Mitgliedstaaten eine Grenze für die Intensivierung besteht. Diese zweifache Schutzrichtung mit der Folge, dass beide Schutzzwecke einer intensivierenden Umsetzung Grenzen setzen, unterscheidet die Richtlinie 2004/48/EG von z.B. Richtlinien, die vorrangig dem Verbraucherschutz dienen.

Zu betonen ist weiterhin, dass die Richtlinie weder *Vorgaben zur dogmatischen Verortung der Ersatzvorschriften* im nationalen Recht noch zu den *konkreten Kausalitätsanforderungen* enthält. Auch wenn die Richtlinie den „angemessenen Schadensersatz“ zum Ausgleich des tatsächlich entstandenen Schadens gewährt und diesen „wegen der Rechtsverletzung“ zuspricht. Eine Umsetzung durch einen Gewinnabschöpfungsanspruch oder einen Anspruch auf objektiven Wertersatz außerhalb des nationalen Schadensrechts ist daher ohne Weiteres möglich; die mitgliedstaatlichen Kausalitätsanforderungen bleiben maßgeblich. Denn die Richtlinie enthält nur eine punktuelle Sachverhalt-Ergebnis-Relation; die dogmatische Umsetzung obliegt dem nationalen Recht. Richtlinien lassen nämlich nach ihrer Konzeption wesentliche Aspekte ungeregelt und knüpfen dabei an nationale Teilsysteme an, die diese dogmatischen Vorfragen regeln. Sowohl bei dem Schadensersatz als auch der Kausalität handelt es sich um derartige *dogmatische Vorfragen*. Mangels hinreichend deutlicher unmittelbarer Vorgaben der Richtlinie ist die allgemeine Vermutung ausschlaggebend, dass beim Fehlen der näheren Ausdifferenzierung eines Teilsystems im Richtlinien text dies dem nationalen Recht überlassen bleibt.¹²² Demnach besteht nur das Verbot, die praktische Wirksamkeit dieser Richtlinien vorgaben zu entwerten (effet utile). Diese Unterscheidung betrifft auch die Berechnung des herauszugebenden Verletzer gewinns, u. a. hinsichtlich der Berücksichtigung von Gemeinkosten und der bilanziellen Möglichkeiten des Verletzers, die daher bis zur Grenze des effet utile ebenso Sache des mitgliedstaatlichen Rechts bleiben wie die Frage, ob eine Gewinnabschöpfung auch dann möglich ist, wenn dem Verletzten nachweisbar kein oder kein mit dem Gewinn positiv korrelierender Schaden entstanden ist.

¹²⁰ Zu diesen Begriffen HERRESTHAL, *Scheinunternehmer und Scheinverbraucher im BGB*, JZ 2006, 695 (705 f.).

¹²¹ Vgl. oben Ziff. 3.2.3.2.

¹²² Ausf. dazu HERRESTHAL, *Die Rechtzeitigkeit der Leistungshandlung bei der Erfüllung von Geldschulden*, ZGS 2007, 48 (51 f.).

4. Die resultierenden Defizite des deutschen Umsetzungsgesetzes

4.1. Der minimalistische Ansatz mit der Folge einer unscharfen Vergrößerung

Das Grundgesetz stellt nach dem o.G. dem nationalen Gesetzgeber die Aufgabe, die Sicherung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit und den Schutz der Rechteinhaber bei der Normsetzung we rtungspräzise auszugleichen. Dieser Ausgleich soll auch durch eine wechselseitige Zuordnung der Gemeinschaftsgrundrechte erzielt werden und ist ersichtlich vom Richtliniengesetzgeber ebenfalls zugrunde gelegt worden. Den Gesetzesverfassern ist er indes ebenso wenig wie die Förderung von Markttransaktionen in Blick gekommen, denn sie formulieren als Ziel des Umsetzungsgesetzes, die Stellung der Rechteinhaber beim Kampf gegen Produkt*piraterie* zu verbessern und einen Beitrag zur *Stärkung* des geistigen Eigentums zu leisten.¹²³ Die sodann erfolgte Umsetzung der Richtlinienvorgaben erweist sich als *minimalistischer Ansatz* mit der Folge einer *unscharfen Vergrößerung* des zugrunde liegenden Interessenkonflikts:

Der *Minimalismuskritik* fußt auf der fast wortlautgetreuen Übernahme der Richtlinienvorgabe in das nationale Recht.¹²⁴ Die Formulierung, wonach bei der „Bemessung des Schadensersatzes“ Aspekte außerhalb der Differenzhypothese „berücksichtigt“ werden können und der Schadensersatz auf ihrer Grundlage „berechnet werden kann“, findet keine Parallele im nationalen Schadensrecht und entspricht auch nicht der dogmatischen Verortung der dreifachen Schadensberechnung durch die Rechtsprechung. Auch der Regelungswille der Gesetzesverfasser ist minimal, denn er zielt allein auf die Kodifikation der bisherigen Rechtsprechung,¹²⁵ ohne die dogmatische Sprengkraft der Regelungen zu erkennen und ohne eigene legislative Akzente zu setzen. Kernfrage ist nicht, ob die von der Rechtsprechung entwickelte Schadensberechnung unter der Richtlinie fortgeführt werden kann. Vielmehr wäre der Gesetzgebungsanlass durch die Richtlinie zu nutzen gewesen, *de lege ferenda* eine sachstrukturell angemessene und von der Verfassung sowie von der Richtlinie nahegelegte Differenzierung zu erreichen; denn auch wenn die bisherige Ausdifferenzierung durch die Rechtsprechung die Sachstruktur aufgezeigt hat, übernahm sie letztlich die Funktion der Lückenfüllung.

Durch die *resultierende Vergrößerung* unterscheidet die gesetzliche Regelung nicht zwischen Vorsatz und leichter bzw. grober Fahrlässigkeit, nimmt keine Differenzierung zwischen den einzelnen Immaterialgüterrechten vor,¹²⁶ differen-

¹²³ Vgl. Reg. Begr. BT-Drs. 16/5048, 1.

¹²⁴ Vgl. auch die Rechtfertigung der Gesetzesverfasser gegenüber dem Bundesrat, Gegenäußerung der BReg. BT-Drs. 16/5048, 61 re. Sp. („redaktionelle Anlehnung an den Wortlaut der Richtlinie“).

¹²⁵ Vgl. dazu oben Ziff. 2.3.1.

¹²⁶ Eine Unterscheidung bei der Sanktionierung von Verstößen zwischen den einzelnen Rechten ist auch bereits in der Diskussion zum Richtlinienerlass angemahnt worden, vgl. DREXL/HILTY/KUR, Vorschlag für eine Richtlinie über die Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte am geistigen Eigentum, GRUR Int 2003, 605 (607).

ziert nicht nach Maßgabe der rechtlichen, tatsächlichen und ökonomischen Rahmenbedingungen einzelner Branchen und bleibt die Marktnähe oder Marktferne des Verletzerhandelns unberücksichtigt. Als Folge wird eine leicht fahrlässige zeitliche oder gegenständliche Überschreitung einer Lizenz bei einem Musikrecht der Piraterie, also der vorsätzlichen Verletzung eines Patents ohne jeden vorausgehenden rechtsgeschäftlichen Kontakt, gleichgestellt. Folge ist auch eine gewaltige Haftungsstufe zwischen der Haftung bei schuldloser Verletzung (Abschöpfung des objektiven Werts qua Bereicherungsrecht, §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 818 Abs. 1, 2, 816 Abs. 1 BGB), und der leicht fahrlässigen Verletzung durch Verkenning der gegenständlichen Reichweite einer Lizenz (u.a. Herausgabe des Verletzergewinns).

Dies vermag angesichts der möglichen Konkretisierungsleistungen im Haftungsrecht und auch angesichts der ökonomischen Analyse des Rechts am geistigen Eigentum nicht zu überzeugen. Zugleich verbindet sich mit diesen Regelungen die *Gefahr verfassungswidriger Haftungsnormen*. Denn die bisherige, verfassungsrechtlich nicht beanstandete dreifache Schadensberechnung präjudiziert nicht zwingend die Unbedenklichkeit der Haftungsnormen des Umsetzungsgesetzes. Verfassungsrechtlich kommt ein unterschiedlicher Prüfungsmaßstab abhängig davon zur Anwendung, ob die Rechtsprechung allgemeine Haftungsregelungen nach Fallgruppen ausdifferenziert oder der Gesetzgeber den Bereich ausdifferenziert. An die *richterliche* Ausdifferenzierung durch Fachgerichte wird der eingeschränkte Maßstab angelegt, ob diese spezifisches Verfassungsrecht verletzt haben,¹²⁷ also ob sie das Ergebnis mit anerkannten Methoden richterlicher Rechtsfindung und ohne Willkür gefunden haben und die Entscheidung weder einschlägige Verfassungsnormen vollständig verkennt noch grundsätzlich falsch anwendet. Hingegen unterliegt die verfassungsgerichtliche Überprüfung gesetzlicher Regelungen einer strengen umfassenden Kontrolle, ins bes. hinsichtlich des Verhältnismäßigkeits- sowie des Gleichheitsgrundsatzes, so dass sie in die Nähe des Verdikts der Verfassungswidrigkeit geraten können.

Auch zu den *Anforderungen der Richtlinie* besteht durchaus ein deutliches Spannungsverhältnis. Denn auch der Richtlinie liegt der angemessene Ausgleich zwischen der Marktförderung und dem Schutz der Rechteinhaber zugrunde. Somit ist der Unterscheidung zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Verletzung gebührend Rechnung zu tragen und dürfen keine Schranken für den rechtmäßigen Handel aufgestellt werden.

Freilich ist die Ermittlung eines angemessenen Ausgleichs beider Positionen durch eine wertungsgerechte und sachadäquate wechselseitige Zuordnung im Wege der Abwägung durchaus komplex; der nationale Gesetzgeber darf sich dieser Aufgabe indes solange und soweit nicht entziehen, als die Sachstruktur des Regelungsbereichs einer legislativen Strukturierung bedarf, weil sie durch eine judikative Aus-

¹²⁷ Dazu näher RENNERT, Die Verfassungswidrigkeit „falscher“ Gerichtsentscheidungen, NJW 1991, 12, (13 ff.); SCHLAICH/KORIOth, Bundesverfassungsgericht, 7. Aufl. 2007, Rn. 272 ff., 301 ff.; grundlegend E. SCHUMANN, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, 1963; aus der Rechtsprechung vgl. BVerfGE 89, 276 (286).

differenzierung von Fallgruppen nicht besser erfasst werden kann.¹²⁸ Dass eine über das Umsetzungsgesetz hinausgehende Konkretisierungsleistung des Gesetzgebers möglich ist, wurde mit den Steuerungskriterien aufgezeigt; dass für die gesetzgeberische Strukturierung ein Bedarf besteht, offenbart die weiterhin umstrittene Rechtsprechung zur dreifachen Schadensberechnung.

4.2. Die Bestimmung des angemessenen Schadens im beweglichen System

Demnach war bei der Umsetzung der Richtlinie in mitgliedstaatliches Recht eine weitere Differenzierung der Haftungsnormen auf Tatbestands- und Rechtsfolgen-seite dringend angeraten. Da bei den verschiedenen Immaterialgüterrechten jeweils Haftungsnormen eingeführt wurden, war eine unterschiedliche Behandlung gesetzestechnisch einfach zu leisten. Gleiches gilt für die Unterscheidung zwischen vorsätzlicher oder fahrlässiger Verletzung sowie nach Marktnähe oder -ferne der Verletzung. Die Besonderheiten spezifischer Branchen kann man zunächst der Konkretisierung durch die Rechtsprechung überlassen.

Auch wenn der Gesetzgeber diesem nicht gerecht wurde, hält die nationale Methodenlehre gleichwohl ein Instrument bereit, um die Wertungspräzision der Ergebnisse zu steigern: das bewegliche System *Wilburgs*.¹²⁹ Nach diesem spielen jeweils in unterschiedlicher Stärke und Verbindung auftretende Elemente bei der Haftungsbegründung zusammen, ohne dass sie notwendige Elemente sind, d.h. das Vorliegen einzelner Elemente in besonderer Stärke kann das Fehlen anderer kompensieren.¹³⁰ Der Rechtsanwender muss dabei den Grad der Erfüllung der einzelnen Elemente jeweils im konkreten Einzelfall bewerten. Auch wenn die Haftungsnormen des Umsetzungsgesetzes nicht ausdrücklich ein bewegliches System kodifizieren und dessen Reinform nicht entsprechen, so lassen sich doch normative Leitgedanken aufzeigen, auf die das Instrument des beweglichen Systems entsprechend angewendet werden kann. Wesentliche Komponenten bilden der konkrete Schaden des Verletzten, der Verletzergewinn sowie die hypothetische Lizenzgebühr, die Marktnähe und Marktferne des Verletzerhandelns, die Art des Immaterialgüterrechts, die Branche und der Verschuldensgrad. Der Wortlaut der mitgliedstaatlichen Haftungsnormen ist offen genug, um auf der Grundlage dieser Leitgedanken zu differenzierten Ergebnissen zu gelangen. Sollen die Normen doch zum Ersatz „des daraus entstehenden Schadens“ verpflichten und soll immerhin bei der „Bemessung des Schadensersatzes“ der Verletzergewinn „berücksichtigt werden“; auch kann der „Schadensersatzanspruch“ auf der Grundlage der hypothetischen Lizenzgebühr „berechnet werden“. Die Berücksichtigung eines Umstandes und die Möglichkeit, einen Schadensersatzanspruch auf der Grundlage eines Elements außerhalb der Dif-

¹²⁸ Vollkommen zutreffend, wenngleich nicht auf eine gesetzgeberische Regelung bezogen LEMLEY, Property, Intellectual Property, and Free Riding, 83 Texas Law Review (2005) 1031 (1067): „Hard as it is to get the balance right, we will never do it if we simply stop trying“.

¹²⁹ Vgl. dazu WILBURG, Die Elemente des Schadensrechts, 1941, 26 ff.; DERS., Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, AcP 163 (1964), 346 ff.

¹³⁰ Vgl. LARENZ/CANARIS (Fn. 108), 306 f.

ferenzhypothese zu berechnen, gebieten indes nicht, dass beide die Höhe des Ersatzanspruchs stets prägen und schließen dem Wortlaut nach die Berücksichtigung anderer Aspekte nicht ausdrücklich aus. Schließlich steht der konkrete Wille der Gesetzesverfasser einer Heranziehung des beweglichen Systems nicht entgegen, denn sie wollen ausdrücklich keine konkrete Berechnungsform legislativ vorgeben.¹³¹

5. Schlussfolgerungen

Im Ergebnis regelt der nationale Gesetzgeber mit seinem Umsetzungsgesetz weit mehr, als er vorgibt, mit weit geringerer Rechtssetzungsqualität als er annimmt und mit von ihm wahrscheinlich nicht erwarteten Rechtsfolgen: Er verankert konstitutiv die dreifache Schadensberechnung im Schadensrecht und anerkennt *dort* den selbständigen Präventionsgedanken. Dies führt zu gewichtigen Systembrüchen im Schadensersatzrecht und legt die Ausweitung des Präventionsgedankens auf andere Rechts(guts)verletzungen, z. B. Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, nahe. Zugleich sind die neuen Haftungstatbestände zu undifferenziert. Der Gesetzgeber bleibt deutlich hinter einer legislativ *möglichen* Konkretisierungsleistung zurück. Zwar ermöglicht eine entsprechende Heranziehung der Grundsätze des beweglichen Systems eine wertungsnahe Gesetzesanwendung, vorzugswürdig wäre hingegen eine wertungspräzisere gesetzgeberische Ausgestaltung der Haftungstatbestände, um bei der Verletzung geistigen Eigentums eine je weils *angemessene* Kompensation zu erreichen.

¹³¹ Vgl. Reg. Begr. BT-Drs. 16/5048, 37 re. Sp.

Ein Königreich für ein Schwert?

Kohärenz und Inkohärenz im Rechtsrahmen der Verfolgung von Immaterialgüterrechtsverletzungen in der Europäischen Union

Thomas Jaeger

Abstract

Die Durchsetzung von vertraglichen oder deliktischen Ansprüchen aus Immaterialgüterrechten innerhalb der Gemeinschaft begegnet ungeachtet des mittlerweile hohen Integrationsniveaus einigen Schwierigkeiten. Rechtsfolgendefizite verursachen nicht nur wirtschaftliche Kosten, sondern eröffnen gerade im Bereich des Immaterialgüterrechts auch einen inakzeptablen Spielraum für die Modifikation der Reichweite des Schutzes durch Private. Der vorliegende Beitrag unternimmt eine Zusammenschau der unterschiedlichen Durchsetzungsbereiche und will auf dieser Basis einen Befund zum Stand der tatsächlichen Durchsetzungseffektivität im Immaterialgüterrecht liefern. Dies soll eine Identifikation von Inkohärenzen und Bereichen mit Handlungsbedarf, gleichermaßen aber von Bereichen mit ausreichender Kohärenz, die von künftigen Modifikationen verschont bleiben sollten, erlauben. Der Schwerpunkt liegt dabei im Bereich der formellen Normen, und hier besonders bei der gerichtlichen Zuständigkeitsverteilung, betrachtet werden aber auch aktuelle Fragen des anwendbaren Rechts und des gerichtlichen Verfahrensrechts.

1. Aufriss

THOMAS HOBBS' Zitat „Covenants, without the Sword, are but Words, and of no strength to secure a man at all“¹ passt als Veranschaulichung von Durchsetzungsdefiziten auf zahlreiche juristische Materien. HOBBS bezog dies auf das Zusammenspiel von Normgeltung, Normgehorsam und legitimer hoheitlicher Sanktion im gesellschaftsvertraglichen Kontext, das Zitat hat also ursprünglich einen staatsrechtlichen Hintergrund. Im zivilrechtlichen Kontext hat diese pointierte Zusammenfassung des Problems der Rechtsdurchsetzung aber gleiche Gültigkeit: Schafft die Rechtsordnung einen Rahmen für die hoheitliche Verleihung und/oder konsensuale Begründung individueller Rechtspositionen, so ist dieses System, also die Norm, nur komplett, wenn auch der Sanktionsmechanismus für Rechtsverletzungen geregelt ist. Dazu gehört neben der Formulierung der genauen Art, Reichweite und Grenzen der aus einer Rechtsposition erfließenden Ansprüche vor allem die Fest-

¹ HOBBS, *Leviathan, or The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiasticall and Civil*, 1651, 115.

legung von effektiven Verfahren der Rechtsdurchsetzung einschließlich der Benennung der zuständigen staatlichen Organe.²

Die prozessuale Rechtsdurchsetzung bzw. die Sanktionierung von Verletzungen individuell berechtigender Normen werden typischerweise nicht im betreffenden Materiengesetz selbst umfassend geregelt. Üblich ist vielmehr der explizite oder implizite Verweis auf allgemeine Verfahrensnormen unter punktueller Vorsehung abweichender Einzelbestimmungen im Materiengesetz. Die individuelle Rechtsdurchsetzung muss sich daher aus rechtsökonomischen Gründen in ein allgemeines System einfügen, das neben der den Rechteinhaber jeweils betreffenden Materie eine Vielzahl weiterer Materien abdeckt. Der allgemeine Verfahrensrahmen kann die bei der Durchsetzung spezifischer Rechte auftretenden Probleme daher generell nicht berücksichtigen. Der Berücksichtigung der besonderen Verfahrenserfordernisse bestimmter Materien dienen im Grunde zwar die besonderen Verfahrensbestimmungen des Materiengesetzes, doch sind auch diesem Grenzen der Kohärenz, Transparenz und Rechtssicherheits sowie der Verwaltungsökonomie gesetzt. Das Zusammenspiel von allgemeinen und spezifischen Durchsetzungsnormen für bestimmte Materien stellt daher einen legislativen Kompromiss dar, der notwendigerweise hinter dem prozessualen Optimum für eine bestimmte Materie zurückbleibt.

Wie im Folgenden veranschaulicht wird, gilt der Befund mangelnder Eignung des Ensembles der Verfahrensnormen zur Durchsetzung spezifischer Rechte im Besonderen für das Gemeinschaftsrecht. Dessen Durchsetzungssystem für gemeinschaftsrechtlich formulierte Ansprüche oder Verhaltenspflichten fußt als Grundregel auf einem Rückgriff auf das Verfahrensrecht der Mitgliedstaaten.³ Selbst in Materien mit vergleichsweise dichten Verfahrensregelungen, etwa dem Vergaberecht und Vergaberechtsschutz,⁴ bleiben im Gemeinschaftsrecht prozessrechtliche Lücken bestehen und eine subsidiäre Anwendung nationalen Rechts somit unverzichtbar. Regeln des Exekutionsrechts enthält das Gemeinschaftsrecht überhaupt nicht.

Abhängig davon, wie gut das Zusammenspiel von materienspezifischen rechts- bzw. anspruchsbegründenden Normen und generell-materienübergreifenden Verfahrensnormen funktioniert, hat, um mit *HOBBS* zu sprechen, das den Rechteinhabern in die Hand gegebene Schwert mehr oder weniger Schlagkraft. Ein brüchiges Schwert, das bei den Rechteinhabern falsche Vorstellungen über die Unangreifbarkeit ihrer Rechtsposition hervorrufen kann, mag dabei zur Sicherung von Rechten mitunter weniger geeignet sein als gar kein Schwert. Anders gesagt kann es für

² IdS. z. B. SCHRICKER, zitiert in PATTLOCH, Symposium on Enforcement of Intellectual Property Rights and Patent Litigation vom 10. bis zum 14. September 2001 in München, GRUR Int 2002, 30 (31); HYE-KNUDSEN, Marken-, Patent- und Urheberrechtsverletzungen im europäischen Internationalen Zivilprozessrecht, 2005, 1.

³ Vgl. näher z. B. JARASS/BELJIN, Die Bedeutung von Vorrang und Durchführung des EG-Rechts für die nationale Rechtsetzung und Rechtsanwendung, NVwZ 2004, 1 (9 ff.).

⁴ Vgl. dazu SektorenRL 20 04/17/EG, A Bl. 200 4/L 134/1; HorizontalRL 200 4/18/EG, A Bl. 2004/L 1347/14; RechtsmittelRL 89/665/EWG, ABl. 1989/L 395/33 und Sektoren-RechtsmittelRL 92/13/EWG, ABl. 1992/L 76/14.

Rechteinhaber riskant sein, sich auf Basis lückenhafter oder inkohärenter Zuständigkeits- und Verfahrensnormen auf einen Rechtsstreit einzulassen. Je zersplitterter die Verfahrensnormen in Bezug auf ein individuelles Recht sind, desto größer ist die Gefahr, dass Durchsetzungsdefizite auftreten und die zuerkannte Rechtsposition zumindest teilweise aus formellen Gründen negiert wird.

Für gemeinschaftsrechtlich begründete Rechte sind Durchsetzungsdefizite dabei allgemein schon deswegen vergleichsweise quantitativ und qualitativ schwerwiegender als im rein innerstaatlichen Bereich, weil die Zersplitterung bei der Durchsetzung auf zwei Ebenen besteht: Einerseits vertikal, das heißt in Bezug auf die parallele Heranziehung von Gemeinschaftsrecht und ergänzendem mitgliedstaatlichen Recht, und andererseits horizontal, das heißt durch die Beteiligung von mittlerweile 27 Mitgliedstaaten am Vollzug des Gemeinschaftsrechts.

Obleich sich das Durchsetzungsproblem auch in Vertragsverhältnissen bei Verletzung von Verträgen über Immaterialgüterrechte stellt, liegt der Schwerpunkt der folgenden Untersuchung auf dem Deliktsrecht.

2. Fehlen eines integrierten Ansatzes für den internationalen Immaterialgüterrechtsschutz und Grundregel dezentrale Rechtsverfolgung

Auch bei Immaterialgüterrechten begegnet die prozessuale Durchsetzung der, teils gemeinschaftsrechtlich begründeten,⁵ teils durch Gemeinschaftsrecht modifizierten⁶

⁵ Vgl. v. a. VO 40/94 über die Gemeinschaftsmarke („GMVO“), ABl. 1994/L 11/1; VO 6/2002 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster („GeschmacksmusterVO“), ABl. 2002/L 3/1; VO 510/2006 zum Schutz von geografischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel („HerkunftsangabenVO“), ABl. 2006/L 93/12; VO 2100/94 über den gemeinschaftlichen Sortenschutz („SortenschutzVO“), ABl. 1994/L 227/1; auch VO 509/2006 über die garantiert traditionellen Spezialitäten bei Agrarerzeugnissen und Lebensmitteln, ABl. 2006/L 93/1; VO 874/2004 zur Festlegung von allgemeinen Regeln für die Durchführung und die Funktionen der Domäne oberster Stufe „eu“ und der allgemeinen Grundregeln für die Registrierung, ABl. 2004/L 162/40.

⁶ Vgl. v. a. RL 89/104/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (MarkenRL), ABl. 1989/L 40/1; RL 98/71/EG über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen (DesignRL), ABl. 1998/L 289/28; RL 98/44/EG über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen, ABl. 1998/L 213/13; RL 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. 2001/L 167/10; RL 2006/116/EG über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte, ABl. 2006/L 372/12; RL 2006/115/EG zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums, ABl. 2006/L 376/28; RL 2001/84/EG über das Folgerecht des Urhebers des Originals eines Kunstwerks, ABl. 2001/L 272/32; RL 96/9/EG über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, ABl. 1996/L 77/20; RL 93/83/EWG zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweitverbreitung, ABl. 1993/L 248/15; RL 91/250/EWG über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl. 1991/L 122/42; RL 87/54/EWG über den Rechtsschutz der Topographien von Halbleitererzeugnissen, ABl. 1987/L 24/36.

sowie teils außerhalb des Gemeinschaftsrechtsrahmens stehenden⁷ Rechte in der EU (und dem EWV) den aus der vertikalen und horizontalen Rechtszersplitterung herrührenden und im Schrifttum⁸ bereits umfangreich dokumentierten Defiziten.

Der Erwerb von Immaterialgüterrechten in Europa erfolgt im Bereich der Gemeinschaftsimmaterialgüterrechte (im Wesentlichen der Marken, Geschmacksmuster, Sorten und Ursprungsbezeichnungen)⁹ zwar einheitlich. Auch bei den nationalen Immaterialgüterrechten sind zumindest das Eintragungsverfahren, mitunter auch nur das Anmeldeverfahren, teilweise vereinheitlicht; so in den Bereichen nationale Marken¹⁰ und Geschmacksmuster¹¹ über die Weltorganisation für Geistiges Eigentum (WIPO) bzw. im Bereich der Patente über die WIPO¹² und das Europäische Patentamt (EPA).¹³

Auf Seiten des Schutzes dieser Rechte (sowie des Urheberrechts) gegen Verletzungen steht dem jedoch eine weitgehende Zersplitterung gegenüber, das heißt dass prinzipiell die Gerichte jedes Schutzlandes einzeln mit einer Verletzungs- (oder Gültigkeits-) Klage befassen müssen. Bei den nationalen Marken und Geschmacksmustern (also außerhalb der Bereiche Gemeinschaftsimmaterialgüter-

⁷ Vgl. Übereinkommen über die Erteilung Europäischer Patente (EPÜ) vom 5. Oktober 1973.

⁸ Alleine an jüngeren Monographien und Sammelbänden vgl. materiellübergreifend BOLTE, Rechtsbehelfe und Streitregelung im Europäischen Patent- und Markenrecht, 2005; EPO (Hrsg.), Enforcement of Intellectual Property Rights and Patent Litigation, 2002; DASHWOOD (Hrsg.), The future of the judicial system of the European Union, 2001; EVERLING (Hrsg.), Zukunft der Europäischen Gerichtsbarkeit nach Nizza, 2003; HEINEMANN, Immaterialgüterrecht in der Wettbewerbsordnung, 2002; HYE-KNUDSEN, Zivilprozessrecht (Fn. 2); KUBIS, Internationale Zuständigkeit bei Persönlichkeits- und Immaterialgüterrechtsverletzungen, 1999; HARTE-BAVENDAMM, in: KELLER/PLASSMANN/VON FALCK (Hrsg.), FS für W. Tilmann, 2003, 793; SCHAPER, Durchsetzung der Gemeinschaftsmarke, 2006; ZIGANN, Entscheidungen inländischer Gerichte über ausländische gewerbliche Schutzrechte und Urheberrechte, 2002; für das Markenrecht speziell EBNER, Markenschutz im internationalen Privat- und Zivilprozessrecht, 2004; HOFFRICHTER-DAUNICHT, in: KELLER/PLASSMANN/VON FALCK (Hrsg.), FS für W. Tilmann, 2003, 355; SCHAPER, Durchsetzung der Gemeinschaftsmarke, 2006; KNAAK, in: KELLER/PLASSMANN/VON FALCK (Hrsg.), FS für W. Tilmann, 2003, 373; KUR, Community Trade Marks in National 'Community' Courts – a System that is Fit for the Future?, 129, in: KOOY (Hrsg.), 25th Anniversary of ECTA, 2005, 129; SCHAPER, Durchsetzung der Gemeinschaftsmarke, 2006; für das Patentrecht speziell ADOLPHSEN, in: KELLER/PLASSMANN/VON FALCK (Hrsg.), FS für W. Tilmann, 2003, 461; NÖTEBOOM, in: KELLER/PLASSMANN/VON FALCK (Hrsg.), FS für W. Tilmann, 2003, 567; SCHAPER, Durchsetzung der Gemeinschaftsmarke, 2006; SCHNEIDER, Die Patentgerichtsbarkeit in Europa – Status quo und Reform, 2005; SCHRAMM/POPP, Der Patentverletzungsprozess, 2005.

⁹ Vgl. Fn. 5.

¹⁰ Vgl. Madrider Abkommen über die internationale Registrierung von Marken v. 14.4.1891; auch Protokoll zum Madrider Abkommen über die internationale Registrierung von Marken, ABl. 2003/L 296/22.

¹¹ Vgl. Haager Abkommen v. 6.11.1925 und Genfer Akte des Haager Abkommens v. 2.7.1999 über die internationale Eintragung gewerblicher Muster und Modelle, ABl. 2006/L 386/28.

¹² Vgl. Vertrag über die internationale Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Patentwesens v. 19.6.1970.

¹³ Vgl. Fn. 7.

rechte und EPA) gilt dies auch für Rechtsmittel gegen die Verweigerung der Eintragung, die trotz gegebenenfalls international einheitlicher Registrierung durch die WIPO im Ablehnungsfall dezentral zu bekämpfen ist.

Gleichzeitig führt die freie Zirkulation von Waren und Dienstleistungen im EU-Binnenmarkt auch dazu, dass Immaterialgüterrechtsverletzungen häufiger als manche anderen Streitsachen Bezüge zu mehreren Mitgliedstaaten aufweisen: Waren, die in Marken- oder Patentrecht verletzt, können z. B. im Mitgliedstaat A erzeugt, aber in B und C unter Verletzung dortiger Schutzrechte vertrieben werden, während der Rechtsinhaber in D und der Verletzer in E ansässig sind. Zusätzliche Dimensionen können in Mehrparteienverhältnissen (weitere Verletzer in F, G und H) eröffnet werden, weiterhin durch den in der Praxis häufigen Einwand oder eine Widerklage des Verletzers, das typischerweise ausländische Schutzrecht sei ungültig, sowie durch parallele Feststellungsklagen des Verletzers auf Nichtverletzung der Schutzrechte. In dem beschriebenen Fall könnte daher vom Rechtsinhaber versucht werden, in E gemeinsam gegen die in E, F, G und H ansässigen Verletzer wegen der in B und C begangenen Verletzungen zu klagen, wobei zumeist das Deliktsrecht von B und C anzuwenden sein wird. Ein Einwand der Ungültigkeit des Schutzrechts in B und C wäre von dem Gericht in E entweder ebenfalls nach dem Recht dieser Mitgliedstaaten zu beurteilen, oder das Gericht in E wird, wie nach neuerer Rechtsprechung zumeist,¹⁴ dazu überhaupt unzuständig und stattdessen die Gerichte in B und C zuständig sein. Parallel dazu könnte der Verletzer z. B. am Sitz des Rechtsinhabers in D oder an den Orten der unerlaubten Handlung in B und C auf die Feststellung der Nichtverletzung gerichtete Klagen anstrengen. Dies veranschaulicht, dass die Durchsetzung von Immaterialgüterrechten für Parteien und Gerichte daher auf mehreren, hier im Folgenden besprochenen, Ebenen Fragen der grenzüberschreitenden Rechtsanwendung bzw. der Abgrenzung von Rechtsordnungen und Rechtswirkungen gegeneinander eröffnet.

Diese Zersplitterung auf Rechtsschutzseite gründet zu einem Teil auch darin, dass der Aspekt der Rechtsdurchsetzung im internationalen Immaterialgüterrecht gegenüber materiellen Fragen lange Zeit vernachlässigt wurde¹⁵ und Verfahrensvorgaben nach wie vor weitgehend¹⁶ fehlen.¹⁷ Eine Tendenz der stärkeren Betonung materieller Aspekte lässt sich auch auf europäischer Ebene in den Rechtssetzungsbestrebungen der Kommission nachweisen: Zuständigkeits- und Verfahrensbestimmungen finden sich hier durchwegs nur im Zuge bzw. in Ergänzung materieller Normen über die Schaffung oder Harmonisierung von immaterialgüterrechtlichen Rechtsansprüchen, wie etwa das Beispiel der bestehenden Verordnung zu den

¹⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-4/03, GAT, Slg. 2006, I-6509 (Rn. 26. Ff.); EuG, Urteil v. 5.9.2007, Rs. T-295/05, Document Security Systems, noch nicht in Slg. veröff. (Rn. 67).

¹⁵ So SCHRICKEK, zitiert in PATTLACH, Symposium on Enforcement of Intellectual Property Rights and Patent Litigation vom 10. bis zum 14. September 2001 in München, GRUR Int 2002, 30 (31).

¹⁶ Vgl. aber die allgemeinen Grundsätze der Rechtsdurchsetzung nach Teil III des TRIPS-Abkommens, ABl. 1994/L 336/214.

¹⁷ Im Überblick z. B. EISENMANN/JAUTZ, Grundriss Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 2006, Rn. 709 ff.

Gemeinschaftsimmateriälgüterrechten veranschaulicht.¹⁸ Diesem Modell folgt im Grunde auch die zuletzt neu angestoßene Initiative der Kommission zur Vergemeinschaftung des europäischen Patentsystems,¹⁹ w o d a s v o r g e s c h l a g e n e S t r e i t r e g e l u n g s s y s t e m z w a r e i n e e i g e n e P a t e n t g e r i c h t s b a r k e i t u m f a s s e n s o l l u n d d a m i t i n p r o z e s s u a l e r H i n s i c h t v e r g l e i c h s w e i s e d i c h t g e r e g e l t s e i n k ö n n t e, d a s R e g e l u n g s g e f ü g e i m Ü b r i g e n a b e r e b e n f a l l s a u f d e m v o r g e s c h l a g e n e n G e m e i n s c h a f t s p a t e n t b e r u h t u n d n a c h G r u n d l a g e u n d U m f a n g d a m i t v o n d e s s e n V e r w i r k l i c h u n g a b h ä n g t.

Dieser Befund der Zersplitterung ist allerdings unter zwei Vorbehalten zu stellen: In Bezug auf die nationalen Verfahren der Rechtsdurchsetzung und die prozessual durchsetzbaren Ansprüche sowie in Bezug auf die Gerichtszuständigkeit und Urteilsanerkennung gibt es Ansätze zur Verfahrensvereinheitlichung (Harmonisierung) und Verfahrenskonzentration (Zentralisierung). Auch für das anzuwendende materielle Recht in Schadenersatzverfahren und betreffend die nationalen Verfahrensnormen zur Durchsetzung immateriälgüterrechtlicher Ansprüche wurde eine Vereinheitlichung vorgenommen. Diese Vereinheitlichungsbereiche werden im Folgenden in Aus Sicht der Rechtsanwendung chronologischer Reihenfolge (Zuständigkeit, Anwendbares Recht, besondere Verfahrensnormen) kurz dargestellt und für die Durchsetzung von Immaterialgüterrechten bewertet.

3. Konzentration der Gerichtsverfahren: EuGVVO und Sondernormen

Die Regeln über die internationale Zuständigkeit nationaler Gerichte zur Entscheidung von gegen Immaterialgüterrechtsverletzungen gerichteten Klagen sind im Gemeinschaftssekundärrecht abschließend²⁰ vereinheitlicht. Dasselbe gilt für die gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen und deren Vollstreckung.²¹

Dabei lassen sich zwei unterschiedliche Regelungsbereiche unterscheiden: Erstens das horizontale Zuständigkeitsregime der 2001 erlassenen EuGVVO;²² die (im Wesentlichen inhaltsgleiche,²³ völkerrechtliche) Vorgängerregelung des EuGVÜ²⁴ hat nur noch in Bezug auf Dänemark Geltung. Das horizontale Regime gilt für alle

¹⁸ Nachweise in Fn. 5.

¹⁹ Vgl. zuletzt Mitteilung Vertiefung des Patentsystems in Europa, KOM (2007) 165 endg.; dazu auch Pressemitteilung v. 3.4.2007, IP/07/463.

²⁰ Vgl. GA I/03, Abschluss des neuen Übereinkommens von Lugano, Slg. 2006, I-1145 (Rn. 141 ff. und 148); ähnlich schon für das EuGVÜ EuGH, Rs. C-281/02, Owusu, Slg. 2005, I-1383 (Rn. 34); ausführlich JAEGER, Kompetenzfragen eines Europäischen Patentsystems, GRUR Int 2008 (in Druck), Pkt II)3)a.

²¹ Vgl. GA I/03, Abschluss des neuen Übereinkommens von Lugano, Slg. 2006, I-1145 (Rn. 172).

²² VO 44/2001 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen („EuGVVO“), ABl. 2001/L 12/1. Sie trat an die Stelle des 1968 von den Mitgliedstaaten geschlossenen Übereinkommens von Brüssel über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen („EUGVÜ“), ABl. 1998/C 27/1.

²³ Für einen Vergleich von EuGVO, EuGVÜ und dem ebenfalls ganz ähnlichen LGVÜ z. B. MAYR/CZERNICH, Europäisches Prozessrecht, 2006 (Rn. 70ff.).

²⁴ Vgl. Fn. 22.

Klagen in Zivil- und Handelssachen.²⁵ Im Immaterialgüterrecht betrifft dies Klagen gegen die Verletzung nationaler Marken, Geschmacksmuster, Urheberrechte oder Patente. Zweitens die sektoriellen oder speziellen Regime,²⁶ die bei Gemeinschaftsmarken, -geschmacksmustern und Sorten die gerichtliche Zuständigkeit für Verletzungen regeln.²⁷ Soweit dort abweichende Zuständigkeitsregeln bestimmt sind, gehen diese dem horizontalen Regime vor;²⁸ im Übrigen gilt die EuGVVO (bzw. für Dänemark: das EuGVÜ) subsidiär.²⁹

Daraus ergibt sich ein dichtes und ineinander greifendes Netz an Zuständigkeitsvorschriften, in dem sich die Zuständigkeit erstens anhand des betroffenen Rechts (horizontales oder sektorielles Regime) sowie zweitens anhand des Verfahrensgegenstands bestimmt. Der Verfahrensgegenstand entscheidet, welcher Gerichtsstand der EuGVVO zur Anwendung gelangt. Unter dem Verfahrensgegenstand sind nach der Rechtsprechung Ziel und Zweck, also das Klagebegehren zu verstehen.³⁰ Dabei kommt es nur auf die jeweiligen Klageansprüche an, sodass möglicherweise vom Beklagten vor gebrachte Einwendungen grundsätzlich nicht zu berücksichtigen sind.³¹ Zur Durchsetzung von Immaterialgüterrechten ist dieses Regelungsgefüge, wie der folgende Überblick zeigt, in manchen Fällen nicht optimal.³² Fraglich ist dabei auch, wie schwerwiegend diese Durchsetzungsdefizite im Vergleich mit den Durchsetzungsdefiziten anderer Materien sind und ob sie einen Grad der Schwere erreichen, der gesonderte Regeln für die Zuständigkeitsverteilung in Immaterialgüterrechtssachen rechtfertigt.

²⁵ Vgl. Art. 1 Abs. 1 EuGVVO.

²⁶ Abweichungen zum horizontalen Zuständigkeitssystem bestehen über die hier genannten Fälle hinaus auch außerhalb des Immaterialgüterrechts, vgl. z. B. Art. 6 RL 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmer: im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1997/L 18/1.

²⁷ Vgl. Art. 90 ff. GMVO (Fn. 5); Art. 79 ff. GeschmacksmusterVO (Fn. 5); Art. 101 f. und Art. 105 SortenschutzVO (Fn. 5). Keine Sondernormen enthalten die HerkunftsangabenVO (Fn. 5) und die anderen in Fn. 5 genannten Rechtsakte.

²⁸ Vgl. auch KNAAK, Internationale Zuständigkeiten in Gemeinschaftsmarkensachen, GRUR Int 2007, 386 (388).

²⁹ Vgl. Art. 67 EuGVVO.

³⁰ Vgl. z. B. EuGH, Rs. C-406/92, Tatry, Slg. 1994, I-5439 (Rn. 41); Rs. C-39/02, Maersk, Slg. 2004, I-9657 (Rn. 35).

³¹ Vgl. z. B. EuGH, Rs. C-39/02, Maersk, Slg. 2004, I-9657 (Rn. 36); Rs. C-111/01, Gartner Electronic, Slg. 2003, I-4207 (Rn. 26).

³² Vgl. zum Folgenden, neben den in Fn. 8 genannten Monographien und Sammelbandbeiträgen, v. a. LUGNBÜHL/STAUDER, Der Europäische Gerichtshof setzt den grenzüberschreitenden Entscheidungen in Patentsachen ein vorläufiges Ende, sic! 2006, 876; KUR u.a., Exclusive jurisdiction and cross border IP (patent) infringement suggestions for amendment of the Brussels I regulation, IER 2007, 1; HESS-BLUMER, Crossborder Litigation – und sie lebt doch!, sic! 2006, 882; KNAAK, Internationale Zuständigkeiten in Gemeinschaftsmarkensachen, GRUR Int 2007, 386; KUR, A Farewell to Cross-Border Injunctions? The ECJ Decisions GAT v. LuK and Roche Nederland v. Primus and Goldenberg, IIC 2006, 844.

3.1 Grundregel *actor sequitur forum rei*

Als Grundregel, vorbehaltlich in der EuGVVO ausnahmsweise abweichender Gerichtsstände, sieht Art. 2 Abs. 1 EuGVVO dabei die Zuständigkeit der Gerichte am Beklagtenwohnsitz vor (*actor sequitur forum rei*). Auch die GMVO, die Geschmacksmuster- und die SortenschutzVO stellen als generelle Regel zunächst auf den Beklagtenwohnsitz ab.³³

Hier ergibt sich bereits die erste Unschärfe der Zuständigkeitsverteilung. Für Unternehmen bestimmt die (insoweit auch für GMVO, Geschmacksmuster- und SortenschutzVO maßgebliche) EuGVVO nämlich, dass sowohl der satzungsmäßige als auch der tatsächliche Sitz des Unternehmens bestimmend sind.³⁴ Die EuGVVO trifft daher gerade keine Festlegung zugunsten der Gründungs- oder der Sitztheorie³⁵ als maßgeblichem Anknüpfungspunkt für den Gerichtsstand von Unternehmen. Klägern kommt zwischen diesen Gerichtsständen vielmehr ein (die Kollisionsnormen einzelner Mitgliedstaaten verdrängendes) Wahlrecht zu.³⁷ Ist der Rechtsverletzer daher z. B. ein Unternehmen, das nach den Vorschriften eines Gründungsstaates gegründet wurde, den tatsächlichen Schwerpunkt seiner Geschäfts- und Verwaltungstätigkeit aber in der Folge in einen anderen Mitgliedstaat verlagert hat,³⁸ so kann dieses Unternehmen sowohl am Ort der Gründung als auch am Ort der tatsächlich ausgeübten Geschäfts- und Verwaltungstätigkeit verklagt werden.

Bei näherer Betrachtung ist daher bereits auf der Ebene der Grundregel des *forum rei* in Fällen von Unternehmen im Konzernverbund ein versteckter Wahlgerichtsstand zu konstatieren. Aufgrund des Anwendungsvorrangs der EuGVVO, nach der satzungsmäßiger Sitz und Verwaltungssitz ausdrücklich gleichwertige Alternativen darstellen,³⁹ ist meines Erachtens auch davon auszugehen, dass natio-

³³ Vgl. Art. 93 Abs. 1 GMVO (Fn. 5); Art. 82 Abs. 2 GeschmacksmusterVO (Fn. 5); Art. 101 Abs. 2 lit. a SortenschutzVO (Fn. 5).

³⁴ Vgl. Art. 60 Abs. 1. EuGVVO.

³⁵ Nach der Gründungstheorie bestimmt sich das Gesellschaftsstatut nach dem Recht des satzungsmäßigen Sitzes der Gesellschaft (Recht des Registrierungsstaates); so z. B. in den Kollisionsnormen von Finnland, Großbritannien, Irland, den Niederlanden und Schweden. Nach der Sitztheorie findet auf die Gesellschaft das Recht des Staates Anwendung, in dem sich der Verwaltungssitz befindet, so z. B. in den Kollisionsnormen von Belgien, Dänemark, Deutschland, Frankreich, Griechenland, Luxemburg, Österreich und Spanien. Vgl., statt vieler, z. B. KINDLER, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht (Kaufleute, Juristische Personen und Gesellschaften), Rn. 400, in: REBMANN/SÄCKER/RIXECKER (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 11, 4. Aufl. 2006.

³⁶ Vgl. auch SCHWARZ, In solvenzverwalterklagen bei eigenkapitalersetzenden Gesellschaftsleistungen nach der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 (EuGVVO), NZI 2002, 290 (297).

³⁷ Vgl. auch SCHWARZ, In solvenzverwalterklagen bei eigenkapitalersetzenden Gesellschaftsleistungen nach der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 (EuGVVO), NZI 2002, 290 (297); SCHLOSSER, EU-Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2003, Art. 60 EuGVVO, Rn. 2.

³⁸ So etwa die Sachverhalte in den Fällen EuGH, Rs. C-212/97, Centros, Slg. 1999, I-1459; Rs. C-208/00, Überseering, Slg. 2002, I-9919; Rs. C-167/01, Inspire Art, Slg. 2003, I-10155.

³⁹ Vgl. Art. 60 Abs. 1 EuGVVO.

nales Recht, das nur eine der beiden Alternativen zulässt,⁴⁰ zugunsten des Klägerwahlrechts verdrängt wird. Diese Grundregel sorgt daher in Handelssachen, und damit im Immaterialgüterrecht, keineswegs für jene Eindeutigkeit und Transparenz, die die EuGVVO auf den ersten Blick verspricht.⁴¹ Betroffen sind von dieser Unschärfe, wie schon eingangs betont, auch die sektoriellen Regime, die an den Sitzbegriff der EuGVVO anknüpfen.

3.2 Wahlgerichtsstand des Erfüllungsorts

Handelt es sich um die Durchsetzung von Ansprüchen aus Vertrag, so räumt Art. 5 Z 1 EuGVVO dem Kläger die Möglichkeit ein, auch an dem Ort zu klagen, an dem die Verpflichtung erfüllt wurde oder zu erfüllen gewesen wäre. Als Erfüllungsort gilt dabei der vereinbarte Erfüllungsort oder der Ort der Lieferung bzw. bei Waren der Ort der Erbringung. Der Anwendungsbereich umfasst dabei „sämtliche Schwierigkeiten, die bei der Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung auftreten können“,⁴² also alle gesetzlichen und gewillkürten Vertragsansprüche. Im Verhältnis zu den später noch behandelten deliktischen Ansprüchen kann nach nationalem Recht zwar Anspruchskonkurrenz bestehen, doch verlangt der EuGH hier trotzdem eine strenge Trennung: Vertragliche und deliktische Ansprüche sind gegebenenfalls vor verschiedenen Gerichten zu verfolgen.⁴³ Auch im Fall mehrerer Beklagter ist eine Verbindung von Ansprüchen aus Vertrag und aus Delikt unter dem Gerichtsstand der Streitgenossenschaft nicht zulässig.⁴⁴ Bei des wird Kläger in der Praxis daher dazu anhalten, seine Klage bei Anspruchskonkurrenz am Sitz des Beklagten einzubringen⁴⁵ und wirkt damit dem *forum shopping* entgegen. Immaterialgüterrechtliche Besonderheiten dieses Gerichtsstands ergeben sich kaum.

Das Regime der Gemeinschaftsschutzrechte enthält für vertragliche Ansprüche keine Besonderheiten. Insbesondere sind nationale Gerichte, die über Streitigkeiten aus Verträgen zu Gemeinschaftsmarken oder -geschmacksmustern entscheiden, keine Gemeinschaftsmarken- und Gemeinschaftsgeschmacksmustergerichte im Sinne der beiden Verordnungen und daher dieses Regime im Grunde auch nicht

⁴⁰ Vgl. für Deutschland z. B. § 4a Abs. 1 GmbHG, wonach der Sitz einer GmbH der Ort ist, den der Gesellschaftsvertrag bestimmt und in das Handelsregister einzutragen ist. Änderungen der Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages über den Sitz erlangen erst mit der Eintragung in das Handelsregister Wirksamkeit (§ 54 Abs. 3 GmbHG). Das GmbHG ist gegenüber den Alternativen des Art. 60 Abs. 1 EuGVVO daher nicht offen. Nach § 17 Abs. 1 S. 1 ZPO ist der materien-gesetzliche Sitzbegriff auch für die gerichtliche Zuständigkeit maßgeblich. Nur subsidiär bestimmt § 17 Abs. 1 S. 2 ZPO den Sitz selbst als Ort, an dem die Verwaltung geführt wird. Dazu auch OLG Naumburg v. 28.3.2001, 5 AR 1/01.

⁴¹ Vgl. dazu auch ErwG 11 letzter S. EuGVVO.

⁴² EuGH, Rs. 34/82, Peters, Slg. 1983, 987 (Rn. 12); stRspr.

⁴³ Vgl. Rs. 189/87, Kalfelis, Slg. 1988, 5565 (Rn. 17 ff.).

⁴⁴ Vgl. EuGH, Urteil v. 11.10.2007, Rs. C-98/06, Freeport, noch nicht in Slg. veröff. (Rn. 45); Rs. C-51/97, Réunion Européenne, Slg. 1998, I-6511 (Rn. 50).

⁴⁵ IdS auch EuGH, Rs. 189/87, Kalfelis, Slg. 1988, 5565 (Rn. 20).

gebunden.⁴⁶ Um gekehrt kann die Gültigkeit von Gemeinschaftsmarken und -geschmacksmustern in Vertragsstreitigkeiten vor den nationalen Gerichten auch nicht in Zweifel gezogen werden (z. B. durch Widerklagen).⁴⁷ Soll diese Gültigkeit daher in Zweifel gezogen werden, muss separat Klage vor einem Gemeinschaftsmarken- oder Gemeinschaftsgeschmacksmustergericht erhoben werden; ist diese Frage für das den Vertrag betreffende Verfahren präjudiziell, so hat das betreffende Gericht das Verfahren wohl aus Eigenem (also ohne dass die beiden Verordnungen diesbezüglich eine Vorschrift enthielten) auszusetzen. Um die vertraglichen Ansprüche während dieser Aussetzung sicher zu können, erlaubt es die GeschmacksmusterVO, Ungültigkeitseinwendungen im Verfahren betreffend einstweilige Maßnahmen ausnahmsweise zu berücksichtigen.⁴⁸ Die GMVO enthält eine solche Bestimmung nicht, sollte man eines Erachtens aber entsprechend ergänzt werden.

3.3 Wahlgerichtsstand der Niederlassung

Art. 5 Z 5 EuGVVO, zu dem GMVO, Geschmacksmuster- und SortenschutzVO ebenfalls keine Sonderbestimmung vorsehen,⁴⁹ bewirkt eine weitere Vermehrung der Gerichtsstände im Fall international verzweigter Unternehmen. War an der Immaterialgüterrechtsverletzung eine Zweigniederlassung beteiligt (z. B. durch den Vertrieb rechtsverletzender Waren),⁵⁰ so kann neben dem satzungsmäßigen oder tatsächlichen Sitz der Mutter wahlweise auch am Ort der Zweigniederlassung geklagt werden. Dies schließt deliktische Klagen mit ein: „Unter den Begriff ‚aus dem Betrieb‘ fallen zum einen die Rechtsstreitigkeiten, in denen es um vertragliche oder außervertragliche Rechte und Pflichten in Bezug auf die eigentliche Führung [...] der Zweigniederlassung [...] selbst geht[, z]um anderen [auf im Namen des Stammhauses eingegangene vertragliche Verpflichtungen, sowie schließlich] Rechtsstreitigkeiten über außervertragliche Verpflichtungen, die aus der Tätigkeit entstehen, welche die Zweigniederlassung [...] an dem Ort für Rechnung des Stammhauses ausgeübt hat“.⁵¹ Aufgrund dieser weiten Auslegung des Wahlgerichtsstands der Niederlassung besteht insbesondere eine gewisse Konkurrenz zum, sogleich im Anschluss besprochenen, Wahlgerichtsstand *forum delicti*.

Der Begriff der Zweigniederlassung bezeichnet dabei einen „Mittelpunkt geschäftlicher Tätigkeit [...], der auf Dauer als Außenstelle eines Stammhauses hervortritt, eine Geschäftsführung hat und sachlich so ausgestattet ist, dass er in der

⁴⁶ Vgl. Art. 92 GMVO (Fn. 5); Art. 81 GeschmacksmusterVO (Fn. 5).

⁴⁷ Vgl. Art. 103 GMVO (Fn. 5); Art. 94 GeschmacksmusterVO (Fn. 5).

⁴⁸ Vgl. Art. 94 GeschmacksmusterVO (Fn. 5).

⁴⁹ Vgl. dazu die offene Formulierung in Art. 93 Abs. 1 GMVO (Fn. 5); Art. 82 Abs. 1 GeschmacksmusterVO (Fn. 5); Art. 101 Abs. 1 SortenschutzVO (Fn. 5). Sie lässt mE. nicht darauf schließen, dass diese Regelungen sonstige Wahlgerichtsstände der EuGVVO verdrängen.

⁵⁰ Zum Begriff der Streitigkeiten aus dem Betrieb der Zweigniederlassung iSd Art. 5 Z 5 EuGVVO, vgl. EuGH, Rs. 33/78, Somafer, Slg. 1978, 2183 (Rn. 13); Rs. C-439/93, Lloyd's Register of Shipping, Slg. 1995, I-961 (Rn. 6 ff.).

⁵¹ EuGH, Rs. 33/78, Somafer, Slg. 1978, 2183 (Rn. 13).

Weise Geschäfte mit Dritten betreiben kann, dass diese, obgleich sie wissen, dass möglicherweise ein Rechtsverhältnis mit dem im Ausland ansässigen Stammhaus begründet wird, sich nicht unmittelbar an dieses zu wenden brauchen“.⁵² Ausgeschlossen sind hier mangels Aufsicht des Stammhauses daher etwa selbständige Handelsvertreter oder rechtlich und tatsächlich völlig selbständige Niederlassungen, also insbesondere Niederlassungen im bloßen Teileigentum der Mutter und mit selbständiger Geschäftsführung. Der praktisch weitaus größere Teil von Niederlassungen und Zweigstellen international tätiger Unternehmen dürfte diesen Wahlgerichtsstand aber durchaus eröffnen

E in Unternehmen wird daher aufgrund von Art. 5 Z 5 EuGVVO zumeist in jedem Mitgliedstaat verklagt werden können, in dem Geschäfte betrieben werden, in denen rechtsverletzende Ware aufgetaucht ist.

Im Anwendungsbereich der EuGVVO dürfte der Wahlgerichtsstand der Zweigniederlassung in der Praxis aber kaum Bedeutung besitzen, weil er von einem noch weitergehenden Wahlgerichtsstand verdrängt wird. Es ist dies der sogleich im Anschluss besprochene Wahlgerichtsstand des Ortes der unerlaubten Handlung (*forum delicti*) des Art. 5 Z 3 EuGVVO. Allerdings ist die Attraktivität des *forum delicti*, wie ebenfalls sogleich im Anschluss gezeigt wird, bei den Gemeinschaftsschutzrechten durch eine Beschränkung der Zuständigkeiten reiner *forum delicti*-Gerichte auf Verletzungshandlungen in ihrem eigenen Mitgliedstaat stark gemindert. Insoweit ist unklar, ob Klägern eine subsidiäre Berufung auf den Wahlgerichtsstand der Niederlassung nach der EuGVVO offen bleibt und diese dadurch eine gemeinschaftsweite Zuständigkeit begründen können. Zur Hintanhaltung derartiger Umgehungen der Sondernormen für Gemeinschaftsschutzrechte ist eine restriktive Handhabe oder eine legistische Klarstellung geboten. *De lege lata* wäre eine einschränkende Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Betriebsbezogenheit der Verbindlichkeit nach dem *spider in the web* Konzept zu überlegen (ähnlich wie bei der, unten besprochenen, Streitgenossenschaft).

3.4 Wahlgerichtsstand *forum delicti*

Nach dem Wahlgerichtsstand des Ortes der unerlaubten Handlung (*forum delicti*) des Art. 5 Z 3 EuGVVO können Klagen vor den Gerichten all jener Mitgliedstaaten⁵³ erhoben werden, in denen ein schädigendes Ereignis eingetreten ist oder eintreten droht. Der EuGH zählt hierzu den Ort der schädigenden Handlung als

⁵² EuGH, Rs. 33/78, Somafer, Slg. 1978, 2183 (Rn. 12); vgl. auch Rs. 218/86, SAR Schotte, Slg. 1987, 4905 (Rn. 17); Rs. 139/80, Blanckaert & Willems PVBA, Slg. 1981, 819, (Rn. 11 ff.).

⁵³ Ein Teil der Lehre verstehen dies (und einige ähnlich formulierte Gerichtsstände der EuGVVO) als unter die Ebene der Mitgliedstaaten hineinwirkende Festlegung des Sprengels, in dem alleine geklagt werden kann, vgl. z. B. SCHLOSSER, Zivilprozessrecht (Fn. 37) Art. 2 EuGVVO, Rn. 2 und 13; MAYR/CZERNICH, Europäisches Prozessrecht, 2006, Rn. 105; MAYR, Entscheidungsbesprechung OGH, 2 Ob 157/04h, ecolex 2004, 860 (860); ebenso der österreichische OGH, vgl. OGH 2 Ob 157/04h = JBI 2005, 260. Dem ist mE. aus Gründen des telos und des Subsidiaritätsprinzips nicht zu folgen, vgl. näher JAEGER, Kompetenzfragen eines Europäischen Patentsystems, GRUR Int 2008 (in Druck), Punkt II)3a.

auch den Erfolgsort (Ubiquitätstheorie).⁵⁴ Reine Vermögensschäden⁵⁵ (z. B. Gewinneinbußen des Klägers) und Folgeschäden⁵⁶ (etwa eine mittelbare Gewinneinbuße bei der Mutter einer geschädigten Tochter) begründen jedoch keinen Erfolgsort, vielmehr muss eine direkte Rechtsgutverletzung am Erfolgsort stattgefunden haben (etwa durch einen Vertrieb rechtsverletzender Waren). Klagen aus unerlaubter Handlung sind dabei all jene, „mit denen eine Schadenshaftung des Beklagten geltend gemacht wird und die nicht an einen ‚Vertrag‘ im Sinne von Art. 5 Nr. 1 EuGVVO anknüpfen.“⁵⁷

Aufgrund dieser weiten Auslegung des Deliktsgerichtsstandes kann daher nicht nur in jedem Mitgliedstaat Klage erhoben werden, in dem z. B. Marken- oder patentrechtsverletzende Waren auf den Markt gelangt sind, sondern auch in allen Mitgliedstaaten, in denen diese Waren auf den Markt zu gelangen drohen.⁵⁸ Der Wahlgerichtsstand des Orts der unerlaubten Handlung geht mit diesem alleinigen Abstellen auf die schädigende Marktwirkung über jenen für Zweigniederlassungen hinaus und verdrängt ihn in der Praxis, weil auch in Mitgliedstaaten geklagt werden kann, in denen keine Zweigniederlassung besteht oder diese nicht an der Verletzung beteiligt war. Im Fall einer Verbreitung über das Internet wird damit bei nicht sprachgebundenen Inhalten (z. B. Bilder, Firmenzeichen, Musik usw.) jeder⁵⁹ der Mitgliedstaaten der Union zum potentiellen Gerichtsstand für Klagen gegen den Verletzer und gegebenenfalls den Vermittler.⁶⁰

Nach der EuGVVO (also für alle mitgliedstaatlich begründeten Rechte sowie z. B. Herkunftsangaben) ist die Deliktzuständigkeit unbeschränkt: Gerichte, deren Zuständigkeit auf Art. 5 Z 3 EuGVVO gründet, können auch über die Schadenswirkungen derselben Verletzungshandlung in anderen Mitgliedstaaten entscheiden. Aufgrund des Prioritätsprinzips und des Grundsatzes der automatischen Urteilsanerkennung sind sie nach Anrufung dazu auch ausschließlich zuständig. Dies vermindert zwar die Gefahr paralleler Klagen und widersprüchlicher Entscheidungen zu einheitlichen Verletzungshandlungen (z. B. bei Verbreitung über das Internet, bei einmaligem Inverkehrbringen rechtsverletzender Ware und Vertrieb in mehreren Mitgliedstaaten, usw.), erhöht aber gleichzeitig die (im Hinblick auf das vom EuGH⁶¹

⁵⁴ Vgl. z. B. EuGH, Rs. 21/76, *Mines de Potasse d'Alsace*, Slg. 1976, 1735 (Rn. 15 ff.); Rs. C-220/88, *Dumez*, Slg. 1990, I-49 (Rn. 10); Rs. C-68/93, *Shevill*, Slg. 1995, I-415 (Rn. 20); Rs. C-364/93, *Marinari*, Slg. 1995 (Rn. 11); Rs. C-18/02, *Danmarks Rederiforening*, Slg. 2004, I-1417 (Rn. 40); Rs. C-168/02, *Kronhofer*, Slg. 2004, I-6009 (Rn. 16).

⁵⁵ Vgl. EuGH, Rs. C-168/02, *Kronhofer*, Slg. 2004, I-6009 (Rn. 19 f.).

⁵⁶ Vgl. EuGH, Rs. C-220/88, *Dumez*, Slg. 1990, I-49 (Rn. 20).

⁵⁷ EuGH, Rs. 189/87, *Kalfelis*, Slg. 1988, 5565 (Rn. 18); vgl. auch Rs. C-261/90, *Reichert II*, Slg. 1992, I-2149 (Rn. 16); Rs. C-51/97, *Réunion Européenne*, Slg. 1998, I-6511 (Rn. 22).

⁵⁸ Vgl. z. B. EuGH, Rs. C-18/02, *Danmarks Rederiforening*, Slg. 2004, I-1417 (Rn. 27); Rs. C-167/00, *Henkel*, Slg. 2002, I-8111 (Rn. 46 und 48).

⁵⁹ Vgl. auch EuGH, Rs. C-68/93, *Shevill*, Slg. 1995, I-415 (Rn. 31).

⁶⁰ Vgl. dazu Art. 12 ff. RL 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr, ABl. 2000/L 178/1.

⁶¹ Vgl. EuGH, Rs. C-159/02, *Turner*, Slg. 2004, I-3565 (Rn. 28); Rs. C-116/02, *Gasser*, Slg. 2003, I-14693 (Rn. 72).

und der EuGVVO⁶² geforderte, gegenseitige Vertrauen in die Gerichtsbarkeit aber wohl vom Fehlerkalkül der Rechtsordnung gedeckte) Gefahr fehlerhafter Anwendung ausländischen Rechts durch die Gerichte.

Die GMVO und die Geschmacksmuster- und SortenschutzVO treffen hier dennoch eine abweichende Regelung:⁶³ Gerichte, deren Zuständigkeit nicht auf dem Sitz des Beklagten, sondern nur auf der Deliktzuständigkeit beruht, sind nur für die im jeweiligen Mitgliedstaat begangenen Verletzungshandlungen zuständig. Im Ausland eingetretene Schäden können sie also zwar als Folge einer inländischen Verletzungshandlung berücksichtigen (z. B. Kündigung eines ausländischen Vertragspartners wegen der im Inland begangenen Schutzrechtsverletzung), nicht aber die im Ausland gelegenen Teile einer einheitlichen Verletzungshandlung (also z. B. nicht jene Schäden, die durch das Inverkehrbringen derselben rechtsverletzenden Waren im Ausland eingetreten sind).

Die GMVO und die GeschmacksmusterVO sehen diese Zuständigkeitsbeschränkung auch für Widerklagen auf Nichtigkeit oder Verfall des Schutzrechts vor einem *forum delicti*-Gericht vor. Dies könnte auch bedeuten, dass eine allfällige Feststellung der Ungültigkeit von Gemeinschaftsmarken durch ein reines *forum delicti*-Gericht für andere Mitgliedstaaten keine Wirkung entfaltet.⁶⁴ Eine eindeutige Festlegung trifft die GMVO hier nicht, doch deutet Art. 100 Abs. 1 GMVO mit einem Erachtens darauf hin, dass von gemeinschaftsweiter Wirkung auszugehen ist. Demnach gilt die Aussetzungspflicht für das später angerufene Gericht, wenn eine Gültigkeitsfrage bereits andernorts anhängig ist, ohne Ausnahme auch dann, wenn das frühere Gericht ein *forum delicti*-Gericht mit territorial begrenzter Zuständigkeit ist. Für die Richtigkeit dieser Auslegung spricht auch ein Vergleich mit der GeschmacksmusterVO: Hier ist die gemeinschaftsweite Wirkung der Ungültigkeitserklärung in einer eigenständigen Bestimmung horizontal angeordnet,⁶⁵ sodass sie also auch Ungültigkeitserklärungen von territorial begrenzt zuständigen *forum delicti*-Gerichten umfassen dürfte. Beruht die Gerichtszuständigkeit dagegen auf dem Sitz des Beklagten, so greifen die dargestellten Zuständigkeitsbeschränkungen nicht.

Die Begrenzung der territorialen Zuständigkeit von *forum delicti*-Gerichten bezweckt offenbar, Verletzungsklagen zu Gemeinschaftsmarken, Designs und Sorten bei den Gerichten am Sitz des Verletzers zu konzentrieren. Der Wahlgerichtsstand *forum delicti* wird damit für die betroffenen Schutzrechte zwar nicht rundheraus abgeschafft, aber doch vergleichsweise unattraktiv gemacht. Eine positive Wirkung dieser Beschränkung ist es sicherlich, dass auf diese Weise das im Schadenersatzbereich immer wieder in die Klägererwägungen einfließende *forum shop*-

⁶² Vgl. Art. 33 Abs. 1 EuGVVO.

⁶³ Vgl. Art. 93 Abs. 5 iVm. 94 Abs. 2 GMVO (Fn. 5); Art. 82 Abs. 5 iVm. Art. 83 Abs. 2 GeschmacksmusterVO (Fn. 5); Art. 101 Abs. 3 SortenschutzVO (Fn. 5).

⁶⁴ Vgl. i.d.Z. die, für Marken und Geschmacksmuster verdrängte, allgemeine Bestimmung des Art. 16 Z 4 EuGVVO, wonach für Fragen der Gültigkeit ausländischer Schutzrechte ausschließlich die Gerichte des Schutzlandes zuständig sind.

⁶⁵ Vgl. Art. 87 GeschmacksmusterVO (Fn. 5).

ping verunmöglicht wird.⁶⁶ Dafür wurde die daraus ebenfalls resultierende Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen⁶⁷ verschiedener mitgliedstaatlicher Gerichte zu einheitlichen Verletzungshandlungen vom Gemeinschaftsgesetzgeber offenbar in Kauf genommen. Dass das Interesse einer Hintanhaltung des deliktischen *forum shopping* die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen generell überwiegen kann, scheint mir aber fraglich: Wenn die Unterschiede zwischen den Schadenersatzrechten der Mitgliedstaaten tatsächlich zu spürbaren Durchsetzungsdefiziten und damit zu Binnenmarktbeeinträchtigungen führen sollten, so wäre die bestgeeignete Maßnahme hier meines Erachtens eine Mindestharmonisierung der Schadenersatznormen, nicht eine Beschränkung der Gerichtsstände für einzelne Materien (z. B. Immaterialgüterrechtsverletzungen).

3.5 Wahlgerichtsstand der Streitgenossenschaft

Art. 6 Z 1 EuGVVO sieht vor, dass bei in Zusammenhang stehenden Ansprüchen gegen mehrere Beklagte alle Personen gemeinsam beim Sitzgericht eines der Beklagten verklagt werden können. GMVO, Geschmacksmuster- und MarkenrechtVO enthalten zur EuGVVO zwar keine Sonderregeln, aus dem Umstand, dass es sich hier um gemeinschaftsweit einheitliche Schutzrechte handelt, ergeben sich aber Beurteilungsunterschiede gegenüber national fragmentierten Rechten.

Nach der Rechtsprechung stehen Verfahren in einem die Streitgenossenschaft begründenden Zusammenhang, „wenn eine gemeinsame Verhandlung und Entscheidung geboten erscheint, um zu vermeiden, daß in getrennten Verfahren widersprechende Entscheidungen ergehen könnten.“⁶⁸ Dabei „können Entscheidungen nicht schon deswegen als einander widersprechend betrachtet werden, weil es zu einer abweichenden Entscheidung des Rechtsstreits kommt, sondern diese Abweichung muss außerdem bei derselben Sach- und Rechtslage auftreten.“⁶⁹ Dies bedeutet aber nicht, dass die gegen die verschiedenen Beklagten erhobenen Klagen auf den gleichen Rechtsgrundlagen beruhen müssen;⁷⁰ diese Rechtsgrundlagen müssen aber die gleichen Ansprüche abdecken.

So hat der Gerichtshof etwa entschieden, dass deliktische und vertragliche Haftung als unterschiedliche Ansprüche zu sehen sind, die keine Streitgenossenschaft begründen.⁷¹ Dasselbe gilt für Verletzungen mehrerer nationaler Schutzrechte (z. B.

⁶⁶ Vgl. zum *forum shopping* Problem auch TILMANN/VON FALCK, EU-Patentrechtsharmonisierung II: Forum-Shopping und Torpedo, GRUR 2000, 579 (579 ff.).

⁶⁷ Vgl. EuGH, Rs. C-4/03, GAT, Slg. 2006, I-6509 (Rn. 26 ff.); Rs. C-406/92, Tatry, Slg. 1994, I-5439 (Rn. 52); Rs. C-256/00, Besix, Slg. 2002, I-1699 (Rn. 27).

⁶⁸ EuGH, Rs. 189/87, Kalfelis, Slg. 1988, 5565 (Rn. 18), bezogen auf das diesbezüglich noch unklare EuGVÜ; klargestellt nunmehr in Art. 6 Z 1 EuGVVO, vgl. z. B. Rs. C-103/05, Reisch Montage, Slg. 2006, I-6827 (Rn. 26).

⁶⁹ EuGH, Urteil v. 11.10.2007, Rs. C-98/06, Freeport, noch nicht in Slg. veröff. (Rn. 40); vgl. auch Rs. C-539/03, Roche Nederland, Slg. 2006, I-6535 (Rn. 26).

⁷⁰ EuGH, Urteil v. 11.10.2007, Rs. C-98/06, Freeport, noch nicht in Slg. veröff. (Rn. 39).

⁷¹ Vgl. EuGH, Urteil v. 11.10.2007, Rs. C-98/06, Freeport, noch nicht in Slg. veröff., (Rn. 45); Rs. C-51/97, Réunion Européenne, Slg. 1998, I-6511 (Rn. 50).

eines Bündelpatents) durch dieselbe Handlung (z. B. von mehreren Unternehmen eines Konzerns) oder für Verletzungen eines europäischen Schutzrechts (z. B. einer Gemeinschaftsmarke) durch unterschiedliche Handelnde.⁷² Hier fehlt es an der Gleichheit der Rechts- und Sachlage.⁷³ Dieselbe Rechtslage fehlt auch bei parallelen Klagen vor unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Gerichten, die wegen der gleichen Handlungen zwischen den gleichen Parteien erhoben werden, aber einmal die Verletzung einer Gemeinschaftsmarke (eines Gemeinschaftsgeschmacksmusters) und einmal die Verletzung einer nationalen Marke (eines nationalen Geschmacksmusters) betreffen.⁷⁴

Dagegen dürfte eine Streitgenossenschaft mehrerer Verletzer zulässig sein, wenn ein Gemeinschaftsschutzrecht im Konzernverbund auf Grundlage einer gemeinsamen Geschäftspolitik und eines ähnlichen Vorgehens verletzt wird.⁷⁵ Bei Gemeinschaftsschutzrechten wird, wie schon eingangs angedeutet, der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft besonders häufig zur Verfügung stehen, weil in aller Regel von derselben Rechtslage auszugehen sein wird und daher nur mehr die Identität der Sachlage zu prüfen bleibt.⁷⁶ Eine Beschränkung des Gerichtsstands der Streitgenossenschaft auf den Sitz der verantwortlichen Hauptniederlassung (der sogenannten *spider in the web*) besteht dabei nicht.⁷⁷ Ein enger Zusammenhang dürfte auch dann bestehen, wenn die Entscheidung über den einen Anspruch vom anderen abhängt oder wenn die beiden Ansprüche vorfragenweise verbunden sind.⁷⁸

Das Erfordernis des engen Zusammenhangs versucht bei der Zulässigkeit Streitgenossenschaft einen Ausgleich zwischen den Interessen der Einheitlichkeit der Rechtsanwendung, der Rechtssicherheit und der Prozessökonomie einerseits,⁷⁹ und der Vermeidung einer Häufung der Wahlgerichtsstände andererseits, durch die einem *forum shopping* der Rechtsinhaber Vorschub geleistet würde.⁸⁰ Da die Aus-

⁷² Vgl. EuGH, Rs. C-539/03, Roche Nederland, Slg. 2006, I-6535 (Rn. 25 ff.); KNAAK, Internationale Zuständigkeiten in Gemeinschaftsmarkensachen, GRUR Int 2007, 386 (390 f.).

⁷³ Krit. KUR u.a., Exclusive jurisdiction and cross border IP (patent) infringement suggestions for amendment of the Brussels I regulation, IER 2007, 1 (6 f.).

⁷⁴ Dies, obwohl die GMVO und GeschmacksmusterVO hier Aussetzungspflichten für das später angerufene Gericht normieren, vgl. Art. 105 Abs. 1 GMVO (Fn. 5); Art. 95 Abs. 1 GeschmacksmusterVO (Fn. 5).

⁷⁵ IdS. EuGH, Rs. C-539/03, Roche Nederland, Slg. 2006, I-6535 (Rn. 34 f.); KNAAK, Internationale Zuständigkeiten in Gemeinschaftsmarkensachen, GRUR Int 2007, 386 (391).

⁷⁶ Vgl. auch KNAAK, Internationale Zuständigkeiten in Gemeinschaftsmarkensachen, GRUR Int 2007, 386 (391).

⁷⁷ Krit. KNAAK, Internationale Zuständigkeiten in Gemeinschaftsmarkensachen, GRUR Int 2007, 386 (391); KUR u.a., Exclusive jurisdiction and cross border IP (patent) infringement suggestions for amendment of the Brussels I regulation, IER 2007, 1 (6 f.); HESS-BLUMER, Crossborder Litigation – und sie lebt doch!, sic! 2006, 882 (885)

⁷⁸ Vgl. MAYR/CZERNICH, Prozessrecht (Fn. 53) Rn. 163; österreichischer OGH 7Ob 29/01t, ZfRV 2002, 3.

⁷⁹ Vgl. idS. EuGH Rs. C-539/03, Roche Nederland, Slg. 2006, I-6535 (Rn. 36 f.).

⁸⁰ Vgl. idS. EuGH, Rs. C-539/03, Roche Nederland, Slg. 2006, I-6535 (Rn. 38); krit. KNAAK, Internationale Zuständigkeiten in Gemeinschaftsmarkensachen, GRUR Int 2007, 386 (391).

legung des engen Zusammenhangs daher bereits eine Interessensabwägung beinhaltet und insbesondere das *forum shopping* berücksichtigt, sind weitergehende Einwendungen, wonach die Bildung der Streitgenossenschaft vor einem bestimmten Gericht nur der Verfahrensverzögerung bzw. dem Rechtsmissbrauch diene, folglich auch nicht mehr beachtlich.⁸¹ Je restriktiver das Erfordernis des engen Zusammenhangs von der Rechtsprechung ausgelegt wird, desto zersplitterter und aufwändiger gestaltet sich die Verfolgung von Verletzungen, vor allem der mitgliedstaatlich begründeten Schutzrechte, und desto größer ist die Gefahr, dass widersprüchliche Entscheidungen⁸² zu ähnlichen Sachverhalten ergehen. Gleichzeitig hat der Gerichtshof aber zutreffend darauf hingewiesen, dass auch eine großzügigere Auslegung des Kriteriums des engen Zusammenhangs eine gewisse Zersplitterung der Rechtsverfolgung nicht verhindern würde, da die Beklagten in Verletzungsverfahren in der Praxis sehr häufig die Gültigkeit des Schutzrechts infrage stellen.⁸³ Diese ist aber nach dem unten näher besprochenen Art. 16 Z 4 EuGVVO jedenfalls im Schutzland zu klären.

3.6 Wahlgerichtsstand der Widerklage

Ein weiterer für Immaterialgüterrechte relevanter Wahlgerichtsstand aufgrund Sachzusammenhangs ist jener der Widerklage in Art. 6 Z 3 EuGVVO. Demnach ist ein nach anderen Vorschriften der EuGVVO zuständiges Gericht im Grunde auch zuständig, über eine vom Beklagten gegen den Kläger erhobene Widerklage zu entscheiden. Voraussetzung ist es, dass Klage und Widerklage „auf denselben [...] Sachverhalt“⁸⁴ gestützt sind, also Konnexität besteht. Fehlt die Konnexität und wird dies vom Kläger der Hauptsache nicht beanstandet, so greift die Zuständigkeit kraft rügeloser Einlassung nach Art. 24 EuGVVO. Die Widerklage unterscheidet sich von der bloßen Einrede dadurch, dass erstere auf eine gesonderte Verurteilung gerichtet ist. Im Verhältnis zu den unten besprochenen ausschließlichen Gerichtsständen des Art. 22 EuGVVO (insbesondere zu jenem der Gültigkeit des Schutzrechts) ist der Wahlgerichtsstand der Widerklage ausgeschlossen.⁸⁵ Für Immaterialgüterrechte bedeutet dies also z. B., dass einer auf die Verletzung der nationalen Marke A gestützte Klage eine auf die Verletzung der ähnlichen nationalen Marke B gestützte Widerklage entgegengesetzt werden kann, für die das für A zuständige Gericht wahlweise ebenfalls zuständig ist.

Die GMVO und die GeschmacksmusterVO enthalten (anders als die SortenschutzVO) eine Reihe von Sonderbestimmungen, die zwar nicht die internatio-

⁸¹ Vgl. EuGH, Urteil v. 11.10.2007, Rs. C-98/06, Freeport, noch nicht in Slg. veröff. (Rn. 51 ff.); aA. MAYR/CZERNICH, Prozessrecht (Fn. 53) Rn. 165.

⁸² Vgl. EuGH, Rs. C-4/03, GAT, Slg. 2006, I-6509 (Rn. 26 ff.); Rs. C-406/92, Tatry, Slg. 1994, I-5439 (Rn. 52); Rs. C-256/00, Besix, Slg. 2002, I-1699 (Rn. 27).

⁸³ Vgl. EuGH, Rs. C-539/03, Roche Nederland, Slg. 2006, I-6535, (Rn. 40).

⁸⁴ Art. 6 Z 3 EuGVVO.

⁸⁵ Vgl. EuGH, Rs. C-4/03, GAT, Slg. 2006, I-6509 (Rn. 26 ff.); Urteil v. 5.9.2007, EuG, Rs. T-295/05, Document Security Systems, noch nicht in Slg. veröff. (Rn. 67).

nale Zuständigkeit direkt betreffen, sich aber inzident auf diese auswirken.⁸⁶ Basis dieser abweichenden Regelung ist es, dass in diesem System jedes Gericht zur Feststellung der Ungültigkeit einer Gemeinschaftsmarke oder eines Gemeinschaftsgeschmacksmusters befugt ist.⁸⁷ Sodann erlauben die VO nur Widerklagen auf Erklärung des Verfalls oder der Nichtigkeit von Gemeinschaftsmarken oder -geschmacksmustern,⁸⁸ die auch nur auf die in den VO vorgesehenen Verfalls- und Nichtigkeitsgründe gestützt werden können.⁸⁹ Aufgrund des abschließenden Charakters der Zuständigkeitsdefinition der Gemeinschaftsmarken- und Gemeinschaftsgeschmacksmustergerichte in den beiden Verordnungen sind damit andere Gründe der Widerklage ausgeschlossen.⁹⁰ Die Zulässigkeit von Einreden ist generell nicht geregelt. Betreffen die Einreden aber den Verfall oder die Nichtigkeit einer Gemeinschaftsmarke, so können sie nur auf die Gründe mangelnder Benutzung oder eines älteren Rechts des Beklagten bzw. bei Gemeinschaftsgeschmacksmustern nur auf ältere Rechte gestützt werden.⁹¹ Als dritter Teilbestandteil ist die Behandlung von Gültigkeitsfragen in Feststellungsklagen generell ausgeschlossen.⁹² Durch diese dreifache sachliche Beschränkung verschiedener Verfahrensinstrumente (Widerklagen, Einreden, Feststellungsklagen) im System der dezentralen Ungültigkeitsfeststellung besteht also ein wirksamer Mechanismus zur Verbindung von Gültigkeits- und Verletzungsverfahren: Gültigkeitsfragen sollen nach den beiden VO tendenziell im Regime der Widerklagen behandelt werden, Ungültigkeitswiderklagen bedingen aber die sachliche Verbindung mit einem Verletzungsverfahren.

Auf den ersten Blick uncharf regeln die VO dagegen die Frage, ob im Fall zweier widerstreitender Gemeinschaftsschutzrechte in einem Feststellungsverfahren betreffend die Nichtverletzung des Gemeinschaftsschutzrechts A Widerklage auf Ungültigkeit des Gemeinschaftsschutzrechts B zulässig ist. So legen GMVO und GeschmacksmusterVO übereinstimmend fest, dass „die Rechtsgültigkeit [eines Schutzrechts] nicht durch eine Klage auf Feststellung der Nichtverletzung angefochten werden“⁹³ kann, klären aber nicht, ob dies nur für den Hauptgegenstand der Feststellungsklage oder auch für Widerklagen und Einreden gilt.⁹⁴ Bei näherer Betrachtung ergibt sich meines Erachtens aber, dass von einem umfassenden Ausschluss von Gültigkeitsfragen in Feststellungsverfahren auszugehen ist. So bestimmen die beiden VO übereinstimmend, dass Gemeinschaftsmarken- und Gemein-

⁸⁶ Vgl. auch KNAAK, Internationale Zuständigkeiten in Gemeinschaftsmarkensachen, GRUR Int 2007, 386 (393 f.).

⁸⁷ Vgl. Art. 92 lit. d GMVO (Fn. 5); Art. 81 lit. d GeschmacksmusterVO (Fn. 5).

⁸⁸ Vgl. Art. 92 lit. d GMVO (Fn. 5); Art. 81 lit. d GeschmacksmusterVO (Fn. 5).

⁸⁹ Vgl. Art. 96 Abs. 1 GMVO (Fn. 5); Art. 84 Abs. 1 GeschmacksmusterVO (Fn. 5).

⁹⁰ Vgl. Art. 92 GMVO (Fn. 5); Art. 81 GeschmacksmusterVO (Fn. 5); ebenso KNAAK, Internationale Zuständigkeiten in Gemeinschaftsmarkensachen, GRUR Int 2007, 386 (393 f.).

⁹¹ Vgl. Art. 95 Abs. 3 GMVO (Fn. 5); Art. 85 Abs. 1 GeschmacksmusterVO (Fn. 5).

⁹² Vgl. Art. 95 Abs. 2 GMVO (Fn. 5); Art. 84 Abs. 4 GeschmacksmusterVO (Fn. 5).

⁹³ Art. 95 Abs. 2 GMVO (Fn. 5); ebenso Art. 84 Abs. 4 GeschmacksmusterVO (Fn. 5).

⁹⁴ Vgl. zu diesem Problem KNAAK, Internationale Zuständigkeiten in Gemeinschaftsmarkensachen, GRUR Int 2007, 386 (393)..

schaftsgeschmacksmustergerichte bei ihnen anhängige Verfahren auszusetzen haben, wenn die Gültigkeit des Schutzrechts bereits vor einem anderen Gericht oder beim Amt angegriffen wurde.⁹⁵ Mit Feststellungsklagen befasste Gerichte sind von dieser Aussetzungspflicht aber ausdrücklich ausgenommen. Wären gegen die Gültigkeit gerichtete Widerklagen in Feststellungsverfahren aber zulässig, so würde diese Ausnahme das Prioritätsprinzip in Gemeinschaftsmarken- und Geschmacksgeschmacksmustersachen durchbrechen und dadurch diese Verordnung geschaffene, einheitliche Rechtsprechungssystem durch potentiell widersprechende Entscheidungen über die Gültigkeit desselben Gemeinschaftsrechts aushebeln. Entsprechend führt die Einreden betreffende Bestimmung der GMVO Feststellungsklagen (und Widerklagen) gar nicht an, weil Einreden für sie keine Bedeutung besitzen.⁹⁶ In Feststellungsverfahren betreffend die Nichtverletzung einer Gemeinschaftsmarke oder eines Gemeinschaftsgeschmacksmusters müssen Widerklagen und Einreden betreffend die Gültigkeit daher generell ausgeschlossen sein.

Im Verhältnis zu nationalen Marken und Geschmacksmustern ist das Regelungsverhältnis zum Teil ebenfalls unübersichtlich. Zulässig ist es jedenfalls, in Verfahren betreffend die Verletzung einer Gemeinschaftsmarke Widerklage wegen Nichtigkeit oder Verfall unter Berufung auf eine ältere nationale Marke des Beklagten zu erheben.⁹⁷ Zulässig dürfte es außerdem sein, in Verfahren betreffend die Verletzung einer nationalen Marke Widerklage wegen Nichtigkeit oder Verfall unter Berufung auf eine ältere Gemeinschaftsmarke zu erheben; diese Verfahren sind von der GMVO bzw. der GeschmacksmusterVO gar nicht erfasst. Unzulässig dürfte es dagegen sein, vor einem nationalen Gericht in einem Verfahren betreffend eine nationale Marke (ein nationales Geschmacksmuster) die Gültigkeit der Gemeinschaftsmarke (des Geschmacksmusters) im Weg der Widerklage zu bestreiten.⁹⁸ Insoweit ist davon auszugehen, dass die GMVO die Verfahren betreffend die Gültigkeit von Gemeinschaftsmarken abschließend regelt und in diesem Regelungsrahmen keine Möglichkeit vorsieht, die Gültigkeit einer Gemeinschaftsmarke in Verfahren zur Verletzung nationaler Marken zu relevieren. Vielmehr bestimmen GMVO und GeschmacksmusterVO einheitlich, dass die nationalen Gerichte in Verfahren zu nationalen Marken von der Rechtsgültigkeit der Gemeinschaftsmarke auszugehen haben.⁹⁹ Die insoweit missverständliche Bestimmung der GMVO, wonach „Klagen betreffend eine Gemeinschaftsmarke auf innerstaatliche Rechtsvorschriften insbesondere über die zivilrechtliche Haftung und den unlauteren Wettbewerb“¹⁰⁰

⁹⁵ Vgl. Art. 100 Abs. 1 GMVO (Fn. 5); Art. 91 Abs. 1 GeschmacksmusterVO (Fn. 5).

⁹⁶ Vgl. Art. 95 Abs. 3 GMVO (Fn. 5); ähnlich (Verweis auf die Zulässigkeitsregelung für Widerklagen) Art. 85 Abs. 1 GeschmacksmusterVO (Fn. 5).

⁹⁷ So KNAAK, Internationale Zuständigkeiten in Gemeinschaftsmarkensachen, GRUR Int 2007, 386 (392); vgl. die Nichtigkeitsgründe der Art. 52 Abs. 1 GMVO (Fn. 5); Art. 25 Abs. 1 lit. d und e GeschmacksmusterVO (Fn. 5). Nichts anderes gilt für ältere Gemeinschaftsmarken, die ebenfalls Gegenstand einer Widerklage sein können.

⁹⁸ So auch KNAAK, Internationale Zuständigkeiten in Gemeinschaftsmarkensachen, GRUR Int 2007, 386 (393 f.); aA. dt. BGH, Urteil v. 20.1.2005, I ZR 29/02, GRUR Int 2005, 722 (723).

⁹⁹ Vgl. Art. 103 GMVO (Fn. 5); Art. 94 GeschmacksmusterVO (Fn. 5).

¹⁰⁰ Art. 14 Abs. 2 GMVO (Fn. 5).

gestützt werden können und dies „das [...] Recht [umfasst], Ansprüche wegen Verletzung älterer Rechte [...] gegenüber der Benutzung einer jüngeren Gemeinschaftsmarke geltend zu machen“,¹⁰¹ wurde für die GeschmacksmusterVO nicht mehr übernommen.¹⁰² Damit dürfte auch für die GMVO von der Richtigkeit jener Ansicht im Schrifttum¹⁰³ auszugehen sein, wonach die Gültigkeit von Gemeinschaftsmarken und Gemeinschaftsgeschmacksmustern nur vor einem Gemeinschaftsmarken- oder Gemeinschaftsgeschmacksmustergericht, nicht aber auch durch Widerklage vor einem (sonstigen) nationalen Gericht, angegriffen werden kann. Die zitierten Bestimmungen der GMVO beziehen sich daher auf sonstige Ansprüche wegen Verletzung älterer Rechte durch Gemeinschaftsmarken (z. B. Schadenersatz); wie darüber in der Praxis ohne gleichzeitige Gültigkeitsprüfung der Gemeinschaftsmarke entschieden werden kann, ist dahingestellt.

Im Ergebnis richtet sich daher die Zulässigkeit von Widerklagen in Verfahren betreffend die meisten (auch: Gemeinschafts-) Immaterialgüterrechte nur nach der Frage der Konnexität iSv. Art. 6 Z 3 EuGVVO, also nach der Identität des Sachverhalts. Eine inhaltliche Beschränkung der Widerklagen besteht (vorbehaltlich des, allerdings praktisch wichtigen, Sonderbereichs der Gültigkeitswiderklagen) nicht.

Die GMVO und die GeschmacksmusterVO treffen für die internationale Zuständigkeit bei Widerklagen streng genommen keine abweichende Regelung. Sie enthalten aber inhaltliche Beschränkungen der Zulässigkeit von Widerklagen für Verfahren betreffend Gemeinschaftsmarken und Gemeinschaftsgeschmacksmuster, die als Sonderbestimmungen bei der Beurteilung der Konnexität iSv. Art. 6 Z 3 EuGVVO anzusehen sind: Ist die betreffende Widerklage unzulässig, besteht keine Konnexität iSv. Art. 6 Z 3 EuGVVO, die eine Verbindung der Verfahren rechtfertigt und es ist eine gesonderte Klage zu erheben. So sind vor allem nur auf die Ungültigkeit des Gemeinschaftsschutzrechts gestützte Widerklagen zugelassen. Gleichzeitig sind die Möglichkeiten beschränkt, Gültigkeitsfragen einredeweise sowie in Feststellungsverfahren vorzubringen. Die Regelungen zu Widerklagen und Einreden in den beiden VO sind daher Instrumente, durch die Gültigkeitsfragen möglichst mit Verletzungsverfahren gekoppelt und einheitlich dem Prioritätsprinzip unterworfen werden sollen. Dass das Prioritätsprinzip bei der einredeweisen Gültigkeitsprüfung nicht greift schadet nicht, da einerseits die Beurteilung der Einrede durch das zuständige Gericht (anders als im Fall der auf eine selbständige Entscheidung über diese Frage gerichteten Widerklagen) keine rechtskräftige Gültigkeitsbeurteilung darstellt und zudem die Einredegründe auf objektiv leicht überprüfbares (Nichtbenutzung und ältere Rechte) beschränkt sind. Diese Beschränkung des Instruments der Widerklage gegen Gemeinschaftsschutzrechte ist daher im Lichte von Rechtssicherheit (keine widersprechenden Gültigkeitsentscheidungen), Verfahrensökonomie (Beurteilung der Gültigkeit nur anlässlich von Verletzungskla-

¹⁰¹ Art. 106 Abs. 1 GMVO (Fn. 5).

¹⁰² Vgl. Art. 96 Abs. 1 GeschmacksmusterVO (Fn. 5), wo nur mehr von nicht eingetragenen nationalen Marken die Rede ist.

¹⁰³ So KNAAK, Internationale Zuständigkeiten in Gemeinschaftsmarkensachen, GRUR Int 2007, 386 (393 f.); aA. dt. BGH, Urteil v. 20.1.2005, I ZR 29/02, GRUR Int 2005, 722 (723).

gen) und Durchsetzungseffizienz (Hintanhaltung torpedierender Feststellungsklagen mit Gültigkeitsaspekt) zu begrüßen.

Eine Übernahme dieses Mechanismus der Verfahrenskonzentration für national fragmentierte Schutzrechte im Regelungsbereich der EuGVVO ist meines Erachtens nicht möglich.¹⁰⁴ Zwar könnte auch dort eine stärkere Verankerung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung und der Verfahrenskonzentration die Durchsetzungseffizienz erhöhen, indem Gültigkeitsfragen grundsätzlich mit einer Verletzung befassende Gericht überantwortet und auf dessen Gültigkeitsbeurteilung der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens der Mitgliedstaaten in die Entscheidungskompetenz auch für ausländische Schutzrechte zum tragen käme. Eine solche Regelung erfordert jedoch sachliche Modifikationen der Bestimmungen des nationalen Prozessrechts über Widerklagen, Einreden und Feststellungsklagen, die einen über die in der EuGVVO geregelte Zuständigkeitsverteilung hinausgehenden Eingriff in das nationale Prozessrecht bewirken würden. Die EuGVVO ist daher nicht der Ort, an dem eine solche Regelung getroffen werden könnte. Hier ist eher an eine Modifikation der DurchsetzungsRL zu denken. In der EuGVVO selbst zu modifizieren (das heißt: abzuschaffen oder einzuschränken) wäre aber, eine Regelung in der DurchsetzungsRL flankierend, die sogleich nachfolgend besprochene ausschließliche Zuständigkeit des Art. 22 Z 4 EuGVVO. Solange keine gemeinschaftsweite Zuständigkeit der nationalen Gerichte für Gültigkeitsfragen besteht, ist eine Kopplung von Verletzungs- und Gültigkeitsverfahren generell ausgeschlossen.

3.7 Ausschließlicher Gerichtsstand der Gültigkeit des Schutzrechts

GMVO und GeschmacksmusterVO regeln Verletzungs- und Gültigkeitsklagen, wie auch eben gezeigt, einheitlich bzw. symmetrisch. Das heißt, dass die Gemeinschaftsmarken- und Gemeinschaftsgeschmacksmustergerichte sowohl für Verletzungs-, als auch für Gültigkeitsklagen (die als Widerklagen erhoben werden müssen) zuständig sind.¹⁰⁵ Die Beurteilung der Gültigkeit durch ein zuständiges Gemeinschaftsmarken- und Gemeinschaftsgeschmacksmustergericht hat im Grunde (das heißt vorbehaltlich z. B. einer territorialen Begrenzung des Streitgegenstands¹⁰⁶ sowie im Falle der Deliktzuständigkeit) gemeinschaftsweite Wirkung¹⁰⁷ und ist auch vom Amt zur Kenntnis zu nehmen.¹⁰⁸

Allerdings wurde im Schrifttum auch zutreffend darauf hingewiesen, dass das relativ lückenlose und in *forum shopping* im Regelfall unterbindende System dezentraler Gültigkeitsprüfung nach den beiden VO ausnahmsweise dort ähnlichen Problemen begegnet, wie nationale Marken und Geschmacksmuster, wo der Streit-

¹⁰⁴ Auch für Sorten spielt dieser Mechanismus keine Rolle, da dort Gültigkeitsklagen umfassend ausgeschlossen sind, vgl. Art. 105 SortenschutzVO (Fn. 5).

¹⁰⁵ Vgl. Art. 92 GMVO (Fn. 5); Art. 81 GeschmacksmusterVO (Fn. 5).

¹⁰⁶ Dazu näher KNAAK, Internationale Zuständigkeiten in Gemeinschaftsmarkensachen, GRUR Int 2007, 386 (388).

¹⁰⁷ Vgl. Art. 94 Abs. 1 GMVO (Fn. 5); Art. 83 Abs. 1 und 87 GeschmacksmusterVO (Fn. 5).

¹⁰⁸ Vgl. Art. 96 Abs. 4 und 6 GMVO (Fn. 5); Art. 86 Abs. 2 und 4 GeschmacksmusterVO (Fn. 5).

gegenstand eines Verletzungsverfahrens territorial begrenzt wird.¹⁰⁹ Ein Blick auf die entsprechenden Regelungen zeigt aber, dass es dabei im Ergebnis keine Ausnahme vom Grundsatz der gemeinschaftsweiten Wirkung einer Ungültigkeitsentscheidung und vom Prioritätsprinzip geben kann: So ist nach den beiden VO das Verfahren vor einem Gericht auszusetzen, wenn die Gültigkeit bereits vor einem anderen Gericht oder vor dem Amt in Frage gestellt worden ist, ohne dass es hier auf die mögliche Begrenzung des Streitgegenstands vor dem früheren oder dem späteren Gericht ankäme.¹¹⁰ Das frühere Gericht ist zur Beurteilung dieser Frage auch ausschließlich zuständig,¹¹¹ sodass insoweit und ungeachtet einer territorialen Beschränkung der Urteilswirkungen wohl eine Präjudizwirkung für alle späteren Verfahren anzunehmen ist. Für Verfahren ohne Gültigkeitsbezug gilt im Verhältnis mehrerer territorial begrenzter Verfahren zu derselben Gemeinschaftsmarke Art. 28 EuGVVO.¹¹²

Bei anderen Gemeinschaftsschutzrechten als Marken und Designs, vor allem also bei den geschützten Herkunftsangaben und dem Sortenschutz, stellt sich das Problem der Gültigkeitseinrede nicht, da die Gültigkeit alleine vom Bestand der Registereintragung abhängt (und nicht auch z. B. von Faktoren wie Neuheit, Eigenart usw.). Es stellt sich daher allenfalls das Problem der Rechtmäßigkeit der Inhaberschaft eines solchen Rechts.¹¹³ Die nationalen Gerichte verfügen in Bezug auf diese Rechte über keine Befugnis zur Gültigkeitsprüfung.¹¹⁴

In Bezug auf die Gültigkeit nationaler Schutzrechte ist dagegen EuGVVO anzuwenden. Die EuGVVO regelt die gerichtlichen Zuständigkeiten für Verletzungs- und für Gültigkeitsklagen asymmetrisch,¹¹⁵ das heißt dass dem für Verletzungsklagen geltenden allgemeinen Gerichtsstand und den Wahlgerichtsständen für Klagen betreffend die Gültigkeit von Schutzrechten mit Art. 22 Z 4 EuGVVO ein ausschließlicher Gerichtsstand gegenübersteht. Betroffen sind alle nicht durch Spezialnormen geregelten Immaterialgüterrechte, die einer Hinterlegung oder Registrierung bedürfen,¹¹⁶ deren Gültigkeit (Erwerb, Bestehen, Erlöschen, Verfall usw.) in der Folge releviert werden kann (neben den Gemeinschaftsimmaterialgüterrechten daher vor allem auch nicht das Urheberrecht). Gleichzeitig ist dieser Tatbestand als Ausnahme vom Grundsatz des *actor sequitur forum rei* tendenziell restriktiv auszulegen.¹¹⁷

Ausgeschlossen sind daher insbesondere die Gültigkeit von Schutzrechten betreffende Klagen am Sitz der Beklagten sowie am Ort der unerlaubten Handlung,

¹⁰⁹ Vgl. KNAAK, Internationale Zuständigkeiten in Gemeinschaftsmarkensachen, GRUR Int 2007, 386 (388).

¹¹⁰ Vgl. Art. 100 Abs. 1 GMVO (Fn. 5); Art. 91 Abs. 1 GeschmacksmusterVO (Fn. 5).

¹¹¹ Vgl. Art. 92 GMVO (Fn. 5); Art. 81 GeschmacksmusterVO (Fn. 5).

¹¹² So auch KNAAK, Internationale Zuständigkeiten in Gemeinschaftsmarkensachen, GRUR Int 2007, 386 (388 ff.).

¹¹³ Vgl. z. B. Art. 98 und 100 SortenschutzVO (Fn. 5).

¹¹⁴ Vgl. ausdrücklich Art. 105 SortenschutzVO (Fn. 5).

¹¹⁵ Vgl. HESS-BLUMER, Crossborder Litigation – und sie lebt doch!, sic! 2006, 882 (884).

¹¹⁶ Vgl. EuGH, Rs. 288/82, Duijnste, Slg. 1983, 3663 (Rn. 22).

¹¹⁷ Vgl. EuGH, Rs. 288/82, Duijnste, Slg. 1983, 3663, (Rn. 23).

ausgeschlossen sind aber auch Widerklagen betreffend die Gültigkeit sowie abweichende Gerichtsstandsvereinbarungen (wenn diese Gerichtsstände nicht ausnahmsweise mit dem Schutzland zusammenfallen). Dies betrifft z. B. Feststellungsklagen auf Ungültigkeit des Schutzrechts, soweit das nationale Recht diese zulässt, sowie Widerklagen auf Ungültigkeit in Verletzungsverfahren. Nach der jüngeren Rechtsprechung erfasst die ausschließliche Zuständigkeit des Art. 22 Z 4 EuGVVO schließlich sogar Ungültigkeitseinreden des Beklagten.¹¹⁸ Dies wurde im Schrifttum heftig kritisiert,¹¹⁹ weil Ungültigkeitseinreden in der Praxis fast immer erhoben und die Durchsetzungsverfahren für die betroffenen Rechte daher erwartungsgemäß langwieriger und teurer werden.

Das aus Art. 22 Z 4 EuGVVO folgende Durchsetzungsdefizit betrifft in der Praxis *va* Patente. Im Fall von Marken und Geschmacksmustern haben in mehreren Mitgliedstaaten tätige Unternehmen dagegen die Möglichkeit, eine Gemeinschaftsregistrierung zu erwerben. Da für diese Rechte der Grundsatz der gemeinschaftsweiten Gültigkeitsprüfung durch das in Verletzungssachen zuständige nationale Gericht gilt, sind sie vom hier diskutierten Durchsetzungsdefizit nicht betroffen. Obwohl Art. 22 Z 4 EuGVVO auch für nationale Marken und Geschmacksmuster gilt, bestehen hier in der Praxis kaum Probleme.

Im Schrifttum wurde überlegt, welche Verhaltensalternativen einem Gericht *de lege lata* offen stehen, wenn im Zuge eines Verletzungsverfahrens ein Gültigkeitseinwand erhoben wird.¹²⁰ In Frage kommt erstens die Verfahrensaussetzung bis zur Entscheidung des Gerichts des Schutzlandes. Diese Lösung führt daher zu Verfahrensverzögerungen, die abhängig vom fraglichen Schutzland unter Umständen beträchtlich sein können, sowie zur Verteuerung des Durchsetzungsverfahrens. Denkbar ist aber auch eine gänzliche Abtretung der Zuständigkeit dieses Gerichts zugunsten des Schutzlandgerichts, allerdings dürfte diese in vielen Fällen an Hürden des nationalen Prozessrechts scheitern. Auch diese Lösung ist daher nicht

¹¹⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-4/03, GAT, Slg. 2006, I-6509 (Rn. 26 ff.); EuG, Urteil v. 5.9.2007, Rs. T-295/05, Document Security Systems, noch nicht in Slg. veröff. (Rn. 67).

¹¹⁹ Vgl. z. B. HESS-BLUMER, Crossborder Litigation – und sie lebt doch!, sic! 2006, 882 (884) mwN.; KUBIS, Patentverletzungen im europäischen Prozessrecht – Ausschließliche Zuständigkeit kraft Einrede?, Mitt.Pat.Anw. 2007, 220 (224); HEINZE/ROFFAEL, Internationale Zuständigkeit für Entscheidungen über die Gültigkeit ausländischer Immaterialgüterrechte, GRUR Int 2006, 787 (791 ff.); KUR, A Farewell to Cross-Border Injunctions? The ECJ Decisions GAT v. LuK and Roche Nederland v. Primus and Goldenberg, IIC 2006, 844 (847 ff.); KUR u.a., Exclusive jurisdiction and cross border IP (patent) infringement suggestions for amendment of the Brussels I regulation, IER 2007, 1 (2 ff.) mwN.; LUGINBÜHL/STAUDER, Der Europäische Gerichtshof setzt den grenzüberschreitenden Entscheidungen in Patentsachen ein vorläufiges Ende, sic! 2006, 876 (876 ff.) mwN.; KNAAK, Internationale Zuständigkeiten in Gemeinschaftsmarkensachen, GRUR Int 2007, 386 (387 ff.).

¹²⁰ Vgl. zum Folgenden EuGH, SA. v. GA. Geelhoed, Rs. C-4/03, GAT, Slg. 2006, I-6509 (Rn. 46); KUR u.a., Exclusive jurisdiction and cross border IP (patent) infringement suggestions for amendment of the Brussels I regulation, IER 2007, 1 (3 ff.); HESS-BLUMER, Crossborder Litigation – und sie lebt doch!, sic! 2006, 882 (884); LUGINBÜHL/STAUDER, Der Europäische Gerichtshof setzt den grenzüberschreitenden Entscheidungen in Patentsachen ein vorläufiges Ende, sic! 2006, 876 (877 ff.).

zufrieden stellend. Schließlich soll es auch zulässig sein, dass das Verletzungsgericht die Missbräuchlichkeit der Einrede selbst prüft und bejahendenfalls abschließend entscheidet. Dieser Weg scheint grundsätzlich gangbar und steht auch nicht in Konflikt mit jener Rechtsprechung des EuGH, die für das Rechtsmissbrauchskonzept durch den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens in die Gerichte der Mitgliedstaaten einschränkt,¹²¹ denn hier geht es nicht um die Rechtsmissbräuchlichkeit der Inanspruchnahme einer fremden Gerichtsbarkeit, sondern um die Rechtsmissbräuchlichkeit einer Verfahrenshandlung (Einrede). Situationen, in denen die Einrede des Beklagten offensichtlich zu keinem ernsthaften Zweifel an der Gültigkeit des Schutzrechts berechtigt, könnten so herausgefiltert werden. In allen anderen Fällen müsste das Verfahren vom Verletzungsgericht ausgesetzt werden; Überlegungen der voraussichtlichen Verfahrensdauer für die Gültigkeitsentscheidung in einem anderen Mitgliedstaat dürfen hier nach der Rechtsprechung¹²² aber gerade nicht einfließen.¹²³

De lege ferenda werden zunächst Hoffnungen in zwei Projekte der Internationalisierung des Patentrechts gesetzt: In ein künftiges Gemeinschaftspatent¹²⁴ einerseits sowie in ein Streitregelungsübereinkommen (EPLA)¹²⁵ für Bundespatente andererseits. Für beide ist der Weg zu einer möglichen Realisierung aber noch beträchtlich.¹²⁶ Das Potential, für das hier diskutierte Durchsetzungsdefizit bei Patenten durch die Bestimmung eines für Verletzungs- und Gültigkeitsfragen allein zuständigen Gerichts eine Lösung herbeizuführen, hätten beide Projekte.

Aber auch für den EuGVVO-Rahmen wurde im Schrifttum Verbesserungsmöglichkeiten überlegt.¹²⁷ So lässt sich zunächst grundsätzlich hinterfragen, ob bei der Gültigkeitsprüfung tatsächlich eine „sachliche und rechtliche Nähe“¹²⁸ des entscheidenden Gerichts zum Gegenstand des Rechtsstreits geschützt werden müsse, die die Zuweisung eines ausschließlichen Gerichtsstands rechtfertigt, oder ob solche Verfahren nicht besser als Wahlgerichtsstand ausgestaltet werden sollten. Auch

¹²¹ Vgl. EuGH, Rs. C-159/02, Turner, Slg. 2004, I-3565 (Rn. 28); Rs. C-116/02, Gasser, Slg. 2003, I-14693 (Rn. 72.)

¹²² Vgl. EuGH, Rs. C-159/02, Turner, Slg. 2004, I-3565 (Rn. 28); Rs. C-116/02, Gasser, Slg. 2003, I-14693 (Rn. 72).

¹²³ AA. HESS-BLUMER, Crossborder Litigation – und sie lebt doch!, sic! 2006, 882 (887).

¹²⁴ Vgl. dazu zuletzt Mitteilung Vertiefung des Patentsystems in Europa, KOM (2007) 165 endg., 5.

¹²⁵ Vgl. die von der Arbeitsgruppe Streitregelung des Europäischen Patentamts (EPA) vorgelegten Entwürfe für ein Europäisches Übereinkommen über Patentstreitigkeiten aus 2003 und 2005, abrufbar unter http://www.epo.org/patents/law/legislative-initiatives/epla_de.html; näher z. B. DREISS, Streitregelungsprotokoll EPLA – Vision oder Utopie?, GRUR Int 2004, 712; OSER, European Patent Litigation Agreement – Zulässigkeit und Zukunft einer Streitregelung für Europa, GRUR Int 2006, 539; LUGINBÜHL, Streitregelungsübereinkommen vs Gemeinschaftspatent?, GRUR Int 2004, 357.

¹²⁶ Vgl. auch KUR u.a., Exclusive jurisdiction and cross border IP (patent) infringement suggestions for amendment of the Brussels I regulation, IER 2007, 1 (3)..

¹²⁷ Vgl. KUR u.a., Exclusive jurisdiction and cross border IP (patent) infringement suggestions for amendment of the Brussels I regulation, IER 2007, 1 (4 ff.).

¹²⁸ EuGH, Rs. C-4/03, GAT, Slg. 2006, I-6509 (Rn. 21).

der Wahlgerichtsstand des *forum de liciti* in Art. 5 Z 3 EuGVVO begründet sich z. B. mit der besonderen sachlichen Nähe des Deliktgerichts,¹²⁹ dass bei Gültigkeitsklagen eine andere Wertung zugrunde gelegt wird, ist nicht restlos überzeugend.¹³⁰ Selbst wenn man für Gültigkeitsklagen einen ausschließlichen Gerichtsstand aufrechterhalten will (z. B. nach der, meines Erachtens im gemeinschaftsrechtlichen Kontext der Überlagerung nationaler Rechte durch eine supranationale Rechtsordnung aber völlig unzeitgemäßen,¹³¹ *act of state*-Doktrin, die eine Nachprüfung souveräner Akte anderer Staaten nicht erlaubt),¹³² ließe sich dieser aber trotzdem sachlich auf jene Fälle einschränken, in denen ein Gericht tatsächlich *erga omnes* über die Gültigkeit abspricht.¹³³ Für die derzeitige Fassung des Art. 5 Z 3 EuGVVO hat der EuGH es abgelehnt, Gerichtsentscheidungen ohne expliziten *erga omnes*-Effekt generell vom Anwendungsbereich der Bestimmung auszunehmen, da „sich [...] die Wirkungen einer inzidenten Entscheidung über die Gültigkeit eines Patents [...] nach dem nationalen Recht [bestimmen]. In mehreren Vertragsstaaten hat die Entscheidung über die Nichtigkeit eines Patents eine Wirkung *erga omnes*. Um die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen zu vermeiden, müsste daher die Zuständigkeit der Gerichte eines anderen Staates als desjenigen der Patenterteilung für die inzidente Entscheidung über die Gültigkeit eines ausländischen Patents auf jene Fälle beschränkt werden, in denen das anwendbare nationale Recht der zu erlassenden Entscheidung eine auf die Parteien des Rechtsstreits begrenzte Wirkung vorsieht. Eine solche Beschränkung würde jedoch zu Verzerrungen führen und damit die Gleichheit und Einheitlichkeit der Rechte und Pflichten in Frage stellen, die sich für die Vertragsstaaten und die betroffenen Personen aus dem Übereinkommen ergeben“.¹³⁴ Die Einschränkung auf Entscheidungen mit *erga omnes*-Wirkung kann daher nur im Text der EuGVVO selbst erfolgen, damit diese nationalen Unterschiede Berücksichtigung finden. Von *Kur/Metzger* wurde hier als relativ weitgehender Eingriff in die nationalen Zivilprozessordnungen vorgeschlagen, in der EuGVVO den *erga omnes*-Effekt für Gültigkeitsentscheidungen in Nicht-Hauptsacheverfahren (arising in the context of a „principal claim or counterclaim“) in der EuGVVO selbst auszuschließen („The decisions

¹²⁹ So schon EuGH, Rs. 21/76, *Mines de Potasse d'Alsace*, Slg. 1976, 1735 (Rn. 8 ff.).

¹³⁰ Vgl. idS auch KUR u.a., *Exclusive jurisdiction and cross border IP (patent) infringement suggestions for amendment of the Brussels I regulation*, IER 2007, 1 (4); LUGINBÜHL/STAUDER, *Der Europäische Gerichtshof setzt den grenzüberschreitenden Entscheidungen in Patentsachen ein vorläufiges Ende, sic!* 2006, 876 (879).

¹³¹ Vgl. idS schon EuGH, Rs. 192/73, *Van Zuylen frères*, Slg. 1974, 731 (Rn. 3 und 12 ff.).

¹³² Dazu KUR u.a., *Exclusive jurisdiction and cross border IP (patent) infringement suggestions for amendment of the Brussels I regulation*, IER 2007, 1 (5) mwN; HERBST, *Der Fall ‚Zeiss‘ vor den ausländischen Gerichten GRUR Int* 1968, 120 mwN; HELLSTADIUS/MEIER-EWERT, *Jurisdiction and Choice of Law in Intellectual Property Matters – Perspectives for the Future (EU and World-Wide)*, IIC 2005, 313 (324 f.); KNIEPER, *Einige Probleme des Internationalen Zivilprozessrechts*, WiRO 2007, 137 (140).

¹³³ Vgl. KUR u.a., *Exclusive jurisdiction and cross border IP (patent) infringement suggestions for amendment of the Brussels I regulation*, IER 2007, 1 (5 f.).

¹³⁴ Rs. EuGH, C-4/03, *GAT*, Slg. 2006, I-6509 (Rn. 30).

resulting from such proceedings do not affect the validity or registration of those rights as against third parties.“)¹³⁵

Denkbar und meines Erachtens besser mit dem Grundsatz der mitgliedstaatlichen Verfahrensautonomie vereinbar ist aber auch ein geringfügigerer Eingriff, bei dem an die jeweiligen nationalen Urteilswirkungen angeknüpft und für diese eine gegenseitige Anerkennung angeordnet wird. Eine dahingehende Formulierung könnte z. B. lauten: „This provision [also Art. 22 Z 4 EuGVVO] does not apply where, according to national law, the decision from such proceeding does not affect the validity or registration of the contested right as against third parties. The binding effect of such a decision shall be the same in all member states and be binding upon any court where such a decision is pertinent to the proceedings before it.“ Anstatt also die Entscheidungswirkungen in der EuGVVO generell zu vereinheitlichen könnte die gegenseitige Anerkennung ausreichen, um bloße Einwendungen ohne *erga omnes*-Wirkung effektiv vom Anwendungsbereich des Art. 22 Z 4 EuGVVO auszunehmen. In beiden Fällen, Harmonisierung oder bloß gegenseitige Anerkennung, wäre eine Anpassung des Wortlauts der EuGVVO erforderlich.

Auf die *erga omnes*-Wirkung fokussierte Lösungen des Problems des Gültigkeitseinwands ist sie gegenüber anderen denkbaren Überarbeitungsvarianten, etwa einer zwingenden Abtretung des Verletzungsverfahrens an das Gültigkeitsgericht, das dann in Anlehnung an die Regelung bei den Gemeinschaftsimmaterialgüterrechten mit gemeinschaftsweiter Wirkung entscheiden würde, meines Erachtens jedenfalls der Vorzug zu geben.

3.8 Prioritätsprinzip und Feststellungsklagen als Torpedos

Ein besonderes Problem der EuGVVO ist es, dass eine einheitliche Verletzungshandlung nicht zwangsläufig auch vor einem einzigen, gemeinschaftsweit zuständigen Gericht verhandelt werden muss. Mit anderen Worten eröffnet die EuGVVO geschickt taktierenden Beklagten die Möglichkeit, das Verletzungsverfahren künstlich aufzuspalten und so das Verfahren in der Hauptsache zu verzögern und somit zu torpedieren.

Zwar vereinbart die EuGVVO zwei ineinander greifende Grundsätze, die gemeinsam eine möglichst weitgehende Konzentration von Verfahren zu zusammenhängenden Sachverhalten (Verfahren wegen desselben Anspruchs und sonstige in Zusammenhang stehende Verfahren) bewirken sollen: Es ist dies zum einen der Grundsatz der gemeinschaftsweiten Zuständigkeit und automatische Entscheidungserkennung.¹³⁶ Kläger können daher im Grunde (und insbesondere vorbehaltlich des abschließlichen Gerichtsstands der Gültigkeit) ihre gemeinschaftsweiten Ansprüche aus einer Verletzung vor einem einzigen mitgliedstaatlichen Gericht geltend machen. Zu man anderen kann derselbe Anspruch zwischen denselben Parteien innerhalb der Gemeinschaft auch nur von einem Gericht ver-

¹³⁵ Beide Zitate KUR u.a., Exclusive jurisdiction and cross border IP (patent) infringement suggestions for amendment of the Brussels I regulation, IER 2007, 1 (6).

¹³⁶ Vgl. Art. 33 Abs. 1 EuGVVO.

handelt werden: Werden wegen desselben Anspruchs zwischen denselben Parteien Verfahren bei den Gerichten verschiedener Mitgliedstaaten anhängig gemacht, so ist das später angerufene Gericht unzuständig (Prioritätsprinzip).¹³⁷ Zu welchem Zeitpunkt ein Gericht als angerufen gilt, richtet sich danach, wann das das Verfahren einleitende Schriftstück oder ein gleichwertiges Schriftstück bei Gericht eingereicht worden ist.¹³⁸ Diese gegenseitige Verschränkung von gemeinschaftsweiter Zuständigkeit und Prioritätsprinzip kennen auch die GMVO und die GeschmacksmusterVO.¹³⁹

Das Prioritätsprinzip der EuGVVO kennt keinen Vorrang von Leistungsklagen gegenüber einer negativen Feststellungsklage, das heißt der zur Verletzung spiegelbildlichen Klage des Beklagten auf Feststellung, dass das fragliche Schutzrecht nicht verletzt wurde. Daher ist es möglich, dass eine zuerst erhobene Feststellungsklage eine später eingereichte Leistungsklage blockiert (sog. Torpedoklage).¹⁴⁰ Wird die Feststellungsklage vor einem tendenziell langsam urteilenden Gericht (z. B. in Belgien oder Italien) anhängig gemacht, kann die Blockade des eigentlichen Verletzungsverfahrens unter Umständen nachhaltig ausfallen. So ist es durchaus möglich, dass vor den Gerichten mancher Mitgliedstaaten alleine die Prüfung der Zuständigkeit durch das angegangene Gericht einige Jahre in Anspruch nimmt.

Verstärkt wird der Blockadeeffekt dadurch, dass es dem (vom Rechtsinhaber) später angerufenen Gericht in einem solchen Fall nicht möglich ist zu prüfen, ob das zuerst angerufene Gericht tatsächlich zuständig ist: Die Verfahrensaussetzung nach Art. 27 Abs. 1 EuGVVO durch das später angerufene Gericht bis zur Entscheidung des früher angerufenen Gerichts über dessen Zuständigkeit ist zwingend. Dies hat der EuGH sogar für Fälle abgelehnt, in denen die Missbrauchsqualität der negativen Feststellungsklage offenkundig war.¹⁴¹ Eine entgegenstehende Praxis der Gerichte einiger Mitgliedstaaten (auch Deutschlands),¹⁴² die zum Teil offenbar eine eigene Prüfung der Rechtsmissbräuchlichkeit der im Ausland anhängigen Klage vornehmen,¹⁴³ ist damit klar gemeinschaftsrechtswidrig. Demnach ist es ein Ausdruck des gegenseitigen Vertrauens der Mitgliedstaaten in die Gerichtsbarkeit, dass die Frage,

¹³⁷ Vgl. Art. 27 Abs. 2 EuGVVO.

¹³⁸ Vgl. Art. 30 Z 1 EuGVVO.

¹³⁹ Vgl. Art. 92, 94 Abs. 1 und 100 Abs. 1 GMVO (Fn. 5); Art. 81, 83 Abs. 1, 87 und Art. 91 Abs. 1 GeschmacksmusterVO (Fn. 5).

¹⁴⁰ Näher auch GRABINSKI, in: KELLER/PLOSSMANN/VON FALCK (Hrsg.), FS für W. Tilmann, 2003, 461; LEITZEN, Comeback des „Torpedo“?, GRUR Int. 2004, 1010; TILMANN/VON FALCK, EU-Patentrechtsharmonisierung II: Forum-Shopping und Torpedo, GRUR 2000, 579 (579 ff.); LUGINBÜHL/STAUDER, Der Europäische Gerichtshof setzt den grenzüberschreitenden Entscheidungen in Patentsachen ein vorläufiges Ende, sic! 2006, 876 (878 f.); FÄHNDRICH/Ibeken, Gerichtszuständigkeit und anwendbares Recht im Falle grenzüberschreitender Verletzungen (Verletzungshandlungen) der Rechte des geistigen Eigentums, Bericht für die Deutsche Landesgruppe, GRUR Int 2003, 616 (622 f.).

¹⁴¹ Vgl. EuGH, Rs. C-116/02, Gasser, Slg. 2003, I-14693 (Rn. 72).

¹⁴² Vgl. LG Düsseldorf v. 27.01.1998, 4 O 418/97, GRUR Int 1998, 803 (804).

¹⁴³ Vgl. FÄHNDRICH/Ibeken, Gerichtszuständigkeit und anwendbares Recht im Falle grenzüberschreitender Verletzungen (Verletzungshandlungen) der Rechte des geistigen Eigentums, Bericht für die Deutsche Landesgruppe, GRUR Int 2003, 616 (622 f.).

ob Missbräuchlichkeit oder Unzuständigkeit vorliegt vom angerufenen (Feststellungs-)Gericht selbst zu klären ist. Mit derselben Begründung hat der EuGH die in England möglichen *antisuit injunctions* für unzulässig erklärt, mit denen das später angerufene (Verletzungs-)Gericht dem Beklagten die Weiterführung einer offensichtlich missbräuchlichen Feststellungsklage vor dem Gericht eines anderen Mitgliedstaats verbietet oder deren Zurücknahme anordnet.¹⁴⁴

Bei Gemeinschaftsmarken und –ge schmacksmustern wurde für das Torpedoproblem Vorsorge getroffen. Demnach verpflichten Feststellungsklagen auf Nichtverletzung das mit einer Verletzungsklage befasste Gericht erstens nicht zur Aussetzung des Verfahrens.¹⁴⁵ Zweitens können Feststellungsklagen nicht mit Gültigkeitsfragen verknüpft werden,¹⁴⁶ sodass der Verletzungsklage also die Substanz durch eine Feststellungsklage nicht entzogen und das Verletzungsverfahren nicht durch eine präjudizielle Frage der Gültigkeit des Schutzrechts in einem Torpedoverfahren verzögert werden kann. Bei Gemeinschaftsmarken und Geschmacksmustern wurde das Torpedoproblem damit wirksam entschärft.

Unklar bleibt das Verhältnis von Feststellungs- und Verletzungsklagen vor verschiedenen Gemeinschaftsmarkengerichten zueinander: Diese Klagen zwingen nach dem Wortlaut der beiden VO wechselseitig nicht zur Aussetzung,¹⁴⁷ sodass sich eine Gefahr widersprechender Entscheidungen ergeben könnte. Bei genauerer Betrachtung bezieht sich die Prioritätsregelung der beiden VO aber nur auf in Zusammenhang stehende Verfahren, also solche iSv. Art. 28 EuGVVO. Verfahren betreffend denselben Anspruch zwischen denselben Parteien (also solche iSv. Art. 27 EuGVVO) sind in den Verordnungen nicht ausdrücklich geregelt. Der Wortlaut der beiden Verordnungen (die „Gemeinschaftsmarkengerichte sind ausschließlich zuständig“)¹⁴⁸ spricht meines Erachtens aber für die Annahme eines implizit vorgesehenen Prioritätsprinzips, das heißt dass ein später mit einer Feststellung auf Nichtverletzung angerufenes Gericht unzuständig ist, wenn bereits wegen desselben Anspruchs zwischen denselben Parteien eine Verletzungsklage anhängig ist (und umgekehrt).¹⁴⁹ Vertretbar wäre es aber auch, eine subsidiäre Geltung des Prioritätsprinzips der EuGVVO anzunehmen, soweit man (anders als hier) annehmen wollte, dass die Frage der Priorität in den VO selbst nicht geregelt ist.

Im Anwendungsbereich der EuGVVO sind negative Feststellungsklagen in der Praxis hauptsächlich ein Problem bei Patenten; für Marken und Geschmacksmuster gemeinschaftsweit tätiger Unternehmen wird in aller Regel auch ein Schutz auf Gemeinschaftsebene angestrebt. Aber auch im Bereich des Patentrechts drängt sich der Eindruck auf, dass das effektive Problem, das Torpedoklagen darstellen, geringer sein könnte, als im Schrifttum gemeinhin dargestellt.

¹⁴⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-159/02, Turner, Slg. 2004, I-3565 (Rn. 28).

¹⁴⁵ Vgl. Art. 100 Abs. 1 GMVO (Fn. 5); Art. 91 Abs. 1 GeschmacksmusterVO (Fn. 5).

¹⁴⁶ Vgl. Art. 95 Abs. 2 GMVO (Fn. 5); Art. 84 Abs. 4 GeschmacksmusterVO (Fn. 5).

¹⁴⁷ Vgl. Art. 100 Abs. 1 GMVO (Fn. 5); Art. 91 Abs. 1 GeschmacksmusterVO (Fn. 5).

¹⁴⁸ Art. 92 GMVO (Fn. 5); ebenso Art. 81 GeschmacksmusterVO (Fn. 5).

¹⁴⁹ IdS. auch KNAAK, Internationale Zuständigkeiten in Gemeinschaftsmarkensachen, GRUR Int 2007, 386 (387).

So kann das Torpedo-System nur funktionieren, wenn der Verletzer eine Klage erwartet, der er durch die negative Feststellungsklage zuvorkommen kann; andernfalls greift ja das Prioritätsprinzip des Art. 27 EuGVVO und die Verletzungsklage hat Vorrang. Das Torpedoproblem tritt also nur in Fällen auf, in denen Patentinhaber und Verletzer einander kennen und in denen der Verletzer trotz Kenntnis des Patents des anderen nicht von seinem Verhalten ablässt. Das kann zwei Gründe haben: Entweder es handelt sich um einen besonders böswilligen Verletzer, der die durch die Feststellungsklage bewirkte Verzögerung zur Maximierung der aus der Rechtsverletzung erzielten Gewinne nützen will. Spätestens seitdem Art. 13 Abs. 1 DurchsetzungsRL¹⁵⁰ dem Rechtsinhaber vollen entgangenen Gewinn unter Berücksichtigung der Verletzergewinne samt immaterieller Schäden (und wohl auch: Zinsen) oder wahlweise eine angemessene Lizenzgebühr zusichert, wäre ein solches Verhalten des Verletzers aber schlicht irrational: Der Verletzer müsste nach Ablauf aller Verzögerungen mit der Abschöpfung seiner gesamten Gewinne und noch weiterem Schadenersatz rechnen. Daher bleibt als alternative Beweggrund einer Verletzungsklage nur der Umstand, dass Bestand oder Reichweite des Patents nicht ganz eindeutig sind und Raum für Verhandlungen zwischen Verletzer und Rechtsinhaber über die Patentnutzung (insbesondere Gebühren) lassen. Die Feststellungsklage verschafft dem Verletzer also Zeit für außergerichtliche Verhandlungen. Auch dieses Verhalten kann aber nur rational sein, wenn der Rechtsinhaber zumindest ein gewisses Interesse an Verhandlungen hat und die Verzögerung durch die negative Feststellungsklage in Wahrheit also nur ein weiteres Verhandlungsinstrument für den Verletzer ist. Hat der Rechtsinhaber überhaupt kein Interesse an Verhandlungen, weil seine Position klar ist, so bringt die Verzögerung dem Verletzer keinen Vorteil, seine zwischenzeitlich erzielten Gewinne können, wie gezeigt, später vollständig abgeschöpft werden.

Diesen Punkt zusammenfassend kann also festgehalten werden, dass ein Verletzer aus einer negativen Feststellungsklage eigentlich nur dann einen nachhaltigen ökonomischen Vorteil ziehen kann, wenn er auch im eigentlichen (verzögerten) Verletzungsverfahren gewisse Chancen hätte, zu obsiegen, und der Rechtsinhaber daher an Verhandlungen interessiert ist. Die Verletzungsfälle, in denen Torpedoklagen drohen, sind daher auf eher schwache Schutzrechte beschränkt. Zugleich ist zu erwarten, dass die Zeit der Verzögerung durch die Feststellungsklage für Verhandlungen genützt wird und sich die weitere Klageführung im Feststellungs- und im Verletzungsverfahren aufgrund einer außergerichtlichen Einigung erübrigt. Die Torpedoklage hat daher auch eine gewisse interessenausgleichende Funktion. Für Fälle grober oder offensichtlicher Rechtsverletzungen lassen sich angesichts der großzügigen Schadenersatzbestimmungen der DurchsetzungsRL aus Torpedoklagen keine ersichtlichen Vorteile ziehen.

Weiterhin haben auch die Gerichte der Mitgliedstaaten mit notorisch langsamen Gerichtssystemen mittlerweile auf die Torpedoproblematik reagiert.¹⁵¹ So sind die

¹⁵⁰ RL 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums („DurchsetzungsRL“), ABl. 2004/L 195/16.

¹⁵¹ Dazu näher auch LEITZEN, Comeback des „Torpedo“?, GRUR Int. 2004, 1010 (1012 f.).

belgischen Gerichte da zu übergegangen, die Zuständigkeitsprüfung vorzuziehen und in den meisten Fällen grenzüberschreitender Verletzung ihre Zuständigkeit zu verneinen.¹⁵² Auch die italienische Corte di Cassazione hat die anhaltende Kritik an italienischen Torpedoklagen zuletzt offenbar zu einer einschränkenden Entscheidung bewegt, wonach die Deliktzuständigkeit des Art. 5 Z 3 EuGVVO keine Basis für Feststellungsklagen liefern kann.¹⁵³ Es gibt meines Erachtens also Grund zur Hoffnung, dass die möglichen Torpedogerichtsstände durch eine Änderung der Rechtsprechungspraxis in den betroffenen Mitgliedstaaten sukzessive ausgetrocknet werden.¹⁵⁴

Abschließend fragt sich noch, ob sich aus dem Vorbild von GMVO und GeschmacksmusterVO, in deren Rahmen das Torpedoproblem entschärft werden konnte, etwas für eine Umgestaltung der EuGVVO gewinnen lässt. Für eine undifferenzierte Übernahme eignet sich diese Regelung nicht: Würde in der EuGVVO für Feststellungsklagen eine Ausnahme vom Prioritätsprinzip gemacht (also: keine Pflicht zur Aussetzung von Leistungsklagen wegen früherer Feststellungsklagen) oder Leistungsklagen ein genereller Vorrang gegenüber Feststellungsklagen eingeräumt, so ließen sich widersprechende Entscheidungen in Verfahren betreffend denselben Anspruch wohl kaum vermeiden (z. B. Bejahung der Verletzung in der Verletzungsklage; Verneinung in der Feststellungsklage). Auch die GMVO und die GeschmacksmusterVO lösen dieses Problem ja keineswegs eindeutig.

Ein vielversprechenderer Weg bestünde daher meines Erachtens in der Ergänzung des Prioritätsprinzips des Art. 27 EuGVVO um eine Rechtsmissbrauchsklausel mit einigen konkret in der VO selbst aufgeführten Sachverhalten, deren Vorliegen das später angerufene Gericht von der Beachtung des Prioritätsprinzips entbinden könnte. Zu denken ist hier vor allem daran, dass die frühere Feststellungsklage bei einem offensichtlich unzuständigen Gericht anhängig gemacht wurde oder der Kläger z. B. klare Belege für missbräuchliche Verzögerungen des Feststellungsverfahrens durch den Beklagten vorlegen kann.¹⁵⁵ Möglich wäre es auch, diese Rechtsmissbrauchsklausel mit der (z. B. antragsgebundenen) Bedingung zu verknüpfen, dass das später angerufene Gericht nur das Verfahren durchführen, bis zur Entscheidung des Erstgerichts über dessen Zuständigkeit aber selbst keine abschließende Entscheidung erlassen darf. Damit wäre einerseits etwas Zeit zugunsten des Rechteinhabers gewonnen, andererseits wäre ein Anreiz geschaffen, dass dieser das Verlet-

¹⁵² So FÄHNDRICH/Ibeken, Gerichtszuständigkeit und anwendbares Recht im Falle grenzüberschreitender Verletzungen (Verletzungshandlungen) der Rechte des geistigen Eigentums, Bericht für die Deutsche Landesgruppe, GRUR Int 2003, 616 (622 f.).

¹⁵³ Vgl. Corte di Cassazione v. 19.12.2003, 19 550, GRUR Int 2005, 264 (265), mit Anm. Wurmnest.

¹⁵⁴ Weniger optimistisch WURMNEST, Anmerkungen zu Corte di Cassazione v. 19.12.2003, 19550, GRUR Int 2005, 264 (268).

¹⁵⁵ IdS. FÄHNDRICH/Ibeken, Gerichtszuständigkeit und anwendbares Recht im Falle grenzüberschreitender Verletzungen (Verletzungshandlungen) der Rechte des geistigen Eigentums, Bericht für die Deutsche Landesgruppe, GRUR Int 2003, 616 (623).

zungsverfahren wohl nur dann fortreiben wird, wenn er sich seiner Rechtsposition völlig sicher ist.

3.9 Befund zum *status quo* und Änderungsbedarf bei der Zuständigkeitsverteilung

3.9.1 Grundtendenzen

Eine Zusammenschau der Normen zur Zuständigkeitsverteilung lässt daher mehrere grobe Tendenzen unterscheiden.

- Grundanliegen Verfahrenskonzentration: Ziel und Bestandszweck des allgemeinen und der spezifischen Regime über die Zuständigkeitsverteilung ist die möglichst weitgehende Konzentration von Verfahren, bewirkt über die Wechselwirkung der Grundsätze der gemeinschaftsweiten Zuständigkeit und der Priorität. Innerhalb dieses groben Rahmens wirken in beiden Regimes zentrifugale wie zentripetale Kräfte gleichermaßen, das heißt Normen, die dem Grundanliegen der Verfahrenskonzentration entgegenwirken (z. B. Gerichtsstandshäufung; Trennungsprinzip), aber auch solche, die korrigierend wieder auf die Konzentration hinwirken (Konzentrationsanreize).
- Häufung von Gerichtsständen: Zunächst besteht ein Problem mit Normen, die zu einer versteckten Häufung von Gerichtsständen führen und damit dem *forum shopping* Vorschub leisten. Gemeint sind damit über die ausdrücklich zuerkannten Wahlgerichtsstände in der EUGVVO und den spezifischen Regimes hinausgehende Möglichkeiten zur Auswahl des attraktivsten Forums für eine Klage. Hier sind zu nennen:
 - Die mangelnde Festlegung von Gründungs- oder Sitztheorie zur Bestimmung des Sitzes beklagter Unternehmen. Bei Unternehmen als Beklagten ist das *forum rei* derzeit *de facto* ein Wahlgerichtsstand zwischen dem tatsächlichen Sitz und dem effektiven Schwerpunkt der Unternehmenstätigkeit.
 - Die ausufernde Funktion des Wahlgerichtsstands der Niederlassung beim Vertrieb rechtsverletzender Waren oder Dienstleistungen im Binnenmarkt. In der Mehrzahl der Fälle dürfte bereits der Bestand einer Niederlassung oder Zweigstelle, die am Vertrieb beteiligt war, einen Wahlgerichtsstand begründen. Bei den Gemeinschaftsschutzrechten könnte eine alternative Berufung auf den Wahlgerichtsstand der Niederlassung die dort als Verhaltenssteuerung bestehende Beschränkung der Zuständigkeiten in einer *forum delicti*-Gerichte auf Verletzungshandlungen in ihrem eigenen Mitgliedstaat aushebeln. Zur Hintanhaltung derartigen Umgehungen der Sondernormen für Gemeinschaftsschutzrechte ist eine restriktive Handhabung oder legislative Klarstellung geboten.
 - Die weite Auslegung des *forum delicti* durch den EuGH, die Wahlgerichtsstände am Ort der Handlung sowie an jedem Ort eröffnet, an dem rechtsverletzende Waren oder Dienstleistungen auf den Markt zu gelangen drohen. Überhaupt uferlos wird dieser Gerichtsstand im Fall einer Verbreitung über das Internet.

- Der Beitrag des Wahlgerichtsstands der Streitgenossenschaft zur Häufung von Gerichtsständen ist je nach Schutzrecht unterschiedlich. Bei parallelen Verletzungen mehrerer nationaler Schutzrechte scheidet er nach der diesbezüglich eher restriktiven Rsp des EuGH mangels Identität der Rechtslage wohl zumeist aus. Die umgekehrte Tendenz ist bei Gemeinschaftsschutzrechten zu beobachten, wo eine Identität der Rechtslage iAR gegeben sein und der Wahlgerichtsstand der Streitgenossenschaft daher tendenziell häufig zur Verfügung stehen wird. Einschränkende Konzepte (wie die *spider in the web* Theorie) hat der EuGH da bei bislang nicht aufgegriffen. Da bei schiene gerade eine Verbindung beider Konzepte für die EuGVVO vielversprechend: Eine weite Auslegung des sachlichen und rechtlichen Zusammenhangs bei der Streitgenossenschaft (zur Verfahrenskonzentration) bei gleichzeitiger Anwendung des *spider in the web* Konzepts (Einschränkung des *forum shopping*). *De lege lata* müsste das *spider in the web* Konzept in das Kriterium des sachlichen Zusammenhangs hineininterpretiert werden, eine Verankerung *de lege ferenda* wäre daher wohl vielversprechender.
- Gültigkeitsfragen können in den spezifischen Regimes dezentral von jedem Gericht mit gemeinschaftsweiter Wirkung beurteilt werden. Dies schafft eine eingeschränkte Möglichkeit zur Wahl des in Gültigkeitsfragen vielversprechendsten Mitgliedstaates (*forum shopping*).
- Verfahrensfragmentierung: Zusätzlich zur Häufung von Gerichtsständen wirken in beiden Regimes (verstärkt aber im Rahmen der EuGVVO) Mechanismen, die eine Trennung von sachlich und rechtlich zusammenhängenden Verfahren ermöglichen oder sogar erfordern. Die Beschränkung der Gerichtsstände in den spezifischen Regimes birgt die Gefahr eines vermehrten Aufkommens widersprechender Gerichtsentscheidungen zu ähnlichen oder zusammenhängenden Verletzungshandlungen.
- Dieses Problem ergibt sich z. B. beim Wahlgerichtsstand der Streitgenossenschaft, der bei Verletzung mehrerer nationaler Schutzrechte auch dann nicht zur Verfügung steht, wenn die Schutzrechte im Wesentlichen inhaltsgleich sind und die Verletzungshandlung einheitlich ist. In der Praxis kommt die Streitgenossenschaft daher zumeist nur bei Gemeinschaftsschutzrechten in Frage. Im Rahmen der EuGVVO drohen dagegen widersprüchliche Entscheidungen zu ähnlichen Verletzungshandlungen nationaler Rechte, sodass Rechteinhaber mit stark unterschiedlichen Entscheidungen in Bezug auf ähnliche nationale Schutzrechte bei ähnlichen Verletzungshandlungen rechnen müssen.
- Fragmentierend wirkt auch die Beschränkung der *forum delicti*-Zuständigkeit von Gemeinschaftsmarken-, Geschmacksmuster- und Sortenschutzgerichten auf im betreffenden Mitgliedstaat begangene Handlungen. Unklar sind die Rechtswirkungen von Gültigkeitsentscheidungen, die in solchen Verfahren ergehen. Zwar streiten die im Ergebnis besseren Gründe hier wohl für die Annahme der gemeinschaftsweiten Wirkung, Klarheit besteht insoweit aber nur bei Geschmacksmustern. Ein Mangel an gemeinschaftsweiter Wirkung wäre ein für Gemeinschaftsschutzrechte kaum hinnehmbares

Rechtssicherheitsdefizit. Bezogen auf die EuGVVO und nationale Schutzrechte würde sich dieses Problem da gegen auch bei Beschränkung der *forum de liciti*-Zuständigkeit nicht ergeben: Der (in der gegenwärtigen Fassung weiter bestehende oder auf Entscheidungen mit *erga omnes*-Wirkung eingeschränkte) Art. 22 Z 4 EuGVVO schließt Gültigkeitsentscheidungen über ausländische Schutzrechte umfassend aus.

- Die eben angesprochene, zwingende Trennung von Verletzungs- und Gültigkeitsverfahren (Trennungsprinzip) nach EuGVVO führt zu einer Fragmentierung der Verfahren zu zusammenhängenden Sachverhalten und verzögert damit eine effektive Rechtsdurchsetzung. Aufgrund *forum shopping* oder widersprüchliche Entscheidungen hat das Trennungsprinzip dagegen keinen Einfluss. Auch betrifft es in der Praxis ganz überwiegend nur Patente. Im Bereich der spezifischen Regimes Marken und Geschmacksmuster wurde das Trennungsprinzip zugunsten einer einheitlichen Zuständigkeit der Verletzungsgerichte überwunden und die Effektivität der Rechtsdurchsetzung damit erhöht. Auch wenn die negativen Wirkungen des Trennungsprinzips der EuGVVO in der Praxis nicht ganz so tiefgreifend sein mögen, wie im Schrifttum mitunter dargestellt, sollte seine Einschränkung (Abschaffung oder zumindest Beschränkung auf Entscheidungen mit *erga omnes*-Wirkung) auch im Rahmen der EuGVVO überlegt werden.
- In der EuGVVO besteht kein Vorrang von Feststellungsklagen gegenüber Leistungsklagen. Dies kann für Beklagte einen Anreiz schaffen, ein absehbares Verletzungsverfahren künstlich vor zwei Gerichtsständen aufzuspalten und das eigentliche Verletzungsverfahren auf gewisse Zeit durch eine andernorts erhobene Feststellungsklage zu blockieren (Torpedoproblem). Verstärkt wird dieser Blockadeeffekt durch die Rechtsprechung des EuGH betreffend das gegenseitige Vertrauen der Mitgliedstaaten in die Gerichtssysteme. Im Anwendungsbereich der speziellen Regime wurde dieses Torpedoproblem durch Einschränkung der Gegenstände von Feststellungsklagen (keine Gültigkeitsfragen) und durch die Ausnahme von Feststellungsklagen vom Prioritätsprinzip (Feststellungsklage für Verletzungsverfahren nicht präjudiziell) entschärft. Die manifeste Gefahr widersprechender Entscheidungen in diesen beiden Verfahren ist aber nicht eindeutig gelöst und daher als Schwachpunkt dieser Lösung zu bezeichnen.
- Konzentrierte Verhaltenssteuerungsmechanismen: Gleichzeitig finden sich im Normengefüge Verhaltenssteuerungsmechanismen, die auf eine Konzentration von Verfahren hinwirken, ohne die für Parteien zur Wahl stehenden Gerichtsstände formell einzuschränken. Es handelt sich also um Konzentrationsanreize für die Parteien.
 - Die Rechtsprechung des EuGH, wonach auch bei Anspruchskonkurrenz vertragliche und deliktische Gerichtsstände nicht gehäuft werden können, ist ein Anreiz zur Klageerhebung am Sitz des Beklagten und beugt damit dem *forum shopping* vor.
 - Der Gerichtsstand der Widerklage erfüllt *per se* eine Konzentrationsfunktion. In den spezifischen Regimes wird diese aber gegenüber dem allgemei-

- nen EUGVVO-Regime noch da durch verstärkt, dass die Widerklagen auf bestimmte Gegenstände (Gültigkeitsfragen) und Verfahren (nicht bei Feststellungsklagen) eingeschränkt ist. Gleichzeitig sind Gültigkeitseinwendungen sachlich beschränkt, sodass ein Anreiz besteht, Gültigkeitsfragen widerklageweise, nicht einredeweise, zu relevieren. Dieses in einander greifende System führt dazu, Gültigkeitsfragen so weit als möglich an Verletzungsverfahren zu koppeln (Ausschluss in Feststellungsverfahren und Favorisierung von Widerklagen mit *erga omnes*-Wirkung gegenüber Einreden mit *inter partes*-Wirkung). Im Verhältnis der Verletzungsverfahren zu einander gilt das Prioritätsprinzip. Dieses System beschleunigt und verbilligt daher die Verfahren durch gemeinsame Behandlung von Verletzung und Gültigkeit.
- Auch die *forum delicti*-Zuständigkeit ist nach GMVO, GeschmacksmusterVO und SortenschutzVO auf die im betreffenden Mitgliedstaat begangenen Verletzungen beschränkt. Dies führt dazu, dass die Attraktivität von *forum delicti*-Gerichtsständen eingeschränkt und für ein *forum shopping* ungeeignet werden, sodass auch hier dem spezifischen Regime ein verfahrenskonzentrierender Mechanismus zu konstatieren ist.
 - Bei unorthodoxer Betrachtung lässt sich auch das Torpedoproblem in die Verhaltenssteuerungsmechanismen eingliedern. So scheinen verfahrensverzögernde Feststellungsklagen aus Sicht des Verletzten nur dann rational, wenn er dadurch Zeit für Verhandlungen mit dem Rechtsinhaber gewinnen will. Verhandlungen wiederum werden nur in Bezug auf eher schwache Rechte geführt werden. Die Verfahrensverzögerung kann dabei als *bargaining asset* auf Seiten des Verletzten dienen und eine alternative Streitbeilegung fördern. Die Torpedoklage ist daher zwar kein Verfahrenskonzentrationsmechanismus, aber unter Umständen ein Verfahrensvermeidungs- oder Interessenausgleichsmechanismus. Diese Funktion ließe sich wohl auch dann bewahren, wenn man das Prioritätsprinzip der EUGVVO um eine Rechtsmissbrauchsklausel ergänzen würde.

Die allgemeinen und spezifischen Regimes der Zuständigkeitsverteilung versuchen daher eine Balance zwischen dem Interesse an einer möglichst weitgehenden Konzentration rechtlich und sachlich zusammengehörender Verfahren und deren Entscheidung in rechtssicherer Weise (Einmaligkeit und gemeinschaftsweite Verbindlichkeit), der Gewährleistung der Wahlfreiheit der Gerichtsstände durch die Parteien (als einer Ausformung von Privatautonomie und Dispositionsmaxime) und dem Problem der zu großen Häufung von Gerichtsständen und dem Missbrauch der Wahlfreiheit (z. B. durch *forum shopping* oder Torpedos) zu halten. Dieser Balanceakt kann notwendigerweise nicht immer gelingen, eine Gesamtbetrachtung zeigt meines Erachtens aber doch ein vergleichsweise ausgewogenes System. Ein übertrieben restriktives Vorgehen gegen die Gerichtsstandshäufung würde Ziel und Zweck der gegenseitigen Entscheidungsanerkennung aushebeln (deren Logik es ja ist, dass im Grunde jedes Gericht in der Gemeinschaft gleich gut zur Entscheidung von Rechtsfragen geeignet ist, egal woraus es seine Zuständigkeit herleitet) und den Parteien Hürden und Kosten auferlegen, deren Beseitigung ja gerade das Ziel der

allgemeinen oder spezifischen Harmonisierungsinitiativen war. Erforderlich ist daher eine ausgewogene und problemorientierte Entscheidung darüber, in welchen Fällen die Häufung geboten ist und in welchen nicht.

Die vergleichsweise heftige Kritik, der dieses System im Schrifttum immer wieder ausgesetzt ist, hat in Teilen ihre Berechtigung (so etwa in Bezug auf die zu weitgehende Geltung des Trennungsprinzips oder die zu eingeschränkte Auslegung des Wahlgerichtsstands der Streitgenossenschaft), muss in Bezug auf einige Aspekte aber als überzogen und einseitig angesehen werden (so vor allem betreffend Häufigkeit und schädigende Wirkung von *Torpedos*). Die bestehenden Mechanismen greifen vielmehr in einigen Punkten sehr gut in einander (so etwa beim Zusammenspiel von gemeinschaftsweiter Zuständigkeit und Prioritätsprinzip, bei der Konzentration von Gültigkeits- und Verletzungsverfahren bei Gemeinschaftsschutzrechten durch Einschränkung von Gültigkeitsfragen durch Einwendungen und Feststellungsklagen sowie bei der gleichzeitigen Einschränkung der Attraktivität des *forum delicti*-Gerichtsstands bei Gemeinschaftsschutzrechten).

3.9.2 Vorbildwirkung der speziellen Regimes für das EuGVVO-Regime

Weiterhin fällt auf, dass die Defizite der Zuständigkeitsregelung im allgemeinen Bereich der EuGVVO tendenziell größer sind als im Bereich der spezifisch immaterialgüterrechtlichen Regime der Zuständigkeitsverteilung. Daraus könnte man an zweierlei schließen: Erstens, dass es geboten sein könnte, die in den spezifischen Regimes entwickelten Grundsätze in das allgemeine System (und ohne Ansehung der Materie) einfließen zu lassen. Oder man deutet dieses Ergebnis zweitens als Plädoyer für die Schaffung einer besonderen Zuständigkeitsverteilung für Immaterialgüterrechte bzw. der Einfügung weiterer immaterialgüterrechtlicher Sondernormen in die EuGVVO.

Inwieweit es möglich ist, Regelungen aus den spezifischen Regimes in das allgemeine Regime zu übertragen, lässt sich nicht pauschal, sondern nur in Bezug auf konkrete Bestimmungen beantworten. In den meisten Fällen wird eine Übertragung aber schon aufgrund dreier wichtiger Unterschiede zwischen den beiden Regelungsregimes ausscheiden:

- So beschränken sich die Regelungen der speziellen Regimes erstens nicht auf die Zuständigkeitsverteilung, sondern enthalten darüber hinausgehende Regelungen von Ansprüchen und Verfahren. Einige Vorteile der speziellen Regimes ergeben sich aus dieser Möglichkeit, Zuständigkeitsregelungen mit Bestimmungen über Ansprüche und Verfahren zu verknüpfen (so etwa bei den Mechanismen zur Zusammenführung von Verletzungs- und Gültigkeitsklagen), die im allgemeinen Regime aber nicht zur Verfügung steht oder horizontal über die DurchsetzungsRL bewerkstelligt werden müsste.
- Zweitens betreffen die speziellen Regime Gemeinschaftsrechte, die also in allen Mitgliedstaaten nach einheitlichen Maßstäben und Vorgaben zu prüfen sind. Dies schafft vor allem in Bezug auf die Gültigkeitsprüfung große Vorteile (gleichwertige Zuständigkeit und Kompetenz jedes nationalen Gerichts), die in Bezug auf national fragmentierte Schutzrechte erst durch eine Stärkung

des Grundsatzes des Vertrauens in die Rechtsprechungssysteme der Mitgliedstaaten und durch eine Überwindung der *act of state*-Doktrin erreicht werden müssen.

- Drittens sind die spezifischen Rechte gemeinschaftsrechtlich begründet und über VO geregelt, das heißt dass die Regelungsdichte und die Einheitlichkeit dieser Rechte von Natur aus höher ist als bei nationalen Rechten. Dies rechtfertigt es auch, z. B. die Gerichtszuständigkeiten auf einem höheren Niveau zu vereinheitlichen als dies in Bezug auf nationale Schutzrechte der Fall wäre oder dort wohl einer eingehenderen Begründung bedürfte. Ein Beispiel ist hier die Konzentration von Verletzungsklagen am Sitz des Verletzers durch den Mechanismus der Beschränkung der territorialen Zuständigkeit von *forum delicti*-Gerichten, die im allgemeinen Regime zwar ebenfalls denkbar ist, dort aber in Konflikt mit dem dem betreffenden Wahlgerichtsstand zugrunde liegenden Grundsatz der Sachnähe des *forum delicti*-Gerichts¹⁵⁶ träte. Dieser Konflikt besteht zwar auch bei den spezifischen Regimes, doch kann man sich dort aufgrund des höheren Integrationsniveaus vergleichsweise leichter darüber hinwegsetzen als im Rahmen der EuGVVO, wo eine solche Regelung daher einer vergleichsweise intensiveren Prüfung und Begründung bedürfte.

Im Hinblick auf den zweiten Gedanken ist eine Fragmentierung einheitlicher Vollzugsregime für das Gemeinschaftsrecht m. E. Erachtens generell nicht wünschenswert. Eine Materie (z. B. das Immaterialgüterrecht; eine ähnliche Diskussion gibt es aber z. B. auch im Kartellrecht)¹⁵⁷ sollte nur dann aus einem allgemeinen Vollzugsrahmen (z. B. der EuGVVO; bei der Kartellrechtsdiskussion: das allgemeine Schadenersatzregime,¹⁵⁸ die allgemeinen Beweisregeln o. ä.) herausgehoben werden, wenn dafür klare und nur in dieser Materie auffindbare Gründe bestehen. Besonders allgemeine Vollzugsdefizite (z. B.: lange Verfahrensdauern; geringe private Durchsetzungsaktivitäten; Probleme bei Sammelklagen einer großen Zahl nur geringfügig Geschädigter; Gefahr unrichtiger Anwendung ausländischen Rechts; Gefahr divergierender Verfahrensergebnisse in unterschiedlichen Mitgliedstaaten bei ähnlichen Sachverhalten; o. ä.) sollten nicht zum Anlass für punktuelle und auf spezifische (z. B. wirtschaftlich besonders relevante) Materien reduzierte Verbesserungen des Durchsetzungsregimes herangezogen werden. Die Kohärenz der Rechts-

¹⁵⁶ Vgl. z. B. EuGH, Rs. 21/76, Mines de Potasse d'Alsace, Slg. 1976, 1735 (Rn. 8 ff.); stRsp.

¹⁵⁷ Vgl. dazu Grünbuch Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM (2005) 672 endg.; Arbeitspapier Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, SEK (2005) 1732; zu beidem GRUBER, Schadenersatz und Kartellrecht – das Grünbuch der Kommission, MR-Int 2006, 17; EILMANSBERGER, in: GRUBER/RÜFFLER (Hrsg.), Symposium zum 70. Geburtstag für H.-G. Koppensteiner (2006, in Druck); BASEDOW, Das Kartelldeliktsrecht und der „More Economic Approach“, EuZW 2006, 96; PHEASANT, Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, ECLR 2006, 365; JAEGER, Gemeinschaftskompetenz „private enforcement“?, JBI 2007, 249.

¹⁵⁸ Nicht nur im Kartell-, auch im Patentrecht wurden *treble damages* schon diskutiert, vgl. bereits PAGENBERG, Die amerikanische Schadenersatzpraxis im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht – Mehrfacher Schadenersatz für Patentverletzungen als Modell für Europa?, GRUR Int 1980, 286.

ordnung verlangt es, dass allgemeine Defizite auch durch allgemeine Reformen überwunden werden. Anderes gilt dann, wenn bestimmte Defizite nur in bestimmten Materien auftreten oder auftreten können. Die Besonderheit der materienspezifischen Verfahrensdefizite muss also manifest bzw. gut untersucht sein.

Für das Immaterialgüterrecht sind solche Besonderheiten, die eine Festlegung besonderer Zuständigkeitsregelungen rechtfertigen würden, meines Erachtens überwiegend nicht zu erkennen:¹⁵⁹

- So trifft es z. B. wohl zu, dass Rechtsverletzungen im Immaterialgüterrecht besonders häufig grenzüberschreitende Bezüge aufweisen. Es ist dies jedoch keineswegs die einzige Materie, in der Verletzungshandlungen Gerichtsstände in mehreren Mitgliedstaaten begründen können; auch in den Bereichen Umwelt- und Produkthaftungsrecht sind, um nur zwei Beispiele zu nennen, grenzüberschreitende Bezüge keine Seltenheit. Ziel kann es daher nur sein, im allgemeinen Regime der EuGVVO möglichst praktikable Regelungen für grenzüberschreitende Deliktswfälle zu verankern, nicht aber, die Kohärenz dieses Regimes durch immaterialgüterrechtliche Sonderregelungen aufzugeben.
- Auch Verfahrenstorpedierungen durch ausländische Feststellungsklagen können meines Erachtens nicht als Besonderheiten des Immaterialgüter- oder Patentrechts gelten. Es ist nicht zu ersehen, warum der Anreiz, solche Torpedos zu lancieren, in diesen Bereichen größer sein sollte, als in anderen deliktischen oder vertraglichen Streitigkeiten mit grenzüberschreitendem Bezug.
- Die Tatsache, dass der Immaterialgüterrechtsschutz im Gegensatz zu herkömmlichen Rechten befristet ist, kann angesichts des Umstands, dass nach einem Ende der Blockade jedenfalls voller Schadenersatz zu leisten ist, meines Erachtens nicht als Unterscheidungsmerkmal gelten und Zuständigkeitsabweichungen rechtfertigen.
- Manche Immaterialgüterrechte (z. B. das Urheberrecht) weisen einen typischerweise sehr weit gestreuten Verletzerkreis auf. Im Rahmen der Zuständigkeitsverteilung könnte diese Besonderheit bei der Streitgenossenschaft berücksichtigt werden, um hier eine weitgehende Verfahrenskonzentration zu erwirken. Die gegenwärtige Rechtsprechung zur Identität der Rechtslage entspricht dem nicht und könnte insoweit modifiziert werden. Andere Maßnahmen (z. B. betreffend Sammelklagen oder Abmahnregelungen bei geringfügigen Verletzungen) betreffen das materielle Prozessrecht und wären daher dort (DurchsetzungsRL) zu regeln.
- Eine Besonderheit der Immaterialgüterrechts könnte es sein, dass trotz der mit der DurchsetzungsRL vorgenommenen Mindestvereinheitlichung der Schadenersatzansprüche die Methode der dreifachen Schadensberechnung (tatsächlich entstandener Differenzschaden, Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr oder Herausgabe des Verletzergewinns)¹⁶⁰ nach Wahl des Geschädigten in

¹⁵⁹ Im zuvor angesprochenen Kartellrecht könnte eine solche Besonderheit z. B. in den für den öffentlichen Vollzug wichtigen Kronzeugenregelungen liegen, vgl. näher etwa THYRI, Schadenersatz als Kartell-Störfaktor, derstandard.at, Online-Ausgabe v. 30.10.2007.

¹⁶⁰ Näher z. B. FEZER, Markenrecht, 3. Aufl. 2001, § 14 MarkenG, Rn. 518 ff.

Deutschland im Immaterialgüterrecht weiterhin¹⁶¹ angewandt wird. Inhaltlich läuft die dreifache Schadensberechnung zwar mit Art. 13 Abs. 1 DurchsetzungsRL konform, doch gesteht diese dem Verletzten kein Wahlrecht zu (sondern dem Gericht, offenbar nach Billigkeit). Die deutsche Regelung könnte also nach wie vor attraktiver sein als der immaterialgüterrechtliche Schadenersatz in anderen Mitgliedstaaten und sich daraus eine besondere Gefahr des deliktischen *forum shopping* ergeben. Dabei bleibt aber zu bedenken, dass das Schadenersatzrecht auch für andere Rechtsmaterien nicht harmonisiert ist und vor vollständiger Harmonisierung des Schadenersatzrechts in anderen Rechtsbereichen eben gewisse Attraktivitätsunterschiede zwischen den Rechtsordnungen daher systemimmanent sind. Die unterschiedliche Attraktivität der Schadenersatzbestimmungen der Mitgliedstaaten ist daher keine Besonderheit des Immaterialgüterrechts.

- Eine weitere Besonderheit könnte schließlich im Hinzutreten der Gültigkeitsfrage zur (herkömmlichen) Deliktsfrage bei Registerrechten bestehen vor. In herkömmlichen Deliktsverfahren spielt die Gültigkeit der anspruchsbegründenden Dokumente (z. B. Verträge oder öffentliche Urkunden) zwar auch eine Rolle, wird dort aber vom zuständigen Gericht als Vorfrage selbständig gewürdigt. Im Grunde sollte für Registerrechte meines Erachtens nichts anderes gelten: Insbesondere ist die *act of state*-Doktrin, die Art. 22 Z 4 EuGVVO offenbar zugrunde liegt und nach der nur die Gerichte des betreffenden Mitgliedstaats über die Gültigkeit eines ausländischen Hoheitsakts (d. h.: von dessen Behörden verliehenen Rechts) entscheidungsbefugt sind, im europäischen Kontext, bei der die staatliche Souveränität einerseits punktuell durch die supranationale Rechtsordnung der Gemeinschaft überlagert wird, als veraltet zu bezeichnen. Dies könnte es daher meines Erachtens rechtfertigen, Art. 22 Z 4 EuGVVO überhaupt zuzustreichen. Will man aber nicht so weit gehen, so könnte der *act of state*-Charakter als Besonderheit der Registerrechte angesehen werden. Es könnten dann aber auch spezifisch immaterialgüterrechtliche Regeln erforderlich und gerechtfertigt sein, um die negativen Folgen der sich aus der Anwendung der *act of state*-Doktrin ergebenden Verfahrensfragmentierung abzuschwächen und das immaterialgüterrechtliche Regime so nah als möglich an die Einheitlichkeit herkömmlicher Verfahren heranzuführen. Just in diesem Punkt scheitert aber die Vorbildwirkung der spezifischen Regime für das allgemeine EuGVVO-Regime: Eine direkte Übernahme der Regelungen des spezifischen Regimes ist nicht möglich, da dabei über die bloße Zuständigkeitsverteilung hinausgehende Regelungen vonnöten wären (z. B.: sachliche Beschränkung der Gegenstände von Feststellungs- oder Widerklagen und Ausschluss von Gültigkeitsfragen).

¹⁶¹ Vgl. dazu KUR/PEUKERT, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zur Umsetzung der Richtlinie 2004/48 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums in das deutsche Recht, GRUR Int 2006, 292 (293).

Aus dieser Untersuchung der Besonderheiten des Immaterialgüterrechts gegenüber anderen Materien und der Schlussfolgerung, dass zumindest im Bereich der Zuständigkeitsverteilung kaum echte Besonderheiten erkennbar sind, folgt auch, dass die Errichtung eines speziellen Gerichtssystems für Immaterialgüterrechte (z. B. als Fachgerichte nach Art. 225a EG / Art. 225a TFUE),¹⁶² wie dies zuletzt etwa mit dem EPLA¹⁶³ für Patente überlegt wurde, aus Sicht der Zuständigkeitsverteilung als eine zwar mögliche (weil effizienzsteigernde), aber keineswegs zwingende (weil die spezifisch-immaterialgüterrechtlichen Durchsetzungsdefizite begrenzt sind) künftige Vorgehensweise zu betrachten ist.¹⁶⁴ Auch bei der Errichtung eines eigenen Gerichtssystems für bestimmte oder mehrere Immaterialgüterrechte stellt sich meines Erachtens die Frage nach der Rechtfertigung einer solchen Absonderung vom allgemeinen Vollzugsregime. Die Defizite der Zuständigkeitsverteilung reichen hierzu, wie gesagt, wohl eher nicht hin. Jedoch könnte sich eine Rechtfertigung für ein eigenständiges Gerichtssystem im Patentbereich aus der schlichten Notwendigkeit ergeben, Bündelpatente im Rahmen des EPÜ näher an das Gemeinschaftssystem heranzuführen und in der Zukunft mit einem möglichen Gemeinschaftspatent zu verbinden;¹⁶⁵ dies könnte auch eine besondere, einheitliche Streitregelung notwendig machen. Bei Gemeinschaftsmarken und Gemeinschaftsgeschmacksmustern könnte sich die Notwendigkeit zur Schaffung von Fachgerichten wiederum schlicht aus der großen Anzahl bei den Gemeinschaftsgerichten anhängiger Fälle und der daraus resultierenden Systemüberlastung ergeben. So erreichen die Gemeinschaftsschutzrechte betreffenden Rechtsachen mit 143 im Jahr 2006 mittlerweile fast die Zahl jener Fälle, bei der in Beamtensachen im Jahr 2004 zur Entlastung des EuG die Errichtung des EuGöD beschlossen worden war (und zwar: 2003 124 und 2004 146).¹⁶⁶

¹⁶² *Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne* (Vertrag über die Arbeitsweise der Union; durch den Reformvertrag von Lissabon ausgearbeiteter Nachfolgevertrag zum EG-Vertrag), *ABl* 2007/C 306/1, 42.

¹⁶³ Vgl. die von der Arbeitsgruppe Streitregelung des Europäischen Patentamts (EPA) vorgelegten Entwürfe für ein Europäisches Übereinkommen über Patentstreitigkeiten aus 2003 und 2005, abrufbar unter http://www.epo.org/patents/law/legislative-initiatives/epl_a_de.html; näher z. B. DREISS, Streitregelungsprotokoll EPLA – Vision oder Utopie?, *GRUR Int.* 2004, 712; OSER, *European Patent Litigation Agreement – Zulässigkeit und Zukunft einer Streitregelung für Europa*, *GRUR Int.* 2006, 539; LUGINBÜHL, *Streitregelungsübereinkommen vs. Gemeinschaftspatent?*, *GRUR Int.* 2004, 357.

¹⁶⁴ Befürwortend aber z. B. KUR u.a., *Exclusive jurisdiction and cross border IP (patent) infringement suggestions for amendment of the Brussels I regulation*, *IER* 2007, 1 (3); KNAAK, *Internationale Zuständigkeiten in Gemeinschaftsmarkensachen*, *GRUR Int.* 2007, 386 (394).

¹⁶⁵ Vgl. dazu auch Mitteilung Vertiefung des Patentsystems in Europa, KOM (2007) 165 endg.; Non-Paper der Portugiesischen Ratspräsidentschaft v. 30.10.2007, *Towards an EU Patent Jurisdiction – Points for discussion*, 14492/07; *Eine Gemeinschaftsstrategie zur Einführung des Gemeinschaftspatents im Rahmen einer Revision des Europäischen Patentübereinkommens*, SEK (2001) 744/1.

¹⁶⁶ Vgl. dazu *EuGH-Jahresbericht 2006*, 182.

3.9.3 Zusammenfassung des Überarbeitungsbedarfs

Zusammenfassend besteht daher meines Erachtens nur in Bezug auf einige ausgewählte Punkte ein Überarbeitungsbedarf für das System der Zuständigkeitsverteilung bei Immaterialgüterrechten. Dieser Überarbeitungsbedarf lässt sich in horizontale (d.h. die EuGVVO allgemein betreffende), spezifisch immaterialgüterrechtliche (d.h. einzelnen Bereichs Sonderregelungen für Immaterialgüterrechte im EuGVVO-Regime betreffende) sowie sektorspezifische (d.h. nur die Gemeinschaftsschutzrechte betreffende) Aspekte unterscheiden.

- Horizontale Modifikationen des EuGVVO-Regimes:
 - Klare Festlegung des Beklagensitzes bei Unternehmen nach der Sitztheorie (Vermeidung der versteckten Gerichtsstandshäufung);
 - Einschränkung des Wahlgerichtstands der Streitgenossenschaft bei Konzernhandlungen auf den Sitz der Mutter (*spider in the web* Konzept) bei gleichzeitig großzügigerer Auslegung des Kriteriums des rechtlichen Zusammenhangs (zur Einbeziehung von Bündeln gleichartiger nationaler Rechte); (stärkere Verfahrenskonzentration). Die Anwendung des *spider in the web* Konzepts würde alle gleich gelagerten Fälle betreffen und wäre daher keine immaterialgüterrechtliche Sondernorm;
 - Überlegenswert wäre eine einschränkende Auslegung des Gerichtsstands der Niederlassung bei Konzernhandlungen nach dem *spider in the web* Konzept oder die Aufnahme einer Klausel, wonach bei Konzernhandlungen im Rahmen einer einheitlichen Geschäftsstrategie kein Bezug zur Niederlassung gegeben sein soll (Begrenzung des *forum shopping*).
- Spezifisch immaterialgüterrechtliche Modifikationen des EuGVVO-Regimes: Abschaffung des ausschließlichen Gerichtsstands der Gültigkeitsprüfung von Registerrechten oder Einschränkung auf Entscheidungen mit *erga omnes*-Wirkung, verbunden mit dem Grundsatz der gemeinschaftsweiten Anerkennung der bloßen *inter partes*-Wirkung (Vermeidung der Fragmentierung immaterialgüterrechtlicher Verfahren und Heranführung an das herkömmliche Verfahrensregime) und gegebenenfalls einer Rechtsmissbrauchsklausel (Entbindung vom Prioritätsprinzip in wenigen, eingeschränkten Rechtsmissbrauchsfällen). Dies würde auch eine Verhaltenssteuerung der Beklagten dahin bewirken, Gültigkeitsfragen nicht inredeweise, sondern tendenziell im Weg von Widerklagen vorzubringen.
- Modifikationsbedarf der sektorspezifischen Regime:
 - Klare Festlegung der gemeinschaftsweiten Wirkung von Gültigkeitsentscheidungen über Gemeinschaftsschutzrechte auch in territorial begrenzten (*forum delicti*-begründeten) Verfahren, dh vor allem bei Gemeinschaftsmarken (Erhöhung der Rechtssicherheit);
 - Klarstellung, dass die im Bereich der Gemeinschaftsschutzrechte bestehende Verhaltenssteuerung der Beschränkung der Zuständigkeiten inner *forum delicti*-Gerichte auf Verletzungshandlungen in ihrem eigenen Mitgliedstaat nicht durch Berufung auf den Wahlgerichtstand der Niederlassung ausgehebelt werden kann (Erhöhung der Rechtssicherheit; Begrenzung

zung der *forum shopping*). *De lege lata* wäre eine einschränkende Auslegung nach dem *spider in the web* Konzept zu überlegen.

- Die Unzulässigkeit der Widerklage wegen Ungültigkeit in Feststellungs- und Verletzungsverfahren aus nationalen Marken und Geschmacksmustern sollte klargestellt werden (Erhöhung der Rechtssicherheit);
- In Bezug auf territoriale begrenzte Streitgegenstände sollten der Grundsatz der gemeinschaftsweiten Wirkung einer Ungültigkeitsentscheidung und das Prioritätsprinzip klargestellt werden (Erhöhung der Rechtssicherheit).
- Die Zulässigkeit der Ungültigkeitseinrede bei einstweiligen Maßnahmen zur Sicherung vertraglicher Ansprüche aus Gemeinschaftsschutzrechten sollte auch in der GMVO klargestellt werden (Erhöhung der Rechtssicherheit).
- Kein Bedarf besteht im Rahmen der EuGVVO insbesondere für
 - eine Beschränkung der Zuständigkeiten von *forum delicti*-Gerichten auf Verletzungshandlungen auf deren Territorium (Vorwurf: *forum shopping*);
 - eine Ausnahme von Feststellungsklagen vom Prioritätsprinzip (Vorwurf: Torpedo). Möglich wäre die Aufnahme einer Rechtsmissbrauchsklausel bei Feststellungsklagen, die aber in Konflikt mit dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens in die Gerichtssysteme stünde. Meines Erachtens ist das durch Torpedoklagen bestehende, effektive Problem zu gering, um eine Ausnahme von diesem Grundsatz im Wege einer Rechtsmissbrauchsklausel zu rechtfertigen.

4. Sonderkollisionsnormen für das anwendbare Recht: VO Rom I und II

Zur Durchsetzung von Immaterialgüterrechten in Verfahren mit grenzüberschreitendem Bezug gehört auch die Bestimmung des anwendbaren materiellen Rechts.

4.1 Vertragsrecht

Im Vertragsrecht, das hier nur kurz angesprochen werden soll, richtet sich das anwendbare Recht derzeit nach dem Römer Schuldvertragsübereinkommen (EVÜ),¹⁶⁷ das keine immaterialgüterrechtlichen Sondernormen enthält. Es gilt hier (außer bei völlig mangelndem Auslandsbezug) der Grundsatz der freien Rechtswahl,¹⁶⁸ mangels Rechtswahl der Ort der charakteristischen Leistung (bei Lizenzverträgen z. B. typischerweise das Recht am Ort der Niederlassung des Lizenzgebers, bei ausschließlicher Lizenz und Ausübungspflicht ausnahmsweise auch das Recht des Ortes der Niederlassung des Lizenznehmers).¹⁶⁹

¹⁶⁷ Übereinkommen von Rom über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („EVÜ“), ABl. 1998/C 27/34; dem EuGH wurde hier eine Auslegungszuständigkeit zuerkannt, vgl. ABl. 2005/C 334/1.

¹⁶⁸ Näher z. B. Martiny, Art. 27 EGBGB, Rn. 1 ff., in: REBMANNSÄCKER/RIXECKER (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2006.

¹⁶⁹ Näher z. B. Martiny, Art. 28 EGBGB, Rn. 386 ff. und 407 ff., in: REBMANNSÄCKER/RIXECKER (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2006.

Das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht ist allerdings Gegenstand von Vereinheitlichungsbemühungen der Gemeinschaft durch die angestrebte Rom I-VO.¹⁷⁰ Auch dabei soll künftig der Grundsatz der freien Rechtswahl gelten. Mangels Rechtswahl ist nach dem ursprünglichen Vorschlag der Kommission allerdings nun eine immaterialgüterrechtliche Sondernorm vorgesehen, wonach in einem solchen Fall das Recht am Sitz des Lizenzgebers zur Anwendung kommen soll.

Diese starre Sonderregel ist im Gesetzgebungsverfahren allerdings der Kritik begegnet, dass viele gewerbliche Schutzrechte auf Grund der Art ihrer Begründung unter anderen Bedingungen übertragbar sind, als nach dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Rechtsinhabers.¹⁷¹ Dies betrifft also vor allem Registerrechte. In Diskussion wurde daher die Aufnahme einer Ausweichklausel überlegt, die den nationalen Gerichten in Grenzfällen genügend Spielraum für eine Berücksichtigung des Umstands belässt, dass sich aus der Gesamtheit der Umstände klar ergibt, dass der Vertrag eine offensichtlich engere Verbindung zu einem anderen Staat aufweist.¹⁷² Die jüngsten Vorschläge gehen nun offenbar wieder überhaupt dahin, die Sonderregel für das geistige Eigentum überhaupt zu streichen und durch eine allgemeine Regel zu ersetzen, die auf den Sitz des Erbringers der charakteristischen Leistung abstellt oder, wenn dieser Ort nicht ermittelt werden kann, auf den Mitgliedstaat mit dem größten Sachbezug zum Vertrag. Die Regelung über Ausnahmefälle mit klarem Bezug zum Recht eines bestimmten Mitgliedstaats soll ebenfalls aufrecht bleiben.

Die Diskussion um eine Vereinheitlichung der Kollisionsnormen im Vertragsrecht unterstreicht den schon bei der Zuständigkeitsverteilung gemachten Befund, wonach nicht generell oder gar axiomatisch angenommen werden kann, dass eine Schaffung von Sondernormen für Immaterialgüterrechte stets Vorteile mit sich bringen muss. Wie im Bereich der Zuständigkeitsverteilung, zeigt sich auch bei im anwendbaren Recht, dass die Besonderheiten des Immaterialgüterrechts gegenüber anderen Materien im Einzelfall mitunter gering sein dürften: Hatte die Kommission durch eine Sondernorm in der Rom I-VO versucht, vermeintlichen Besonderheiten des Immaterialgüterrechts Rechnung zu tragen, so zeigte die nähere Diskussion, dass diese Regel zu starr wäre und zu kurz greifen würde und das Immaterialgüterrecht doch im allgemeinen Regime besser aufgehoben wäre.

4.2 Deliktsrecht

Im Deliktsrecht ist die Vereinheitlichung des anwendbaren Rechts bereits weiter gediehen als im Vertragsrecht. Die Gemeinschaft hat hier mit der Rom II-VO¹⁷³

¹⁷⁰ Vgl. dazu Vorschlag für eine Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnis anzuwendende Recht („Rom I-VO“), KOM (2005) 650 endg.

¹⁷¹ Vgl. Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Rom I-Vorschlag, ABl. 2006/C 318/56, Tz 3.2.5.

¹⁷² Vgl. Pressemitteilung des Rates v. 20.4.2007, PRES/07/77.

¹⁷³ VO 864/2007 über das außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II-VO“), ABl. 2007/L 199/40.

jüngst eine Harmonisierungsmaßnahme erlassen, die auch das bei immaterialgüterrechtlichen Verletzungsklagen anwendbare Recht betrifft und auf die daher hier ganz kurz eingegangen wird.

Die (vorbehaltlich einiger Ausnahmen) allgemeine Kollisionsnorm der Rom II-VO ist die *lex loci damni*, dh die Maßgeblichkeit des Rechts am Ort des direkten Schadenseintritts.¹⁷⁴ Interessant sind auch die Sonderregeln für die Anwendung der Rom II-VO durch die nationalen Gerichte: Bis zum Inkrafttreten des Reformvertrags können Vorabentscheidungsfragen betreffend die Auslegung der VO nur von letztinstanzlichen Gerichten gestellt werden.¹⁷⁵ Mit Inkrafttreten des Reformvertrags wird diese Beschränkung allerdings fallen.¹⁷⁶ Die in den IPRG vieler Mitgliedstaaten verankerte *lex loci delicti* wurde von der Kommission bewusst als zu unpräzise abgelehnt.¹⁷⁷ Die Rom II-VO gilt ab 11.1.2009,¹⁷⁸ aber nicht im Verhältnis zu Dänemark.¹⁷⁹ Wie auch schon die DurchsetzungsRL und die EuGVVO erfasst auch sie alle Immaterialgüterrechte, einschließlich des Patent- und Urheberrechts.¹⁸⁰

Vom allgemeinen Grundsatz der *lex loci damni* weicht Art. 8 Rom II-VO für das auf Verletzungen von Rechten des geistigen Eigentums anwendbare Recht ab und legt stattdessen zwei unterschiedliche Prinzipien fest: Für nationale Schutzrechte ist das Territorialitätsprinzip (*lex loci protectionis*) festgelegt. Demnach ist auf solche Ansprüche als Grundsatz das Recht des Staates anzuwenden, für den der Schutz beansprucht wird. Umgekehrt gilt bei Gemeinschaftsschutzrechten (vorbehaltlich speziellerer Regelungen in den betreffenden VO, die derzeit aber nicht bestehen)¹⁸¹ das Recht des Staates, in dem die Verletzung begangen wurde (*lex loci delicti*). Diese Festlegung betrifft sowohl das für unerlaubte Handlungen anwendbare Recht, als auch sonstige Ansprüche, etwa aus ungerechtfertigter Bereicherung, Geschäftsführung ohne Auftrag o. ä.¹⁸² Rechtswahlvereinbarungen sind umfassend ausgeschlossen.¹⁸³ Mit der Etablierung dieser Sonderanknüpfungen trägt die Rom II-VO der im Schrifttum schon im Vorfeld ganz überwiegend vertretenen Ansicht Rech-

¹⁷⁴ Vgl. Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO; näher HEISS/LOACKER, Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse durch Rom II, JBl 2007, 613 (624); HANDIG, Rom II-VO – Das neue IPR für außervertragliche Schuldverhältnisse, *ecolex* 2007, 733 (734); WAGNER, Zur Vereinheitlichung des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts acht Jahre nach Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrags, *EuZW* 2007, 626 (628).

¹⁷⁵ Vgl. Art. 68 Abs. 1 EG.

¹⁷⁶ Vgl. Art. 240b TFUE.

¹⁷⁷ Vgl. ErwG 15 und 16 Rom II-VO.

¹⁷⁸ Vgl. Art. 32 Rom II-VO.

¹⁷⁹ Vgl. Art. 1 Abs. 4 Rom II-VO.

¹⁸⁰ Vgl. Art. 1 Abs. 1 Rom II-VO; HEISS/LOACKER, Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse durch Rom II, JBl 2007, 613 (633 f.).

¹⁸¹ Vgl. Art. 27 Rom II-VO; LEIBLE/ENGEL, Der Vorschlag der EG-Kommission für eine Rom II-Verordnung – Auf dem Weg zu einheitlichen Anknüpfungsregeln für außervertragliche Schuldverhältnisse in Europa, *EuZW* 2004, 7 (13).

¹⁸² Vgl. Art. 13 Rom II-VO.

¹⁸³ Vgl. Art. 1 Abs. 3 Rom II-VO.

nung, wonach die *lex loci damni* für Verletzungen von Immaterialgüterrechten (als Vermögensrechten) untauglich wäre.¹⁸⁴

Als völlig gelungen lässt sich die Regelung aber wohl nicht bezeichnen: Dass die Rom II-VO für nationale Rechte das Schutzlandprinzip nicht überwinden konnte, bedeutet, dass die gerade bei Immaterialgüterrechtsverletzungen häufigen Fälle grenzüberschreitender Verletzungen einer „distributiven Rechtsanwendung“ bzw. „Mosaikbeurteilung“ unterliegen.¹⁸⁵ Das mit einer Verletzungsklage befasste Gericht hat daher so viele materielle Rechtsordnungen parallel anzuwenden, wie es im Verfahren Schutzländer gibt. Die könnte die Regelung, unbeschadet des Umstandes, dass Inländergleichbehandlungsklauseln in bilateralen Abkommen hier eine gewisse Erleichterung bringen könnten,¹⁸⁶ aufgrund der im Einzelfall zu erwartenden erheblichen Probleme bei der Beurteilung ausländischen Rechts¹⁸⁷ in den Nahbereich der effektiven Rechtsverweigerung rücken. Offen lässt die Regelung weiterhin die Frage, ob Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO, wie nach dessen Wortlaut („außervertragliche Schuldverhältnisse aus einer Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums“) zu vermuten, tatsächlich nur Ansprüche aus Immaterialgüterrechtsverletzungen abdeckt, oder ob nicht vielmehr sämtliche Aspekte der Immaterialgüterrechtsverletzung nach der *lex loci protectionis* zu beurteilen sein müssten, also auch Fragen der Entstehung, Berechtigung und Wirkungen oder des Erlöschens.¹⁸⁸ Eine solche isolierte Regelung der Haftung im Rahmen des Deliktstatuts griffe aber bei weitem zu kurz, weil sie nichts darüber aussagen würde, nach welcher Rechtsordnung die Vorfragen der Verletzung zu beurteilen sind.¹⁸⁹ Im Schrifttum wurde daher zu Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO resümiert, die Norm erlaube

¹⁸⁴ Vgl. HEISS/LOACKER, Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse durch Rom II, JBl 2007, 613 (634) mwN. (dort findet sich auch näheres zu der hier nicht behandelten Diskussion, ob diese Besonderheiten auch im Urheberrecht bestehen); LEIBL/ENGEL, Der Vorschlag der EG-Kommission für eine Rom II-Verordnung – Auf dem Weg zu einheitlichen Anknüpfungsregeln für außervertragliche Schuldverhältnisse in Europa, EuZW 2004, 7 (13) mwN.

¹⁸⁵ So für beides treffend SCHACK, Internationale Urheber-, Marken- und Wettbewerbsrechtsverletzungen im Internet – Internationales Privatrecht, MMR 2000, 59 (64).

¹⁸⁶ Optimistisch HEISS/LOACKER, Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse durch Rom II, JBl 2007, 613 (635); vgl. dazu die Regelung des Art. 28 Rom II-VO.

¹⁸⁷ So auch HEISS/LOACKER, Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse durch Rom II, JBl 2007, 613 (635) mwN.

¹⁸⁸ Vgl. HEISS/LOACKER, Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse durch Rom II, JBl 2007, 613 (636) mwN.; grundlegend schon die Kritik von BEIER/SCHRICKER/ULMER, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht zum Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des internationalen Privatrechts (außervertragliche Schuldverhältnisse und Sachen), GRUR Int 1984, 104 (105).

¹⁸⁹ So schon BEIER/SCHRICKER/ULMER, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht zum Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des internationalen Privatrechts (außervertragliche Schuldverhältnisse und Sachen), GRUR Int 1984, 104 (105).

„es, die oft diffizile territoriale Lokalisierung des Schutzrechtseingriffs kollisionsrechtlich weitgehend offen zu lassen“.¹⁹⁰ Auch hier stellt sich daher resümierend die Frage, ob eine Überwindung des Schutzlandprinzips und eine Einbettung der Ansprüche in das allgemeine Regime der *lex loci damni* nicht unter Umständen vorteilhafter gewesen wäre.

Die Festlegung der *lex loci delicti* (und gerade nicht der *lex loci protectionis*) für Verletzungen von Gemeinschaftsrechten in Art. 8 Abs. 2 Rom II-VO könnte dagegen bei näherer Betrachtung schlüssig sein. Dass hier gerade nicht, wie sonst, das Recht des Erfolgsorts, sondern jenes des Ortes der Verletzungshandlung maßgeblich sein soll, bringt in Fällen europaweiten Vertriebs rechtsverletzender Waren den Vorteil, dass nur eine Rechtsordnung (z. B. die des Herstellungsorts, nicht auch die Rechtsordnungen aller Erfolgsorte) anzuwenden ist.¹⁹¹ Die vom EuGH im Rahmen des *forum delicti* nach der EuGVVO herangezogene Ubiquitätstheorie (Maßgeblichkeit von Handlungs- und Erfolgsort)¹⁹² ist mangels einschlägiger Rechtsprechung ja nicht auf die *lex loci delicti* der Rom II-VO zu übertragen. Dies wäre, wie betont, auch widersinnig, da dann der Vorteil der durch diese Regel bewirkten Einschränkung wieder verloren ginge.

Bei Handlungen im Konzernverbund (dh bei einer Vielzahl schädigender Handlungen) zielt Art. 8 Abs. 2 Rom II-VO wohl darauf ab, die *spider in the web* Theorie zur Anwendung zu bringen, maW also zu fingieren, dass die schädigende Handlung vom Sitz der leitenden Mutter ihren Ausgang genommen hat.¹⁹³ Darauf deuten meines Erachtens sowohl der Wortlaut des Art. 8 Abs. 2 Rom II-VO als das allgemeine Ziel der VO hin, bei *multistate*-Sachverhalten die anwendbaren Rechtsordnungen im Interesse der Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit möglichst zu reduzieren.¹⁹⁴ Während dieses Ziel im allgemeinen Bereich zur Festlegung der *lex loci damni* geführt hat, streitet es bei Verletzungen von Gemeinschaftsimmateriälgüterrechten durch mehrere Handelnde gerade für die kombinierte Anwendung von *lex loci delicti* und *spider in the web* Konzept.

Was das materielle Schadenersatzrecht betrifft, so sind nach der VO unter den Begriff des Schadens im Grunde sämtliche Folgen unerlaubter Handlungen zu subsumieren.¹⁹⁵ Es gilt also ein weiterer Schadensbegriff, der insbesondere auch dro-

¹⁹⁰ HEISS/LOACKER, Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse durch Rom II, JBl 2007, 613 (636).

¹⁹¹ Vgl. auch LEIBLE/ENGEL, Der Vorschlag der EG-Kommission für eine Rom II-Verordnung – Auf dem Weg zu einheitlichen Anknüpfungsregeln für außervertragliche Schuldverhältnisse in Europa, EuZW 2004, 7 (13).

¹⁹² Vgl. z. B. EuGH, Rs. 21/76, Mines de Potasse d'Alsace, Slg. 1976, 1735 (Rn. 15 ff.); Rs. C-220/88, Dumez, Slg. 1990, I-49 (Rn. 10); Rs. C-68/93, Shevill, Slg. 1995, I-415 (Rn. 20); Rs. C-364/93, Marinari, Slg. 1995, (Rn. 11); Rs. C-18/02, Danmarks Rederiforening, Slg. 2004, I-1417 (Rn. 40); Rs. C-168/02, Kronhofer, Slg. 2004, I-6009 (Rn. 16).

¹⁹³ Zustimmend LEIBLE/ENGEL, Der Vorschlag der EG-Kommission für eine Rom II-Verordnung – Auf dem Weg zu einheitlichen Anknüpfungsregeln für außervertragliche Schuldverhältnisse in Europa, EuZW 2004, 7 (13 f.).

¹⁹⁴ Vgl. idS. ErwG 15 und 16 Rom II-VO.

¹⁹⁵ Vgl. Art. 2 Rom II-VO.

hende Schäden abdeckt und auch für die gesamte anwendbare Rechtsordnung bestimmt. Jedoch erlaubt es die Schutzklausel des Art. 26 Rom II-VO, das so ermittelte ausländische Recht ausnahmsweise unangewendet zu lassen, wenn diese Anwendung „zur Folge haben würde, dass ein unangemessener, über den Ausgleich des entstandenen Schadens hinausgehender Schadensersatz mit abschreckender Wirkung oder Strafschadensersatz zugesprochen werden könnte“.¹⁹⁶ Diese Einschränkung betrifft mit dem Bereich der *punitive damages* bzw. *treble damages* einen über den in Art 13 DurchsetzungsRL vereinheitlichten, großzügigen Schadenersatz zugunsten der Rechtsinhaber hinaus. Die DurchsetzungsRL steht daher der Möglichkeit eines nationalen Gerichts nicht entgegen, *punitive damages* als *ordre public*-widrig abzulehnen. Etwas anderes gilt, wenn der Schadenersatz aufgrund der DurchsetzungsRL nur *de facto* eine Überkompensation des Rechtsinhabers bewirkt (z. B. durch Ersatz immaterieller Schäden oder Abschöpfen des Verletzergewinns): Ausländisches Recht, das eine solche Überkompensation im Einklang mit der DurchsetzungsRL zulässt, kann keinesfalls als *ordre public*-widrig gelten.

Zusammenfassend zeigen auch die Kollisionsnormen für das materielle Deliktsrecht, dass Sondernormen nur eingeschränkt sinnvoll sind: Für nationale Schutzrechte wäre eine Überwindung des Schutzlandprinzips und eine Verankerung der *lex loci damni* meines Erachtens besser gewesen. Bei den Gemeinschaftsschutzrechten und Fällen europaweiten Vertriebs rechtfertigt sich die Sondernorm der *lex loci delicti* dagegen durch ihre effektive Einschränkung der Gerichtsstände auf jene des Handlungsorts. Diese Einschränkungsfunktion überwiegt bei Immaterialgüterrechten, die häufig grenzüberschreitenden Bezug aufweisen, die Einschränkungsfunktion der allgemeinen Regel der *lex loci damni*, nach der alle Schadensorte maßgeblich wären. Im Sinne der Ausführungen zur (mangelnden) Alleinmaßgeblichkeit des Kriteriums des grenzüberschreitenden Bezugs zur Rechtfertigung von Sondernormen im Rahmen der Zuständigkeitsverteilung wäre es aber meines Erachtens wünschenswert, alle gleichgelagerten Materien häufigen grenzüberschreitenden Bezugs ebenfalls dieser Regel zu unterwerfen. Bei Handlungen im Konzernverbund sollte diese durch die *lex loci delicti* bewirkte Einschränkung durch eine Anwendung des *spider in the web* Konzepts (Anwendbarkeit nur des Deliktsrechts am Ort der Mutter) flankiert werden.

4.3 Fazit zum anwendbaren Recht

Die Kollisionsnormen über das auf vertragliche oder deliktische Immaterialgüterrechtsverletzungen anzuwendende materielle Recht versprechen eine Erhöhung der Vorhersehbarkeit, Durchsetzungseffizienz und -transparenz in Fällen mit grenzüberschreitendem Bezug.

- Die Harmonisierung im Bereich des Vertragsrechts ist noch im Fluss, verspricht aber kaum über das bestehende Regime des EVÜ hinausgehende Vorteile zu bringen. Die Diskussion um eine Vereinheitlichung der Kollisionsnormen im Ver-

¹⁹⁶ Vgl. ErwG 32 Rom II-VO.

tragsrecht unterstreicht aber den allgemeinen Befund, Sondernormen für Immaterialgüterrechte eine ganz genaue Abwägung bzw Rechtfertigung ihrer Vorteile bedürfen. Im Bereich des Vertragsrechts haben die scheinbaren Vorteile einer Sondernorm zunächst offenbar deren tatsächliche Vorteile überwogen, sodass von einer Sondernorm im Ergebnis eher Abstand genommen werden dürfte.

- Im Bereich des Deliktsrechts ist die Harmonisierung in einem ersten Schritt abgeschlossen. Eine erste Analyse ergibt hier einen gemischten Befund: Uneingeschränkt begrüßenswert ist die durch diese Regelung sicherlich bewirkte Verbesserung der Durchsetzungseffizienz und -transparenz. Die für Gemeinschaftsimmaterialgüterrechte getroffene Regelung ist vorbehaltlos (so obetreffend die grundsätzliche Festlegung der *lex loci delicti*) oder doch zumindest nach einer vom Text her unschwierigen teleologischen Reduktion (so in Bezug auf die Anwendung des *spider in the web* Konzepts bei Verletzermehrheit) zu begrüßen. Die Regelung für nationale Schutzrechte stellt sich dagegen als zu wenig ambitioniert dar: Das Schutzlandprinzip hätte hier, trotz der diesbezüglichen im Vorfeld des Erlasses der Verordnung geäußerten Kritik,¹⁹⁷ meines Erachtens ohne weiteres zugunsten der allgemeinen Regel der *lex loci damni* aufgegeben werden können.

5. Sonderverfahrensnormen: DurchsetzungsRL und Exkurs StrafrechtsRL

Auf der Ebene der gerichtlichen Ansprüche und Verfahren zur Durchsetzung von Immaterialgüterrechten gab es bis vor kurzem noch keine nennenswerte Vereinheitlichung. Mittlerweile hat die Kommission jedoch begonnen, die zivilgerichtlichen sowie zuletzt auch die strafgerichtlichen Durchsetzungsverfahren auf einem Mindestniveau zu harmonisieren. Diese Harmonisierungsmaßnahmen werden hier, vor dem Hintergrund der ergänzenden Anwendung des nationalen Rechts, kurz erörtert und bewertet.

5.1 Inhalt der DurchsetzungsRL und Vergleich mit dem TRIPS-Abkommen

Was zunächst die Verfahrensvereinheitlichung betrifft, so enthält Teil III des TRIPS-Abkommens¹⁹⁸ eine Reihe von Bestimmungen über die Durchsetzung von Immaterialgüterrechten vor den Gerichten der WTO-Staaten. Sie fassen aber im Wesentlichen den bestehenden *status quo* der gemeinsamen international gültigen Normen zusammen und sind für Europa daher weitestgehend bedeutungslos. Neben im Europäischen Rechtsraum als selbstverständlich zu bezeichnenden Bestimmungen über die Fairness, Schriftlichkeit oder Nachprüfbarkeit von Gerichtsverfahren¹⁹⁹

¹⁹⁷ Dazu HEISS/LOACKER, Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse durch Rom II, JBl 2007, 613 (634) mwN.

¹⁹⁸ Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (TRIPS), Anhang 1C zum WTO-Abkommen, ABl. 1994/L 336/214.

¹⁹⁹ Vgl. Art. 41f TRIPS (Fn. 198).

gibt TRIPS auch vor, dass Gerichte über verschiedene Mindestbefugnisse (betreffend Anordnungen zur Beweisolage,²⁰⁰ Unterlassungsanordnungen,²⁰¹ Exekutiveinstweilige Maßnahmen²⁰²) verfügen müssen und dabei „angemessenen Schadensersatz“²⁰⁴ bzw. für Fälle missbräuchlicher Rechtsverfolgung Entschädigung²⁰⁵ zusprechen können. Ein Recht auf Auskunft über an einer Verletzungshandlung beteiligte Dritte ist im TRIPS-Abkommen bloß fakultativ vorgesehen.²⁰⁶

In Ergänzung des TRIPS-Abkommens haben die EU, USA, Japan, Korea und andere Staaten jüngst Pläne zur Verhandlung über eine neue Abkommen zur Bekämpfung von Produkt- und Markenpiraterie (Anti-Counterfeiting Trade Agreement; ACTA) lanciert.²⁰⁷ Das ACTA soll neben einer Verbesserung der weltweiten Durchsetzung von Rechten an geistigem Eigentum auch zum Schutz der Verbraucher gegen Gesundheits- und Sicherheitsrisiken beitragen, die von vielen gefälschten Produkten ausgehen. Dazu soll einerseits die internationale Zusammenarbeit und Kommunikation zwischen Behörden gestärkt und einheitliche Standards für die Behördenkontrolle etabliert werden. Ein Ziel ist es, das ACTA, und damit die *enforcement*-Standards, sukzessive vor allem auf fortgeschrittene Entwicklungsländer (wie China) auszudehnen. Andererseits soll das ACTA den bestehenden Rechtsrahmen im Bereich der Produkt- und Markenpiraterie modernisieren und Maßnahmen bereitstellen, die den Durchsetzungsrahmen auf gleiche Höhe mit dem technologischen Fortschritt bringen. Defizite bestehen derzeit z. B. in Bezug auf die wachsende Verfügbarkeit leicht zu kopierender digitaler Speichermedien oder die zunehmende Gesundheitsgefährdung durch gefälschte Lebensmittel und Medikamente.

Das TRIPS-Abkommen und das ACTA liefern aber nur den Hintergrund für die weitere Betrachtung des Gemeinschaftsrechtsrahmens zur Verbesserung der Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, denn eine echte Verfahrensvereinheitlichung wurde durch das TRIPS-Abkommen nicht bewirkt. Vielmehr blieben in Detailfragen grobe Qualitätsunterschiede der Rechtsdurchsetzung bestehen:²⁰⁸ So etwa bei den Durchführungsbestimmungen für einstweilige Maßnahmen, betreffend das (in den meisten EU-Mitgliedstaaten unbekannte) Auskunftsrecht oder einen Rückruf rechtsverletzender Ware vom Markt auf Kosten des Verletzers, bei der Berechnung von Schadensersatz oder betreffend die Verfahren zur Beendigung von Verstößen gegen Immaterialgüterrechte.

²⁰⁰ Vgl. Art. 43 TRIPS (Fn. 198).

²⁰¹ Vgl. Art. 44 TRIPS (Fn. 198).

²⁰² Vgl. Art. 46 TRIPS (Fn. 198).

²⁰³ Vgl. Art. 50 TRIPS (Fn. 198).

²⁰⁴ Vgl. Art. 45 Abs. 1 TRIPS (Fn. 198).

²⁰⁵ Vgl. Art. 48 TRIPS (Fn. 198).

²⁰⁶ Vgl. Art. 47 TRIPS (Fn. 198).

²⁰⁷ Vgl. dazu Pressemitteilung der Kommission v. 23.10.2007, IP/07/1573.

²⁰⁸ So ErwG 7 Präambel RL 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums („DurchsetzungsRL“), ABl. 2004/L 195/16.

Mit der 2004 erlassenen RL zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (DurchsetzungsRL)²⁰⁹ hat die Gemeinschaft daher begonnen, über das TRIPS-Abkommen hinausgehend zivilgerichtliche „Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe“²¹⁰ auf einem Mindestniveau²¹¹ zu harmonisieren. Sie hat sich dabei nicht etwa (anders als zunächst erwartet)²¹² nur auf die Bereiche Piraterie und Fälschungen beschränkt, wo dichtes Sekundärrecht besteht, sondern erfasst „jede Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums, die im Gemeinschaftsrecht und/oder im innerstaatlichen Recht des betreffenden Mitgliedstaats vorgesehen sind“.²¹³ Erfasst ist, neben nationalen Rechten und Gemeinschaftsimmaterialgüterrechten, daher auch das (von einer Ausnahme abgesehen materiell nicht harmonisierte)²¹⁴ Patentrecht. Die DurchsetzungsRL beschränkt sich auch nicht auf den Deliktsbereich, sondern kann nach ihrem Wortlaut im Grunde auch bei Streitigkeiten aus Immaterialgüterrechtsverträgen Anwendung finden. Mit der DurchsetzungsRL liegt daher erstmals eine die Immaterialgüterrechte horizontal überspannende Maßnahme der Gemeinschaft zur Behebung bestehender Durchsetzungsdefizite vor.²¹⁵ Die DurchsetzungsRL ist zum TRIPS-Abkommen sowie zum bestehenden materiellen Sekundärrecht auf dem Gebiet des geistigen Eigentums und (insbesondere) der DatenschutzRL (vor allem hinsichtlich des dort vorgesehenen Auskunftsrechts und weiterer Rechte der von der Datenverarbeitung betroffenen Personen)²¹⁶ und der RL über den elektronischen Geschäftsverkehr (vor allem hinsichtlich der dort normierten Pflichten der Vermittler elektronischer Dienste)²¹⁷ subsidiär.²¹⁸

Wesentliches Anliegen der DurchsetzungsRL ist es, den Klägern Rechtsbehelfe und den befassen Gerichten Befugnisse (Maßnahmen) in die Hand zu geben, die

²⁰⁹ Vgl. Fn. 208.

²¹⁰ Art. 3 Abs. 1 DurchsetzungsRL (Fn. 208).

²¹¹ Vgl. Art. 2 Abs. 1, 8 Abs. 3 und 16 DurchsetzungsRL (Fn. 208), wonach für die Rechteinhaber günstigere mitgliedstaatliche Bestimmungen bzw. andere als die in der RL vorgesehenen Sanktionen unberührt bleiben.

²¹² Vgl. auch KUR/CORNISH u. a., Procedures and Remedies for Enforcing IPRs: the European Commission's Proposed Directive, EIPR 2003, 447; KUR, The Enforcement Directive – Rough Start, Happy Landing?, IIC 2004, 821 (822); KNAAK, Die EG-Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums und ihr Umsetzungsbedarf im deutschen Recht, GRUR Int 2004, 745 (746).

²¹³ Art. 2 Abs. 2 und 3 DurchsetzungsRL (Fn. 208).

²¹⁴ Vgl. zuletzt auch Urteil v. 11.9.2007, Rs. C-431/05, Merck Genéricos, noch nicht in Slg. veröff. (Rn. 39f.).

²¹⁵ Krit. zum Mehrwert der Harmonisierung durch die RL aber KUR/CORNISH u. a., Procedures and Remedies for Enforcing IPRs: the European Commission's Proposed Directive, EIPR 2003, 447 (447 f.); KUR/DREXL/HILTY, Vorschlag für eine Richtlinie über die Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte an geistigem Eigentum – eine erste Würdigung, GRUR Int 2003, 605 (606).

²¹⁶ Vgl. Art. 10 ff. RL 95/46/EG zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. 1995/L 281/31.

²¹⁷ Vgl. Art. 12 ff. RL 2001/31/EG über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABl. 2001/L 178/1.

²¹⁸ Vgl. Art. 2 Abs. 1 DurchsetzungsRL (Fn. 208).

eine effektive Rechtsverfolgung gewährleisten sollen. Die DurchsetzungsRL zeichnet sich damit durch ein anspruchsbezogenes Denken aus:²¹⁹ Gefragt wird, welche Rechtsbehelfe sich notwendig aus dem Umfang des bestehenden Immaterialgüterrechts ergeben und welche gerichtlichen Befugnisse diesen Rechtsbehelfen korrespondieren müssen. Insoweit überschneidet sich die DurchsetzungsRL bei den geregelten Fragen auch weitgehend mit dem TRIPS-Abkommen; die DurchsetzungsRL weist eine weit größere Regelungstiefe auf und bringt daher auf der Ebene der Mitgliedstaaten, anders als das TRIPS-Abkommen, auch zahlreiche Anpassungserfordernisse mit sich.²²⁰ Aufgrund der DurchsetzungsRL berechnen sich neben den Rechteinhabern²²¹ vor allem auch Lizenznehmer sowie Verwertungsgesellschaften und Berufsorganisationen, letztere Gruppen aber nur nach Maßgabe des nationalen Rechts.²²² Auf Seiten der Verpflichteten nennt die DurchsetzungsRL neben den direkten Verletzern auch alle Besitzer rechtsverletzender Waren und Mitbeteiligten, die Adressaten von Auskunftsanordnungen, einstweiligen Maßnahmen, Abhilfemaßnahmen und Unterlassungsanordnungen sein können.²²³

Inhaltlich stellt die DurchsetzungsRL zunächst die allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen Verfahrensgebote der Effektivität²²⁴ und Verhältnismäßigkeit²²⁵ für den Bereich der Durchsetzung des Immaterialgüterrechts klar: Demnach haben alle vorhandenen Rechtsbehelfe und Maßnahmen ausgewogen sowie möglichst einfach, kostengünstig, rasch und wirksam zu sein.²²⁶ Mit der Normierung des Verhältnismäßigkeitsprinzips geht sie zwar über das TRIPS-Abkommen hinaus,²²⁷ nicht aber

²¹⁹ Vgl. idS. auch AHRENS, Brauchen wir einen Allgemeinen Teil der Rechte des Geistigen Eigentums?, GRUR 2006, 617 (617 f.).

²²⁰ Näher für das dt. Recht z. B. MCGUIRE, Beweismittelvorlage und Auskunftsanspruch nach der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des Geistigen Eigentums – Über den Umsetzungsbedarf im deutschen und österreichischen Prozessrecht, GRUR Int 2005, 15; KUR/PEUKERT, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zur Umsetzung der Richtlinie 2004/48 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums in das deutsche Recht, GRUR Int 2006, 292.

²²¹ Vgl. dazu die widerlegliche Urheber- bzw. Inhabervermutung aufgrund Namensnennung in Art. 5 DurchsetzungsRL (Fn. 208); näher GRÜNBERGER, Die Urhebervermutung und die Inhabervermutung für die Leistungsschutzberechtigten, GRUR 2006, 894, passim.

²²² Vgl. Art. 4 DurchsetzungsRL (Fn. 208).

²²³ Vgl. Art. 8 Abs. 1, 9 Abs. 1 lit. a, 10 und 11 DurchsetzungsRL (Fn. 208); krit. KUR, The Enforcement Directive – Rough Start, Happy Landing?, IIC 2004, 821 (826 f.).

²²⁴ Vgl. z. B. EuGH, Rs. C-261/95, Palmisani, Slg. 1997, I-4025 (Rn. 28); Rs. C-78/98, Preston, Slg. 2000, I-3201 (Rn. 33); Rs. C-470/99, Universale Bau, Slg. 2002, I-11617 (Rn. 76).

²²⁵ Vgl. z. B. EuGH, C-189/01, Jippes, Slg. 2001, I-5689 (Rn. 81); Rs. C-331/88, Fedesa, Slg. 1990, I-4023 (Rn. 13); verb. Rs. C-133/93, C-300/93, C-362/93, Crispoltoni, Slg. 1994, I-4863 (Rn. 41); Rs. C-310/04, Spanien / Rat, Slg. 2006, I-7285 (Rn. 97); Urteil v. 4.10.2007, Rs. C-375/05, Geuting, noch nicht in Slg. veröff. (Rn. 44).

²²⁶ Vgl. Art. 3 und 10 Abs. 3 DurchsetzungsRL (Fn. 208); dazu KNAAK, Die EG-Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums und ihr Umsetzungsbedarf im deutschen Recht, GRUR Int 2004, 745 (747).

²²⁷ Vgl. auch KNAAK, Die EG-Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums und ihr Umsetzungsbedarf im deutschen Recht, GRUR Int 2004, 745 (747).

über die bestehenden Verpflichtungen der Mitgliedstaaten aufgrund allgemeinen Gemeinschaftsrechts.

Des Weiteren enthält die DurchsetzungsRL eine Regel über die Beweisvorlage, darüber hinausgehend aber vor allem umfassende Bestimmungen über Beweissicherungsmaßnahmen, Sicherheits- und Entschädigungsleistungen.²²⁸ Die Formulierung ist hier ähnlich wie im TRIPS-Abkommen; lediglich für die in der DurchsetzungsRL normierte Anordnung der Herausgabe von Bank-, Finanz- und Handelsunterlagen gibt es im TRIPS-Abkommen kein Vorbild.²²⁹ Insoweit wurden Zweifel darüber geäußert, ob im deutschen Recht zur Sicherung des letztgenannten Vorlageanspruchs eine hinreichende Grundlage besteht, mit der eine Verweigerung der Vorlage angemessen sanktioniert werden könnte.²³⁰

Auch das in der DurchsetzungsRL enthaltene Auskunftsrecht ist gegenüber dem TRIPS-Abkommen erstens verbindlich angeordnet, sowie zweitens wesentlich detaillierter ausgestaltet, indem vor allem die Auskunftsberechtigten und die zu erteilenden Auskünfte genau aufgeführt sind.²³¹ Umgekehrt fällt auf, dass die DurchsetzungsRL, anders als das TRIPS-Abkommen,²³² keine eigene Bestimmung über den Missbrauch des Auskunftsrechts und allfällige Sanktionen enthält.²³³

In Bezug auf einstweilige Maßnahmen geht die DurchsetzungsRL dagegen wieder klar über das TRIPS-Abkommen hinaus, insbesondere durch Unterlassungsanordnungen und Zwangsgelder und Beschlagnahme- bzw. Herausgaberechte sowie (bei Gewerblichkeit) mögliche Sperren der Bankkonten des Verlet-

²²⁸ Vgl. Art. 6 und 7 DurchsetzungsRL (Fn. 208); dazu MCGUIRE, Beweismittelvorlage und Auskunftsanspruch nach der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des Geistigen Eigentums – Über den Umsetzungsbedarf im deutschen und österreichischen Prozessrecht, GRUR Int 2005, 15 (19 ff.); Kur/Peukert, GRUR Int 2006 (Fn. 220) 299ff; Tilmann, Beweissicherung nach Art. 7 der Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, GRUR 2005, 737, passim.

²²⁹ Vgl. auch KNAAK, Die EG-Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums und ihr Umsetzungsbedarf im deutschen Recht, GRUR Int 2004, 745 (747).

²³⁰ Vgl. KNAAK, Die EG-Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums und ihr Umsetzungsbedarf im deutschen Recht, GRUR Int 2004, 745 (747 f.); KUR/PEUKERT, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zur Umsetzung der Richtlinie 2004/48 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums in das deutsche Recht, GRUR Int 2006, 292 (302).

²³¹ Vgl. Art. 8 DurchsetzungsRL (Fn. 208); dazu MCGUIRE, Beweismittelvorlage und Auskunftsanspruch nach der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des Geistigen Eigentums – Über den Umsetzungsbedarf im deutschen und österreichischen Prozessrecht, GRUR Int 2005, 15 (18 f.); KUR/PEUKERT, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zur Umsetzung der Richtlinie 2004/48 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums in das deutsche Recht, GRUR Int 2006, 292 (296 ff.); KNAAK, Die EG-Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums und ihr Umsetzungsbedarf im deutschen Recht, GRUR Int 2004, 745 (749).

²³² Vgl. Art. 48 TRIPS (Fn. 198).

²³³ Vgl. aber die allgemeine Bestimmung des Art. 3 Abs. 2 DurchsetzungsRL (Fn. 208), wonach die Mitgliedstaaten einen Missbrauch der Rechte der RL durch ihre eigenen Rechtsnormen verhindern müssen.

zers.²³⁴ Ebenso wie das TRIPS-Abkommen²³⁵ kennt da bei auch die DurchsetzungsRL Schadensersatz in Fällen der ungerechtfertigten Verhängung einstweiliger Maßnahmen.

An gerichtlichen Abhilfemaßnahmen nennt die DurchsetzungsRL die Vernichtung von rechtsverletzender Ware und Geräten sowie, über das TRIPS-Abkommen hinausgehend,²³⁶ den Rückruf bzw. die Entfernung aus den Vertriebswegen auf Kosten des Verletzers.²³⁷ Auch bei der Möglichkeit von Unterlassungsanordnungen und der alternativen Verhängung von Zwangsgeldern geht die DurchsetzungsRL über das TRIPS-Abkommen hinaus,²³⁸ das es erlaubt, Fälle leichter Fahrlässigkeit und Zwangslizenzen vom Unterlassungsanspruch auszunehmen.²³⁹ Weiterhin sieht die DurchsetzungsRL es als besondere Ausformung des der RL allgemein zugrunde liegenden²⁴⁰ Verhältnismäßigkeitsprinzips vor, dass in Fällen unverschuldeter Rechtsverletzungen Abhilfemaßnahmen durch Zahlung einer Abfindung abgewendet werden können²⁴¹ – eine Bestimmung die im TRIPS-Abkommen nicht vorkommt.

Im Übrigen bestimmt die DurchsetzungsRL in wörtlicher Übereinstimmung mit dem TRIPS-Abkommen²⁴² angemessenen Schadensersatz für zumindest fahrlässige Rechtsverletzungen, gibt, anders als jenes, aber zwei alternative Methoden der Schadensbemessung vor: Zulässig ist demnach einerseits die Berechnung nach dem entgangenen bzw. dem aufgrund der Rechtsverletzung erzielten Gewinn und möglicher immaterieller Schäden; alternativ kann der Schaden auch als Pauschalbetrag mindestens in Höhe einer angemessenen Vergütung festgesetzt werden.²⁴³ Für Fälle schuldloser Rechtsverletzungen können die Mitgliedstaaten zudem nur eine Ge-

²³⁴ Vgl. Art. 9 DurchsetzungsRL (Fn. 208); krit. KUR, *The Enforcement Directive – Rough Start, Happy Landing?*, IIC 2004, 821 (825 f.).

²³⁵ Vgl. Art. 50 Abs. 7 TRIPS (Fn. 198).

²³⁶ Vgl. Art. 46 TRIPS (Fn. 198).

²³⁷ Vgl. Art. 10 DurchsetzungsRL (Fn. 208); krit. KUR/PEUKERT, *Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zur Umsetzung der Richtlinie 2004/48 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums in das deutsche Recht*, GRUR Int 2006, 292 (294 ff.); KUR, *The Enforcement Directive – Rough Start, Happy Landing?*, IIC 2004, 821 (826).

²³⁸ Vgl. Art. 11 DurchsetzungsRL (Fn. 208).

²³⁹ Vgl. Art. 44 TRIPS (Fn. 198).

²⁴⁰ Vgl. Fn. 226.

²⁴¹ Vgl. Art. 12 DurchsetzungsRL (Fn. 208); LEHMANN, *Präventive Schadensersatzansprüche bei Verletzungen des geistigen und gewerblichen Eigentums*, GRUR Int 2004, 762 (762 f.); KUR/PEUKERT, *Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zur Umsetzung der Richtlinie 2004/48 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums in das deutsche Recht*, GRUR Int 2006, 292 (293 f.).

²⁴² Vgl. Art. 45 Abs. 1 TRIPS (Fn. 198).

²⁴³ Vgl. Art. 13 Abs. 1 DurchsetzungsRL (Fn. 208); krit. KUR, *The Enforcement Directive – Rough Start, Happy Landing?*, IIC 2004, 821 (828 f.); SCHAUB, *Schadensersatz und Gewinnabschöpfung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht*, GRUR 2005, 918 (920); weiterhin LEHMANN, *Präventive Schadensersatzansprüche bei Verletzungen des geistigen und gewerblichen Eigentums*, GRUR Int 2004, 762 (762 f.).

winnherausgabe oder Abmahngebühren vorzusehen.²⁴⁴ Überkompensationen (z. B. doppelte Lizenzgebühren unter dem Gesichtspunkt der Generalprävention)²⁴⁵ sind nach der DurchsetzungsRL daher gerade nicht geboten, nach dem Wortlaut aber wohl auch nicht ausgeschlossen.²⁴⁶ Schließlich enthält die DurchsetzungsRL Bestimmungen über die Kostentragung durch die unterlegene Partei²⁴⁷ und über das Recht auf Urteilsveröffentlichung,²⁴⁸ beides geht über das TRIPS-Abkommen hinaus.

5.2 Einordnung der DurchsetzungsRL in den Gesamtkontext des Durchsetzungsrahmens für Immaterialgüterrechte

Vorliegend soll die Funktion der DurchsetzungsRL im Gesamtkontext des gemeinschaftlichen Rechtsrahmens der Durchsetzung von Immaterialgüterrechten herausgearbeitet werden; inhaltliche Würdigungen ihrer Bestimmungen finden sich an anderer Stelle.²⁴⁹

Die DurchsetzungsRL ist, wie schon eingangs betont, von einem anspruchsbegleitenden Ansatz geprägt. Unter den zuvor überblicksartig beschriebenen Bestimmungen finden sich weder solche über die gerichtliche Zuständigkeit, noch solche über den zivilprozessualen Rahmen, in dem diese Ansprüche zu verfolgen sind, über Sanktionen bei Nichtbefolgung gerichtlicher Anordnungen oder zu Fragen des anwendbaren Rechts.²⁵⁰ Dies lässt mehrere Beobachtungen in Bezug auf die Stellung der DurchsetzungsRL im Gesamtgefüge der Durchsetzung von Immaterialgüterrechten und die sich dabei ergebenden Problembereiche zu.

²⁴⁴ Vgl. Art. 13 Abs. 2 DurchsetzungsRL (Fn. 208).

²⁴⁵ Vgl. KUR, The Enforcement Directive – Rough Start, Happy Landing?, IIC 2004, 821 (827 und 829); KUR/PEUKERT, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zur Umsetzung der Richtlinie 2004/48 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums in das deutsche Recht, GRUR Int 2006, 292 (294).

²⁴⁶ IdS. auch KUR/PEUKERT, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zur Umsetzung der Richtlinie 2004/48 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums in das deutsche Recht, GRUR Int 2006, 292 (294); KUR, The Enforcement Directive – Rough Start, Happy Landing?, IIC 2004, 821 (827).

²⁴⁷ Vgl. Art. 14 DurchsetzungsRL (Fn. 208); vgl. dazu, weniger weitreichend, die Einrechnung der Anwaltskosten in den Schaden nach Art. 45 Abs. 2 TRIPS (Fn. 198).

²⁴⁸ Vgl. Art. 15 DurchsetzungsRL (Fn. 208).

²⁴⁹ Vgl. v. a. KUR/PEUKERT, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zur Umsetzung der Richtlinie 2004/48 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums in das deutsche Recht, GRUR Int 2006, 292; KUR, The Enforcement Directive – Rough Start, Happy Landing?, IIC 2004, 821 (827); SCHAUB, Schadensersatz und Gewinnabschöpfung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht, GRUR 2005, 918; MCGUIRE, Beweismittelvorlage und Auskunftsanspruch nach der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des Geistigen Eigentums – Über den Umsetzungsbedarf im deutschen und österreichischen Prozessrecht, GRUR Int 2005, 15; KNAAK, Die EG-Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums und ihr Umsetzungsbedarf im deutschen Recht, GRUR Int 2004, 745; GRÜNBERGER, Die Urhebervermutung und die Inhabervermutung für die Leistungsschutzberechtigten, GRUR 2006, 894.

²⁵⁰ Vgl. ErwG 11 RL 2004/48.

5.2.1 Rechtfertigung eines Sonderregimes

Hier wurde wiederholt betont, dass materienspezifische Sonderregime tendenziell restriktiv zu handhaben sind und dass ihre Einführung eines Nachweises von Besonderheiten der betreffenden Materie gegenüber anderen von Durchsetzungsdefiziten betroffenen Materien bedarf. Für den Bereich der Ansprüche und Verfahren wurde die Entscheidung, dass eine Schaffung von Sondernormen für die Immaterialgüterrechtsdurchsetzung gerechtfertigt ist, mit der DurchsetzungsRL nun getroffen.

Ein Blick auf die von der DurchsetzungsRL geregelten Bereiche zeigt allerdings einen ganz engen Zuschnitt der Ansprüche auf das Immaterialgüterrecht, dh dass zu einem Teil Verfahrensfragen geregelt wurden, die sich bei anderen Materien nicht, bzw. nicht mit vergleichbarer Häufigkeit und Dringlichkeit stellen. Solcherart spezifisch-immaterialgüterrechtliche Regelungen sind meines Erachtens jene über die Inhabervermutung, das Auskunftsrecht, die Abfindungsregelung als Ersatzmaßnahme bei geringfügigen Verletzungen (als Reaktion auf den bei manchen Rechten tendenziell weiten Verletzerkreis) sowie die konkrete Ausgestaltung des Schadenersatzes (insbesondere mit der Abschöpfung des Verletzergewinns oder einem Pauschalbetrag).

Daneben bestehen Regelungen zu Verfahrensfragen, die sich neben dem Immaterialgüterrecht auch in anderen Materien stellen und die daher auch im Rahmen einer breiteren Regelung verankert werden hätten können. Zu nennen sind hier etwa bestimmte Abhilfemaßnahmen, wie der Rückruf oder das Entfernen aus den Vertriebswegen oder die Vernichtung (die z. B. auch bei der Produktsicherheit oder im allgemeinen Lauterkeitsrecht interessant sind). Bestimmte Aspekte auch dieser Regelungen sind aber wie derum spezifisch-immaterialgüterrechtlich (so betreffend Maßnahmen gegen Geräte zur Herstellung rechtsverletzender Ware), sodass eine generelle Kritik, es handle sich um keinen Sonderbereich, meines Erachtens nicht gerechtfertigt ist. Zu nennen sind hier aber auch die Regelungen über Prozesskosten und Urteilsveröffentlichungen (andere Materien mit punitivem bzw. generalpräventivem Einschlag, z. B. Kartellrecht).

Schließlich enthält die DurchsetzungsRL Verfahrensansprüche zur Erhöhung der Durchsetzungseffektivität, die, zumindest aus Sicht des Klägers, in jedem Verfahren wünschenswert wären. Zu nennen sind hier etwa die klägerfreundlichen Beweis- (z. B. Dokumentherausgabe) und Beweissicherungsregeln sowie die Bestimmungen über einstweilige Maßnahmen (so z. B. bei Untersagungsanordnungen, Beschlagnahmerechten o. ä.).

Allerdings ist meines Erachtens auch im Hinblick auf die Regelungen der zweiten (gewisse Problemhäufigkeit in anderen Materien) und dritten (tendenziell generelles Effektivitätsproblem) Stufe die Verankerung in der DurchsetzungsRL gerechtfertigt, da es kein horizontales Sekundärrecht zur Zivilrechtsdurchsetzung gemeinschaftlicher Ansprüche gibt. Wenn es also auch unter Umständen besser gewesen wäre, gewisse Fragen auch für andere Materien als nur das Immaterialgüterrecht zu regeln, scheidet dies zum gegenwärtigen Stand der Harmonisierung aus. Sollte die Harmonisierung der zivilrechtlichen Durchsetzung aber voranschreiten (z. B. in näherer Zukunft im Kartellrecht), so wäre es mehr sehr wohl zu überlegen, die materienspezifischen Regelungen zu einem einheitlichen Rechtsakt,

bestehend aus einem allgemeinen Teil und materienspezifischen Einzelteilen, zusammenzufassen. In einem solchen Rechtsakt können dann auch Verfahrensansprüche aufgenommen werden, die im Sekundärrecht derzeit punktuell verstreut geregelt sind (z. B. im Verbraucherrecht, im Produkthaftungsrecht o. ä.).

5.2.2 Rechtsfolgendefizite bei unrichtiger Umsetzung oder Nichtumsetzung

Die DurchsetzungsRL ist ein Mosaikstein im Gesamtrechtskontext der Immaterialgüterrechtsdurchsetzung, der rein die materiellen und prozessualen Ansprüche aus Immaterialgüterrechtsverletzungen betrifft. Raum für Rechtsfolgendefizite ergibt sich hier im Fall der unrichtigen (oder überhaupt mangelnden) Umsetzung der RL in nationales Recht.

In Deutschland wurde die RL bislang etwa noch nicht umgesetzt, obgleich die Frist dafür am 29.4.2006 abgelaufen ist. Nach der 1. Lesung im deutschen Bundestag am 26.4.2007 wurde der Entwurf an die Ausschüsse zur weiteren Beratung verwiesen und es ist offen, wann er in Kraft treten wird. Die Gefahr einer unrichtigen Umsetzung wiederum scheint besonders in Bezug auf die in Deutschland neu zu schaffenden Bestimmungen zu geben, so etwa betreffend die Vorlagepflicht von Beweismitteln und von Vorlagepflicht von Bank-, Finanz- und Handelsunterlagen, die Rückrufpflicht des Verletzers, die Urteilsveröffentlichung für alle Schutzrechtsarten, den Auskunftsanspruch gegen Nichtverletzer oder den Vernichtungsanspruch gegen Dritte.²⁵¹

Das Gemeinschaftsrecht stellt hier Korrekturinstrumente zur Sicherung der Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts zur Verfügung, die aber jeweils an Grenzen stoßen und von denen daher keines als restlos befriedigend bezeichnet werden kann.

So haben die nationalen Gerichte das einschlägige nationale Recht (z. B. also ZPO oder BGB) so weit als möglich in Übereinstimmung mit den Bestimmungen und Zielen der DurchsetzungsRL auszulegen (gemeinschaftsrechtskonforme Interpretation).²⁵² Dies setzt aber erstens die Existenz von Normen mit zumindest marginaler Einschlägigkeit im nationalen Recht voraus, was besonders in Bezug auf für die nationale Rechtsordnung völlig neuartige Rechte nicht immer der Fall sein muss. Zweitens richtet sich die Zulässigkeit der gemeinschaftsrechtskonformen Interpretation nach den nationalen Auslegungsregeln; stoßen diese auf ihre Grenze (z. B. den Wortlaut), ist keine gemeinschaftsrechtskonforme Interpretation möglich. Für die DurchsetzungsRL ist hier eine Einzelanalyse in Bezug auf jede einzelne Bestimmung und mögliche korrespondierende Normen des deutschen Rechts vorzunehmen. Selbst wenn sich dadurch im Endeffekt in vielen Fällen interpretations-

²⁵¹ Zu möglichen Defiziten für das deutsche Recht z. B. GRÜNBERGER, Die Urhebervermutung und die Inhabervermutung für die Leistungsschutzberechtigten, GRUR 2006, 894 (902 f.); KUR/PEUKERT, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zur Umsetzung der Richtlinie 2004/48 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums in das deutsche Recht, GRUR Int 2006, 292 (293 ff.).

²⁵² Vgl. EuGH, Rs. 14/83, von Colson und Kamann, Slg. 1984, 1891 (Rn. 26); stRspr., z. B. Rs. C-106/89, M(ar)leasing, Slg. 1990, I-4135 Rn. 8); Rs. C-334/92, Wagner Miret, Slg. 1993, I-6911 (Rn. 20); Rs. C-91/92, Faccini Dori, Slg. 1994, I-3325 (Rn. 26); verb. Rs. C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 und C-244/98, Océano Grupo, Slg. 2000, I-4041 (Rn. 30).

geeignete Durchsetzungsnormen finden lassen sollten, muss hier von einem gravierenden Rechtssicherheitsdefizit gesprochen werden.

Nach Ablauf der Umsetzungsfrist können sich außerdem Einzelne vor den nationalen Gerichten auf Bestimmungen der DurchsetzungsRL berufen, wenn diese klar und unbedingt sind und keiner im Ermessen der Mitgliedstaaten stehenden Ausführungshandlung bedürfen.²⁵³ In Streitigkeiten zwischen Privaten, wie sie bei vertraglichen oder deliktischen Immaterialgüterrechtsverletzungen typischerweise vorliegen werden, ist eine direkte Berufung auf die nicht umgesetzte DurchsetzungsRL aber ausgeschlossen.²⁵⁴ Die Frage der direkten Wirkung hat für die DurchsetzungsRL daher keine Bedeutung.

In Fällen, in denen sowohl eine gemeinschaftsrechtskonforme Interpretation als auch eine direkte Berufung auf eine nicht umgesetzte RL ausscheiden, bleibt Einzelnen nur noch die Möglichkeit, den betreffenden Mitgliedstaat auf Ersatz des aufgrund der Nichtumsetzung entstandenen Schadens zu klagen.²⁵⁵ Da für bestehen nach der Rechtsprechung allerdings drei kumulativ zu erfüllende Voraussetzungen.

Die Rechtsnorm, gegen die verstoßen wurde, muss erstens bezwecken, dem Einzelnen Rechte zu verleihen; dies setzt auch eine der direkten Wirksamkeit vergleichbare Klarheit und Unbedingtheit der fraglichen Bestimmung voraus. Die Bestimmungen der DurchsetzungsRL weisen diese Qualität in einem Erachtens ganz überwiegend auf, so etwa bei der Festlegung der antragsberechtigten Personen, der Inhabereigenschaft, der Beweisvorlage und Beweissicherung, beim Auskunftsrecht, bei den einstweiligen Maßnahmen und den Abhilfemaßnahmen oder bei der Prozesskostenverteilung. Anderes gilt meines Erachtens lediglich in Bezug auf die Schadenersatzbestimmung der DurchsetzungsRL: Dort wird den Gerichten (und daher gerade nicht dem Einzelnen) eine nach Billigkeitserwägungen auszuübende Wahlmöglichkeit zwischen zwei Methoden der Schadensberechnung zugestanden. Es lässt sich daher wohl nur schwer argumentieren, diese Bestimmung verleihe dem Geschädigten ein Recht auf Schadensberechnung nach einer bestimmten Methode. Sehr wohl aus der DurchsetzungsRL ableiten lässt sich aber das Recht des Geschädigten, zumindest in der einen oder anderen Form angemessenen Schadenersatz zu erlangen; den nach einer dieser beiden Methoden mindestens erzielbaren Ausgleichsbetrag muss der Geschädigte daher jedenfalls erhalten können.

²⁵³ Grundlegend EuGH, Rs. 26/62, van Gend & Loos, Slg. 1963, 3, (25 f.); stRsp., z. B. Rs. 6/64, Costa / ENEL, Slg. 1964, 1251 (1269); verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, Francovich, Slg. 1991, I-5357 (Rn. 31); Rs. C-453/99, Courage / Crehan, Slg. 2001, I-6297 (Rn. 19); Rs. 44/84, Hurd, Slg. 1986, 29 (Rn. 47).

²⁵⁴ StRsp., vgl. z. B. EuGH, Rs. 152/84, Marshall I, Slg. 1986 (Rn. 48); Rs. C-91/92, Faccini Dori, Slg. 1994, I-3325 (Rn. 24); Rs. C-192/94, El Corte Inglés, Slg. 1996, I-1281 (Rn. 15 ff.).

²⁵⁵ Grundlegend EuGH, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, Francovich, Slg. 1991, I-5357 (Rn. 33 ff.); verb. Rs. C-46/93 und C-48/93, Brasserie du Pêcheur, Slg. 1996, I-1029 (Rn. 27 ff.); stRsp., z. B. Urteil v. 17.4.2007, Rs. C-470/03, A.G.M.-COS.MET, noch nicht in Slg. veröff. (Rn. 78); Rs. C-27/95, Norbrook, Slg. 1998, I-1531 (Rn. 107); Rs. C-424/97, Haim, Slg. 2000, I-5123 (Rn. 36).

Der Verstoß muss zweitens hinreichend qualifiziert sein. Im Fall einer völligen Nichtumsetzung einer Richtlinie ist dies nach der Rechtsprechung immer der Fall.²⁵⁶ Bei bloß unrichtiger Umsetzung kommt es auf den Grad des dem nationalen Gesetzgeber belassenen Umsetzungsermessens (je geringer, desto eher liegt ein schwerwiegender Verstoß vor),²⁵⁷ das Bestehen einschlägiger Gemeinschaftsrechtsprechung (wenn sie ignoriert wurde, liegt ein schwerwiegender Verstoß vor),²⁵⁸ sowie ganz allgemein auf den Grad der Klarheit und Präzision der fraglichen Richtlinie an.²⁵⁹ Die gänzliche Nichtumsetzung der DurchsetzungsRL in Deutschland ist daher jedenfalls als schwerer Verstoß zu werten. Der hohe Grad an Determinierung der Ansprüche aufgrund der DurchsetzungsRL legt es zudem nahe, dass auch bloße Umsetzungsfehler tendenziell häufig als schwere Verstöße anzusehen sein könnten.

Schließlich und drittens ist ein unmittelbarer Kausalzusammenhang zwischen dem staatlichen Verstoß gegen die Umsetzungsverpflichtung und entstandenen Schaden erforderlich. Die Beurteilung dieser Voraussetzungen hängt von der jeweiligen Fallgestaltung ab. Allerdings dürfte es für potentielle Kläger gerade in Fällen, in denen rein prozessuale Ansprüche (etwa: Auskunftsrechte, Beweisvorlagepflichten usw.) nicht richtig umgesetzt werden, überaus schwierig werden, Höhe und Kausalität des aus einem Nicht-Obsiegen oder bloßen Teil-Obsiegen in einem zivilgerichtlichen Verletzungsverfahren entstandenen Schadens nachzuweisen. Bessere Chancen könnten z. B. in Bezug auf die Nicht- oder Falschumsetzung von einstweiligen Maßnahmen und Sicherungsmaßnahmen bestehen.

Zusammenfassend können sich aus der Wahl des Regelungsinstruments der Richtlinie daher eine Reihe von Rechtsfolgendefiziten ergeben, die von der Falschumsetzung der gemeinschaftsrechtlich normierten Ansprüche bis hin zu den völligen Nichtumsetzung reichen. Dem korrespondieren nur unzureichende Korrekturinstrumente auf Seiten des Gemeinschaftsrechts: Die gemeinschaftsrechtskonforme Interpretation lässt Rechtssicherheit vermissen, die horizontale Direktwirkung ist im Immaterialgüterrechtsbereich tendenziell ausgeschlossen und der Schadenersatz, den Einzelne für Schäden aufgrund der Nichtumsetzung erlangen können, ist nicht (aufgrund des separat gegen den Staat anzustrengenden Verfahrens vor einem nationalen Gericht) nur prozessual langwierig und kostenintensiv, sondern wird in Bezug auf verfahrensrechtliche Ansprüche, wie sie in der DurchsetzungsRL geregelt sind, zudem mangels beweisbaren Kausalzusammenhangs häufig ins Leere gehen.

5.2.3 Kohärenz von DurchsetzungsRL und Regeln der Zuständigkeitsverteilung und des materiellen Rechts

Die DurchsetzungsRL kann in Bezug auf die gerichtliche Zuständigkeit und in Bezug auf das anzuwendende materielle Recht auf der EuGVVO, den spezifischen

²⁵⁶ Vgl. z. B. EuGH, verb. Rs. C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 und C-190/94, Dillenkofer, Slg. 1996, I-4845 (Rn. 26).

²⁵⁷ Vgl. z. B. EuGH, Rs. C-5/94, Hedley Lomas, Slg. 1996, I-2553 (Rn. 28).

²⁵⁸ Vgl. z. B. EuGH, C-46/93 und C-48/93, Brasserie du Pêcheur, Slg. 1996, I-1029 (Rn. 57).

²⁵⁹ Vgl. z. B. EuGH, Rs. C-392/93, BT, Slg. 1996, I-1631 (Rn. 41).

Regimes und den VO Rom II und (künftig) Rom I aufbauen. Die Zuständigkeitsverteilung und das materielle Recht sind daher dort zu Recht nicht geregelt.

Allerdings wurde in Zusammenhang mit Überarbeitungsvorschlägen für das EuGVVO-Regime darauf hingewiesen, dass ein Teil möglicherweise wünschenswerter Maßnahmen, wenn überhaupt, in der DurchsetzungsRL zu normieren wäre. So kennen GMVO und GeschmacksmusterVO, wie gezeigt, einen vergleichsweise effektiven Verhaltenssteuerungsmechanismus dahin, Gültigkeitsfragen an Verletzungsklagen zu koppeln. Sie sehen dazu die Beschränkung von Widerklagen auf Ungültigkeitsfragen sowie von Ungültigkeitseinreden auf bestimmte Gründe vor. Der vollständigen Verankerung einer solchen Kopplung stehen bei Widerklagen derzeit noch das Schutzlandprinzip des Art. 22 Z 4 EuGVVO sowie in Bezug auf Einreden die weitreichende Rechtsprechung des EuGH zu Art. 22 Z 4 EuGVVO entgegen. *De lege ferenda* könnte Art. 22 Z 4 EuGVVO aber beseitigt oder eingeschränkt und damit auch die Verankerung des Kopplungsmechanismus für Gültigkeits- und Verletzungsfragen überlegt werden. Die sachlichen Modifikationen des nationalen Prozessrechts betreffend Einreden und Widerklagen wären dann meines Erachtens am ehesten durch eine Ergänzung der bereits jetzt mit zivilprozessualen Fragen befassten DurchsetzungsRL zu erreichen.

Bei der EuGVVO wurde ebenfalls darauf hingewiesen, dass manche Immaterialgüterrechte (z. B. das Urheberrecht) typischerweise sehr weit gestreuten Verletzerkreis aufweisen und dies im Rahmen der Zuständigkeitsverteilung bei der Streitgenossenschaft berücksichtigt werden könnte, um hier eine weitgehende Verfahrenskonzentration zu erwirken. Im Rahmen der DurchsetzungsRL wurden mit der Abmahnregelung flankierende materiell-prozessrechtliche Maßnahmen für Fälle mit breitem gestreutem Verletzerkreis geschaffen; weitere wären denkbar, z. B. betreffend Sammelklagen.

EuGVVO und DurchsetzungsRL können sich daher gegenseitig ergänzen, wenn es darum geht, Regeln über die Zuständigkeitsverteilung durch prozessrechtliche Normen abzusichern oder zu verstärken. Diese Querbeziehung sollte erkannt und *de lege ferenda* genutzt werden, wobei der Kopplungsmechanismus für Gültigkeits- und Verletzungsfragen nur ein mögliches Beispiel ist.

5.2.4 Gemeinschaftsrechtlich unregelter Bereich und Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität

Das Fundament für die Durchsetzung von Ansprüchen aufgrund der DurchsetzungsRL haben nach dem allgemeinen System des Gemeinschaftsrechts die Mitgliedstaaten zur Verfügung zu stellen. Den zivilprozessualen Rahmen und die normativen Grundlagen für die in der DurchsetzungsRL vorgesehenen Ansprüche sowie angemessene, wirksame und abschreckende Sanktionen im Fall der Nichtbefolgung regelt die DurchsetzungsRL nicht.²⁶⁰ Hier bestehen mitunter große Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten. Dasselbe gilt für die Festlegung von Details bei der Umsetzung der DurchsetzungsRL: Auch hier

²⁶⁰ Vgl. dazu bereits EuGH, SA. v. GA. Kokott v. 18.7.2007, Rs. C-275/06, *Promusicae*, noch nicht in Slg. veröff. (Rn. 118).

bleiben notwendiger Weise geringfügige Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten bestehen.

Aus alledem ergibt sich ein sich ständig erneuerndes Potential für Rechtsfolgendefizite, die sich aber von jenen Reibungsverlusten nicht unterscheiden, die nach dem System des dezentralen Vollzugs von Gemeinschaftsrecht durch die Mitgliedstaaten ganz allgemein auftreten und auf die daher hier auch nur kurz hingewiesen werden soll. Dieses Defizit kann und soll nach dem dezentralen Modell, auf dem die Gemeinschaft fußt (Subsidiaritätsprinzip), aber auch langfristig nicht beseitigt werden: Der Rückgriff auf nationales Recht zur Durchsetzung von Gemeinschaftsrecht jeder Stufe ist als Grundsatz der mitgliedstaatlichen Verfahrensautonomie im Primärrecht verankert.²⁶¹ Mit anderen Worten ist daher an jedem Vollzug und jeder Durchsetzung von Gemeinschaftsrecht notwendiger Weise auch nationales Recht beteiligt, dessen ergänzende Anwendung zusätzliche Reibungsverluste und Rechtsfolgendefizite bedingen kann.

Die Mitgliedstaaten können frei entscheiden, mit welchen Bestimmungen sie die zur Durchsetzung von Gemeinschaftsrechten, z. B. der DurchsetzungsRL, gewährleisten wollen. Die Verfahren zur Durchsetzung von Gemeinschaftsrechten dürfen dabei „jedoch nicht ungünstiger gestaltet werden als bei entsprechenden Klagen, die nur innerstaatliches Recht betreffen [Äquivalenzgebot], und sie dürfen die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren [Effektivitätsgebot]“.²⁶² Im Grunde sollten die Mitgliedstaaten dabei mit den bestehenden Rechtsbehelfen das Auslangen finden:²⁶³ „Neue Klagemöglichkeiten zur Wahrung des Gemeinschaftsrechts werden von diesem nicht verlangt, könnten aber geboten sein, soweit „es nach dem System der betreffenden nationalen Rechtsordnung keinen Rechtsbehelf gäbe, mit dem wenigstens inzident die Wahrung der den Einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte gewährleistet werden könnte“.²⁶⁴ Zu lesen ist dies als Erfordernis eines vollständigen Schutzes des individuellen Rechts, das heißt zumindest durch eine Kombination mehrerer Rechtsgrundlagen muss die

²⁶¹ Vgl. z. B. EuGH, Rs. C-231/96, Edis, Slg. 1998, I-4951 (Rn. 19); Rs. 45/76, Comet, Slg. 1976, 2043 (Rn. 13); Rs. C-13/01, Safalero, Slg. 2003, I-8679 (Rn. 49); Rs. 33/76, Rewe-Zentralfinanz, Slg. 1976, 1989 (Rn. 5); Rs. C-453/99, Courage, Slg. 2001, I-6297 (Rn. 29); näher auch LENAERTS/ARTS, *Procedural Law of the European Union*, 2. Aufl. 2006, Rn. 3-001; JAEGER, *Hürden der Durchsetzung von Wettbewerbsrecht vor den Zivilgerichten*, ÖZW 2007, 73 (73 und 77).

²⁶² Rs. EuGH, C-231/96, Edis, Slg. 1998, I-4951 (Rn. 19); stRsp., vgl. z. B. Rs. 45/76, Comet, Slg. 1976, 2043 (Rn. 12 f. und 16); Rs. C-312/93, Peterbroeck, Slg. 1995, I-4599 (Rn. 12); Rs. 33/76, Rewe-Zentralfinanz, Slg. 1976, 1989 (Rn. 5); Rs. 106/77, Simmenthal, Slg. 1978, 629 (Rn. 21 f.); Rs. C-213/89, Factortame, Slg. 1990, I-2433 (Rn. 19); Rs. C-312/93, Peterbroeck, Slg. 1995, I-4599 (Rn. 12); verb. Rs. C-87/90 bis C-89/90, Verholen, Slg. 1991, I-3757 (Rn. 24); Rs. C-13/01, Safalero, Slg. 2003, I-8679 (Rn. 50); Rs. C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores, Slg. 2002, I-6677 (Rn. 41).

²⁶³ So zuletzt wieder Urteil v. 13.7.2007, Rs. C-432/05, Unibet, noch nicht in Slg. veröff. (Rn. 40) mwN.; stRsp.

²⁶⁴ EuGH, Urteil v. 13.7.2007, Rs. C-432/05, Unibet, noch nicht in Slg. veröff. (Rn. 4)1 mwN.; stRsp.

Durchsetzung aller aus dem Gemeinschaftsrecht erfließenden Ansprüche gewährleistet sein. Eine engere Ausgestaltung des Rechtsschutzes im nationalen Recht ist unzulässig.

Das letzte Auffangnetz für Rechtsfolgendefizite bei der Durchsetzung von Immaterialgüterrechten, die sich aus dem dezentralen Modell des Gemeinschaftsvollzugs notwendig ergeben und auch langfristig nicht beseitigt werden können, sind also die Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität. Es sind dies Grundsätze der Einzelanwendung, die auch nur einer Korrektur grober Durchsetzungsdefizite dienen. Nach Rechtssicherheitsgesichtspunkten ist diese Situation daher unbefriedigend. Der einzige Weg, Rechtsfolgendefizite des dezentralen Vollzugssystems zu verringern, ist die Methode der Harmonisierung von Unterschieden der Rechtsordnungen, die für die Immaterialgüterrechtsdurchsetzung besonders schwerwiegend sind. Die Eindämmung dieser Reibungsverluste beim Vollzug von Gemeinschaftsrecht durch nationales Recht bietet daher eine gewisse, permanente Grundlage für die Hebung einzelner Gemeinschaftsrechtsmaterien und deren Normierung in Sonderbereichen (wie z. B. mit der DurchsetzungsRL geschehen). Für das Immaterialgüterrecht sollte nach der DurchsetzungsRL allerdings zurzeit davon auszugehen sein, dass die schwerwiegendsten Defizite des dezentralen Vollzugssystems angesprochen und verbessert wurden. Im Umkehrschluss ist davon auszugehen, dass sich aus dem dezentralen Vollzugssystem zurzeit für die Immaterialgüterrechtsdurchsetzung keine besonderen Schwierigkeiten ergeben.

5.3 Vorschlag StrafrechtsRL

Trotz der offenen Fragen auf dem Gebiet der Zivilrechtsfolgen hat die Kommission mittlerweile auch einen Vorschlag zur Vereinheitlichung der Strafrechtsfolgen von Immaterialgüterrechtsverletzungen (Vorschlag StrafrechtsRL) vorgelegt.²⁶⁵ Die Kommission ist der Ansicht, dass eine Vereinheitlichung des Bereichs der Strafrechtsmaßnahmen notwendig ist, weil die bestehenden unterschiedlichen Sanktionsregelungen der Mitgliedstaaten das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts beeinträchtigen und keine wirksame Bekämpfung von Nachahmung und Produktpiraterie erlauben.²⁶⁶ Ob diese Maßnahmen i.S.d. Subsidiaritätsprinzips²⁶⁷ tatsächlich erforderlich sind und welchen Beitrag sie zur Durchsetzung des geisti-

²⁶⁵ Vgl. Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie über strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums („Vorschlag StrafrechtsRL“), KOM (2006) 168 endg.; dazu auch KUR/HILTY/PEUKERT, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über strafrechtliche Maßnahmen zur des Rechts des geistigen Eigentums, GRUR Int 2006, 722.

²⁶⁶ Vgl. Vorschlag StrafrechtsRL (Fn. 265), 2; krit. KUR/HILTY/PEUKERT, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über strafrechtliche Maßnahmen zur des Rechts des geistigen Eigentums, GRUR Int 2006, 722 (723)

²⁶⁷ Vgl. Art. 5 EG.

gen Eigentums letztlich leisten können, ist meines Erachtens dennoch höchst fraglich.²⁶⁸

Die StrafrechtsRL soll alle Bereiche des geistigen Eigentums abdecken und die Mitgliedstaaten verpflichten, „jede vorsätzliche, in gewerblichem Umfang begangene Verletzung“²⁶⁹ sowie Versuch und Beihilfe dazu unter Strafe zu stellen. Eine solche Verpflichtung findet sich bereits in Art 61 TRIPS-Abk. Dazu werden in Art 4 Vorschlag StrafrechtsRL eine ganze Reihe von Sanktionen vorgesehen, die „sowohl gegen natürliche als auch juristische Personen verhängt werden können: Geldstrafen, Einziehung von Gegenständen, die dem Verurteilten gehören ua. rechtsverletzende Waren sowie Material, Werkzeuge und Vorrichtungen, die überwiegend zur Herstellung oder zum Vertrieb der betreffenden Waren verwendet wurden. In geeigneten Fällen können weitere Sanktionen in Betracht wie die Vernichtung der rechtsverletzenden Waren sowie der Gegenstände, die überwiegend zu ihrer Herstellung verwendet wurden, oder die vorübergehende oder endgültige völlige oder teilweise Schließung des Betriebs oder des Geschäfts, in dem die Rechtsverletzung überwiegend begangen wurde. Vorgesehen sind darüber hinaus auch eine dauerhafte oder zeitweilige Gewerbeuntersagung, die Unterstellung unter richterliche Aufsicht oder die gerichtliche Auflösung der juristischen Person sowie der Ausschluss von öffentlichen Zuwendungen und Beihilfen. Ferner können Gerichtsentscheidungen veröffentlicht werden. Die Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen hat zum einen abschreckende Wirkung, kann aber auch zur Information der Rechtsinhaber und der Öffentlichkeit allgemein dienen.“²⁷⁰ Art 5 Vorschlag StrafrechtsRL legt dazu den Strafrahmen für bestimmte schwere Straftaten mit einer Mindest-Höchst-Freiheitsstrafe von vier Jahren sowie einer Mindest-Höchst-Geldstrafe von 300.000,- € fest. In allen anderen Fällen sollen Mindest-Höchst-Geldstrafen von 100.000,- € gelten.

Inhaltlich soll hier auf diese Bestimmungen nicht eingegangen werden. Hier sollen lediglich die gegen diesen Vorschlag bestehenden kompetenzrechtlichen Bedenken angerissen werden.²⁷¹ Nach gegenwärtiger Rechtslage besitzt die Gemeinschaft keine generelle Harmonisierungskompetenz im Bereich des Strafrechts, Maßnahmen dieser Art müssen im Rahmen der 3. Säule (Polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen) beschlossen werden.²⁷² Allerdings hat der Gerichtshof im jüngeren Urteil *Umweltraahmenbeschluss* festgestellt, dass der Erlass strafrechtli-

²⁶⁸ So auch KUR/HILTY/PEUKERT, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über strafrechtliche Maßnahmen zur des Rechts des geistigen Eigentums, GRUR Int 2006, 722 (723).

²⁶⁹ Art. 3 Vorschlag StrafrechtsRL (Fn. 265).

²⁷⁰ Vorschlag StrafrechtsRL (Fn. 265), 4.

²⁷¹ Vgl. auch schon KUR/HILTY/PEUKERT, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über strafrechtliche Maßnahmen zur des Rechts des geistigen Eigentums, GRUR Int 2006, 722.

²⁷² Vgl. z. B. EuGH, Rs. 203/80, Casati, Slg. 1981, 2595 (Rn. 27); Rs. C-226/97, Lemmens, C-226/97, Slg. 1998, I-3711 (Rn. 19).

cher Sanktionen zur wirksamen Verfolgung der Gemeinschaftspolitiken im Umweltbereich eine stillschweigende Annexkompetenz im Rahmen der betreffenden Rechtsgrundlage darstellt.²⁷³ Die Kommission hat aus dieser explizit zum Umweltbereich ergangenen Rechtsprechung eine generelle Befugnis zum Erlass flankierender strafrechtlicher Sanktionen für alle Gemeinschaftspolitiken abgeleitet und aus dem früheren Rahmenbeschlussvorschlag über strafrechtliche Sanktionen im Bereich des geistigen Eigentums einen Richtlinienvorschlag gemacht.²⁷⁴ Zwischenzeitlich hat der Gerichtshof das Urteil *Umweltraahmenbeschluss* zwar, wiederum für den Umweltbereich, bestätigt, dabei allerdings eine wichtige Einschränkung gemacht: Demnach autorisiert die betreffende Annexkompetenz lediglich, Strafmaßnahmen überhaupt vorzusehen, nicht jedoch auch eine genaue „Bestimmung von Art und Maß der anzuwendenden strafrechtlichen Sanktionen“.²⁷⁵

Für die vorgeschlagene StrafrechtsRL folgt daraus zweierlei: Erstens ist unklar, inwieweit die *Umweltraahmenbeschluss*-Rechtsprechung über die Umweltpolitik hinaus verallgemeinerbar ist und auch im Bereich der Binnenmarktkompetenz für das geistige Eigentum eine strafrechtliche Annexkompetenz begründen kann.²⁷⁶ Die einzige vorliegende Bestätigung dieser Rechtsprechung bezieht sich ebenfalls auf den Bereich Umwelt. Zweitens dürften die Maßnahmen der StrafrechtsRL jedenfalls über die engen Grenzen dessen hinausgehen, was der Gerichtshof in der jüngsten Rechtsprechung für von der Annexkompetenz umfasst angesehen hat: Die StrafrechtsRL kann zwar die betreffenden Straftaten tatbestandlich umschreiben, die dort aber ebenfalls vorgenommene Festlegung von bestimmten Sanktionen (Art 4 Vorschlag StrafrechtsRL) und Mindest-Höchst-Geld- und Freiheitsstrafen (Art 5 Vorschlag StrafrechtsRL) ist im Rahmen der Gemeinschaftskompetenz aber nicht mehr abgedeckt.

Allerdings wird dieser Kompetenzmangel mit dem kommenden Reformvertrag voraussichtlich beseitigt. Nach Art. 69f Abs. 2 TFUE werden dann zu Gemeinschaftspolitiken, für die bereits Harmonisierungsmaßnahmen erlassen wurden, unerlässliche flankierende Strafrechtsnormen zur „Festlegung von Strafen und Straftaten“ zulässig sein. Eine der jüngsten entsprechenden Einschränkung betreffend Sanktionen und Strafmaß findet sich dort daher nicht. Unklar wäre dann allenfalls die Bedeutung der Vorbedingung bereits bestehender Harmonisierungsmaßnahmen für den Bereich des Patentrechts bzw. genauer die Frage, ob im Bereich des Patentrechts (das in die DurchsetzungsRL ja mit einbezogen ist) ein für die Festlegung strafrechtlicher Sanktionen hinreichend dichtes Sekundärrecht besteht. Das Beschlussfassungsquorum für solche Strafrechtsmaßnahmen im Rat wäre nach

²⁷³ Vgl. EuGH, Rs. C-176/03, Kommission / Rat („Umweltraahmenbeschluss“), Slg. 2005, I-7879 (Rn. 48).

²⁷⁴ Vgl. Vorschlag StrafrechtsRL (Fn. 265), 2.

²⁷⁵ EuGH, Urteil v. 23.10.2007, Rs. C-440/05, Kommission / Rat („Meeresverschmutzungsrahmenbeschluss“), noch nicht in Slg. veröff. (Rn. 70).

²⁷⁶ So auch Kur/Hilty/Peukert, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über strafrechtliche Maßnahmen zur des Rechts des geistigen Eigentums, GRUR Int 2006, 722 (723).

Art. 69f Abs. 2 TFUE dasselbe wie jenes, das für die Hauptmaterie (also z. B.: Binnenmarkt) gilt.

Auch der Exkurs zum Vorschlag der StrafrechtsRL reiht sich in das allgemeine Bild ein: Die Notwendigkeit und Nützlichkeit der Heraushebung der Strafdrohungen für Verletzungen von Immaterialgüterrechten aus dem allgemeinen Vollzugsregime für die Durchsetzung dieser Rechte ist unbefriedigend dargelegt. Zumindest scheint die StrafrechtsRL sachlich überzogen, da außerhalb der Bereiche Piraterie und Nachahmung keine ersichtlichen Positiveffekte bestehen. Im Hinblick auf die Kohärenz des Vollzugs von Gemeinschaftsrecht und im Hinblick auf das Subsidiaritätsprinzip scheint hier eine bessere Begründung der Notwendigkeit eines Sonderregimes wünschenswert.

5.4 Fazit zum Verfahrensrecht

Im Bereich der Harmonisierung von Ansprüchen und Verfahren wurde mit der DurchsetzungsRL ein wichtiger Schritt gesetzt. Die RL selbst ist als weiterer Mosaikstein einer zunehmenden Verdichtung der Definition von Ansprüchen und Rechtsfolgen im Bereich des geistigen Eigentums, als Verringerung von Reibungsverlusten aufgrund unterschiedlicher mitgliedstaatlicher Durchsetzungsnormen und als Erhöhung der Rechtssicherheit bei der Durchsetzung grundsätzlich zu begrüßen. Insbesondere

- reduziert diese Harmonisierung die im dezentralen Modell des Gemeinschaftsvollzugs bestehenden Rechtssicherheitsdefizite. Sie sollten nach der DurchsetzungsRL kaum mehr praktische Bedeutung besitzen;
- hat die DurchsetzungsRL auch das Potential, die Zuständigkeitsregelungen des EuGVVO-Regimes wirksam zu ergänzen, indem die Regeln über die Zuständigkeitsverteilung durch prozessrechtliche Normen abgesichert oder verstärkt werden. Ein Beispiel für diese Querbeziehung ist der Kopplungsmechanismus für Gültigkeits- und Verletzungsfragen.

Die Eindämmung der allgemeinen Reibungsverluste im dezentralen System des Vollzugs von Gemeinschaftsrecht durch nationales Recht bietet eine gewisse, permanente Grundlage für die Heraushebung einzelner Gemeinschaftsrechtsmaterien und deren Normierung in Sonderbereichen (wie z. B. mit der DurchsetzungsRL geschehen). Die Schaffung eines immaterialgüterrechtlichen Sonderregimes der Verfahrensansprüche mit der DurchsetzungsRL ist damit meines Erachtens zurzeit schon deswegen auch gerechtfertigt, da es kein horizontales Sekundärrecht zur Zivilrechtsdurchsetzung gemeinschaftlicher Ansprüche gibt. Wenn es also unter Umständen besser gewesen wäre, gewisse Fragen auch für andere Materien als nur das Immaterialgüterrecht zu regeln, scheidet dies zum gegenwärtigen Stand der Harmonisierung aus. Sollte die Harmonisierung der zivilrechtlichen Durchsetzung aber voranschreiten (z. B. in näherer Zukunft im Kartellrecht), so wäre es meines Erachtens sehr wohl zu überlegen, die materienspezifischen Regelungen zu einem einheitlichen Rechtsakt, bestehend aus einem allgemeinen Teil und materienspezifischen Einzelteilen, zusammenzufassen. In einen solchen Rechtsakt könnten dann

auch Verfahrensansprüche aufgenommen werden, die im Sekundärrecht derzeit punktuell verstreut geregelt sind (z. B. im Verbraucherrecht, im Produkthaftungsrecht o. ä.).

Allerdings ergeben sich auch aus der Wahl des Regelungsinstruments der RL selbst Rechtsfolgendefizite, da in Fällen der Falschumsetzung der gemeinschaftsrechtlich normierten Ansprüche oder deren völliger Nichtumsetzung nur unzureichende Korrekturmechanismen zur Verfügung stehen. Insbesondere

- lässt die gemeinschaftsrechtskonforme Interpretation Rechtssicherheit vermissen und ist zudem auf das Bestehen minimal einschlägiger und interpretationsfähiger nationaler Normen angewiesen;
- ist die direkte Berufung auf nicht oder falsch umgesetzte RL-Bestimmungen im Immaterialgüterrechtsbereich in aller Regel ausgeschlossen;
- sind die Einzelnen als letzte Möglichkeit auf Schadenersatz wegen Verletzung von Gemeinschaftsrecht durch einen Mitgliedstaat angewiesen, allerdings ist dieses Rechtsinstrument zur Durchsetzung gemeinschaftlicher Ansprüche des Immaterialgüterrechts in mehrfacher Weise ungeeignet.
 - So kann Ersatz nur durch separate Klage gegen den betreffenden Mitgliedstaat erlangt werden, das Verfahren ist daher tendenziell langwierig und kostenintensiv;
 - In Bezug auf verfahrensrechtliche Ansprüche wie Beweisregeln, Vorlagepflichten oder Auskunftsansprüchen, wie sie in der DurchsetzungsRL geregelt sind, wird Schadenersatz mangels beweisbaren Kausalzusammenhangs häufig ins Leere gehen. Hier wäre die *probatio diaboli* anzutreten, dass die Nichtumsetzung dieser flankierenden Verfahrensregeln der Grund für das Nicht-Obsiegen oder bloße Teil-Obsiegen im Verletzungsverfahren war;
 - Schließlich hat der gegen die Mitgliedstaaten gerichtete Schadenersatzanspruch keinerlei Abschreckungs-, Sauerungs- oder Ausgleichseffekte in Bezug auf potentielle Verletzer. Eine Sanktionierung des rechtsverletzenden Verhaltens unterbleibt.

Ungeachtet zahlreicher offener Fragen²⁷⁷ zu Reichweite und Vorgaben der DurchsetzungsRL für das nationale Recht und die Vereinbarkeit von nationalem Recht und DurchsetzungsRL hat die Kommission zuletzt auch einen Vorschlag zum Erlass von Harmonisierungsmaßnahmen im Strafrechtsbereich vorgelegt. Da bei dürfte es angesichts der kommenden Ausweitung der Kompetenzen der Gemeinschaft durch den Reformvertrag tatsächlich nur eine Frage der Zeit sein, bis solche Harmonisierungsmaßnahmen gesetzt werden. Dies, obwohl die Notwendigkeit und Nützlichkeit der Heraushebung der Strafdrohungen für Verletzungen von Immaterialgüterrechten aus dem allgemeinen Vollzugsregime für die Durchsetzung dieser Rechte meines Erachtens nur unbefriedigend dargelegt sind. Im Hinblick auf die Kohärenz

²⁷⁷ Vgl. z. B. Kur, *The Enforcement Directive – Rough Start, Happy Landing?*, IIC 2004, 821 (824 ff.); Kur/Peukert, *Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zur Umsetzung der Richtlinie 2004/48 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums in das deutsche Recht*, GRUR Int 2006, 292 (293 ff.).

des Vollzugs von Gemeinschaftsrecht und im Hinblick auf das Subsidiaritätsprinzip scheint hier eine bessere Begründung der Notwendigkeit eines Sonderregimes wünschenswert.

6. Zusammenfassende Thesen

1. Im Rechtsrahmen zur Durchsetzung von Immaterialgüterrechten wirken zentrifugale wie zentripetale Kräfte. Insgesamt ist der Rechtsrahmen aber ganz überwiegend kohärent und ausgewogen. Er weist daher nur wenig spezifischen Anpassungsbedarf auf. Soweit Bedarf und Potential einer Anpassung des Durchsetzungsregimes besteht, betrifft dies vor allem die EuGVVO. Anpassungen können teils *de lege lata* (im Wesentlichen: Rechtsprechungsänderungen), teils nur *de lege ferenda* erfolgen.
2. Die spezifischen Regime für Gemeinschaftsimmateriälgüterrechte funktionieren insgesamt besser als die allgemeinen Durchsetzungsnormen; diese Tendenz lässt sich vor allem bei der Zuständigkeitsverteilung (GMVO; GeschmacksmusterVO; SortenschutzVO) erkennen, gilt in eingeschränkterem Umfang aber auch für Sondernormen im Bereich des anwendbaren Deliktsrechts (Rom II-VO). Dennoch ist die Vorbildwirkung der spezifischen Regime für Überarbeitungen der allgemeinen Regime begrenzt, weil Gemeinschaftsschutzrechte und nationale Schutzrechte auf unterschiedlichen Grundsätzen beruhen.
3. Die Sondernormen für nationale Immaterialgüterrechte in den allgemeinen Regimes weisen überwiegend Rechtsfolgendefizite (Verfahrensfragmentierung; distributive Rechtsanwendung) auf. Dies gilt sowohl für die Normen der Zuständigkeitsverteilung (EuGVVO), als auch für die Kollisionsnormen des Schuld- und Deliktsrechts (VO Rom I und II). Ihre Abschaffung sollte erwogen werden. Auch die Schaffung strafrechtlicher Sondernormen (StrafrechtsRL) ist kritisch zu sehen. Eine Ausnahme ist die Vereinheitlichung der Verfahrensansprüche (DurchsetzungsRL) als ersten Schritt einer sukzessiven Harmonisierung der Normen zur Durchsetzung von Gemeinschaftsrechten.
4. Immaterialgüterrechtliche Sondernormen sollten nur für materienspezifische Defizite geschaffen werden. Allgemeine Durchsetzungsdefizite sind im Rahmen des/eines allgemeinen Regimes zu beheben. Die Durchsetzung von (nationalen) Immaterialgüterrechten weist gegenüber anderen Materien überwiegend keine Besonderheiten auf. Mögliche Besonderheiten, die Sonderregelungen rechtfertigen könnten, sind die im Gemeinschaftskontext allerdings unzeitgemäße Geltung der *act of state* Doktrin (könnte Sondernormen zum Schutzlandprinzip in EuGVVO und Rom II-VO rechtfertigen) und die Tendenz bestimmter Immaterialgüterrechte zu einer großen Zahl an Verletzern (vor allem im Urheberrecht; könnte Sondernormen in Bezug auf die Streitgenossenschaft sowie bei Verfahrensansprüchen rechtfertigen).
5. Sonderregime können die Rechtsdurchsetzung auch verschlechtern. Ein Beispiel bietet die Diskussion um die Vereinheitlichung der schuldrechtlichen Kollisionsnormen (Rom I-VO).
6. Ein Sonderregime kann auf Gemeinschaftsebene als erster Schritt gegen allgemeine Defizite gerechtfertigt sein. Ein Beispiel ist die DurchsetzungsRL.

Weitere Regime (z. B. für das Kartellrecht; punktuell verstreute Durchsetzungsnormen im Sekundärrecht) müssen jedoch in dieses integriert und schrittweise ein einheitlicher Durchsetzungsrahmen, bestehend aus einem für die Durchsetzung von Gemeinschaftsrechten insgesamt geltenden allgemeinen Teil und einem materienspezifischen besonderen Teil, aufgebaut werden.

7. Die bestehenden Durchsetzungsdefizite rechtfertigen nicht die Errichtung von Sondergerichtsbarkeiten für einzelne Immaterialgüterrechte. Bedarf zur Errichtung einer Sondergerichtsbarkeit kann sich aber aus anderen Aspekten ergeben, so etwa für die Gemeinschaftsmarken und Gemeinschaftsgeschmacksmuster (Überlastung des EuG) und für das Patentrecht (Notwendigkeit einer Verbindung von Bündelpatenten und künftigem Gemeinschaftspatent *qua* einheitlicher Streitregelung).
8. Der Überarbeitungsbedarf im Bereich der Zuständigkeitsverteilung ist begrenzt; in den Bereichen materielles Recht und zivilgerichtliche Durchsetzung sind die Überarbeitungen weitgehend abgeschlossen. Der Beitrag einer Vereinheitlichung des Strafrechts zur Immaterialgüterrechtsdurchsetzung ist unzureichend belegt. Aus alledem folgt, dass der erreichte *status quo* im Bereich der Durchsetzung zufrieden stellend ist. Der Gemeinschaftsgesetzgeber sollte sich verstärkt der Ausformulierung des materiellen Rechts zuwenden.