

# Geistiges Eigentum und Innovation

Innovation und Recht I

Herausgegeben von

Martin Eifert

Wolfgang Hoffmann-Riem



Duncker & Humblot · Berlin 2008

# Innovationsfreiheit und Innovationsverantwortung: Geistiges Eigentum und öffentliche Ziele *post grant*

Von *Christine Godt*

I. Einleitung: „Nachsteuern“ <i>ex post</i> ? .....	363
II. Ausweitung der Schutzrechte .....	364
III. Feinsteuerung von Patentschutz <i>ex post</i> .....	367
1. Kategorienbildung .....	367
2. Tableau verfügbarer Instrumente <i>ex post</i> .....	369
a) Governance Arrangements .....	369
aa) Akteur Staat .....	370
bb) Akteur Industrie .....	371
cc) Kooperation von Staat und Industrie .....	372
b) Verwertung und Gegenrechte .....	372
aa) Lizenzierung und Reach Through .....	372
bb) Benefit Sharing .....	373
c) Der Unterlassensanspruch .....	374
IV. Theorie des Eigentums an Information .....	375
V. Resümee .....	377

## I. Einleitung: „Nachsteuern“ *ex post*?

Der folgende Beitrag befasst sich mit dem Verhältnis von Geistigem Eigentum und öffentlichen Zielen in der *post grant* Phase. Der Begriff *post grant* wird im folgenden nicht auf erteilungsgebundene Schutzrechte reduziert, sondern bezieht auch das Urheberrecht ein, das bekanntermaßen unmittelbar mit der Werkschöpfung entsteht. Er lenkt die Aufmerksamkeit auf den Zeitraum nach Entstehen eines Schutzrechts. Nach herkömmlicher Dogmatik ist die staatliche Steuerung von öffentlichen Interessen auf die Erteilungsphase durch die Konkretisierung der Erteilungsvoraussetzungen begrenzt. Ist das Eigentumsrecht aber entstanden, soll der staatliche Zugriff *ex post* auf rechtfertigungsbedürftige Einzelfälle begrenzt sein. Der folgende Beitrag setzt sich mit dieser von der eigentumsrechtlichen Dogmatik vorgeprägten Gabelung *ex post/ex ante* auseinander, wobei er sich arbeits-

teilig auf die *ex post* Phase beschränkt.<sup>1</sup> Er geht von der widersprüchlichen Beobachtung aus, dass sich Schutzrechte *ex ante* trotz<sup>2</sup> und mittels<sup>3</sup> vielfältiger gesetzlicher Maßnahmen einerseits ausgeweitet haben. Andererseits geben vielfältige Arrangements *ex post* den Schutzrechten erst das eigentliche Profil und bringen die Spannungen zwischen Schutzrechten und etwaig gegenläufigen öffentlichen Interessen zum Ausgleich.

Dieser Beitrag versteht sich als Überblicksaufsatz, der ein Problemfeld umreißen will. Er ist nicht auf eine Detailanalyse angelegt.<sup>4</sup> Ein einführender Abschnitt zeichnet die Strukturen nach, warum sich Schutzrechte in Quantität und Qualität in den vergangenen Jahren ausgeweitet haben (II). Im nächsten Abschnitt werden die Möglichkeiten der Nachsteuerung *ex post* sondiert – ohne Anspruch auf Vollständigkeit (III.). Dazu werden zunächst in der gebotenen Kürze die klassischen Eingriffsinstrumente benannt (III.1.). Der Schwerpunkt des Beitrags liegt aber auf solchen Arrangements, in denen auf andere Weise als durch klassischen Eingriff der Inhalt der Schutzrechte konkretisiert wird (III.2.). Ein darauf aufbauender Abschnitt beschreibt die konzeptionellen Wurzeln der herkömmlichen Bifurkation und skizziert ein theoretisches Gegenmodell (IV.). Ein abschließendes Resümee schließt den Beitrag ab (V.).

## II. Ausweitung der Schutzrechte

Die gewerblichen Schutzrechte, allen voran der Patentschutz, haben sich in den vergangenen Jahren quantitativ und qualitativ ausgeweitet. Der quantitative Anstieg wird dokumentiert durch den stetigen Anstieg von beantragten und erteilten

<sup>1</sup> s. zur *ex ante* Phase den Beitrag von *Schneider* in diesem Bande.

<sup>2</sup> Zwei Beispiele: die sog. „Linux-Klausel“ § 32 Abs. 3 Satz 3 UrhG und der Zugang für Wissenschaft und Forschung zu öffentliche Bibliotheken § 52 a UrhG (verlängerte Regel bis Dez. 2009).

<sup>3</sup> Zwei Beispiele: Datenbank-RL 96/9/EG (ABl. EG L 77 vom 27. 3. 1996, S. 22), dazu *Michel Vivant*, La Privatisation de l'information par la propriété intellectuelle, *Revue Internationale de Droit Economique*, 2006, p. 361–388 und *Eileen Sheehan*, Sui Generis Database Protection in the Light of ECJ Caselaw, in: Ullrich/Govaere (Hrsg.), *Intellectual Property, Market Power, and the Public Interest*, 2008 (i.E.); Biopatent-RL 98/44/EG (ABl. EG L 213 vom 30. 7. 1998, S. 13), dazu *Christine Godt*, Eigentum an Information: Patentschutz und allgemeine Eigentumstheorie am Beispiel genetischer Information, 2007, S. 13, 19, 348.

<sup>4</sup> Z. B. zur konzeptionellen Einbettung eines differenzierten Anspruchs auf Zugang zu Forschungsinstrumenten, *Christine Godt*, Research Tools: Patents & the Information Market in the Knowledge based Economy, in: Ullrich/Govaere (Hrsg.), *Intellectual Property, Market Power, and the Public Interest*, 2008 (i. E.); zum Problemfeld des internationalen Regimes zur Versorgung mit AIDS-Medikamenten, *Christine Godt*, The So-called „Waiver Compromise“ of Doha and Hong Kong: About Contested Concepts of the Nature of the International Intellectual Property System – A Comment, in: Ullrich/Govaere (Hrsg.), *Intellectual Property, Public Policy, and International Trade*, 2007.

Patenten.<sup>5</sup> Diese Veränderung ist nur unzureichend durch die fortschreitende Technologieentwicklung erklärt. Die Wandlungsprozesse greifen tiefer und lassen sich zu drei Triebkräften bündeln. Die erste Antriebskraft ist die veränderte Nutzung des Patentschutzes, die anderen Managementprinzipien geschuldet ist.<sup>6</sup> Patente werden heute strategisch benutzt. Die großen Akteure sichern mit Patenten im Vorfeld Fortentwicklungsmöglichkeiten ab, zielen auf „bargaining chips“ für die späteren Verhandlungen mit Wettbewerbern<sup>7</sup> und schützen den eigentumsgestützten Transfer von Informationen zwischen international selbständig agierenden Produktionseinheiten.<sup>8</sup> Die kleineren Akteure sichern mit Patenten den Marktzutritt und den Zugang zu Finanzmärkten. Hier haben Patente eine symbolische Bedeutung für technologisches Leistungspotential. Die zweite Antriebskraft ist technologischer Natur. Sowohl für die Biotechnologie als auch für die Informationstechnologie ist charakteristisch,<sup>9</sup> dass während der Entwicklungsphase bis zur Produktreife Schutzrechte akkumuliert werden (Schlagwort: „thick upper tail“<sup>10</sup>). Die dritte Triebkraft liegt in dem Schutz von Information als solcher,<sup>11</sup> die sich durch drei Eigenschaften von „normalen“ patentfähigen technischen Lehren unterscheidet. (1) Eine spezifische Information ist nicht ersetzbar.<sup>12</sup> (2) Information ist kein qua-

<sup>5</sup> Die durchschnittliche, jährliche Wachstumsrate von Anmeldungen und erteilten Patenten beträgt zwischen 6 und 7% (in absoluten Zahlen für die EPO 2003: 60.000 Patentanmeldungen, 30.000 erteilte Patente), <http://www.epo.org/about-us/office/annual-reports/2004/business-report.html> (zuletzt abgerufen am 10. März 2008).

<sup>6</sup> *Alexander J. Wurzer/Lorenz Kaiser*, Patente, Produkte und Profite, *Harvard Business Manager*, March 2006, S. 23–35; *Economist Intelligence Unit*, The Value of Knowledge – European Firms and the Intellectual Property Challenge, 2007, [http://graphics.eiu.com/files/ad\\_pdfs/eiu\\_EuropeIPR\\_wp.pdf](http://graphics.eiu.com/files/ad_pdfs/eiu_EuropeIPR_wp.pdf) (zuletzt abgerufen im März 2008).

<sup>7</sup> *Steven Anderman*, The Strategic Use of Patent Enforcement and Acquisition and Competition Law, in: Ullrich/Govaere (Hrsg.), *Intellectual Property, Market Power, and the Public Interest*, (2007), i. E.

<sup>8</sup> *Dietmar Harhoff*, Intellectual Property Rights in Europe – where do we stand and where should we go?, Contribution to the project „Globalisation Challenges for Europe and Finland“, organised by the Secretariat of the Council of Europe, 2006, [http://www.vnk.fi/hankkeet/talousseneuvosto/tvo-kokoukset/globalisaatioseelvitys-9-2006/artikkelit/Harhoff\\_06-09-20.pdf](http://www.vnk.fi/hankkeet/talousseneuvosto/tvo-kokoukset/globalisaatioseelvitys-9-2006/artikkelit/Harhoff_06-09-20.pdf) (zuletzt abgerufen am 10. März 2008); *Godt*, Eigentum an Information (Fn. 3), p. 452.

<sup>9</sup> Für die Biotechnologie: *Kyle Jensen/Fiona Murray*, Intellectual Property Landscape of the Human Genome, *Science* 310 (2005), pp. 239–240; für die IT-Branche: *Carl Shapiro*, Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools, and Standard-Setting, 2001, <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/thicket.pdf> (zuletzt abgerufen am 10. März 2008).

<sup>10</sup> *James Bessen/Eric Maskin*, Sequential Innovation, Patents, and Imitation, (1999, rev. 2006), <http://www.researchoninnovation.org/patent.pdf> (zuletzt abgerufen am 10. März 2008); *Suzanne Scotchmer*, Standing on the Shoulders of Giants: Protecting Cumulative Research, in: Scotchmer (Hrsg.), *Innovation and Incentives*, 2004.

<sup>11</sup> *Hanns Ullrich*, GRUR Teil B, in: Immenga/Mestmaecker (Hrsg.), EG-Wettbewerbsrecht (Band 1), 1997, Rn. 7, 22; *Peter Drahos/John Braithwaite*, Information Feudalism: Who owns the Knowledge Economy?, 2002; *Reto M. Hilty*, La Privatisation de l'Information par la Propriété intellectuelle: Probleme et Perspective, *Revue internationale de droit économique* 2006, p. 353–359.

<sup>12</sup> *Hilty* (Fn. 11).

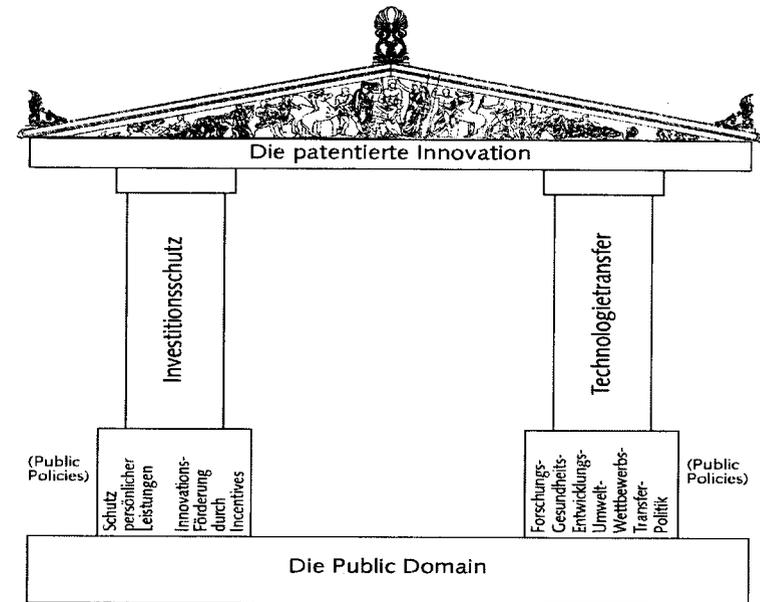
litativer Begriff. (3) Information ist leicht zu kopieren. Das erste Charakteristikum der Nicht-Ersetzbarkeit war ehemals der Grund, Entdeckungen vom Patentschutz auszuschließen. Ein „Drum-Herum-Erfinden“ ist hier nicht denkbar. Der Anreiz für die Wettbewerber, nicht von einem anderen Patent abhängig zu sein, ist aber ebenso Funktionsbestandteil des Patentschutzes wie der Anreiz, der von den ermöglichten Monopolpreisen unter Ausnutzung des Patents ausgeht. Das zweite Charakteristikum ist Ursache dafür, dass die Prüfung der qualitativen Tatbestandsmerkmale der Patentierbarkeit, insbesondere die Erfindungshöhe, zum Problem geworden ist. Das dritte Charakteristikum erklärt, warum die Rechtsinhaber zunehmend ihre Rechte durch Lizenzierung auch auf dem Endverbrauchermarkt und gegenüber den Nutzern verwerten.<sup>13</sup> Sie suchen die Erschöpfung zu vermeiden. Dadurch erweitert sich die Rechtmacht der Rechtsinhaber gegenüber Geschäftspartnern und Nutzern.

Hinter diesen Triebkräften versteckt sich der gesellschaftliche Wandel von einer territorial ausgerichteten Industriegesellschaft hin zu einer globalen Informationsgesellschaft. Früher lag der Schwerpunkt der Schutzrechte auf dem Recht auf Ausschluss, das dem Erfinder Anreiz für Kreativität sein sollte. Heute hat sich das Zielprogramm von der Invention auf die Innovation verlagert. Im Gegensatz zur Invention ist die Innovation durch die breite Durchsetzung einer neuen Technologie auf der Zeitschiene gekennzeichnet. Im Zentrum dieses Wandels steht die Spannung zwischen Investitionsschutz und Technologietransfer. Beides setzt Kommodifizierung von Information voraus. Indes sind die Ziele divergent. Investitionsschutz streitet stets für breiten Schutz („return of investment“), während Technologietransfer tendenziell schmalen, aber eigentumsgeschützten Schutz erfordert, der den Transfer von Information von der Grundlagenforschung in die Wirtschaft und den Informationstransfer zwischen unabhängigen Einheiten absichert.

Diese Umsteuerung von der Invention zur Innovation hat Auswirkungen auf die Verwertung von geistigem Eigentum. Es sind drei Überlegungen, die ein „Nachfassen“ *ex post* erfordern. Erstens ist die Abwägung der öffentlichen Interessen zu dem frühen Zeitpunkt der Patenterteilung nicht abschließend zu bewältigen. Dies ist das von Ingrid Schneider beschriebene „Paradoxiedilemma“.<sup>14</sup> Zweitens folgt aus der Ausweitung von Eigentumsschutz an Information, dass der angemessene Zugang zu eigentumsgeschützter Information abgesichert werden muss. Früher basierte die Patenterteilung auf einer Entgegensetzung von Eigentumsschutz zugunsten des Erfinders und den Zugangsinteressen der Allgemeinheit, die einerseits durch die Begrenzung der Patentierbarkeit, andererseits durch die Offenbarung abgesichert wurden. Durch die Ausweitung des Schutzes und die kunstvoll formulierten Patente hat sich die Balance zugunsten der Anmelder verschoben. Auf diesen Wandel muss durch Gewährung von Zugangsrechten reagiert werden. Diese sind dogmatisch in Bezug auf die verschiedenen Legitimationsgründe abzustufen. Drittens

<sup>13</sup> Godt (Fn. 3), S. 287.

<sup>14</sup> s. den Beitrag von Schneider in diesem Band; zuvor ähnlich Wolfgang Scholl, *Innovation und Information*, 2004.



Aus: Christine Godt, *Eigentum an Information*, 2007, S. 563.

bedarf die vertragliche Verwertung der Schutzrechte einer normativen Einbettung, die zum einen die Freiheit der Geschäftspartner und zum anderen die Funktionsvoraussetzungen der geistigen Schutzrechte wahrt.

### III. Feinsteuerung von Patentschutz *ex post*

#### 1. Kategorienbildung

Die Instrumente der *ex post* Phase lassen sich nach verschiedenen Kategorien ordnen. Üblich ist die Ordnung nach Eingriffstiefe. Danach werden Tatbestands einschränkungen *ex ante* (Handlungen die nicht als vom Schutzbereich erfasst konzipiert sind<sup>15</sup>) von rechtfertigungsfähigen Eingriffen *ex post* (Zwangslizenz, Wirkungsbeschränkung) sowie von Gegenrechten (patentrechtliche Abhängigkeit im Patentrecht) und die Vertragskontrolle unterschieden. Man spricht auch von patentimmanenten und externen Schranken. Die Perspektive ist diejenige des Schutzrechtsinhabers. Das Leitziel ist die Förderung der Erfindungstätigkeit durch Anreize. Aus dem breiten Tableau potentieller Instrumente werden landläufig nur drei

<sup>15</sup> Etwa die urheberrechtlichen Schranken der §§ 45–63 UrhG, das patentrechtliche Versuchs- und Forschungsprivileg der § 11 Nr. 2 PatG und Art. 5 Abs. 3 GG.

diskutiert, (1) das Versuchs- bzw. Forschungsprivileg, (2) die Zwangslizenz auf Basis von entweder Patent- oder Wettbewerbsrecht und (3) wettbewerbsrechtliche Vertragsklauselverbote bei der Lizenz. Diese drei Instrumente spielen indes in der Praxis eine randständige Rolle. Die patentrechtliche Zwangslizenz findet *de facto* keine Anwendung; das Gesetz wirkt allenfalls präventiv zur Disziplinierung der Lizenzvergabe. Das patentrechtliche Versuchsprivileg ist denkbar schmal, da es nur Handlungen erfasst, die auf die Prüfung der technischen Lehre gerichtet sind. Die Forschungsfreiheit als Privilegierungstatbestand ist rechtlich unscharf; sie ist allein durch die Gerichtsentscheide zu klinischen Versuchen konturiert.<sup>16</sup> Sie behandeln den Sonderfall der klinischen Anwendungsexperimente, erfassen aber nicht den Forschungsalltag.<sup>17</sup> Bedeutung haben in der Praxis allein die wettbewerbsrechtlichen Instrumente der Zwangslizenz und die Klauselverbote. Aber auch diese finden nur Anwendung bei den spezifischen kartellrechtlichen Konstellationen – und kommen nach übereinstimmender Ansicht „zu spät“.<sup>18</sup>

Eine Alternative zur tatbestandsbezogenen Ordnung (intern, extern) ist eine Kategorisierung der Instrumente nach patentrechtlichen Zielen. Dadurch wird das breite Spektrum der vom Patentschutz zu erreichenden Ziele offenbar. Das Ziel der Inventionsförderung wird ersetzt durch die Innovationsförderung. Letzteres ist nach jüngster sozialwissenschaftlicher Forschung der Oberbegriff für zweierlei,<sup>19</sup> Invention *und* die technologische Durchsetzung mit Breitenwirkung. Für die technologische Breitenwirkung bedarf es dreierlei. Es braucht die Anschlussmöglichkeit von Wettbewerbern, die Verwertung der Erfindung, damit eine Idee technologisch wirksam sein kann, und die Nutzung durch Anwender („Zugang“). Als zusätzliche Ziele kommen der instrumentelle Einsatz des Inventionsanreizes für andere politische Ziele (Entwicklungs- und Umweltpolitik) und die angemessene Wahrung von Gegenrechten in den Blick (Recht auf personale und kulturelle Autonomie). Damit sind neben dem Inventionsanreiz fünf weitere inhärente Patentrechtsziele identifiziert.

Durch diese Auffächerung erreicht man dreierlei: Erstens greift der Begriff der Innovation das Spannungsverhältnis von Investitionsschutz und Technologietransfer auf. Beides ist Ziel der Schutzrechtsvergabe. Aber die Verwertung ist nicht ausschließlich der Diskretion des Inhabers zugeordnet. Die Ziele von technologischer Weiterentwicklung („Anschluss“) und Zugang werden nicht als Eingriff verkürzt. Vielmehr hat das Patentrecht selbst durch angemessenen Zuschnitt diese Ziele selbst zu verwirklichen. Damit sind Schutzrechte nicht mehr eindimensional auf

<sup>16</sup> BVerfG, Beschluss vom 10. Mai 2000, GRUR 2001, S. 43; BGHZ 130, 259 und BGHZ 135, 217 – Klinische Versuche I und II.

<sup>17</sup> Zu Vorschlägen zur erweiterten Auslegung s. *Henrik Holzapfel*, Das Versuchsprivileg im Patentrecht und der Schutz biotechnologischer Forschungsinstrumente, 2003.

<sup>18</sup> *Josef Drexler*, The Relationship between Legal Exclusivity and Economic Market Power – Links and Limits, in: Ullrich/Govaere (Hrsg.), Intellectual Property, Market Power, and the Public Interest, (2007) i. E.

<sup>19</sup> Kongruent mit dem aus der Mode gekommenen Begriff des „technischen Fortschritts“.

einen einzigen Zweck (Inventions-/Werkschutz) ausgerichtet. Informationseigentum wird dadurch begreifbar als Institution einer Marktordnung, die konkurrierende Ziele in Einklang bringt.<sup>20</sup> An dieser Feinsteuerung hat das Wettbewerbsrecht maßgebenden Anteil, das sich heute als innovationsförderndes Recht<sup>21</sup> versteht – und nicht nur als Missbrauchkontrolle für die Ausübung gewerblicher Schutzrechte.<sup>22</sup> Mit dieser Neuorientierung beansprucht das Wettbewerbsrecht *post grant* den Schutzbereich von geistigem Eigentum mit zu bestimmen.<sup>23</sup> Zweitens kommen durch die Auffächerung der Ziele komplexere Arrangements der Praxis in den Blick, die sich nur „im Schatten des Rechts“ entwickeln. Drittens können moderne, schutzrechtsbezogene Diskurse systematisch einbezogen werden, die ehemals als „öffentliche Interessen“ diskutiert wurden und heute in einen individualisierten Diskurs über „Gegenrechte“ zum Geistigen Eigentum überführt worden sind. Hier tun sich Möglichkeiten der Feinsteuerung für die Konflikte auf, die in der binären Entscheidung über Patententing / Nicht-Patentierung in der *pre grant* Phase nicht abgearbeitet werden können.

## 2. Tableau verfügbarer Instrumente *ex post*

Drei Veränderungen im Recht des Geistigen Eigentums sollen im Folgenden hervorgehoben werden, sog. Governance Arrangements (a), ein neuartiger Diskurs über Gegenrechte (b) und der Tabu-Bruch der Beschränkung des Unterlassensanspruchs (c).

### a) Governance Arrangements

„Governance Arrangements“ sind dadurch gekennzeichnet, dass der Staat unter Verzicht auf den klassischen Eingriff reguliert und sich private und öffentliche

<sup>20</sup> Zu einer philosophischen Grundlage dieses dogmatischen Ansatzes siehe *David B. Resnik*, A Pluralistic Account of Intellectual Property, 46 Journal of Business Ethics 319–335 (2003).

<sup>21</sup> *Hanns Ullrich*, Expansionist Intellectual Property Protection and Reductionist Competition Rules: A TRIPS Perspective, Journal of International Economic Law, 7 (2004), pp. 401–430.

<sup>22</sup> Ausdruck dieser Konzeption war die sog. Inhaltstheorie, nach der das Wettbewerbsrecht den Inhalt des Patents als Vorgabe akzeptiert und nur das Ausgreifen über den geschützten Inhalt der Wettbewerbskontrolle unterwirft, dazu ausführlich *Andreas Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, 2002, S. 145 ff.; aktualisiert *ders.*, Gefährdung von Rechten des geistigen Eigentums durch Kartellrecht? Der Fall Microsoft und die Rechtsprechung des EuGH, GRUR 2006, S. 705 ff.

<sup>23</sup> Kristallisationspunkt dieser Entwicklung ist die berühmte *Magill*-Entscheidung des EuGH aus dem Jahr 1995 (C-241/91, Amtl. Slg. EuGH 1995, I-743), gefolgt von der Entscheidung *IMS Health*, C-418/01, Amtl. Slg. EuGH 2004, I-5039. Die Linie wurde für die heute so bedeutsame Normung durch den BGH in der Spuntfass-Entscheidung verlängert, dazu *A. Heinemann*, Immaterialgüterschutz (Fn. 22), auch *Hanns Ullrich*, Patente, Wettbewerb und technische Normung, GRUR 2007, S. 817 ff.

Regulierung „im Schatten des Rechts“ vermischen. Derartige Mischformen können sowohl vom Staat als auch von der Industrie angestoßen sein. Sie entwickeln sich vor allem in den Problemfeldern, wo den Akteuren klassische Handlungsformen verschlossen sind, wie bei transnationalen Problemen.

#### aa) Akteur Staat

Ein Nationalstaat stößt an Grenzen, wenn er außerhalb seines Territoriums regulieren und/oder auf Akteure einwirken will, die nicht seiner Herrschaftsgewalt unterworfen sind. Die Politik muss dann auf andere Steuerungsformen ausweichen. Ein Beispiel ist das Arrangement zur AIDS-Bekämpfung in Afrika. Nachdem die WTO im Nov. 2001 die „Doha-Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health“<sup>24</sup> verabschiedet hatte, setzte die Europäische Kommission ein doppeltes Instrument ein. 2003 stellte sie der Industrie ein Zollregime<sup>25</sup> zur Verfügung, das das sog. „tiered pricing“ ermöglichte und auf Antrag wirksam wird. Entgegen der regulären Wettbewerbspolitik unterstützt es die Industrie darin, AIDS-Medikamente weltweit zu unterschiedlichen Preisen zu vermarkten. Dieses Regime verhindert den Rückfluss von verbilligt auf Niedrigpreismärkten in den Verkehr gebrachten Waren in den hochpreisigen Industriemarkt. In Ergänzung dazu erließ die Kommission 2006 im Einklang mit der Hong Kong-Revisionsentscheidung zu Art. 31 *bis* TRIPS<sup>26</sup> die EU-Verordnung 816/2006<sup>27</sup>, die die Erteilung einer Zwangslizenz für Exporte ermöglicht.<sup>28</sup>

Der Staat stößt des Weiteren an Grenzen, wo er bereichsspezifisch in Eigentumsrechte eingreifen will. Ein beliebtes Mittel sind ergänzende Vorschriften im Zusammenhang von finanziellen Förderentscheidungen. Weltweit wird heute zu Zwecken der Forschungsförderung das deutsche Modell diskutiert, einen Forschungsnehmer mit dem Zuwendungsbescheid zu verpflichten, die Ergebnisse aus öffentlicher Finanzierung breit zu lizenzieren, bzw. mindestens öffentlichen For-

<sup>24</sup> Download: <http://www.wto.org>.

<sup>25</sup> Regulation (EC) No. 935/2003, O.J.C.E. L 135/5 (26. 5. 2003), amended by Regulation No. 1876/2004, O.J.C.E. L 326/22 (29. 10. 2004), see the Commission's First Annual Report on the Regulation 953/2003, published 23. 5. 2005, SEC (2005) 896. Kritisch zu diesem Regime *Lorraine Gallagher*, Access to Medicines in Developing Countries – Compulsory Licensing for Export: A Significant Step Forward or Merely Symbolic?, Politics Department, College of Europe, Bruges, 2005, p. III: „A mountain has given birth to a mouse“. Tatsächlich hat erst ein Unternehmen von diesem Angebot Gebrauch gemacht.

<sup>26</sup> Transpositionsfrist im Dez. 2007 verlängert auf Dez. 2009, ausführlich *Godt*, The So-called „Waiver Compromise“ (Fn. 4); *Frederick Abbott*, The WTO Medicines Decision: World Pharmaceutical Trade and the Protection of Public Health, *American Journal of International Law*, 99 (2005), pp. 317–358.

<sup>27</sup> ABl. EU (2006), Nr. L 157/1 (9. 6. 2006).

<sup>28</sup> *Carlos M. Correa*, Assessment of the Proposed EU Regulation on the Compulsory Licensing of Generic Drugs for Export to Developing Countries, EP/ExPol/2004/07 v. 1. Febr 2005.

schungseinrichtungen freien Zugang zu gewähren.<sup>29</sup> Die Europäische Gemeinschaft wirkt auf Forschungsnehmer durch sog. Modellverträge ein, in denen sie den Forschungsnehmern nahe legt, auf bestimmte Rechte gegenüber Kooperationspartnern zu verzichten.<sup>30</sup>

#### bb) Akteur Industrie

Auch die Industrie hat ihre Strategie im Umgang mit Schutzrechten diversifiziert. Weder setzt sie durchgängig auf eine Patentverteidigung,<sup>31</sup> noch vertraut sie darauf, dass sich die Partner jeweils Patente im Wege der Kreuzlizenz Rechte einräumen. Vielmehr wird strategisch entschieden, ob Schutzrechte angemeldet werden – oder ob eigentumsrechtlich geschütztes Wissen ganz oder mit Vertragsbindungen der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden. Auch die Duldung der Schutzrechtsverletzung kann langfristig effizient sein:

Ein Beispiel für das Einstellen von Wissen in die *public domain* ist die Förderung von öffentlichen Forschungseinrichtungen, die Wissen in die *public domain* stellen.<sup>32</sup>

Eine Form der *Quasi-Public Domain* ist das patentrechtliche SNP-Konsortium (SNP sind Single Nucleotide Polymorphisms). Indem diese Allele (DNA-Abschnitte) in die *public domain* gestellt werden, sind sie nicht mehr appropriierbar.<sup>33</sup> Einen vergleichbaren rechtlichen Status haben die 2 Millionen 1997 ins Netz gestellten IBM-Patente.<sup>34</sup> Eine weitere Spielart der *Quasi-Public Domain* sind *General Public Licenses* im Urheberrecht, die große Unterstützung von Teilen der Industrie erfahren haben.<sup>35</sup>

<sup>29</sup> Z. B. Nr. 8.1 Nebenbestimmungen für Zuwendungen des BMBF (BNBest-BMBF 98 und NKBF 98, jüngste Version April 2006, beides über <http://www.bmbf.de>), dazu *Godt* (Fn. 3), S. 166.

<sup>30</sup> *Christine Godt*, Forschungs-, Wissenschafts- und Technologiepolitik (Kap. N.), in: Dausen (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 2006, Rn. 33.

<sup>31</sup> Allerdings gibt es auch weiterhin Fälle aggressiver Patentverteidigung, dazu *Anderman*, (Fn. 7).

<sup>32</sup> Bsp.: Merck förderte die Erstellung einer öffentlichen Gen-Datenbank durch die Universität Madison Wisconsin; zu der ökonomischen Rationalität eines solchen Geschäftsmodells *Rebecca Eisenberg*, Intellectual Property at the Public-Private Divide: The Case of Large-Scale cDNA Sequencing, 3 Univ. Chicago Law School Roundtable (1996), pp. 557–587.

<sup>33</sup> Zu diesem Geschäftsmodell *Rebecca Eisenberg*, The Promise and Perils of Strategic Publication to Create Prior Art: A Response to Professor Parchomovsky, *Michigan Law Review* 98 (2000), pp. 2358–2370.

<sup>34</sup> <http://www.heise.de/newsticker/meldung/771> (zuletzt abgerufen am 10. März 2008).

<sup>35</sup> „Share-alike-clause“ sind die typischen Klauseln der „General Public License“ oder der „Creative Commons License“. Zur Zulässigkeit von „General Public Licenses“ *Landgericht München*, Urt. v. 19. 5. 2004, *Computerrecht* 2004, S. 774–776 – *Netfilter v. Sitecom*.

Geduldet werden Schutzrechtsverletzungen im Bereich der Universitätsforschung und in Forschungsinstituten. Die Nutzung ist, im Gegensatz zu der weitverbreiteten Ansicht selbst in Patentanwaltskreisen, wegen der involvierten kommerziellen Interessen nicht pauschal von der Forschungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG gedeckt. Die Gründe für die Duldung liegen in der moralischen Schwelle, Universitäten zu verklagen, im kurzfristigen Kostenkalkül (kein nennenswerter Schadensersatz) und in langfristigen Effizienzvorteilen.

#### cc) Kooperation von Staat und Industrie

Klassisches Beispiel der Kooperation von Staat und Industrie ist die Normung, die in jüngster Zeit auch Thema des geistigen Eigentumsrechts geworden ist.<sup>36</sup> Koordinierungshilfen privater Selbstregulierung gewährt der Staat auch bei sog. „Patent-Pools“, die insbesondere im Bereich der IT-Branche zahlreich sind. Im Bereich der Biotechnologie sind *pool*-Vereinbarungen bislang nicht bekannt. Die jüngste Diskussion dreht sich um sog. *Clearinghouse Modelle*, die vor allem für Diagnostika gefordert werden. Im Gegensatz zu *pool*-Lösungen sollen diese Arrangements eine Lösung bereitstellen, in der Zugang verbessert und Transaktionskosten für die Industrie gesenkt werden.<sup>37</sup>

#### b) Verwertung und Gegenrechte

Neuartig ist die Diskussion um Verwertung und Gegenrechte. In diesem Rechtediskurs werden Grenzen von Patentschutz formuliert, die ehemals durch die Tatbestandsvoraussetzungen gezogen waren (aa) oder die Verbindungen schaffen zu eigentumsrechtlichen Gegenmodellen (bb).

#### aa) Lizenzierung und Reach Through

In Reaktion auf die leichte Kopierbarkeit wird Informationseigentum heute in der Regel lizenziert statt verkauft (s. o. II). Dadurch ist die Grenze der Erschöpfung aufgehoben – und die Möglichkeit eines weitgreifenden Zugriffs auf die Nutzer geschaffen. Dieses Privileg hatte der Schutzrechtsinhaber bislang nur bei der Lizenzierung zur gewerblichen Produktion.

Diese Problematik ist bislang nur im urheberrechtlichen Kontext diskutiert, angestoßen durch die gesetzliche Ausweitung der Rechte bezogen auf die digitale

<sup>36</sup> Sichtbarstes Zeichen: die Diskussion um die Spunftass-Entscheidung des BGH (Fn. 23); dazu Ullrich (Fn. 23); Gerybadze in diesem Bande.

<sup>37</sup> Birgit Verbeure/Esther van Zimmeren/Gert Mattijs/Geertrui van Overwalle, Patent Pools and diagnostic testing, 24 TRENDS in Biotechnology, 2006, www.sciencedirect.com, 115–120; Geertrui van Overwalle, Dealing with Patent Fragmentation in ICT and Genetics: Patent Pools and Clearing Houses, First Monday, May 2007 (<http://firstmonday.org>).

Kopie.<sup>38</sup> Dabei ist umstritten, inwieweit das allgemeine AGB-Vertragsrecht vor Übergriffen schützt. Gänzlich ungeklärt ist die Frage, ob Lizenzen verweigert werden dürfen. Diese Frage stellt sich insbesondere dann, wenn der Inhaber im übrigen eine breite Lizenzierungspolitik verfolgt. Denkbar sind Argumentationen, die an Judikate zur Einrede des widersprüchlichen Verhaltens und der Selbstbindung anknüpfen. Vergleichbare Fragen sind aufgeworfen, wenn eine Lizenz die Nutzung auf einen bestimmten Bereich zu beschränken sucht. Höchst fraglich ist, ob das Patent die Berechtigung gibt, sich zukünftige Erfindungen *ex ante* abtreten zu lassen. Solche „*reach through*“-Klauseln, die durch das Schutzrecht auf die Sphäre des Vertragspartners durchgreifen, sind zwar für die Industrielizenz üblich, allerdings nur in den vom europäischen Kartellrecht gesetzten Grenzen (sog. *grant back* Klauseln).<sup>39</sup> Offen ist, inwieweit das Kalkül des Kartellrechts auf Verträge im Endverbrauchermarkt übertragbar ist.

Klärung brachten auch insoweit nicht die Lizenzierungs-Leitlinien der OECD von 2006, die eine Handreichung für den biotechnologischen Bereich geben sollten. Leider beschränken sich diese weitgehend auf die umstrittene Lizenzierung von Diagnoseverfahren. In Bezug auf diese stellen sie den Grundsatz auf, dass möglichst breiter Zugang gewährt werden soll. Darüberhinausgreifende judiziable Grundsätze zu *use restrictions*, *grant back* oder Zusammenarbeitsverboten fehlen indes. Auch das Problem des *royaltystack*<sup>40</sup> wird zwar benannt, aber es werden keine Leitprinzipien entwickelt.

#### bb) Benefit Sharing

Eine neuartige Diskussion entwickelt sich unter dem Stichwort „Gegenrechte“. Interessen werden als private Rechte auf personale und kulturelle Autonomie artikuliert, die früher allgemein als „öffentliche Interessen“ qualifiziert worden wären. Sie unterscheiden sich aber von klassischen „Allgemeinwohlintereessen“, als sie nicht dem Staat zur Wahrung überantwortet sind. Vielmehr sind entsprechende Positionen als Individual- oder Kollektivrechte völkerrechtlich anerkannt (Recht auf Gesundheit und Nahrung;<sup>41</sup> Wahrung und Schutz indigenen Wissens<sup>42</sup>).

<sup>38</sup> Thomas Hoeren, Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Online-Übertragung von Computerprogrammen, Computerrecht 2006, S. 573–578; ders., Urheberrecht und Vertragsfreiheit: Kritische Überlegungen am Beispiel der Verwendungsbeschränkungen im IT-Bereich, in: Klumpp/Kubicek/Roßnagel/Schulz (Hrsg.), Medien, Ordnung und Innovation, 2006, S. 273–282.

<sup>39</sup> Art. 81 EGV i. V. m. Art. 5 GVO-TT Nr. 772/2004.

<sup>40</sup> Christine Godt, The Role of Patents in Scientific Competition, in: Albert/Schmidtchen/Voigt (Hrsg.), Scientific Competition, 2008 (i.E).

<sup>41</sup> Art. 25 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (1948); Art. 11 und 12 Internationale Pakt der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte (1966); Art. 35 Europäische Grundrechtecharta (2000). Zu den beiden ersten Regelwerken Peter Rott, Patentrecht und Sozialpolitik unter dem TRIPS-Abkommen, Zentrum für Europäische Rechtspolitik, 2002, S. 88 ff.

<sup>42</sup> Art. 8 lit j Biodiversitäts-Konvention (1993).

Indigene Verfügungsrechte z. B. genießen häufig in den Heimatländern auf nationaler Ebene rechtliche Anerkennung. Ihre Transposition in das westliche, individuelle Eigentumskonzept ist weitgehend ungeklärt. Vorgeschlagen wurde, dass entsprechende Verfügungsrechte als Veto-Rechte *pre grant* die Patentierung verhindern können sollen.<sup>43</sup> Die Möglichkeit der Patentverhinderung *ex ante* spielt dabei tendenziell eine Nebenrolle. Im Kern geht es *post grant* um Mitsprache bei der Verwertung und um Teilhaberechte an den Gewinnen.<sup>44</sup>

### c) Der Unterlassensanspruch

Die Ausweitung der Perspektive auf das Konundrum der Zielpolitiken von Patentschutz wirft auch ein anderes Licht auf die jüngsten Beschränkungen des Unterlassensanspruchs. Drei Entscheidungen deutscher Gerichte stehen hervor.<sup>45</sup>

In der *Paperboy*-Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH)<sup>46</sup> ging es vordergründig um die Tatbestandsvoraussetzungen mittelbarer Verletzungen im Urheberrecht. Die Haftung für mittelbare Verletzungshandlungen erweitert die Verantwortlichkeit ins Vorfeld und ist für das Patentrecht in § 10 PatG positivrechtlich normiert. In der Entscheidung konkretisiert das Gericht die Prüfung der zu bestimmenden Verkehrspflichten.<sup>47</sup> In der Sache ging es um die Verantwortung für Urheberrechtsverletzungen durch sog. *deep links* eines Nachrichtensuchdienstes im Internet.<sup>48</sup> In der drei Jahre später ergangenen Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg in der Entscheidung *Cybersky*<sup>49</sup> wandte das Gericht einen umfassenden Verhältnismäßigkeitstest an. In der Sache ging es um ein P2P-filesharing

<sup>43</sup> Diskutiert unter dem Stichwort „Herkunftsnachweis“, der *inter alia* die Genehmigung der Verfügungsberechtigten beinhalten sollte, dazu *Godt* (Fn. 3), S. 316 ff.; jüngst *Ute Feit/Franziska Wolff*, European Regional Meeting on an Internationally Recognized Certificate of Origin/Source/Legal Provenance – Report of a workshop hosted by the German Federal Agency for Nature Conservation, 24–29 October 2006, <http://www.biodiv.org/doc/meetings/abs/absgte-01/information/absgte-01-inf-01-en.pdf> (zuletzt aufgerufen am 10. März 2008).

<sup>44</sup> Ebenda.

<sup>45</sup> In der Entscheidung des US Supreme Court in *EBay et al. v. Mercexchange v.* 15. Mai 2006 lehnte das Gericht einen Unterlassensanspruch mit der Begründung ab, dass der Unterlassensanspruch im *common law* sowieso nur ein *equitable relief* sei. Die Entscheidung dürfte in den Zusammenhang der sog. „patent trolls“ einzuordnen sein. Mit diesem Begriff werden Erfinder bezeichnet, die Patente nicht zur gewerblichen Ausnutzung anmelden, sondern um von großen Wettbewerbern hohe Gewinnbeteiligungen zu „erpressen“. Der tendenziell strengere Prüfungsmaßstab der europäischen Patentämter hat dieses Phänomen in Europa bislang in Grenzen gehalten (download der Entscheidung über <http://www.supremecourt.us.gov/opinions/05pdf/05-130.pdf>) (zuletzt aufgerufen am 10. März 2008).

<sup>46</sup> BGH, GRUR 2003, S. 958 ff. – *Paperboy*.

<sup>47</sup> Für eine sorgfältige Analyse des Urteils siehe *Matthias Leistner*, Von „Grundig-Reporter(n) zu Paperboy(s)“, GRUR 2006, S. 801–814.

<sup>48</sup> In der Streitsache lehnt das Gericht die urheberrechtliche Verletzung durch *deep links* ab, da dem Berechtigten durch Programmierung die Verlinkung verhindern kann.

<sup>49</sup> OLG Hamburg, Urt. v. 8. 2. 2006, GRUR-RR 2006, S. 148.

System für Filme. Das interessante an beiden Entscheidungen ist die Feinsteuerung des Unterlassensanspruchs durch ein Pflichtenkonzept nach den Regeln einer Verhältnismäßigkeitsprüfung. Zwar wendet das Patentrecht diese Überlegungen bei mittelbaren Verletzungen seit 1928 an.<sup>50</sup> Gleichwohl liegt in den jüngsten Überlegungen das Potential, den Eigentumsanspruch systematisch und fallgruppenspezifisch auf die Gegebenheiten des Einzelfalls anzupassen und relational auszugestalten.<sup>51</sup>

Die dritte Entscheidung des BGH<sup>52</sup> erging zum Schadensersatz für unberechtigte Abmahnungen. Mit der Entscheidung stellt das Gericht klar, dass es für das Unterlassensbegehren nicht darauf ankommt, ob ein Schutzrecht (in der Streitsache eine Marke) erteilt wurde, auf das der Abmahnende hätte vertrauen können. Maßgebend ist die objektive Rechtslage *ex post*. Damit trägt der Schutzrechtsinhaber das Risiko, dass sein Schutzrecht nachträglich eingeschränkt oder nichtig erklärt wird. Über die dogmatische Fortentwicklung hinaus,<sup>53</sup> hat dieses Urteil zwei bedeutsame Auswirkungen. Zum einen wird es sich disziplinierend auf die Praxis der Unterlassensbegehren bei inhaltlich „wackeligen“ Schutzrechten auswirken. Zum anderen ist die Position der Wettbewerberinteressen judiziell gestärkt.

## IV. Theorie des Eigentums an Information

Welches Eigentumsverständnis verbirgt sich hinter dieser Auffächerung? Ist insbesondere die Begrenzung des Unterlassensanspruchs mit TRIPS vereinbar?

Der unter II. beschriebene Funktionswandel verlangt eine Übersetzung in die Theorie des Eigentums an Information. Bisher wird davon ausgegangen, dass sich der Schutzrechtsinhalt eines Patents aus den Ansprüchen und der Patentbeschreibung ergibt. Dieser Ansatz greift aus drei Gründen zu kurz. (1) Ebenso wenig wie sich der Inhalt des Eigentums an einem Grundstück aus dem Grundbuch ergibt, ergibt sich der Inhalt eines Patents allein aus der Patentschrift. Die Patentschrift ist allenfalls einem Katasterblatt im Grundbuch vergleichbar, auf dem die Grenzen festgelegt sind. Der Inhalt des Grundstückseigentums ergibt sich aber vielmehr aus dem Bebauungsplan. Dem Bebauungsplan entsprechen im Patentrecht die umlie-

<sup>50</sup> RG, Urt. v. 25. 1. 1928, MuW 1927/28, S. 272. Zuerst ausdrücklich in RG, Entscheidung v. 31. 1. 1927 – *Saugtrommeln* (auch bekannt als *Zentrifugaldrehzahlregler*). In der Urteilsbegründung erwägt das Gericht alternativ als weniger einschneidende Maßnahme die Pflicht, eine Vertragsstrafenklausel in den Vertrag mit Dritten oder eine Warnpflicht aufzunehmen.

<sup>51</sup> Exemplarisch für den Streit um Forschungsinstrumente, siehe *Godt*, Research Tools (Fn. 4).

<sup>52</sup> BGH GSZ, Beschl. v. 15. 7. 2005, GRUR 2005, S. 882 – *unbegründete Schutzrechtsverwarnung*; fortgeführt BGH, Urt. v. 19. 1. 2006 (I ZR 217/03) – *unbegründete Abnehmerverwarnung*.

<sup>53</sup> *Rolf Sack*, Unbegründete Schutzrechtsverwarnungen, 2006.

genden Schutzrechte, das einschlägige Gesetzesrecht (Urheber-, Patent- und Wettbewerbsrecht), das regulative Vertragsrecht und etwaige Verordnungen und Richtlinien des Subventionsrechts und der F&E-Förderung – und der Patentrechtsdiskurs.<sup>54</sup> (2) Es ist regelmäßig unklar, ob ein erteiltes Patent überhaupt Bestand hat. In der Patentpraxis gilt als Daumenregel der sogenannte Zweidrittelmix. Danach werden in Nichtigkeitsklagen ein Drittel der Patente als nichtig erklärt, ein Drittel eingeschränkt und nur ein Drittel uneingeschränkt aufrechterhalten. (3) Geistige Eigentumsrechte waren zu keinem Zeitpunkt konzipiert als Recht zur Sicherung personaler Freiheit. Nur in dieser Funktion wird Eigentum uneingeschränkt gewährt. Das Patent wird primär als privilegierte Wettbewerbsposition gewährt. Moderne Transfer- und Wertschöpfungsinteressen unterliegen aber in allen Eigentumsbereichen Schranken, etwa im allgemeinen Grundstücksrecht: § 906 BGB, Baugrundstücke: BauGB, Gewässerrandgebiete: DeichG, Kulturgüter: UNESCO-Abkommen 1970<sup>55</sup> und Denkmalgesetze der Länder, Produktionsanlagen: BImSchG und Gesellschaftsrecht (AktG, GmbHG, GenG). Diese Schranken ergeben sich aus der Situationsgebundenheit des Eigentums, aus Schutzpolitiken zugunsten Dritter und übergeordneten Interessen (Art. 14 I 2 GG). Rechte des Geistigen Eigentums können nicht einen weitergehenden Schutz in Anspruch nehmen als das herkömmliche Eigentum.

Das geistige Eigentum kann auch bezogen aus den Schutzgewährleistungspflichten, denen sich die Vertragsstaaten des TRIPS unterworfen haben, keinen weitergehenden Schutz ableiten. Das TRIPS ist eingebunden in die vertikal geordnete Völkerrechtsordnung, die sich dadurch auszeichnet, dass eine Abstimmung zwischen den Regierungen durch einzelne Abkommen erfolgt.<sup>56</sup> Die Interpretation

<sup>54</sup> Zur Bedeutung der gerichtlichen Verfahren zur Bestimmung des Schutzrechtsinhalts *Henk van den Belt*, *Why Monopoly Failed: The Rise and Fall of Société La Fuchsine*, *British Journal of the History of Science* 25 (1992), pp. 45–63. In theoretischer Vertiefung dieses konstruktivistischen Ansatzes *Ders.*; *Spirochaetes, Serology, and Salvarsan*: Ludwik Fleck and the Construction of Medical Knowledge about Syphilis, 1997; eher diskurstheoretisch *Ingrid Schneider*, Die Kontroverse um die Patentierung von Genen menschlicher Herkunft – Die EU-Richtlinie über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen und deren Umsetzung in Deutschland, in: Bernd Goebel/Gerhard Krup (Hrsg.), *Gentechnologie und die Zukunft der Menschenwürde*, 2002, S. 2–30; später institutionenanalytisch *Ingrid Schneider*, *Governance of the European Patent System – Between Self-Regulation and Legislative Governance: The Case of the EU Biopatent Directive*. Paper submitted on the Conference „Frontiers of Regulation“, Panel: „The Regulation of Intellectual Property“, Bath (UK), 5. Sept. 2006.

<sup>55</sup> Umsetzung in deutsches Recht in Kürze: BR-Drs. 92/07 (Beschluss des Bundestags vom 1. 2. 2007, Beschluss des Bundesrats vom 9. 3. 2007).

<sup>56</sup> *Christine Godt/Josef Falke*, Projektantrag DFG-Sonderforschungsbereich (Phase 2003–2006): *Welthandel und Sozialregulierung* (Projekt A1; Projektleitung J. Falke, C. Joerges), 2003, download über <http://www.sfb597.uni-bremen.de/pages/forProjektBeschreibung.php?SPRACHE=en&ID=1> (zuletzt aufgerufen am 10. März 2008); auch *Christine Godt*, *Global Environmental Governance and the WTO – Emerging Rules Through Evolving Practice: The CBD-Bonn Guidelines*, in: Joerges/Petersmann (Hrsg.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation*, 2006, pp. 413–435.

dieser Regeln unterliegt der Konkordanz mit anderen kollidierenden Abkommen.<sup>57</sup> Die Spezialregelungen (etwa zu Patenten Art. 27 ff. TRIPS) sind ihrerseits den Generalklauseln Art. 7 und 8 TRIPS verpflichtet, die die Abstimmung von Politikzielen gebieten. Zudem bedürfen diese Abkommen, jedenfalls in den dualistischen Staatsordnungen, der Ratifizierung durch die Landesparlamente. Eine Abwägung mit den konkurrierenden Politikzielen erfolgt für die Nationalstaaten in den umsetzenden nationalen Gesetzen, wie es im Bereich des Geistigen Eigentums das dt. Patentgesetz, das Urhebergesetz oder das Markengesetz sind (die ihrerseits abgestimmt werden auf weitere internationale Abkommen und auf europäische Harmonisierungsanstrengungen). Mithin bietet TRIPS keinen über die deutsche Verfassungsgarantie hinausgehenden Schutz.

## V. Resümee

Mit den vorstehenden Beispielen wird kein Anspruch auf Vollständigkeit erhoben. Sie zielen darauf ab, das von mehreren Mitautoren<sup>58</sup> dieses Bandes in Frage gestellte Dogma, dass Patentschutz monokausal durch Innovationsförderung Innovation befördere, einen weiteren Zweifel an einem komplementären Dogma zur Seite zu stellen. Das zweite Dogma setzt darauf, dass einmal erteiltes Eigentum keiner weiteren Feinsteuerung zugänglich ist und jede *ex post* Regulation als Eingriff im Einzelfall hohen Rechtsfertigungspflichten unterliegt. Anlass zu Zweifeln geben vielfältige Arrangements in der Realität, die auf ein Feinsteuerungsbedürfnis hinweisen. Dabei erweist sich die Feinsteuerung *ex post* als Inhaltsbestimmung von systembedingt, weil notwendig früh, konturenlos entstandenem Eigentum. Die Zurückhaltung der Dogmatik gegenüber diesen Entwicklungen wird der zentralen Bedeutung des Geistigen Eigentumsrechts für die Informationsordnung nicht gerecht. Über seine rechtstechnische Kernaufgabe der Kommodifizierung von Information konstituiert es den Markt an Information. Für diesen Marktschaffungsprozess hat das Recht des Geistigen Eigentums zweierlei zu leisten. Zum einen müssen die Strukturen für das Entstehen von Eigentum im Ergebnis einen angemessenen Mix von frei öffentlich zugänglicher und appropriierter Information hervorbringen. Die Legitimation der Appropriierung muss nachvollziehbar und funktionsbezogen sein. Die zweite Aufgabe ist die Feinsteuerung *ex post*, die den Inhalt von Eigentum durch verfassungsrechtlich gebotene Konkordanz konkretisiert. Nur in Erfüllung dieser neu begriffenen Doppelaufgabe wird das Geistige Eigentumsrecht die Leistungen erbringen können, die die moderne marktbasierete Wissensgesellschaft vom Geistigen Eigentumsrecht erwartet, nämlich die Ermöglichung von Freiheit in zivilen Strukturen.

<sup>57</sup> *Joost Pauwelyn*, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO law relates to other rules of international law*, 2003; *ders.*, *Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Inter-Connected Islands*, *Michigan Journal of International Law* 25 (2004), p. 903.

<sup>58</sup> s. die Beiträge von *Engel, Osterloh, Lutterbeck, Metzger und Schneider* in diesem Bande.