

Fachbereich Rechtswissenschaft

Arbeitspapier Nr. 2/2018

Immaterialgüterrecht, Privatautonomie und Innovation

Alexander Peukert^{*}

Erscheint in: Stefan Grundmann/Florian Möslein (Hrsg.), Innovation und Vertragsrecht

Zitervorschlag: Peukert, Immaterialgüterrecht, Privatautonomie und Innovation, Arbeitspapier des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt/M. Nr. 2/2018, Rn.

Zusammenfassung: Der Beitrag bietet eine Übersicht zu den Zusammenhängen zwischen Immaterialgüterrechten (IP [intellectual property]-Rechte), Privatautonomie und Innovation. Demnach beruht das IP-Recht auf der Annahme, dass erst die Kombination aus fungiblen Ausschließlichkeitsrechten und Privatautonomie – also die juristische Form der Marktwirtschaft – einen innovationsförderlichen Effekt verspricht. Dementsprechend kombiniert das geltende Recht ein hohes materielles IP-Schutzniveau mit einer weitreichenden Anerkennung der Privatautonomie der Berechtigten. Dieser Regulierungsansatz hat den Vorteil, dass sehr anpassungsfähige Rahmenbedingungen für Innovationen geschaffen werden. Wer für seine Innovation eine umfassende Exklusivität benötigt, kann unter Geltung der beiden genannten Prinzipien ebenso operieren wie Akteure, die auf IP-Schutz teilweise oder ganz verzichten möchten, weil ihnen dies unter den gegebenen Wettbewerbsbedingungen vorzugswürdig erscheint. Und doch erläutert der Beitrag, dass die naheliegende Folgerung zu kurz greift, der Gesetzgeber könne sich darauf beschränken, möglichst umfassende und zugleich fungible IP-Rechte zu kodifizieren, da der Markt stets für eine effiziente und auch sonst sozial wünschenswerte Ressourcenallokation Sorge. Denn die mit ausschließlichen IP-Rechten verbundenen Transaktionskosten stehen diesem Ziel nicht selten im Wege. Damit zeigt sich, dass keine noch so elaborierte Vertragsrechtstheorie die Frage nach dem Sinn des logisch vorrangigen Eigentums erübrigt.

^{*} Dr. iur., Professor für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht an der Goethe-Universität Frankfurt am Main, Exzellenzcluster „Die Herausbildung normativer Ordnungen“.

A. IP-Rechte + Privatautonomie → Innovation

- 1 Das Ziel der Innovationsförderung bildet das dominante Rechtfertigungsnarrativ für Urheberrechte, hiermit verwandte Schutzrechte sowie den gewerblichen Rechtsschutz (Patente, Designrechte, Marken usw.; im Folgenden: IP [intellectual property]-Rechte).¹ Die in Rechtsprechung und Rechtspolitik herrschende Annahme lautet, dass IP-Rechte Anreize setzen, innovativ zu sein und in Forschung und Entwicklung zu investieren. Denn die Rechte ermöglichen es dem Berechtigten, Preise über den Grenzkosten einer Kopie zu verlangen und auf diesem Wege nicht nur die versunkenen Innovationskosten zu amortisieren, sondern mit Innovationen Gewinne zu erzielen.² Dabei ist „Innovation“ denkbar weit zu verstehen. Unter den Begriff fallen nicht nur technische Erfindungen und kreative Werke, sondern auch neue Designs, Pflanzenzüchtungen und diverse Produkte der Kulturwirtschaft wie Ton- und Filmträger, Sendesignale, Presseerzeugnisse und Datenbanken. Selbst das Marken- und sonstige Kennzeichenrecht lässt sich mit dem Begriff der Innovation erfassen. Denn es schützt denjenigen, der als erster ein unterscheidungskräftiges Produkt- oder Herkunftszeichen als Marke anmeldet oder im geschäftlichen Verkehr benutzt; außerdem soll es mittelbar Produktinnovationen fördern.³ Ungeachtet dieser Funktion des Markenrechts liegt der Schwerpunkt der folgenden Ausführungen auf den klassischen Innovationsschutzrechten, also dem Patent- und Urheberrecht.⁴
- 2 Die Wirkmacht des Narrativs der Innovationsförderung durch IP-Rechte steht freilich in auffälligem Kontrast zu seiner schwachen theoretischen und vor allem empirischen Validierung. Auf Modellebene wird das Verhältnis zwischen IP-Rechtsschutz und Innovation seit einiger Zeit nicht mehr durch eine ansteigende Linie veranschaulicht, sondern durch eine umgekehrte U-Kurve. Es gilt demnach nicht, dass mehr Rechtsschutz stets zu mehr Innovation führt, sondern es gibt ein theoretisches Optimum des Rechtsschutzes, dessen Unter- und Überschreitung sich negativ auf die Innovationskapazität auswirken. Wo dieses Optimum liegt, weiß niemand.⁵ Auch empirisch konnte die These von der Innovationsförderung durch IP-Rechte bisher nicht

¹ Vgl. Art. 7 TRIPS-Abkommen; ErwGrde. 2-3 DurchsetzungsRL 2004/48; zum deutschen Urheberrecht *Nazari-Khanachayi*, Rechtfertigungsnarrative des Urheberrechts im Praxistest, 2016.

² Statt aller *Plant*, *Economica* 1 (1934), 37 (38).

³ Vgl. §§ 4, 5 MarkenG und EuGH, Urt. v. 18.6.2009 – Rs. C-487/07 (L'Oréal u.a./Bellure u.a.) – Rn. 58.

⁴ Vgl. auch *Grundmann/Möslein*, ZFPW 2015, 435 (440 ff.) m.w.N.

⁵ *Park*, in: Maskus (Hrsg.), *Intellectual Property, Growth and Trade*, 2008, 289 (323).

überzeugend belegt werden. Es gibt zwar eine Korrelation zwischen dem wirtschaftlichen Erfolg einzelner Unternehmen und ganzer Volkswirtschaften einerseits und der Quantität und Qualität ihrer IP-Rechte andererseits. Die große Frage aber lautet, in welche Richtung die Kausalität verläuft. Verursachen IP-Rechte Innovation und Wirtschaftswachstum oder sind sie umgekehrt lediglich Symptome dieser primär anderweitig induzierten Vorgänge? Die Mehrheit der historischen und vergleichenden Studien zur Bedeutung von IP-Rechten nimmt bemerkenswerterweise den letztgenannten Standpunkt ein.⁶ In vielen Branchen – etwa dem Maschinenbau – spielen zeitorientierte Wettbewerbsstrategien und Geheimhaltung eine größere Rolle bei der Aneignung von Innovationsrenditen als IP-Rechte.⁷ Die oftmals beklagte Internet-Piraterie hat nach übereinstimmenden empirischen Untersuchungen nicht zu einem Rückgang der Quantität und der – zugegebenermaßen schwierig zu messenden – Qualität von Kulturgütern geführt. Im Gegenteil: „Creativity is flourishing on the Internet as never before despite the absence of effective IP enforcement.“⁸ In Anbetracht dieses Forschungsstands resümierte ein international führender Fachvertreter seine jahrzehntelange Beschäftigung mit den IP-Rechten und ihrer Rechtfertigung resignierend mit den Worten:

- 3 „Try as I might, I simply cannot justify our current IP system on the basis of verifiable data showing that people are better off with IP law than they would be without it.“⁹
- 4 In Anbetracht dieses ernüchternden Stands der Forschung plädiert die Mehrzahl der Ökonomen und Juristen vorsichtig dafür, eine Balance zwischen Rechten und Zugangsmöglichkeiten herzustellen und hierbei zwischen verschiedenen Branchen und Innovationsumständen zu differenzieren.¹⁰ An diesem Differenzierungsgebot kommen schließlich auch die Vertragsfreiheit und allgemeiner die Privatautonomie ins Spiel. Denn die Innovationsförderung wird IP-rechtlich durch ein

⁶ Zum Patentrecht *Lemley*, 95 Tex. L. Rev. 1 (36) (2016) („There seems to be a relationship between R&D expenditure and the economy--R&D expenditure leveled off during recessions--but not a clear relationship to substantive patent law or even to patenting behavior.“). Zur internationalen Dimension *Peukert*, in: Dann/Kadelbach/Kaltenborn (Hrsg.), *Entwicklung und Recht*, 2014, 189 (206 ff.), jeweils m.w.N.

⁷ Siehe hierzu *Schweitzer*, in diesem Band; ferner *Scotchmer*, *Innovation and Incentives*, 2004; *Darling/Perzanowski* (Hrsg.), *Creativity Without Law*, 2017; *Boldrin/Levine*, *Review of Economic Research on Copyright Issues* 2(1) (2005), 45 ff.

⁸ *Lemley*, 90 N.Y.U. L. Rev. 460 (2015).

⁹ *Merges*, *Justifying Intellectual Property*, 2011, 3.

¹⁰ *Peukert*, *Güterzuordnung als Rechtspinzip*, 2008, 113 f. m.w.N.

Einwilligungserfordernis bewerkstelligt. Die Reproduktion und sonstige Nutzung geschützter Innovationen sind nur mit der vorherigen, ggf. entgeltpflichtigen Zustimmung des Berechtigten legal. Für diese Zustimmung gilt wiederum das Prinzip der Privatautonomie, also „als Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen“.¹¹

- 5 Während die IP-Rechte Innovationen dem Grunde nach handelbar machen und damit den Innovationsmarkt konstituieren,¹² ermöglicht der privatautonome Vertrag die effiziente Ressourcenallokation im Einzelfall und alle sonst erforderlichen Differenzierungen.¹³ IP-Rechte stehen dem Zugang zu Wissen und Folgeinnovationen nicht prinzipiell entgegen, sondern sie delegieren die Entscheidung hierüber an den einzelnen Berechtigten und damit die Marktteilnehmer. Dem IP-Vertragsrecht werden in diesem Zusammenhang zahlreiche Funktionen zugeschrieben, die in ihrer Gesamtheit die möglicherweise suboptimal kalibrierten IP-Rechte zu einem äußerst ausdifferenzierten und damit letztlich doch effizienten Regelungsinstrument in einer arbeitsteilig organisierten Wirtschaft machen.¹⁴ So werden etwa der Patentlizenz eine Verbreitungs-, Verwertungs- und Konfliktlösungsfunktion sowie eine eigenständige Innovations- und Entwicklungsfunktion zugeschrieben.¹⁵ Wo die *property rule* dazu führt, dass zu viele bilaterale Verträge abzuschließen sind, um eine Invention hervorzubringen bzw. hierauf aufbauend ein marktreifes Produkt zu entwickeln, bilden sich ihrerseits vertragsbasierte Liability-Regime wie urheberrechtliche Verwertungsgesellschaften, Patentpools und Standardisierungsorganisationen, die dazu beitragen, die durch IP-Rechte ausgelösten Transaktionskosten handhabbar zu halten.¹⁶ Schließlich sind gerade kleine und mittlere, forschungsstarke Unternehmen auf Patente und andere IP-Rechte angewiesen, um ihre Innovationen gegenüber

¹¹ Flume, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, 1; Peukert, Güterzuordnung, 875 m.w.N.

¹² Peukert, GRUR-Beilage 2014, 77, 80.

¹³ Allgemein zur Effizienz des Vertrages Shavell, Foundations of Economic Analysis of Law, 2004, 296 ff. Zu IP-Verträgen Merges, 20 Berkeley Tech. L.J. 1477 (1519-20) (2005).

¹⁴ Dieses Argument war auch rechtshistorisch von Bedeutung. Denn der Hinweis auf die Möglichkeit der vertraglichen Verwertung von „Monopolrechten“ trug im 19. Jahrhundert dazu bei, die Anti-Patent-Bewegung zu überwinden; vgl. Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des geistigen Eigentums, 2006, 23 ff.

¹⁵ Pahlow, Lizenz, 226 ff.; Goddar/Tönhardt, MittdschPatAnw 2002, 337 ff.; aus vertragsrechtlich/theoretischer Sicht Gilson/Sabel/Scott, 109 Columbia L. J. 431 (2009) („contracting for innovation“).

¹⁶ Klassisch Merges, 84 Cal. L. Rev. 1293 (1391) (1996) („Contracting into Liability Rules“). Zu Patentpools und Industriestandards Lemley, 90 Cal. L. Rev. 1889 (2002); Contreras, 80 Antitrust L.J. 39 (2015); Hilty, Lizenzvertragsrecht, 2001, 184 ff.; Henn/Pahlow, Patentvertragsrecht, 6. Aufl. 2017, 263 ff.; Königs, GRUR 2014, 1155 ff.; van Overwalle (Hrsg.), Gene Patents and Collaborative Licensing Models, 2009.

Kreditgebern und häufig verhandlungsstarken Vertragspartnern auf nachgelagerten Märkten versilbern zu können.¹⁷

- 6 In der Gesamtschau beruht das geltende IP-Recht mithin auf der Annahme, dass es die Kombination aus fungiblen Ausschließlichkeitsrechten und Privatautonomie – also die juristische Form der Marktwirtschaft – ist, die Innovation begünstigt.¹⁸ Die Vertragsfreiheit kommt zwar logisch erst zum Tragen, wenn es primäre Ausschließlichkeitsrechte gibt, die Gegenstand von Verträgen werden können. Zugleich aber erlangt das Narrativ der Innovationsförderung durch IP-Rechte seine Überzeugungskraft erst durch die mit der Privatautonomie verbundene Flexibilisierung und Dynamisierung.

B. Privatautonomie im IP-Recht

- 7 Dem entspricht die hervorragende Bedeutung, die die Vertragsfreiheit und allgemeiner noch die Privatautonomie im IP-Recht genießen.¹⁹ Denn dem Berechtigten steht es weitgehend frei, ob und wenn ja welchen Rechtsschutz er beansprucht und wie er ein ggf. erworbenes IP Recht durch den Abschluss von Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäften ausübt. Selbst die Umpolung der IP-Rechte von Instrumenten zur Schaffung von Exklusivität in Instrumente zur Errichtung und Durchsetzung inklusiver Zugangsregeln ist privatautonom rechtswirksam möglich:

I. Wahl des Rechtsschutzes und Duldung rechtsverletzender Nutzungen

- 8 Noch bevor jedoch die Frage der vertraglichen Ausübung von IP-Rechten und damit die Vertragsfreiheit ansteht, kann ein potentiell Berechtigter in vielen Fällen frei entscheiden, ob und ggf. welchen IP-Rechtsschutz er in Anspruch nehmen möchte. Abgesehen von seiner logischen Vorrangigkeit ist dieser Aspekt der Privatautonomie auch deshalb von überragender Bedeutung, weil er den Status der betreffenden

¹⁷ *Lemley*, 4 J. Small & Emerging Bus. L. 137 (143) (2000); *Barnett*, 12 Journal of Law, Economics & Policy 1 (2016); *Kieff/Paredes* (Hrsg.), Perspectives on Commercializing Innovation, 2011. Zu den Schwierigkeiten der Bemessung von Schadensersatzansprüchen nach Kündigung eines Know-How-Vertrags wegen abredewidriger Preisgabe eines technischen Geheimnisses durch den Lizenznehmer siehe demgegenüber BGH NJW 2011, 1438 – Flexitanks I.

¹⁸ *Landes/Posner*, The Economic Structure of Intellectual Property Law, 2003, 14; *Epstein*, 62 Stanford Law Review 455 (484, 497 ff.) (2009).

¹⁹ Zur Frage, inwieweit die Anerkennung der Privatautonomie als Regulierungsinstrument verstanden werden kann siehe *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75 (94 f.); a.A. *Hellgard*, Regulierung und Privatrecht, 2016, 72; vermittelnd *Peukert*, Güterzuordnung, 874 ff.

Innovation mit Wirkung erga omnes regelt. Dabei ist zwischen formlos entstehenden und anmelde- bzw. eintragungspflichtigen IP-Rechten zu unterscheiden:²⁰

- 9 Zur ersten Gruppe von IP-Rechten zählen das Urheberrecht, die hiermit verwandten Schutzrechte,²¹ das nicht eingetragene EU-Design („Gemeinschaftsgeschmacksmuster“),²² die Benutzungsmarke²³ und die Rechte auf erst noch zu registrierende Patente und andere gewerbliche Schutzrechte.²⁴ Ihnen allen ist gemeinsam, dass sie automatisch kraft Gesetzes entstehen, wenn die als Tatbestandsvoraussetzungen kodifizierten Realakte – die persönliche geistige Schöpfung, die Erfindung, die Benutzung eines Zeichens mit Verkehrsgeltung usw. gegeben sind; einer förmlichen Erklärung, Anmeldung usw. bedarf es nicht. Dementsprechend gering ist der privatautonome Gestaltungsspielraum. Erbringt ein Urheber, Erfinder oder sonstiger Berechtigter die betreffende Leistung, erwirbt er die betreffenden Rechte, ob er das möchte oder nicht.
- 10 Probleme bereitet diese „Zwangsbeglückung“ insbesondere im Urheberrecht. Denn hier entsteht mit dem Realakt der Schöpfung bzw. Leistung (verwandte Schutzrechte) unabhängig von einer Veröffentlichung oder auch nur Verwertungsabsicht das jahrzehntelang gültige, volle Ausschließlichkeitsrecht. Selbst wenn sich ein Urheber dafür entscheidet, seine Werke zu Lebzeiten nicht zu veröffentlichen, fällt seinen Erben ein noch 70 Jahre währendes Ausschließlichkeitsrecht zu.²⁵ Hinzu kommt, dass das deutsche Urheberrecht zum Schutz des typischerweise verhandlungsschwächeren Urhebers kraft Gesetzes unübertragbar ist.²⁶ Hieraus folgert die h.M., dass der Urheber auf seine Rechte auch nicht mit Wirkung erga omnes verzichten kann.²⁷ Und selbst wenn der Urheber sein Werk in die Gemeinfreiheit überführen möchte, ist in Ermangelung einschlägiger Register unklar, wie eine solche Willenserklärung wirksam und rechtssicher geäußert werden soll.²⁸

²⁰ Grundlegend *Fromer*, 76 U. Chi. L. Rev. 719 (2009) („Claiming Intellectual Property“); ferner *Peukert*, Die Gemeinfreiheit, 2012, 130 ff., 201 ff.

²¹ Art. 5 Abs. 2 RBÜ (völkerrechtliches Formalitätenverbot im Urheberrecht) sowie *Peukert*, *RabelsZ* 81 (2017), 158 (164).

²² Art. 1 Abs. 2 lit. a GGeschmMV 6/2002.

²³ § 4 Nr. 2, 3 MarkenG.

²⁴ Vgl. §§ 6, 8, 15 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 PatG, Art. 60 I EPÜ.

²⁵ §§ 28, 1922 BGB.

²⁶ Vgl. § 29 Abs. 1 UrhG.

²⁷ *Ohly*, in: *Schricker*, *Urheberrecht*, 5. Aufl. 2017, § 29 Rn. 15 ff. m.w.N.

²⁸ *Peukert*, *Gemeinfreiheit*, 205 ff.

- 11 Die an die Erfüllung von Förmlichkeiten gebundenen gewerblichen Schutzrechte lassen ihren Inhabern deutlich mehr Spielraum. Zum einen sind alle betreffenden Rechte translativ übertragbar und verzichtbar.²⁹ Zum anderen führt nicht bereits der unilaterale Realakt der Innovation zum Vollrecht. Im Designrecht hat der Designer bzw. sein Rechtsnachfolger nach der Fertigstellung des Entwurfs die Wahl, ob er ein maximal 25 Jahre dauerndes, eingetragenes Designrecht erstrebt oder sich mit dem dreijährigen Schutz durch das nicht eingetragene EU-Design zufriedengibt, das wiederum erst entsteht, wenn das Design der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurde.³⁰ Die vergleichsweise kurze Dauer des formlosen Designschutzes verhindert ferner ein Übergreifen des Problems der sog. verwaisten Werke (s.u.) auf den gewerblichen Designbereich. Gänzlich unproblematisch ist schließlich die sog. Benutzungsmarke. Denn wenn und solange ein Zeichen durch Benutzung im geschäftlichen Verkehr als Marke eines Unternehmens Geltung erworben hat, gebieten nicht nur die individuellen Interessen des verantwortlichen Markeninhabers, sondern auch das Allgemeininteresse an einem unverfälschten Wettbewerb, umfassende Rechtsbehelfe gegen irreführende und sonst unlautere Zeichenbenutzungen zur Verfügung zu stellen.
- 12 Die ebenfalls automatisch entstehenden Rechte auf Patente und andere Registerrechte haben lediglich den Inhalt, dass sie den Erfinder oder sonstigen Innovator davor schützen, dass sich ein Nichtberechtigter die Erfindung usw. widerrechtlich aneignet, indem er sie für sich zum Patent usw. anmeldet.³¹ Das volle Ausschließlichkeitsrecht an der Innovation entsteht erst mit der Eintragung bzw. ihrer Veröffentlichung.³² Die Rechte auf Registerrechte gewährleisten damit vor allen Dingen die ungestörte Entscheidung, ob und wenn ja welchen Rechtsschutz der originär Berechtigte bevorzugt.
- 13 Gegenwärtig stehen insoweit im Wesentlichen drei Optionen zur Verfügung, die zu drei unterschiedlichen Vertragsgegenständen führen: Erstens kann die Innovation durch Veröffentlichung in den gemeinfreien Stand der Technik überführt und auf diesem

²⁹ Vgl. §§ 15 Abs. 1 PatG, 27 MarkenG, Art. 27 GeschmMV 6/2002 i.V.m. § 29 DesignG.

³⁰ Vgl. Art. 1 Abs. 2, 11 f. GeschmMV 6/2002.

³¹ Oben Fn. 24. Einen hybriden Ansatz verfolgt das Halbleiterschutzrecht: Schutzentstehung mit „nicht nur vertraulicher geschäftlicher Verwertung“ unter der Voraussetzung, dass binnen zwei Jahren seit dieser Verwertung ein registriertes Schutzrecht angemeldet wird; vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 1 HalblSchG.

³² Vgl. § 58 Abs. 1 S. 2 PatG.

Wege mindestens im Inland, potentiell aber weltweit ein Patentschutz verhindert werden, so dass als potentielle Vertragsgegenstände nur noch die körperlichen oder verkörperten Endprodukte verbleiben.³³ Zweitens kann die Innovation geheim gehalten und auf diesem Wege, flankiert durch einen vertraglich-gesetzlichen Know-how-Schutz, ein unbefugter Zugang zum betreffenden Wissen sowie seine weitere Nutzung unterbunden oder schuldrechtlich gestattet werden.³⁴ Drittens kann der Inhaber des Rechts auf das Registerrecht die weiteren förmlichen Schritte zum Erwerb der vollen Ausschließlichkeit einleiten, wobei er bzw. sein Rechtsnachfolger im Einzelnen steuern kann, für welches Territorium und für welche Dauer ein Rechtsschutz bestehen soll.³⁵ Wofür sich der Berechtigte entscheidet, hängt ganz von den Umständen des Einzelfalls ab, insbesondere vom Entwicklungsstand und der Art der Innovation (geheimhaltungsfähig oder nicht, Grundlagenerfindung oder inkrementelle Verbesserung usw.) und den sonstigen wettbewerblichen Parametern. Vergleichbare Strategiefragen stellen sich gesetzestreuern Nutzern, die insbesondere vor der Wahl stehen, ob sie lizenzieren oder um vorhandene Rechte „herum“ innovieren.³⁶ In all diesen granularen Entscheidungen zum IP-Management verwirklicht sich das hayeksche Entdeckungsverfahren, das im Zweifel zu effizienteren Ergebnissen führt als zentral-planerische Vorgaben.³⁷ Dementsprechend wird in der Literatur gefordert, das zur privatautonomen Wahl stehende Rechtemenü noch zu erweitern, etwa durch ein speziell auf die Produktentwicklung zugeschnittenes „Kommerzialisierungspatent“,³⁸ ein auf Zugang angelegtes „inklusive Patent“³⁹ oder ein Modell, in dem ein Basissatz an Rechten durch zusätzliche Gebühren erweitert

³³ *Peukert*, Gemeinfreiheit, 130 ff.

³⁴ Zur Relevanz von Geheimhaltungsvereinbarungen für den gesetzlichen Know-how-Schutz vgl. Art. 4 Abs. 3 lit. c GeschäftsgeheimnisRL 2016/943 (Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses u.a. rechtswidrig, wenn „gegen eine vertragliche ... Beschränkung der Nutzung des Geschäftsgeheimnisses“ verstoßen wurde). Zu Know-How-Lizenzen *Bartenbach*, Patentlizenz- und Know-how-Vertrag, 7. Aufl. 2013, 689 ff.; *Henn/Pahlow*, Patentvertragsrecht, 249 ff.

³⁵ Zur territorialen Reichweite des Rechtsschutzes *Peukert*, *RabelsZ* 81 (2017), 158 (171 ff.); zur Nichtverlängerung von Registerrechten *Peukert*, Gemeinfreiheit, 202 ff. Unzulässig aber ist es, das auf IP-Schutzgegenstände anwendbare Schutzlandrecht zu vereinbaren; vgl. Art. 8 Abs. 3 Rom II-VO.

³⁶ *Buccafusco/Bechtold/Sprigman*, *Innovate or Borrow?: A Model for Regulating Sequential Innovation*, 2017, <https://ssrn.com/abstract=2902937>.

³⁷ Empirisch zuletzt *Holgersson/Granstrand*, *Patenting motives, technology strategies, and open Innovation*, 2017, <https://ssrn.com/abstract=2926680>. Aus historischer Sicht *Moser*, *The American Economic Review* 95 (2005), 1214 (1223) (Patente lenken Innovationstätigkeiten in bestimmte Branchen, aber beeinflussen nicht das generelle Innovationsniveau).

³⁸ *Sichelman*, 62 *Stan. L. Rev.* 341 (2010).

³⁹ *van Overwalle*, in: *Drahos/Ghidini/Ullrich*, *Kritika*, vol. 1, 2015, 206 ff.; *Burk*, in: *van Overwalle* (Hrsg.), *Gene Patents*, 294 ff.

werden kann.⁴⁰ Auch Forderungen nach der (Wieder-)Einführung verpflichtender oder optionaler Registereintragungen im Urheberrecht sind vom Bedürfnis nach rechtssicheren Differenzierungen um Markt getrieben.⁴¹

II. Ausübung erworbener IP-Rechte

- 14 Ist ein IP-Recht – sei es ein volles Ausschließlichkeitsrecht oder die bei Registerrechten z.T. vorgelagerten Stufen des Rechts auf ein Registerrecht und des Anspruchs auf Erteilung eines angemeldeten Rechts (s.o.) – entstanden, so kann der originär Berechtigte hierüber privatautonom verfügen. Auch der diesbezügliche Ausübungsspielraum ist denkbar groß:

1. Verfügungsgeschäfte

- 15 Die weitaus meisten IP-Rechte samt ihrer Vorstufen sind translativ übertragbar, können also unbeschränkt den Inhaber wechseln.⁴² Seit den 1990er Jahren gilt das auch für die Marke, die vollständig von einem dazugehörigen Geschäftsbetrieb entkoppelt und hierdurch zu einem selbstständigen Vermögensgegenstand gemacht wurde.⁴³ Lediglich die Firma und nach h.M. auch andere geschäftliche Bezeichnungen können mit Rücksicht auf etwaige Irreführungsgefahren nicht ohne das bezeichnete Handelsgeschäft, Unternehmen usw. übertragen werden.⁴⁴ Unübertragbar ist ferner das Urheberrecht als solches sowie insbesondere die Urheberpersönlichkeitsrechte (§ 29 Abs. 1 UrhG). Zweck dieser Einschränkung der Verfügungsbefugnis des Urhebers ist sein Schutz als typischerweise schwächere Partei beim Abschluss von Verwertungsverträgen. Der Urheber soll die Kontrolle über die Werknutzung und seinen Anspruch auf Beteiligung an den laufenden Einnahmen niemals vollständig verlieren.⁴⁵

⁴⁰ *Bell/Parchomovsky*, 113 Mich. L. Rev. 231 (2014).

⁴¹ Dazu *Peukert*, 28 Hastings Comm. & Ent L.J. 1 (2005); *van Gompel*, *Formalities in Copyright Law*, 2011.

⁴² *Enchelmaier*, *Übertragung und Belastung unkörperlicher Gegenstände im deutschen und englischen Privatrecht*, 2014, 47 ff.; zur Übertragung und Belastung von Immaterialgüterrechten zum Zweck der Sicherung von Forderungen a.a.O., 533 ff.

⁴³ §§ 27-31 MarkenG, Art. 16-24 UMG 2015/2424.

⁴⁴ § 23 HGB sowie *Taxhet*, in: BeckOK Markenrecht, 10. Edition 2017, § 27 MarkenG Rn. 82 ff.

⁴⁵ Siehe auch § 11 UrhG; kritisch *Hilty*, FS Reh binder, 2002, 259 ff. („Ammenmärchen“); empirische Bestätigung des Interesses, die Kontrolle über persönlichkeitsrelevante Nutzungen zu behalten bei *Bechtold/Engel*, MPI Collective Goods Preprint, No. 2017/4, <https://ssrn.com/abstract=2941499>.

16 Das aber bedeutet nicht, dass Verfügungen über das Urheberrecht gar nicht möglich wären. Denn wie alle anderen IP-Rechte kann auch das Urheberrecht immerhin „beschränkt“ übertragen werden, indem einem Vertragspartner „quasidingliche“ Nutzungsrechte eingeräumt werden.⁴⁶ Für diese Verfügungsgeschäfte bzw. die hierdurch begründeten, derivativen Nutzungsrechte gilt nach allgemeiner Auffassung – anders als jedenfalls dem Grundsatz nach im Sachenrecht – kein numerus clausus. Denn bei Werken, Erfindungen und anderen IP-Schutzgegenständen besteht im Gegensatz zu körperlichen Gegenständen keine Gefahr, dass sich mehrere „quasidinglich“ Berechtigte gegenseitig in ihrer Nutzung blockieren und so die positiven Effekte der freien Übertragbarkeit konterkariert werden. Selbst Millionen parallel vergebener Nutzungsrechte – man denke an Standardsoftware – führen nicht zu einer solchen „Tragedy of the Anticommons“, sondern zu einer Steigerung des Tauscherts zugunsten des Berechtigten und nicht selten auch zu einem höheren Gebrauchswert für alle Nutzer, die z.B. von einer besseren Kompatibilität ihres Computerprogramms profitieren.⁴⁷ Auch im Hinblick auf die räumliche Reichweite, die zeitliche Dauer und den Inhalt des betreffenden Rechts können die Parteien eines IP-Verfügungsgeschäfts die derivativen Rechte grundsätzlich nach Belieben zuschneiden. Ferner sind alle originären IP-Rechte einschließlich des Urheberrechts möglicher Gegenstand der Einzel- und Gesamtvollstreckung,⁴⁸ und sie können im Wege der Verpfändung oder per sicherungsweiser Übertragung/Einräumung von Nutzungsrechten als Kreditsicherheit verwendet werden.⁴⁹ Selbiges gilt grundsätzlich für abgespaltene Nutzungsrechte („Lizenzen“).⁵⁰ Die Grenzen des verfügbungsgeschäftlich wirksam Möglichen sind erst erreicht, wenn die von den Parteien gewollte Auf- bzw. Abspaltung keine konkrete, technisch und wirtschaftlich eigenständige Verwertungsform betrifft

⁴⁶ §§ 29 Abs. 2 Alt. 1, 31 ff. UrhG; zur beschränkten Übertragung translativ übertragbarer IP-Rechte vgl. z.B. §§ 15 Abs. 1 S. 2 PatG, 29 f. MarkenG.

⁴⁷ *Hilty*, Lizenzvertragsrecht, 86 ff.; *Jänich*, Geistiges Eigentum – eine Komplementäerscheinung zum Sacheigentum?, 2002, 240 f.; *Peukert*, Güterzuordnung, 22 f.

⁴⁸ Zu Einschränkungen beim Urheberrecht vgl. §§ 112 ff. UrhG (Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in das Urheberrecht nur mit Einwilligung des Urhebers und nur insoweit zulässig, als Nutzungsrechte eingeräumt werden können).

⁴⁹ *Jänich*, Geistiges Eigentum, 328 ff.; *Decker*, Geistiges Eigentum als Kreditsicherheit, 2012; *Mitsdörffer*, Sicherungsrechte an Schutzrechten, 2014; *Maume*, NZG 2017, 249 ff.

⁵⁰ Zum seit Jahren umstrittenen Schicksal einer Lizenz bei Insolvenz des Lizenzgebers vgl. zuletzt BGH GRUR 2016, 201 – Ecosoil m.w.N.

(z.B.: Buchvertrieb nur in Kaffeehausfilialen) und deshalb vom betroffenen Verkehr nicht rechtssicher bestimmt werden kann.⁵¹

2. Verpflichtungsgeschäfte

- 17 Doch können solche Beschränkungen der Rechte des Lizenznehmers schuldrechtlich, also nur mit Wirkung zwischen den beiden Vertragsparteien, vereinbart werden, soweit sie nicht gesetzes- und insbesondere kartellrechtswidrig oder sonst sittenwidrig sind.⁵² Auch im Hinblick auf die Intensität der Bindung bzw. die Stärke der derivativen Rechtsposition stehen dem Berechtigten neben der unbeschränkten oder beschränkten Übertragung noch mehrere Gestaltungsvarianten zur Verfügung, die *Ohly* auf das anschauliche Bild einer Stufenleiter der Gestattungen gebracht hat: Diese Stufenleiter reicht von einem minimalen Kontrollverlust in Gestalt widerruflicher Einwilligungen über schuldrechtlich bindende Nutzungserlaubnisse bis hin zur Einräumung einfacher und ausschließlicher Nutzungsrechte und schließlich zur translativen Übertragung.⁵³ Um welche Variante es sich im Einzelfall handelt, hängt selbstverständlich nicht von der von den Parteien gewählten Formulierung oder gar einem abstrakten Begriff „der“ Lizenz o.Ä. ab, sondern wiederum allein davon, was die Parteien übereinstimmend erklärt und gewollt haben.⁵⁴
- 18 Alle IP-Gestattungen unterhalb der vollständigen Rechtsübertragung weisen ein Dauerschuldelement auf. Zwar kann man die Einräumung eines beschränkten, quasidinglichen Nutzungsrechts als punktuellen Verfügungsakt konzipieren.⁵⁵ Doch bleibt das so begründete, derivative Recht zumindest insoweit dauerhaft an das Basisrecht gebunden, als es mit jenem zum Ablauf der gesetzlichen Schutzdauer erlischt. Ferner können alle Verträge, die IP-relevante Nutzungshandlungen gestatten, gem. § 314 BGB aus wichtigem Grund gekündigt werden, mit der Folge, dass das

⁵¹ BGH GRUR 1990, 669, 672 – Bibelreproduktion (Buchvertrieb in Kaffeehausfilialen nicht dinglich abspaltbar); *Schulze*, in: Dreier/Schulze, UrhG, 5. Aufl. 2015, § 31 Rn. 27 ff.

⁵² BGH GRUR 2003, 416, 418 – CPU-Klausel.

⁵³ Grundlegend *Ohly*, *volenti non fit iniuria*, 2002, 141 ff.; BGH GRUR 2010, 628 Rn. 29 ff. – Vorschaubilder I. Zum Phänomen formloser öffentlicher Versprechen, Patentrechte gegen niemanden geltend zu machen (sog. patent pledges), vgl. *Pedersen*, 16 U.C. Davis Bus. L.J. 127 (2015).

⁵⁴ Der mit erstaunlicher Hingabe geführte Streit um „den“ Begriff „der“ Lizenz ist daher allenfalls insoweit von Belang, als ein Verkehrsverständnis ermittelt wird, das die Parteien ggf. stillschweigend zugrundegelegt haben; vgl. §§ 133, 157 BGB.

⁵⁵ BGH ZUM 2009, 852 Rn. 20 – Reifen Progressiv.

Basisrecht automatisch wieder zum Vollrecht erstarkt.⁵⁶ Im Übrigen können die Parteien die dauerhafte Nutzungsgestattung um weitere, dauernde Rechte und Pflichten ergänzen. Dazu zählen insbesondere eine erfolgsabhängige Beteiligung des Lizenzgebers („Stücklizenz“) und besondere treuhänderische Pflichten, wie sie z.B. urheberrechtliche Verwertungsgesellschaften treffen.⁵⁷ Die Bandbreite der privatautonomen Gestattungs- und Gestaltungsvarianten ist so groß, dass der Lizenzvertrag bisher weder im deutschen Vertragsrecht noch im europäischen IPR kodifiziert worden ist, sondern als Vertrag „sui generis“ gilt, auf den neben dem allgemeinen Schuldrecht je nach Sach- und Interessenlage Vorschriften des Pacht-, Miet- und Kaufrechts zur Anwendung kommen.⁵⁸

- 19 Das mithin noch kaum legislativ gebändigte Potential der Vertragsfreiheit zeigt sich nicht nur im B2B-, sondern auch im B2C-Bereich. Für Letzteren kann nur das Urheberrecht relevant werden, weil nur jenes sich bis auf rein private Nutzungen von Verbrauchern erstreckt, während Patente und andere Schutzrechte von vornherein nur den gewerblichen bzw. geschäftlichen Verkehr erfassen. In der analogen Welt blieben Verbraucher dennoch praktisch unberührt vom Urheberrecht, da sie Bücher, Tonträger und andere urheberrechtlich geschützte Werkexemplare als Sachen zu Eigentum erwarben und diese aufgrund der sog. Privatkopieschranke auch vervielfältigen durften.⁵⁹ Mit der Computerisierung und Digitalisierung hat sich diese Ausgangslage grundlegend gewandelt. Denn der private Werkgenuss geht nunmehr stets mit einer mindestens flüchtigen Vervielfältigung im Arbeitsspeicher von PCs, Laptops, Smartphones, Smart-TVs usw. einher, die gem. § 16 UrhG urheberrechtsrelevant ist und zum Gegenstand von Lizenzverträgen gemacht wird. Was Verbraucher mit digitalen Inhalten tun können und dürfen, wird seither bis in alle Einzelheiten hinein vertraglich und technisch geregelt. Derartige Endnutzerverträge sind auch AGB-rechtlich grundsätzlich unbedenklich, da die Inhaltskontrolle gem. § 307 BGB nicht den Zweck hat, die Entstehung neuer Vertriebsmethoden und dazugehöriger

⁵⁶ *Forkel*, Gebundene Rechtsübertragungen, 1977, 33 ff.; a.A. *Hilty*, Lizenzvertragsrecht, 91 mit Fn. 358; *Weinmann*, Die Rechtsnatur der Lizenz, 1996, Fn. 2357.

⁵⁷ *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, 17. Aufl. 2015, Rn. 868 ff. sowie *Trumpke*, Exklusivität und Kollektivierung, 2015.

⁵⁸ *Hilty*, Lizenzvertragsrecht, 107 ff.; *Haedicke*, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, 2003; *McGuire*, Die Lizenz, 2012, 650 ff.; *Ahrens/McGuire*, Modellgesetz für Geistiges Eigentum, 2012, 267 ff. Zum Know-How-Vertrag *Bartenbach*, Patentlizenz- und Know-how-Vertrag, 733 ff. Zum auf Lizenzverträge anwendbaren Recht *Stimmel*, GRUR Int. 2010, 783 ff.

⁵⁹ Vgl. unverändert § 53 Abs. 1 UrhG.

Vertragstypen zu verhindern.⁶⁰ Sowohl in Individualverträgen als auch in AGB unabdingbar sind lediglich die meisten Schranken im Bildungs- und Wissenschaftsbereich (§ 60g UrhG) sowie Zitate und freie Benutzungen als grundrechtlich garantierte, vergütungsfrei zulässige Nutzungen.⁶¹ Dementsprechend vollziehen sich weite Bereiche der Online-Kommunikation, namentlich auf den großen Plattformen wie Facebook oder YouTube, nach Maßgabe privatautonom definierter und qua Technik und Vertrag implementierter Regeln. Der Cyberspace hat das (Vertrags-)Recht keineswegs hinter sich gelassen, sondern wird immer mehr zu einer „himmlischen Jukebox“, die nur das wiedergibt, was im Austausch gegen Geld oder Daten lizenziert wurde.⁶² Subjektives Eigentum und Vertragsfreiheit erweisen sich auch im Digitalzeitalter als „golden oldies“ des Privatrechts, die im Zeitalter der Massenmedien entwickelte Kollektivlösungen wie insbesondere urheberrechtliche Verwertungsgesellschaften alt aussehen lassen.⁶³

3. Umpolung der IP-Rechte qua Vertrag

- 20 Freilich haben die Digitalisierung und das Internet nicht nur zu einer Renaissance der bilateralen Kommunikation und mit ihr des klassischen Lizenzvertrags geführt. Ihr eigentliches Kennzeichen und zugleich disruptives Potential besteht vielmehr darin, dass sie nicht nur de- sondern regelrecht *azentrale* Kommunikationsnetzwerke darstellen und ermöglichen, bei denen die Komplexität und Dynamik nicht von einem (nicht mehr vorhandenen) Zentrum ausgeht, sondern allein an den Enden des Netzes stattfindet (Ende-zu-Ende-Prinzip). Diese Umstellung des Kommunikationsmodus von zentralen Hierarchien auf heterarchische Netzwerke wirkt sich auf alle sozialen Bereiche aus, einschließlich der Arten und Weisen von Innovation und den Kreis der hieran Beteiligten.⁶⁴ Das insoweit neue Paradigma, das neben und zum Teil an die Stelle der geschlossenen Innovation im Unternehmen und der zwei- oder mehrseitigen, aber ebenfalls stets nach außen geschlossenen Kooperation tritt, ist das

⁶⁰ BGH ZUM 2010, 796 Rn. 24 ff. – Half-Life 2; LG Stuttgart BeckRS 2011, 19820 – Hörbuch-AGB.

⁶¹ Siehe zu alldem *Stieper*, Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, 2009, 171 ff.; *Peukert*, Gemeinfreiheit, 227 ff.

⁶² Vgl. zu dieser Entwicklung einerseits *Goldstein*, Copyright's Highway: From Gutenberg to the Celestial, Jukebox, 2. Aufl. 2003, andererseits *Lessig*, Code, 2. Aufl. 2006 sowie *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, 2002. Zu Daten als Geldäquivalent vgl. RL-Vorschlag über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM(2015) 634 final v. 9.12.2015.

⁶³ *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, 461 ff.; *Lemley*, 100 Cal. L. Rev. 463 (2012) („contracting around liability rules“).

⁶⁴ *Castells*, The Internet Galaxy, 2001.

offene Innovationsnetzwerk, an dem jeder, der die erforderlichen Fähigkeiten mitbringt, mitwirken darf. Die Innovation wird nicht mehr von einem einzelnen Akteur als Ziel ausgegeben und/oder realisiert, sondern sie vollzieht sich kollaborativ als gemeinschaftliche, soziale Produktion.⁶⁵ Das bekannteste, keineswegs aber einzige Beispiel für diese neue Innovationskultur ist die Free- and Open Software (FOSS)-Bewegung, deren Credo lautet, dass quelloffene Software, die jeder verbessern kann und darf, besser und sicherer sein wird als proprietär-geheimer Code.⁶⁶

- 21 Die Vertragsfreiheit ist das juristische Instrument, um solch offene Innovationsprojekte zu realisieren. Denn allein mit der faktisch-unentgeltlichen Programmierarbeit und der Offenlegung aller Quellcodes ist es nicht getan. Jeder, der nicht nur gänzlich banalen Code beisteuert, erwirbt automatisch ein subjektives Urheberrecht am betreffenden Programmteil.⁶⁷ Um zu verhindern, dass einzelne Programmierer ihre Exklusivrechte an Teilen der Software einsetzen, um die weitere Nutzung und Verbesserung des Codes zu blockieren oder proprietäre Teilprojekte abzuspalten, und überdies Konsumenten zur Einhaltung von Gemeinschaftsregeln wie Namensnennungsgeboten oder Kommerzialisierungsverboten anzuhalten, schließt jeder Nutzer des Programms einen Lizenzvertrag ab, in dem er sich verpflichtet, alle Regeln der Open-Content-Community einzuhalten und etwaige selbst erstellte Änderungen wiederum offenzulegen und unter denselben Bedingungen weiterzulizenzieren. Durchgesetzt werden diese Lizenzbedingungen von einzelnen Projektbeteiligten, die ihre subjektiven Urheberrechte an Programmbeiträgen in der Funktion eines Treuhänders der Gemeinschaftsbelange gegen Abweichler und Trittbrettfahrer geltend machen.⁶⁸ Das auf Exklusivität ausgerichtete Urheberrecht wird auf diese Weise qua Lizenzvertrag zu einem Instrument der Inklusion umgepolt. Die Welt der Software-Innovation wird mit Zugangsregeln infiziert, die genau wie die

⁶⁵ Grundlegend *Benkler*, *The Wealth of Networks*, 2006, 35 ff.; ferner *ders.*, *Annu. Rev. Law Soc. Sci.* 13 (2017), 231 ff.; *Hess/Ostrom* (Hrsg.), *Understanding Knowledge as a Commons*, 2007; *Ladueur/Vesting*, in: *Eifert/Hoffmann-Riem*, *Geistiges Eigentum und Innovation*, 2008, 123 (134 f.) („collective entrepreneurship“); *Metzger*, in: *Leible/Ohly/Zech* (Hrsg.), *Wissen – Märkte – Geistiges Eigentum*, 2010, 79 (81 ff.); *Wielsch*, in: *Hoffmann-Riem* (Hrsg.), *Innovationen im Recht*, 2016, 367 (371). Aus Sicht der Betriebswirtschaft *Faber*, *Open Innovation*, 2008, 67 ff.; *Reichwald/Piller*, *Interaktive Wertschöpfung*, 2. Aufl. 2009, 45 ff.

⁶⁶ *Stallman*, *Free Software, Free Society*, 3. Aufl. 2015, 184 ff.; *Jaeger/Metzger*, *Open Source Software*, 4. Aufl. 2016; zu weiteren Beispielen *Frischmann/Madison/Strandburg* (Hrsg.), *Governing Knowledge Commons*, 2014; v. *Hippel*, *Free Innovation*, 2017; *Benkler*, *Annu. Rev. Law Soc. Sci.* 13 (2017), 231 ff.; skeptisch *Barnett*, 25 *Berkeley Tech. L.J.* 1751 (1814) (2010) („illusion of the commons“).

⁶⁷ BGH ZUM-RD 2013, 371 – UniBasic-IDOS.

⁶⁸ LG München I GRUR-RR 2004, 350; LG Berlin ZUM 2011, 559.

himmlische Jukebox der totalen Exklusivität auf einer Kombination von Eigentum und Vertrag beruht. Aus Copyright wird Copyleft.

- 22 Es existieren zahllose Varianten solcher Copyleft- und Open-Content-Lizenzen genannten AGB.⁶⁹ In Anerkennung ihres Innovationspotentials hat der deutsche Gesetzgeber spezielle Ausnahmen von sonst zwingenden urhebervertragsrechtlichen Vergütungs- und Schriftformerfordernissen kodifiziert, die auf bilaterale Verwertungskonstellationen zwischen Urhebern und Produzenten zugeschnitten sind und Arrangements „unentgeltlicher Nutzungsrechte für jedermann“ an unbekanntem Nutzungsarten (Innovation!) praktisch unmöglich machen würden.⁷⁰ Anderen Erfordernissen und Besonderheiten azentral-gemeinschaftlicher Innovation kann durch die Theorie der Vertragsnetze weitgehend Rechnung getragen werden. Demnach sind die Lizenzverträge, die ein einzelner Beteiligter abschließt, nicht isoliert für sich zu betrachten, sondern im gewollten Zusammenhang mit allen anderen Lizenzverträgen, die die gemeinschaftliche Innovation betreffen.⁷¹ Eine konkrete, das Netzwerk stabilisierende Konsequenz dieser Betrachtungsweise ist, dass ein Lizenzgeber gem. § 242 BGB weder bestehende Lizenzverträge kündigen noch Lizenzangebote widerrufen kann.⁷²

C. Regelungsbedürfnisse jenseits der Privatautonomie

- 23 Ob all diese Spielarten der Privatautonomie dem IP-Recht verhelfen, insgesamt doch eher innovationsfördernd als -hemmend zu wirken, ist unklar. Ein solcher Nachweis dürfte selbst für einzelne Rechte und Branchen kaum zu führen sein, da es an einer zweiten Welt ohne IP-Rechte mangelt, mit der man die gegenwärtige Innovationsneigung vergleichen könnte. Auch historische Studien erscheinen zur Beantwortung dieser Frage nur begrenzt geeignet, da die modernen IP-Rechte von

⁶⁹ Siehe *Wielsch*, Zugangsregeln, 2008, 213 ff.; *ders.*, in: Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovationen im Recht, 367 (382); *König*, Das einfache, unentgeltliche Nutzungsrecht für jedermann, 2016, 25 ff.; zu Open Source-Anwendungen im Biotechnologiebereich *van Overwalle* (Hrsg.), Gene Patents; Empirie zur Bedeutung unterschiedlicher Gestaltungen bei *Nielsen/Nicol/Liddicoat*, I.P.Q. 2014, 181 ff.

⁷⁰ Siehe §§ 31a Abs. 1 S. 2, 32 Abs. 3 S. 3, 32a Abs. 3 S. 3, 32c Abs. 3 S. 2 UrhG sowie BT-Drucks. 14/6433, S. 15; BT-Drucks. 16/1828, S. 37.

⁷¹ Vgl. allgemein *Grundmann/Möslein/Riesenhuber*, in: dies., Contract Governance, 2015, 3 (15 f.) m.w.N.

⁷² *König*, Nutzungsrecht für jedermann, 80 ff. Diese Beurteilung weist gewisse Ähnlichkeiten mit der Anwendung des wettbewerbsrechtlichen Verbots des Marktmachtmissbrauchs auf das nicht wettbewerblich veranlasste Umschalten von offener auf geschlossene Innovation auf; siehe *Schweitzer*, in diesem Band.

Anfang an fungibel waren, und die Innovation zu früheren Zeiten gänzlich anderen sozioökonomisch/-kulturellen Bedingungen unterlag. Noch schwieriger, wenn nicht gar aus logischen Gründen unmöglich erscheint es, die *makroökonomischen* Effekte der Vertragsfreiheit von denjenigen der vertragsgegenständlichen IP-Rechte zu isolieren. Denn ohne IP-Rechte gäbe es auch keine IP-Transaktionen. Also lässt sich auch keine Effizienz des IP-Vertragsrechts als solchem bestimmen.⁷³

- 24 Was sich allenfalls empirisch belegen lässt, sind die entlang von IP-Verträgen ablaufenden Verteilungswirkungen der IP-Rechte. Insoweit ist zweifelhaft, ob die ökonomischen Vorteile aus einer Erweiterung namentlich des Urheberrechtsschutzes tatsächlich den Kreativen zugutekommen oder ob hiervon nicht nur ihre Vertragspartner – die Verwerter (Verlage usw.) – profitieren, die sich alle gegenwärtigen und künftigen gesetzlichen Befugnisse per totalem Buy-out gesichert haben.⁷⁴ Würde das Vertragsrecht einer systemisch gestörten Vertragsparität zwischen Innovatoren und Produzenten nicht entgegenwirken, würde es die auf Erstere ausgerichteten Ziele der IP-Rechte nicht flankieren, sondern dysfunktionale Anreize zur Akkumulation möglichst vieler IP-Rechte in der Hand nachgeordneter Investoren setzen.⁷⁵ Doch selbst wenn man diese Machtverhältnisse wie der deutsche Gesetzgeber im Urhebervertrags- und Arbeitnehmererfindungsrecht berücksichtigt,⁷⁶ hat man bei weitem nicht alle Fragen und Regelungsbedürfnisse adressiert, die sich im Hinblick auf das Verhältnis zwischen Innovation und IP-Recht stellen:

⁷³ Nachvollziehbar daher die Beobachtung von *Watt*, 18 J. Intell. Prop. L. 173 (204-205) (2010) („It is fair to say that, in general, the economic theory profession has not considered in any detail the relationship between the legal institution of copyright and the types of contracts that are written along the value chain for copyrighted goods.“); entsprechend umfassendes ökonomisches Makromodell etwa bei *Guerrero*, Quaderni - Working Paper DSE N°1110, 2017, <https://ssrn.com/abstract=3058095>. Die betriebswirtschaftliche Literatur zum effizienten „IP Management“ ist hingegen kaum mehr zu übersehen. Grundlegend *Chesbrough*, Open Innovation, 2006.

⁷⁴ *Kretschmer*, 18 J. Intell. Prop. L. 141 (172) (2010) („Copyright policy has ignored, or misunderstood, the role of contracts in effecting or subverting policy aims. It can no longer do so.“); *Watt*, 18 J. Intell. Prop. L. 173 (179) (2010); a.A. *Hughes/Merges*, 92 Notre Dame L. Rev. 513 (576) (2016) („from the limited evidence available, the copyright system appears to contribute positively and significantly to economic distributive justice in the U.S. economy“).

⁷⁵ Vgl. *Golan v. Holder*, 565 U.S. 302, 363 (2012, Breyer, J., dissenting). Anders die Begründung des BVerfG zur Rechtfertigung des zwingenden Anspruchs der Urheber auf angemessene Vergütung; vgl. BVerfG NJW 2014, 46 Rn. 75 f. – Übersetzerhonorare („§ 32 UrhG soll insbesondere Urhebern mit schwacher Verhandlungsposition und niedrigem Einkommen helfen, ihr Urheberrecht auch wirtschaftlich zu realisieren. Die Gesetzesnovelle kann damit den Schutzzweck des Art. 14 I GG und des Sozialstaatsprinzips für sich in Anspruch nehmen...“).

⁷⁶ Vgl. §§ 31 ff. UrhG, §§ 42 ff. PatG und §§ 1 ff. ArbNErfG; siehe aber auch unten C II 2.

I. Vor der Innovation

- 25 Dies gilt zunächst für den Prozess bzw. die Tätigkeit der Innovation, die dem fertigen, schutzwürdigen Ergebnis vorausgeht. Diese doch eigentlich entscheidende Phase bildet im geltenden Recht eine Black Box, auf die sich weder die primären IP-Rechte noch das an jene anknüpfende IP-Vertragsrecht beziehen. Ihr Gegenstand ist vielmehr die Innovation als handelbares Produkt. In den Worten von *Alois Troller*: „Die Leistung, der Schöpfungsvorgang wird gar nicht beachtet.“⁷⁷ Sie vollzieht sich hoheitlich ungeplant und unbeeinflusst im Unternehmen bzw. im Privaten, jeweils mit Aussicht auf einen IP-Rechtsschutz im Erfolgsfall.
- 26 Das IP-Vertragsrecht kommt ebenfalls erst ins Spiel, wenn die Innovation so weit gereift ist, dass es eine Nachfrage auf Innovations- bzw. Produktmärkten gibt, die durch den Abschluss von Verträgen über geschützte oder jedenfalls schutzwürdige Neuerungen befriedigt wird. Verträge über künftige Innovationen lassen sich konstruieren und sind offenbar auch von praktischer Relevanz. Selbst wenn es den Parteien aber gelingen sollte, einen von einem Partner geschuldeten Erfolg so präzise zu beschreiben, dass hieran formale, gerichtlich durchsetzbare Leistungspflichten und nicht lediglich informelle Sanktionen wie insbesondere die Beendigung der Zusammenarbeit anknüpfen können, so handelt es sich doch im Schwerpunkt um einen Werk- und nicht um einen IP-Lizenzvertrag.⁷⁸ Die Schwierigkeiten des Rechts, mit der Paradoxie umzugehen, heute die Zukunft zu regeln, erweisen sich auch bei der kartellrechtlichen Beurteilung von Forschungs- und Entwicklungsverträgen, die aufgrund der Unsicherheit über die Marktwirkungen der betreffenden Innovation großzügig beurteilt, also praktisch unreguliert gelassen werden.⁷⁹
- 27 Auch wenn man die konsequent marktwirtschaftliche Anknüpfung an die verdinglichte Innovation im Prinzip akzeptiert, sollte sich zumindest die rechtspolitische Rechtfertigung der Rechte und ihre teleologische Bewertung in Grenzfällen an der Frage entscheiden, welcher abhängigen oder unternehmerischen Tätigkeiten es

⁷⁷ *Troller*, UFITA 50 (1967), 385 (398); zum Begriff zum Computerprogramms BGH NJW-RR 1986, 219 f. („Damit ist jedoch stets ein Ergebnis einer geistigen Leistung, nicht der Leistungsprozeß selbst, definiert.“).

⁷⁸ *Oehrich*, GRUR 2010, 33 (35); ferner *Gilson/Sabel/Scott*, Columbia L. Rev. 110 (2010), 1377 ff.; *Barnett*, 64 Duke L.J. 605 (2015); *Jennejohn*, 68 Stan. L. Rev. 281 (2016).

⁷⁹ Siehe *Schweitzer*, in diesem Band.

bedarf, um eine Innovation hervorzubringen, und inwieweit die IP-Rechte dieses erwünschte Verhalten begünstigen. Insoweit gilt sodann, dass ein Rechtsschutz erst geboten ist, wenn erwünschte Innovationen und Investitionen unter Wettbewerbsbedingungen unterbleiben würden.⁸⁰ Und ob das der Fall ist, hängt von den Innovationsbedingungen ab, insbesondere dem Vorhandensein hierfür erforderlicher Fähigkeiten und anderer Ressourcen. Auf sie muss sich eine aktive, marktkonforme Innovationspolitik konzentrieren, nicht auf die Zahl der für fertige Innovationen bereits erteilten Patente und hieran wiederum vergebener Lizenzen.⁸¹

II. Zuweisung des originären Rechts

28 Der Privatautonomie ebenfalls vorgelagert ist die Frage, wem ein IP-Recht kraft Gesetzes originär zugeordnet wird. Da Transaktionskosten in der wirtschaftlichen Realität stets größer als Null sind, macht es einen Unterschied, wem die ursprüngliche Privatautonomie zukommt.⁸² Im IP-Recht werden zum Teil die Innovatoren, also die Urheber, Erfinder und Designer, zum Teil diejenigen begünstigt, die die unternehmerische Investitionsverantwortung für die betreffende Innovation tragen.

1. Innovatoren

29 Den gesetzlich normierten und die öffentliche Wahrnehmung der IP-Rechte dominierenden Normalfall bildet die originäre Rechtszuweisung an die einzelne, schöpferisch-innovativ tätige, natürliche Person. Dies gilt nicht nur im Urheber- (sic!) - Recht, sondern auch im gewerblichen Rechtsschutz, wo Erfinder, Designer, Züchter usw. mit dem Realakt der Innovation Inhaber des ausschließlichen Rechts auf das volle Registerrecht werden.⁸³

30 Allerdings werden zahlreiche Innovationen nicht „im stillen Kämmerlein“ von Einzelpersonen geschaffen, sondern von mehreren gemeinsam.⁸⁴ Lange Zeit standen solche gemeinschaftlichen Kreationen im Schatten des Idealbilds vom schöpferischen

⁸⁰ So zum wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz BGH GRUR 2016, 725 Rn. 28 – Pippi Langstrumpf II; *Peukert*, Güterzuordnung, 812 ff. Zu IP-Rechten *Scotchmer*, Innovation and Inventives, 283.

⁸¹ *Peukert*, Kritik der Ontologie des Immaterialgüterrechts, im Erscheinen.

⁸² *Coase*, 3 J.L. & ECON. 1 (37) (1960).

⁸³ §§ 7 UrhG, 6 S. 1 PatG, 13 Abs. 3 GebrMG, 8 Abs. 1 S. 1 SortSchG, 2 Abs. 1 S. 1 HalblSchG, 7 Abs. 1 S. 1 DesignG sowie *Metzger*, in: *Leible/Ohly/Zech* (Hrsg.), Wissen – Märkte – Geistiges Eigentum, 79 ff.

⁸⁴ *Grundmann/Möslein*, ZFPW 2015, 435 (440 ff.) m.w.N.

Individuum. Entsprechend unsicher und rechtsvergleichend uneinheitlich stellt sich die Rechtslage dar.⁸⁵ Haben die Beteiligten keine besondere Vereinbarung getroffen, entsteht nach deutschem Recht eine Bruchteilsgemeinschaft gem. §§ 741 ff. BGB.⁸⁶ Demnach können die Mit-Innovatoren einzeln lediglich über ihren Anteil, über das IP-Recht als Ganzes hingegen nur gemeinschaftlich verfügen.⁸⁷ Im Innenverhältnis ist jeder zum Gebrauch des gemeinschaftlichen Gegenstands befugt (§ 743 Abs. 2 BGB). Aufgrund der Tatsache, dass Innovationen von mehreren Personen gleichzeitig genutzt werden können, ohne dass der jeweilige Gebrauchswert beeinträchtigt wird (Nicht-Rivalität), zieht die Rechtsprechung diese individuelle Benutzungsbefugnis grundsätzlich weit, ohne dass eine Pflicht zum Ausgleich erzielter Gewinne besteht.⁸⁸ Bei Miturhebern beschränkt sich die individuelle Verwaltungsbefugnis hingegen darauf, Ansprüche aus Verletzungen des gemeinsamen Urheberrechts geltend zu machen; zur Veröffentlichung und Verwertung des Werkes muss die Einwilligung der Miturheber ggf. klageweise eingeholt werden.⁸⁹ Zur vorbeugenden Lösung solcher Hemmnisse empfehlen sich wiederum vertragliche Regelungen, sei es die Auseinandersetzung der Gemeinschaft oder die Gründung einer Gesellschaft zur gemeinschaftlichen Verwertung.⁹⁰

2. Investoren

- 31 Auch wenn die originäre Rechtszuweisung an die Innovatoren mit Blick auf das Anreizparadigma naheliegend und auch sonst gerechtfertigt zu sein scheint, ist diese Lösung doch mit erheblichen Transaktionskosten verbunden. Zum einen sind in einer arbeitsteiligen und hochtechnisierten Wirtschaft nur wenige Innovationen isoliert marktgängig. Häufig müssen zahlreiche, im IT-Sektor teils tausende IP-Rechte

⁸⁵ *Waldenberger*, Die Miturheberschaft im Rechtsvergleich, 1991; *Gorbatyuk/Overwalle/van Zimmeren*, IIC 2016, 262 ff.

⁸⁶ Zur Miterfindung vgl. RG GRUR 1940, 339 (340) – Dura Düse; BGH GRUR 2001, 226 – Rollenantriebseinheit; BGH GRUR 2005, 663 – Gummielastische Masse II. Zur Anmeldung einer Marke durch mehrere Anmelder entsprechend BGH GRUR 2014, 1024, Rn. 9 – VIVA FRISEURE. Zur Miturheberschaft *Spindler*, FS Schrickler, 539 (544 ff.). Zu verbundenen, aber gesondert verwertbaren Werken vgl. § 9 UrhG; zur gemeinsamen Darbietung mehrerer ausübender Künstler (z.B. Orchester) § 80 UrhG.

⁸⁷ § 747 BGB, zum Urheberrecht § 8 Abs. 4 UrhG (Verzicht auf Anteil an Verwertungsrechten zugunsten der übrigen Miturheber).

⁸⁸ Zu Miterfindungen BGH GRUR 2017, 504 Rn. 67 – Lichtschutzfolie.

⁸⁹ Vgl. § 8 Abs. 2 UrhG und *Haedicke*, GRUR 2007, 23 (24).

⁹⁰ Zum Urheberrecht BGH GRUR 1998, 673 (677) – Popmusikproduzenten; *Spindler*, FS Schrickler, 539 (544 ff.). Ferner *Metzger*, in: *Leible/Ohly/Zech* (Hrsg.), Wissen – Märkte – Geistiges Eigentum, 79 ff.; *Gorbatyuk/Overwalle/van Zimmeren*, IIC 2016, 262 (276, 293 ff.).

gebündelt werden, um zu einem funktionierenden Produkt wie etwa einem Smartphone zu gelangen.⁹¹ Je atomisierter die Rechteverteilung, desto schwieriger wird es, eine Invention zu einer neuen Ware oder Dienstleistung fortzuentwickeln.⁹² Zum anderen sind Inventionen und Produktreifeprozesse so kostenintensiv, dass sie nur von kapitalstarken Unternehmen realisiert werden können, die für ihre Investitionen in Forschung & Entwicklung folglich einen eigenen Rechtsschutz beanspruchen.⁹³

32 Das IP-Recht reagiert auf diese Innovationsbedingungen auf zwei rechtstechnische Weisen. Einige zunächst in der Person des Innovators entstehenden IP-Rechte werden mangels abweichender Vereinbarungen kraft Gesetzes derivativ auf den Arbeitgeber bzw. Investor übergeleitet und damit in der Hand desjenigen gebündelt, der die unternehmerische Gesamtverantwortung für die von vielen beteiligten im Unternehmen entwickelte Innovation trägt.⁹⁴ Dieses Konzept gilt für Dienstleistungen, Designs, Halbleiter sowie für Software als urheberrechtsschutzfähiges Werk; im Hinblick auf Filme existieren vergleichbare Vermutungsregeln auch im Verhältnis zu freischaffenden Urhebern und ausübenden Künstlern.⁹⁵ Die Urheberrechte an anderen, in Erfüllung von Verpflichtungen aus einem Arbeits- oder Dienstverhältnis geschaffenen Werken stehen zwar grundsätzlich dem einzelnen Urheber zu. Mangels abweichender Bestimmungen wird bei Pflichtwerken allerdings die stillschweigende Einräumung ausschließlicher Nutzungsrechte im Umfang des Vertragszwecks vermutet.⁹⁶ Das Investitionsschutzinteresse des Arbeitgebers schlägt sich ferner in nachvertraglichen Geheimhaltungspflichten und Wettbewerbsverboten des früheren Arbeitnehmers nieder.⁹⁷ Die Einheit eines aus vielen Innovationen in einem Unternehmen zusammengesetzten Produktes wird schließlich durch gesetzliche Vorschriften

⁹¹ Vgl. EUGH, Urt. v. 16.7.2015 – Rs. C-170/13 (Huawei ./ ZTE) – Rn. 40 (der streitgegenständliche Standard im Telekommunikationssektor umfasse mehr als 4.700, für die Herstellung kompatibler Produkte unabdingbare („essenzielle“) Patente).

⁹² *Shaffer Van Houweling*, 96 Va. L. Rev. 549 (2010).

⁹³ Das ist wahrlich keine Neuigkeit; siehe *Wiener*, Mensch und Menschmaschine, 1952, 117.

⁹⁴ *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 997; *Bourdieu*, in: ders., *The Field of Cultural Production*, 1984, 1 (23) („proletaroid intelligentsia“).

⁹⁵ Vgl. §§ 4 ff. ArbNErfG (einseitige Inanspruchnahme von Dienstleistungen durch den Arbeitgeber); 7 Abs. 2 DesignG, 2 Abs. 2 HalbSchG, 69b und 88 f. UrhG.

⁹⁶ Vgl. § 43 UrhG sowie *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 996 ff.

⁹⁷ Vgl. BGH GRUR 2002, 91 – Spritzgießwerkzeuge; BGH GRUR 2009, 603; LAG Düsseldorf BeckRS 2015, 72149; *Bartenbach*, Patentlizenz- und Know-how-Vertrag, 724 ff.

gewährt, wonach bei einer Unternehmensveräußerung im Zweifel alle derivativ erlangten Urheber- und Designrechte auf den Erwerber übergehen.⁹⁸

- 33 Andere IP-Rechte entstehen von vornherein originär beim Investor. Dieses Konzept kommt zum einen bei Marken- und anderen Kennzeichenrechten zum Tragen. Schutzgrund und -gegenstand ist hier nämlich nicht die Erschaffung eines neuen, ggf. fantasievollen Zeichens, etwa durch den Mitarbeiter der Marketingabteilung oder einer externen Werbeagentur, sondern die erfolgte bzw. beabsichtigte Benutzung eines unterscheidungskräftigen Zeichens für Waren oder Dienstleistungen durch den Markeninhaber, also denjenigen, der die „Kontrollverantwortung hinsichtlich der gekennzeichneten Produkte“ trägt.⁹⁹ Zum anderen sind seit der Mitte des 20. Jahrhunderts zahlreiche Schutzrechte erlassen worden, die mit dem Urheberrecht zwar insoweit „verwandt“ sind, als sie sich auch auf die Kulturwirtschaft beziehen, die im Gegensatz zu den Urheberrechten aber Endprodukte wie Tonträger, Filmträger, Sendesignale, Datenbanken und Presseerzeugnisse betreffen und originär den betreffenden Herstellern zukommen. Zweck dieser Leistungsschutzrechte ist der Schutz der Investition in die Herstellung marktgängiger Erzeugnisse, die leicht kopiert werden können.¹⁰⁰ Die verwandten Schutzrechte treten neben die Rechte an neuen Inhalten, die auf Tonträgern, in Sendungen und Presseerzeugnissen usw. vermarktet werden. Möchte ein Dritter diese Produkte benutzen, muss er die Zustimmung aller beteiligten Rechtsinhaber einholen. Dieses Erfordernis erhöht nicht nur die Transaktionskosten, sondern führt auch zu einer Aufteilung des Gesamtauschwerts etwa eines Films auf zahlreiche Berechtigte, die alle ein möglichst großes Stück vom Kuchen abhaben möchten.¹⁰¹

3. Gesetzlich garantierte Parallelberechtigung von Innovatoren und Investoren

- 34 Die vorgenannten Regelungen sorgen für eine Rechtekonzentration beim Arbeitgeber bzw. Investor. Damit begünstigen sie jeweils eine „geschlossene“ Innovation innerhalb eines Unternehmens.¹⁰² Die Leistung der im Unternehmen kreativ-erfinderisch Tätigen

⁹⁸ §§ 34 Abs. 3 UrhG, 29 Abs. 2 DesignG; *Ahrens/McGuire*, Modellgesetz, 237.

⁹⁹ Zur Individualmarke *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, 3. Aufl. 2010, § 4 Rn. 27; zur Kollektivmarke Art. 66 ff. UMV 2015/2424, 27 ff. MarkenRL 2015/2436 (Verband als Markeninhaber); zum lauterkeitsrechtlich ausgestalteten Schutz geografischer Herkunftsangaben vgl. § 128 MarkenG.

¹⁰⁰ *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 806 ff.

¹⁰¹ *Metzger*, in: *Leible/Ohly/Zech* (Hrsg.), *Wissen – Märkte – Geistiges Eigentum*, 79 (84 f.).

¹⁰² *Schumpeter*, *Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung*, 2006, 100 f.

wird mit dem Arbeitsentgelt, einer zusätzlichen gesetzlichen Erfindervergütung und zwingenden urheberrechtlichen Vergütungsansprüchen für Freiberufler angemessen abgegolten.¹⁰³

- 35 Ein geradezu entgegengesetztes Konzept verfolgt der am 1.1.2014 in Kraft getretene § 38 Abs. 4 UrhG. Die Vorschrift führt nämlich nicht zu einer Reduzierung der Zahl der Berechtigten, sondern zu ihrer Verdopplung, konkret zu einer parallelen Befugnis von Verlagen (Investoren) und Wissenschaftsautoren (Innovatoren) im Hinblick auf überwiegend steuerfinanzierte wissenschaftliche Fachaufsätze. Hintergrund der Vorschrift ist das gesetzgeberische Ziel, den sog. „grünen“ Open Access, also die freie Zugänglichkeit wissenschaftlicher Beiträge im Internet, zu fördern. Dieser offene Kommunikationsmodus kann daran scheitern, dass der Urheber seinem Verlag ein zeitlich und räumlich unbegrenztes, ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt hat und deshalb seinerseits an einer ggf. gewünschten Open-Access-Nutzung gehindert ist. Um diesen Lock-in-Effekt zu durchbrechen, räumt § 38 Abs. 4 UrhG den Urhebern wissenschaftlicher Fachaufsätze, die mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln gefördert wurden, das unabdingbare Recht ein, den Beitrag nach Ablauf von zwölf Monaten seit der Erstveröffentlichung in der akzeptierten Manuskriptversion öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies keinem gewerblichen Zweck dient.¹⁰⁴
- 36 Das Zweitnutzungsrecht der Wissenschaftsautoren ist bemerkenswert, weil es auf das Paradox der Freiheit zur vertraglichen Bindung mit einer seinerseits paradoxen Regelung reagiert, nämlich mit einer Einschränkung der Verfügungsbefugnis im Interesse größerer Publikationswahlfreiheit.¹⁰⁵ Außerdem belegt § 38 Abs. 4 UrhG, dass sich die Privatautonomie eben nicht stets komplementär zur Innovationsförderung durch IP-Rechte verhält. Denn nach Auffassung des Gesetzgebers wirkt sich die Freiheit zur Einräumung ausschließlicher Verlagsrechte negativ auf die Kommunikations- und Innovationsbedingungen im Wissenschaftssektor aus.¹⁰⁶ Allerdings spricht viel dafür, dass diese Einschätzung auf den Besonderheiten der öffentlich finanzierten Wissenschaft und ihrer Vermittlung durch private Verlage beruht und nur begrenzt verallgemeinerungsfähig ist.

¹⁰³ Vgl. §§ 32 ff. UrhG, 9 ArbNErfG.

¹⁰⁴ Der Ansatz geht zurück auf *Hansen*, GRUR Int 2005, 378 (383 f.).

¹⁰⁵ An die sich weitere Umpolungen anschließen können, insbesondere die Umgestaltung des Zweitnutzungsrechts in eine Zweitnutzungspflicht; vgl. § 44 Abs. 6 LHG Baden-Württemberg.

¹⁰⁶ Vgl. *Peukert*, in: Schricker/Loewenheim, § 38 UrhG Rn. 12 ff.

III. Regulierungsbedürfnisse im Hinblick auf die Ausübung von IP-Rechten

- 37 Mit der ausdifferenzierten Regelung der originären Rechteverteilung haben sich keineswegs alle Regulierungsbedürfnisse erledigt. Denn selbst wenn man unterstellt, dass die vorgenannten Bestimmungen IP-Rechte stets demjenigen zuordnen, der das betreffende IP am höchsten bewertet und demgemäß voraussichtlich am effizientesten nutzen wird,¹⁰⁷ können wünschenswerte Folgetransaktionen unterbleiben, weil der Marktmechanismus in Gestalt bilateraler Verträge versagt. Auch auf dieser Ebene stellt die Privatautonomie kein Allheilmittel dar:
- 38 In einigen Wirtschaftssektoren mit hoher IP-Dichte ist ein systemisches Marktversagen zu beobachten. Damit ist gemeint, dass öffentlich bekannte, aber IP-geschützte Innovationen faktisch nicht legal genutzt werden können, obwohl es eine z.T. erhebliche Nachfrage gibt, weil die hierzu erforderlichen Lizenzverträge aufgrund prohibitiver Transaktionskosten nicht zustande kommen.¹⁰⁸ Im formlos-automatisch entstehenden und Jahrzehnte dauernden Urheberrecht sind solche Phänomene besonders häufig zu beobachten.¹⁰⁹ Geschützte Werke können nämlich nicht nur vergriffen, also aktuell nicht mehr lieferbar sein, sondern sogar „verwaist“, weil ihr Inhaber auch durch eine sorgfältige Suche nicht festgestellt oder ausfindig gemacht werden kann. Selbst konservative Schätzungen gehen davon aus, dass 5-20% aller Schriftwerke, 12% der Filme und bis zu 90% der Fotos, die sich in den Beständen von Bibliotheken und Archiven befinden, in diesem Sinne als „verwaist“ gelten müssen.¹¹⁰ Da unter diesen Umständen eine legale Nutzung praktisch ausscheidet, ist das Lizenzierungserfordernis zur Nutzung verwaister Werke gesetzlich eingeschränkt – in den USA kostenlos und auch zu kommerziellen Zwecken im Rahmen der allgemeinen Fair-use-Klausel, in der EU nur zugunsten öffentlicher Institutionen gegen Zahlung einer angemessenen Vergütung.¹¹¹ Der deutsche Gesetzgeber hat das Erfordernis

¹⁰⁷ So die klassische Forderung der Transaktionskostenökonomik; Coase, 3 J.L. & ECON. 1 (1960).

¹⁰⁸ Sog. „tragedy of the anticommons“; vgl. *Heller*, 111 Harv. L. Rev. 621 (673-79) (1998); *Heller/Eisenberg*, 280 Sci. 698 (1998); *Lee*, 32 Am. U. Int'l L. Rev. 117 (2016); *Asay*, 66 Emory L.J. 265 (2017).

¹⁰⁹ Zu Lizenzierungsproblemen bei Registerrechten *Gorbatyuk/Overwalle/van Zimmeren*, IIC 2016, 262 (295 f.).

¹¹⁰ Europäische Kommission, SEC (2011) 615 final.

¹¹¹ Siehe *Authors Guild v. Google*, 804 F.3d 202 (2nd Cir. 2015) und zum vorangegangenen Streit um das „Google Book Settlement“ *Wielisch*, GRUR 2011, 665; §§ 60-61c UrhG.

einer individuellen Lizenz sogar für lediglich vergriffene Werke aufgegeben und den Verwertungsgesellschaften eine gesetzliche Wahrnehmungsvermutung zur Digitalisierung zugesprochen, damit allerdings die Grenzen des derzeit unionsrechtlich Zulässigen überschritten.¹¹²

- 39 Ein anderer, durch die Digitalisierung in den Vordergrund gerückter Grund für ein systemisches Marktversagen ist, dass die Zahl der für eine begehrte Nutzung zu lizenzierenden Rechte schlicht und ergreifend zu groß ist. Augenfällig wird dieses Problem namentlich im Bereich sog. Big-Data-Nutzungen. Diese zeichnen sich dadurch aus, dass ein möglichst großer Datenkorpus automatisch analysiert wird, um bisher nicht entdeckte Korrelationen und Auffälligkeiten zu erkennen. Wenn dieses Ursprungsmaterial aber jeweils einzeln urheber- oder sonst IP-rechtlich geschützt ist, scheitern Big-Data-Projekte am Erfordernis massenhafter Lizenzen. Für nicht kommerzielles, wissenschaftliches Text- und Data-Mining hat der deutsche Gesetzgeber auf diese Probleme jüngst mit einer speziellen Urheberrechtsschranke reagiert; auf Unionsebene ist eine entsprechende Regelung in der Diskussion.¹¹³ Doch auch jenseits eigentlicher Big-Data-Anwendungen gibt es Konstellationen, in denen die begehrte Nutzung in keinem Verhältnis zu den anfallenden Transaktionskosten bei individueller Lizenzierung steht, man denke etwa an Zitate, digitale Mashups oder Versuche mit patentgeschützten Innovationen.¹¹⁴ Nur für einen Bruchteil der relevanten Fälle haben die Rechtsinhaber privatautonome Lösungen wie „One-Stop-Shops“ und digitale „Clearinghouses“ etabliert,¹¹⁵ so dass gesetzgeberische Interventionen in Gestalt von Schranken oder Zwangslizenzen relevant bleiben.¹¹⁶
- 40 Und selbst wenn sich die Rechtsinhaber privatautonom zu einem „contracting into liability rules“ zusammengefunden haben oder nur eine überschaubare Zahl von Rechten zu klären ist, wäre es vorschnell, alles Weitere dem Markt zu überlassen. Zum einen können Rechtsinhaber ihre privilegierte Position einsetzen, um sonst legalen und erwünschten Produkt- oder Innovationswettbewerb durch Vereinbarungen oder

¹¹² Siehe §§ 51 f. VGG und EUGH, Urt. v. 16.11.2016 – Rs. 301/15 (Soulie und Doko).

¹¹³ Vgl. § 60d UrhG und Art. 3 RL-Vorschlag Urheberrecht im Digitalen Binnenmarkt, COM(2016) 593.

¹¹⁴ Lessig, *Remix*, 2008; Peukert, GRUR-Beilage 2014, 77 (85); Asay, 66 Emory L.J. 265 (307 ff.) (2017); Pötzlberger, *Kreatives Remixing*, Diss. Frankfurt am Main 2018.

¹¹⁵ Entgegen den Erwartungen etwa von *Merges*, 84 Cal. L. Rev. 1293 (1298) (1996); *Wünschmann*, ZUM 2000, 572 ff.; *van Zimmeren/Verbeure/Matthijs/van Overwalle*, 84 Bulletin of the World Health Organization (2006) 352 ff.

¹¹⁶ *Lev-Aretz*, 80 Brook. L. Rev. 1357 (1375 ff.) (2015) m.w.N.

durch einen unilateralen Missbrauch ihrer Marktmacht zu behindern. Um dies zu verhindern, steht die Ausübung von IP-Rechten unter dem Vorbehalt des Wettbewerbsrechts, das ggf. Lizenzvereinbarungen für unwirksam erklärt oder, umgekehrt, den Rechtsinhaber zur Lizenzierung verpflichtet.¹¹⁷ Zum anderen hat die Proliferation frei übertragbarer Patente und anderer IP-Rechte das Phänomen selbst nicht innovierender und produzierender, aber sehr aggressiver Patentinhaber – sog. Patenttrolle – hervorgebracht, die ihre Ausschließlichkeitsrechte als strategische Hebel gegenüber Herstellern einsetzen, um mit der Drohung eines Vertriebsverbots Lizenzgebühren zu erzielen, die vor der Einführung des rechtsverletzenden Produkts nicht realisierbar gewesen wären.¹¹⁸ Da derartige Sachverhalte mit dem Instrumentarium des Wettbewerbsrechts kaum erfasst werden können, wird in den USA eine Einschränkung des Unterlassungsanspruchs nach Maßgabe einer Verhältnismäßigkeitsprüfung praktiziert; entsprechende Vorschläge sind hierzulande in der Diskussion.¹¹⁹

- 41 Die von einer Lizenzverweigerung betroffenen Zugangsinteressen sind dabei keineswegs nur ökonomischer Art.¹²⁰ Werke, Erfindungen, Designs und Zeichen haben nicht nur einen Tauschwert, sondern sie kommunizieren etwas, sei es eine literarische oder ästhetische Aussage, eine technische Lehre oder ein Produktimage. Haben sie das Licht der Öffentlichkeit erblickt, löst sich ihr Kommunikationsgehalt nach überzeugender Auffassung des BVerfG „mit der Zeit von der privatrechtlichen Verfügbarkeit“ und wird „geistiges und kulturelles Allgemeingut“, das zugleich die Grundlage für weitere Innovationen bildet.¹²¹ Demgemäß können sich Urheber und andere originär Berechtigte nicht vorbehaltlos auf ihr „geistiges Eigentum“ berufen, um

¹¹⁷ Vgl. *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, 2002. Zu Patentlizenzverträgen über die Schutzdauer eines Patents hinaus vgl. *Peukert*, Gemeinfreiheit, 219 ff.; zum US-Recht *Kimble v. Marvel Entm't*, 135 S. Ct. 2401 (2015). Zum Marktmachtmissbrauch durch Verweigerung einer Lizenz an einem standardessentiellen Patent EUGH, Urte. v. 16.7.2015 – Rs. C-170/13 (Huawei Technologies/ZTE u. a.).

¹¹⁸ *Lemley*, 95 Tex. L. Rev. 1 (46–47) (2016).

¹¹⁹ Vgl. *eBay Inc. v. MercExchange*, 547 U.S. 388 (2006) und *Sonnenberg*, Die Einschränkung des patentrechtlichen Unterlassungsanspruchs im Einzelfall, 2013.

¹²⁰ *Cohen*, 97 Mich. L. Rev. 462 (1998); *dies.*, Configuring the Networked Self: Law, Code, and the Play of Everyday Practice, 2012; ferner *Gordon*, 50 J. Copyright Soc'y U.S.A. 149 (152) (2003) („transaction costs have always been only part of the story“); anders noch *Gordon*, 82 Colum. L. Rev. 1600 (1982) („fair use as market failure“); ferner *Einhorn*, 20 Cardozo Arts & Ent. L.J. 589 (2002).

¹²¹ BVerfG MMR 2000, 686 f. – Germania 3; BVerfG MMR 2016, 463 Rn. 81 ff. – Metall auf Metall.

unerwünschte Nutzungen zu unterbinden.¹²² Vielmehr müssen sie es teils mit, teils ohne finanzielle Kompensation hinnehmen, dass ihre Werke, Erfindungen usw. von Dritten ungefragt zu künstlerischen, wissenschaftlichen, kulturellen und sonst nicht-wirtschaftlichen Zwecken verwendet werden.¹²³ Für die Praxis des künstlerischen Samplings von Tonpartikeln hat das BVerfG jüngst ausdrücklich entschieden, dass der Verweis auf die bestehende Lizenzierungsmöglichkeit keinen einer gesetzlichen Einschränkung des Urheberrechts „gleichwertigen Schutz der künstlerischen Betätigungsfreiheit“ bietet. Denn Sampledatenbanken seien unvollständig, und auf die Einräumung einer Lizenz zur Übernahme des Sample bestehe kein Anspruch.¹²⁴ Für die Schranken des Urheberrechts im Interesse von Wissenschaft und Bildung gilt ebenfalls weder ein Vorrang von digitalen Verlagsangeboten noch können die gesetzlich erlaubten Nutzungen individualvertraglich beschränkt oder untersagt werden.¹²⁵ Denn der Inhaber von Urheberrechten an wissenschaftlichen Werken verfügt nach Auffassung des deutschen Gesetzgebers über ein „natürliches Monopol“ an wissenschaftlich relevanter Information, deren Zugänglichkeit stets zu gewährleisten sei.¹²⁶ Hinzuweisen ist schließlich auf das Instrument der gesetzlichen Zwangslizenz an Patenten aufgrund „öffentlicher Interessen“ gem. § 24 PatG, die beispielsweise zum Tragen kommen, wenn sich ein HIV-Arzneimittel sechs Jahre nach seiner Markteinführung als patentverletzend erweist, so dass den Patienten ein Verlust oder zumindest ein Wechsel der bisherigen, wirkungsvollen Therapie droht, ohne dass gleichwertige Ausweichpräparate zur Verfügung stehen.¹²⁷

- 42 In all diesen Konstellationen ist das Gebot des vorherigen, individuellen Lizenzerwerbs entweder gar nicht realisierbar oder mit zu hohen Transaktionskosten verbunden. An seine Grenzen stößt das Konzept des klassisch-bilateralen Vertrags ferner, wenn mit seiner Hilfe die Exklusivität der IP-Rechte in eine offen-inklusive Wissensallmende umgepolt werden soll, zu der jedermann beitragen können soll. Wie erläutert, sind die

¹²² Zum sog. „Endowment“-Effekt im Hinblick auf urheberrechtlich geschützte Werke *Buccafusco/Sprigman*, 96 Cornell L. Rev. 1 (2010); *Buccafusco/Sprigman*, 78 U. Chi. L. Rev. 31 (2011); *Leistner*, ZGE 2009, 403 ff.; skeptisch *Tur-Sinai*, 18 Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 117 (2011).

¹²³ Vgl. §§ 44a ff. UrhG, 11 PatG, 40 DesignG, Art. 12 UMV 2015/2424 und 14 MarkenRL 2015/2436.

¹²⁴ BVerfG GRUR 2016, 690 Rn. 98 – Metall auf Metall.

¹²⁵ Vgl. § 60g UrhG sowie EUGH, Urt. v. 11.9.2014 – Rs. 117/13 (TU Darmstadt) – Rn. 28 ff.

¹²⁶ BR-Drucks. 312/17, S. 17 f. Für eine Berücksichtigung von Lizenzangeboten bei der Prüfung der US-amerikanischen Fair-use-Schranke hingegen *Lev-Aretz*, 80 Brook. L. Rev. 1357 (1418) (2015).

¹²⁷ BGH GRUR 2017, 1017 Rn. 39 ff. – Raltegravir. Für ein Zwangslizenzmodell im Bereich urheberrechtlicher Bearbeitungen *Menell/Depoorter*, 102 Cal. L. Rev. 53 (53–54) (2014).

Vertragsfreiheit und das flankierende Vertragsrecht zwar grundsätzlich flexibel genug, um einige der hierbei auftretenden Rechtsprobleme zu bewältigen.¹²⁸ Inzwischen ist jedoch deutlich geworden, dass formale Lizenzen keine tragfähige Grundlage für offene und zugleich langfristig stabile Commons-Innovationsnetzwerke bieten. Zu den ungelösten Problemen zählt erstens der Fall, dass ein an einem Open-Content-Projekt Beteiligter nachträglich seine Rechtsinhaberschaft oder Verfügungsbefugnis verliert und deshalb sein weiterhin umlaufendes Lizenzierungsangebot ins Leere geht.¹²⁹ Zweitens belegt der Versuch, die Lizenzgrundlage von Wikipedia von einer Open-Source- auf eine Creative-Commons-Lizenz umzustellen, dass eine nachträgliche, formaljuristisch wirksame Änderung der einem kollaborativen Projekt zugrundeliegenden Open-Content-Lizenz praktisch unmöglich ist, weil die beteiligten Rechtsinhaber, deren Zustimmung eingeholt werden müsste, unbekannt sind.¹³⁰ Dass es trotz dieser ungelösten Probleme nicht zu dokumentierten Rechtsstreitigkeiten unter Wikipedianern und anderen Commons-Innovatoren kommt, legt den Schluss nahe, dass formale Open-Content-Lizenzen eher die soziale Funktion haben, Rechtssicherheit zu fingieren.¹³¹ Hinzu kommt, dass der Kreis der mit einer formalen Open-Content-Lizenz versehen Computerprogramme und sonstigen Innovationen relativ klein ist. Im Internet kursieren zahllose Texte, Bilder, Filme usw., deren urheberrechtlicher Status nicht oder allenfalls durch einen ©-Vermerk erläutert wird.¹³² Auch die durchaus zahlreichen, von Konsumenten initiierten Produktverbesserungen werden den betreffenden Herstellern bzw. der Online-Öffentlichkeit form- und lizenzlos zur Verfügung gestellt.¹³³

D. Hybride zwischen Eigentum und Vertrag

- 43 Um das soziale Phänomen der geplanten oder auch spontanen gemeinschaftlichen Innovation auf eine tragfähige juristische Grundlage zu stellen, werden zwei Ansätze

¹²⁸ Dazu oben B II 3.

¹²⁹ *König*, Nutzungsrecht für jedermann, 223 ff.

¹³⁰ *Wielsch*, JIPITEC 1 (2010), 96 ff.

¹³¹ *Lutterbeck*, in: Eifert/Hoffmann-Riem, Geistiges Eigentum und Innovation, 207 (224) („Für FOSS-Aktivitäten hat die Frage des Eigentums keine besondere Bedeutung. Insoweit führt eine rein lizenzrechtliche Betrachtung in die Irre.“); *Hadfield/Bozovic*, 2016 Wis. L. Rev. 981 (2016).

¹³² *Peukert*, GRUR-Beilage 2014, 77 (83); zur Monetarisierung nutzergenerierter Inhalte auf Online-Plattformen wie YouTube vgl. *Simon*, 5 Wm. & Mary Bus. L. Rev. 305 (317-324) (2014) („contracting in the dark“); *DeLisa*, 81 Brook. L. Rev. 1275 (2016).

¹³³ Vgl. v. *Hippel*, Free Innovation („transaction-free, grassroots innovation process“); *Faber*, Open Innovation, 45 ff.; *Reichwald/Piller*, Interaktive Wertschöpfung, 45 ff.

diskutiert, die als Hybride zwischen einer eigentums- und einer vertragsrechtlichen Lösung aufgefasst werden können. Ein Vorschlag geht dahin, kollaborative Innovationen nicht mehr als Bündel je einzeln juristisch zu betrachtender Teilbeiträge zu begreifen, sondern als einen einheitlichen Vermögensgegenstand, der einem eigenen Rechtsträger zugeordnet wird. Die Abwendung vom individuellen subjektiven IP-Recht, das jeder Innovator jedem Lizenzsucher einräumt, erlaubt es, passgenaue Governance-Strukturen zu entwickeln, die auf die häufig anonyme und doch gemeinschaftliche Zweckverfolgung Rücksicht nehmen. Ihr Kennzeichen ist, dass die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis von den einzelnen Projektbeteiligten auf einen gewählten oder ggf. gerichtlich benannten Treuhänder/Beauftragten verlagert wird, der für alle bindend darüber entscheidet, ob und wie die Innovation weiterentwickelt wird und welchen Lizenzbedingungen sie unterliegt.¹³⁴

- 44 Solch organisationsrechtliche Lösungen sind zwar elegant, sie sind aber nur de lege ferenda realisierbar. Denn das geltende Recht kennt weder eine „BGB-Gesellschaft ad incertas personas“¹³⁵ noch einen „Copyright Trust“.¹³⁶ Überdies basiert auch das Gesellschaftsrecht auf den vertragsrechtlichen Prinzipien der individuell zuschreibbaren Zustimmung und Bindung, die bei langfristigen Commons-Projekten wie gezeigt gerade nicht praktikabel sind. Es ist daher fraglich, ob der Wechsel vom Vertrags- in das Gesellschaftsrecht einen konzeptionellen Vorteil mit sich bringt.
- 45 Um die Realität informeller Kommunikation und kollaborativer Innovation rechtlich erfassen zu können, musste die Rechtsprechung daher einen anderen Ansatz wählen. Hätte sie auf dem geschriebenen IP-Recht und der überkommenen Rechtsgeschäftslehre beharrt, hätte insbesondere die weit verbreitete Online-Praxis des ungefragten Hyperlinkings als rechtswidrig eingeordnet werden müssen. Denn der Linksetzer gibt den verlinkten Inhalt öffentlich wieder bzw. fördert den Abruf, ohne für diese urheberrechtlichen Nutzungen eine Erlaubnis eingeholt zu haben. Dieser

¹³⁴ *Wielsch*, JIPITEC 1 (2010), 96 Rn. 57 ff. („licence steward“); *Bell/Parchomovsky*, 100 Cornell L. Rev. 1015 (1068) (2015) („owner trustee“).

¹³⁵ *Wielsch*, Zugangsregeln, 226; *König*, Nutzungsrecht für jedermann, 71 ff. *Wielsch* hat diesen Ansatz inzwischen aufgegeben; siehe *Wielsch*, in: Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovationen im Recht, 367 (384) (der Begriff der gemeinsamen Zweckverfolgung werde hierdurch unzulässig auf Austauschverträge ausgedehnt).

¹³⁶ *Bell/Parchomovsky*, 100 Cornell L. Rev. 1015 (1068) (2015) („copyright trust“); ferner *Merges*, 45 Hous. L. Rev. 1239 (1274) (2008) („What I am arguing for here is a stronger version of this: a more affirmative – and more general – way to recognize group rights“).

durchaus möglichen Konsequenz urheberrechtlichen Denkens haben sowohl der BGH als auch der EuGH mit der Begründung eine Absage erteilt, dass der verlinkte Inhaberteilnehmer selbst den ungehinderten Zugang im World Wide Web öffne. Wer dies tue, könne es nicht als unlautere Behinderung beanstanden, wenn andere diese innovative Technik einsetzen. Schließlich bestehe ein „Allgemeininteresse an der Funktionsfähigkeit des Internets“, dessen sinnvolle Nutzung ohne Suchdienste und Hyperlinks praktisch ausgeschlossen sei. Die juristische Konstruktion, mit der dieses Ergebnis erzielt wird, ist die „schlichte Einwilligung“ in „nach den Umständen übliche Nutzungshandlungen“, die ein Rechtsinhaber konkludent dadurch erklärt, dass er seinen Inhalt ohne technische Schutzmaßnahmen im Internet zugänglich macht.¹³⁷ Entgegen überwiegend kritischen Stimmen in der Literatur ist der Rechtsprechung für diese mutige juristische Innovation Respekt zu zollen.¹³⁸ Mit der Figur der schlichten Einwilligung werden die sozialen, inhärent reziproken Normen einer offenen Zugangskultur und zugleich die Allgemeininteressen an ihrer Bewahrung durch ein formloses, flexibles und weltweit wirksames rechtliches Instrument legalisiert. Zuzustimmen ist den Gerichten auch darin, dass die Geltung der konkludent erklärten Zugangsnormen davon abhängt, dass keine widersprechenden technischen Maßnahmen aktiviert sind, die auf maschineller Ebene erkennbar machen, dass der Sprecher sich an dieser offenen Kommunikationskultur eben nicht beteiligen möchte. Denn Netzkommunikation ist automatisiert und verlangt nach automatisierbaren Regeln: *Code is law*.¹³⁹

- 46 Schließlich kann auch die passive Duldung rechtsverletzender Nutzungen als Hybrid zwischen Eigentum und Vertrag begriffen werden. Denn es handelt sich um eine Ausübung der Privatautonomie, die nicht die juristische Form eines Rechtsgeschäfts annimmt. Es obliegt eben dem Berechtigten, ob er um sein Recht kämpft oder hierauf – aus welchen Gründen auch immer – verzichtet. Ganze Branchen und Online-Plattformen wie YouTube und Wikipedia beruhen darauf, dass die Beteiligten nicht auf der Beachtung und formal-vertraglichen Abwicklung ihrer IP-Rechte beharren.¹⁴⁰

¹³⁷ BGH GRUR 2003, 958 (961 f.) – Paperboy; BGH GRUR 2010, 628 Rn. 28 ff., 33 ff. – Vorschaubilder I; EUGH, Urt. v. 13.2.2014 – Rs. C-466/12 (Svensson u.a.) – Rn. 15.

¹³⁸ Peukert, FS Wandtke, 2013, 455 ff.; Wielsch, GRUR 2011, 665 (671 f.); a.A. Leistner/Stang, CR 2008, 499 (507); Spindler, GRUR 2010, 785 (791); Senftleben, RIDA 235 (2013), 2 (59 ff.).

¹³⁹ Peukert, GRUR-Beilage 2014, 77 (83 f.).

¹⁴⁰ Oben Fn. 132. Zur Ausübung des Halbleiterschutzrechts durch Chip-Hersteller Hoeren, IIC 2016, 763 ff.

E. Schluss: Vom bleibenden Sinn der Eigentumsfrage

- 47 Die Darstellung des Verhältnisses zwischen IP-Rechten, Privatautonomie und Innovation hat ergeben, dass das geltende Recht ein hohes materielles IP-Schutzniveau mit einer äußerst weitreichenden Anerkennung der Privatautonomie der Berechtigten kombiniert. Dieser Regulierungsansatz hat den Vorteil, dass er sehr anpassungsfähige Rahmenbedingungen für Innovationen schafft. Wer für seine Innovation eine umfassende Exklusivität benötigt, kann unter Geltung der beiden genannten Prinzipien ebenso operieren wie Akteure, die auf IP-Schutz teilweise oder ganz verzichten möchten, weil ihnen dies unter den gegebenen Wettbewerbsbedingungen vorzugswürdig erscheint. Wie das Beispiel der Open-Source- und sonstigen Open-Content-Lizenzen zeigt, können sich mithilfe der Privatautonomie sogar ganz neue Formen innovativer Zusammenarbeit herausbilden, die ihrerseits auf das IP-Gesetzesrecht zurückwirken.¹⁴¹
- 48 Die Erfahrung lehrt, dass eine solch dezentrale Marktwirtschaftsordnung über eine höhere Input- und Output-Legitimation als alternative, insbesondere planerisch-hoheitliche Wirtschaftssysteme verfügt. Sie verbindet Freiheit mit Verantwortung, überlässt es den Marktteilnehmern, ob und wie sie innovieren und investieren, weist Gewinne und Verluste demjenigen zu, der sie verantwortet, und zwingt niemanden dazu, Produkte anzubieten oder nachzufragen.¹⁴² Wer all dies für wünschenswert hält, kann auf die Kombination aus Eigentumsform und Privatautonomie nicht verzichten, denn sie sind für die marktlichen Transaktionen und die auf ihnen beruhende Preisbildung konstitutiv.¹⁴³
- 49 Und doch konnte gezeigt werden, dass die naheliegende Folgerung zu kurz greift, der Gesetzgeber könne sich darauf beschränken, möglichst umfassende und zugleich fungible IP-Rechte zu kodifizieren, da der Markt stets für eine effiziente und auch sonst sozial wünschenswerte Ressourcenallokation sorgt. Denn die mit ausschließlichen IP-

¹⁴¹ Oben Fn. 70; zur wachsenden Bedeutung urheberpersönlichkeitsrechtlicher Befugnisse *Bauer/Franke/Tuertscher*, *Information Systems Research* 27 (2016), 724; *Bechtold/Engel*, *MPI Collective Goods Preprint*, No. 2017/4, <https://ssrn.com/abstract=2941499>, 24 m.w.N.; allgemein *Peukert*, in: *Eifert/Hoffmann-Riem* (Hrsg.), *Geistiges Eigentum und Innovation*, 299 (305); *Watt*, 18 *J. Intell. Prop. L.* 173 (205) (2010); *Wielsch*, in: *Hoffmann-Riem* (Hrsg.), *Innovationen im Recht*, 367 (376, 397).

¹⁴² Siehe *Scotchmer*, *Innovation and Incentives*, 97.

¹⁴³ So auch *Epstein*, 62 *Stan. L. Rev.* 455 (520 f.) (2010); *Merges*, *Justifying Intellectual Property*, 5.

Rechten verbundenen Transaktionskosten stehen diesem Ziel nicht selten im Wege. Erst recht zurückzuweisen ist die zirkuläre, aber durchaus politisch relevante Argumentation, IP-Rechte müssten geschaffen werden, um einen Lizenzmarkt zu etablieren.¹⁴⁴ Vielmehr bleibt die stets vorab zu klären, ob das mit IP-Rechten verbundene Zustimmungserfordernis dem Grunde nach gerechtfertigt ist. Entfällt es, kann jedermann seine kognitiven Fähigkeiten und sonstigen Ressourcen einsetzen, um aufbauend auf dem veröffentlichten Wissen weiter zu innovieren oder zu investieren. Dass ein solches No-IP-Rights-Regime nachhaltig und innovationsförderlich ist, beweist die strukturelle Gemeinfreiheit grundlegender Ideen und Konzepte sowie die nach gewisser Zeit eintretende Gemeinfreiheit aller Werke, Erfindungen, Designs und anderer Innovationen.¹⁴⁵ Bestimmte Nutzungen geschützter Innovationen wie Zitate, Parodien und wissenschaftliche Versuche können aus individuell-grundrechtlicher Sicht so bedeutsam sein, dass sie nicht einmal in Individualverträgen wirksam abbedungen werden können.¹⁴⁶ Nach Auffassung des führenden US-amerikanischen IP-Rechtlers *Mark Lemley* verändern die Digitalisierung, Robotik und Biotechnologie die Kosten und Bedingungen für Innovationen und ihre Verbreitung so grundlegend, dass IP-Rechte überhaupt nur noch ausnahmsweise für besonders teure Neuerungen wie Arzneimittel und Kinofilme gerechtfertigt seien.¹⁴⁷

- 50 Was auch immer man von solchen Vorhersagen halten mag: Sie können überhaupt nur auf der Ebene des materiellen IP-Rechts und damit des Eigentums diskutiert werden, das der Vertragsfreiheit logisch vorausliegt. Auch eine noch so elaborierte Vertragsrechtstheorie erübrigt die Frage nach dem Sinn des Eigentums nicht.

¹⁴⁴ So aber ErwGrd. 31 S. 3 RL-Vorschlag Urheberrecht im Digitalen Binnenmarkt, COM(2016) 593, 14.9.2016; kritisch *Peukert*, Research Paper of the Faculty of Law, Goethe University Frankfurt am Main No. 22/2016, <https://ssrn.com/abstract=2888040>, Rn. 88 ff.

¹⁴⁵ Zu den Funktionen der Gemeinfreiheit *Peukert*, Gemeinfreiheit, 55 ff.

¹⁴⁶ *Peukert*, Gemeinfreiheit, 227 ff. m.w.N.

¹⁴⁷ *Lemley*, 90 N.Y.U. L. Rev. 460 (2015) („IP in a world without scarcity“).